



UNIVERSITA' DEGLI STUDI "ROMA TRE"

Dottorato di ricerca in discipline pubblicistiche- diritto penale

XXXI ciclo

Titolo tesi:

***L'AMNISTIA, IL DELITTO POLITICO E I DELITTI CONNESSI NEL PROCESSO DI
PACE IN COLOMBIA: LIMITI, SFIDE E NECESSITÀ DI UN ANALISI PROSPETTICA
RIGUARDO AI DELITTI CONNESSI AI REATI INTERNAZIONALI***

di

dott. Gabriel Cifuentes

Coordinatore e tutore: Prof. Dott. Mario Trapani

Anno accademico 2018-2019

Ai miei genitori che mi regalarono la vita

E Natalia che mi regalò la possibilità di dividerla assieme

Ringraziamento speciale: al Professor Mario Trapani, maestro, mentore, amico ed esempio. Al Professor Ricardo Posada. Al Professor Vinay Nagaraju dell'Università di Harvard per il suo aiuto nell'analisi quantitativo.

Parole chiave:

Amnistia; delitto politico; delitti connessi; delitti relativi; giustizia transizionale; diritto internazionale; diritto penale internazionale; processo di pace; giurisdizione speciale di pace; diritto penale; diritto internazionale dei diritti umani; diritto internazionale umanitario; vittime; giustizia; riparazione; verità; garanzie di non ripetizione.

Abstract

Colombia is overcoming a longstanding internal armed conflict. President Santos and the guerrillas Farc subscribed a peace agreement through The Havana accords. Thereby a transitional justice system was put in place. At its center lies the Special Jurisdiction for Peace, which has the duty to grant amnesties for political and relative crimes, as well as to investigate and punish the most responsible of international crimes. This thesis pretends to analyze in depth the concepts of amnesties, political crimes and relative crimes in order to understand the reach of the Peace Tribunal's jurisdiction. It will be reaffirmed that Peace is a fundamental value and that the purpose of the Special Jurisdiction is to achieve it, therefore, if amnesties for crimes other than political crimes must be granted, it is a moral imperative to do so. Along this document I will argue that it is needed to craft a solution to solve difficult cases such as those in which the jurisdiction of the Peace Tribunal is not always clear.

INDICE

Introduzione	(p. 6)
Parte I: Amnistia, Delitto Politico e Delitti Connessi al Delitto Politico. Analisi concettuale	
L'amnistia	(p. 12)
Definizione generale dell'amnistia	
L'amnistia nella dottrina e nella giurisprudenza del diritto internazionale	
Alcuni appunti di dottrina nel diritto internazionale	
L'amnistia in Colombia	
Alcune riflessioni sui limiti dell'amnistia	
Il Delitto Politico	(p. 73)
Alcuni appunti della dottrina sulla definizione dei delitti politici: metodologie per la loro classificazione	
Alcuni appunti sulla dottrina e giurisprudenza comparate	
Alcuni appunti sulla giurisprudenza Colombiana riguardo ai delitti politici	
Delitti Relativi (Connessi e Complessi)	(p. 130)
Alcune considerazioni preliminari	
Appunti sulla definizione dei delitti relativi	
Alcuni appunti sulla giurisprudenza Colombiana	
Intermezzo	(p. 155)
Parte II: Il caso Colombiano. Analisi del processo di pace, la struttura della Giurisdizione di Pace, ed Analisi prospettivo. Una proposta per la soluzione di casi complessi	
Giustizia Transizionale	(p. 160)
Contesto storico della violenza in Colombia	

Giustizia transizionale e diritto penale internazionale: limite all'amnistia?

Esiste nel diritto internazionale consuetudinario un divieto alle amnistie?

Alcune conclusioni generali

Amnistie e la Giurisdizione Speciale di Pace (p. 203)

La Giurisdizione Speciale di Pace (JEP)

Studio della legge 1820 di 2016 o legge sulle amnistie e gli indulti e della sentenza C-007 di 2018

La Pace come valore sociale supremo: l'amnistia, alternativa per la pacificazione (p.262)

La Pace come valore e diritto assoluto: dottrina Trapani-Ferrajoli

Il caso Ashton e Char, primo campanello di avviso alle sfide della JEP

Una proposta azzardata: l'equivalenza funzionale dei benefici penali

Conclusioni (p. 301)

Bibliografia (p. 303)

Introduzione

Per oltre cinquant'anni la Colombia ha vissuto una guerra che lasciò nove milioni di vittime. Si considera il conflitto armato interno più lungo del continente americano. Durante mezzo secolo si cercò mettere fine alla violenza attraverso diversi processi di pace che per ragioni politiche, economiche e giuridiche sistematicamente fallirono. Tuttavia, nel 2012 il Governo Colombiano iniziò trattative di pace con il gruppo guerrigliero delle Farc, e quattro anni dopo venne firmato l'accordo della Avana. Questo accordo fu riconosciuto e accompagnato dalla comunità internazionale, e prevede una serie di misure di giustizia transizionale che pretendono digarantire la sua sostenibilità nel tempo per evitare il risorgimento della violenza nel nostro Paese.

L'accordo pone al centro i diritti delle vittime del conflitto armato, e cioè mira alla soddisfazione della verità, della giustizia, la riparazione integrale e alle garanzie di non ripetizione. È in essenza un modello restaurativo dove lo Stato rinuncia condizionalmente all'esercizio della azione penale ordinaria per favorire il transito alla legalità delle strutture armate che per anni causarono la violenza.

Mario Trapani e Luigi Ferrajoli considerano che la guerra sia la negazione del diritto, e dunque che il raggiungimento della pace sia un imperativo dello Stato per poter garantire i diritti fondamentali dei cittadini. Malgrado ciò, questo obbligo comporta la rinuncia della pretesa di una giustizia penale assoluta, che in altre circostanze sarebbe moralmente riprovevole. In effetti, qualsiasi processo di giustizia transizionale si traduce nel delicato bilancio fra la pace e la giustizia, dove quest'ultima deve essere ridotta nella proporzione necessaria affinché possa garantirsi la pace.

Pretendere di imporre un modello di giustizia penale ordinario in casi come quello colombiano, dove non si può parlare di una vittoria militare di nessuna delle parti in guerra, è, come giustamente lo ritiene Trapani, impossibile. Ma d'altro canto, la rinuncia assoluta

ad un tipo di giustizia può comportare un rischio enorme riguardo alla possibilità che i tribunali internazionali dei diritti umani e persino la Corte Penale Internazionale intervengano in Colombia.

Una delle sfide più grandi del modello di giustizia transizionale colombiano riguarda giustamente il fatto che è il primo processo di pace firmato dopo l'entrata in funzione della Corte Penale Internazionale, la quale, come è ben noto, potrebbe intervenire qualora si rinunciasse all'indagine e punizione dei maggiori responsabili dei delitti internazionali e delle gravi violazioni ai diritti umani. Il suo mandato si edifica sull'idea che non possano essere concesse amnistie "in bianco", auto-amnistie o amnistie di "punto finale", come quelle che furono previste in diversi modelli di transizione come quello cileno, argentino e di altri paesi in Africa, Europa e Asia.

Lo sviluppo del diritto internazionale e il consolidamento dei principi del diritto penale internazionale, costituiscono un limite chiaro alla potestà sovrana degli Stati riguardo al trattamento di certo tipo di condotte. Sebbene si riconosca il valore fondamentale della pace, si considera pure irrinunciabile la garanzia dei diritti delle vittime di gravi violazioni al diritto internazionale umanitario ed al diritto internazionale dei diritti umani.

Giustamente, di fronte alle limitazioni che derivano dal diritto internazionale, il punto cinque dell'accordo dell'Avana crea il Sistema Integrato di Giustizia, Verità, Riparazione e Garanzie di non Ripetizione. Esso prevede una serie di meccanismi pensati per soddisfare i diritti delle vittime ed allo stesso tempo permetta introdurre un modello di giustizia flessibile, o come la denomina il Professor Trapani, una giustizia condizionata. Il Sistema crea dunque una Commissione della Verità, una Unità per la ricerca delle persone scomparse e la Giurisdizione Speciale di Pace (JEP).

La JEP si compone a sua volta di due organismi: le Sale e le Sezioni. La funzione più importante di questa giurisdizione è decidere sulla possibilità di concedere una amnistia o

indulto a coloro che parteciparono direttamente o indirettamente nel conflitto armato, così come indagare ed imporre sanzioni alternative ai maggiori responsabili di delitti internazionali.

Il modello previsto dall'accordo di pace prevede un sistema di grazia condizionato sul quale riposano tre concetti fondamentali: l'amnistia, il delitto politico e i delitti connessi. L'elemento condizionale del sistema, e cioè la possibilità di rinunciare all'esercizio della azione penale o dell'imposizione di una sanzione ordinaria, si materializza talvolta si compiano una serie di requisiti. La prima categoria di requisiti riguarda la soddisfazione dei diritti delle vittime alla verità ed alla riparazione. La seconda categoria di requisiti, o di limiti, riguardano all'analisi materiale e personale dei reati di competenza della giurisdizione di pace. Non potranno essere amnistiati i maggiori responsabili delle gravi violazioni ai diritti umani. Detto di un altro modo, saranno amnistiati soltanto i delitti politici e i delitti connessi ad essi.

Risulta allora evidente l'importanza dello studio dei concetti appena espressi per poter capire la portata e i limiti del modello di giustizia transizionale in Colombia. L'amnistia, i delitti politici e i delitti connessi sono regolati dalla legge di amnistia, tuttavia resta da analizzare se la decisione politico-criminale di limitare la clemenza sovrana a questo tipo di reati sia o meno sufficiente nonché inconveniente. Casi recenti della JEP, dimostrano che questa trilogia concettuale come forma per capire la competenza materiale del tribunale, può comportare l'esclusione di un altro tipo di condotte, che sebbene commesse in occasione del conflitto armato, non rientrano nella categoria dei delitti amnistiabili e nemmeno di quelli non amnistiabili. Un chiaro esempio sono i delitti connessi ai delitti internazionali, e cioè crimini ordinari (che non configurano un concorso apparente) che servirono come mezzo per la commissione di gravi violazioni di diritti umani.

La presente tesi cercherà non solo di approfondire i concetti appena menzionati, ma anche di proporre un'analisi sistemica del modello di giustizia transizionale in Colombia, affinché possa arrivarsi ad una soluzione ermeneutica ed assiologica per risolvere i casi più difficili.

Senza una soluzione per risolvere i problemi di competenza più delicati, ci si potrebbe trovare davanti a situazioni di enorme complessità giuridica e politica. Non solo si rischia lo scatenamento di conflitti di competenza con la giurisdizione ordinaria, ma pure la sostenibilità stessa di tutto il modello di giustizia transizionale. Qua si propone l'adozione del principio di "equivalenza funzionale dei benefici penali", basandosi non solo sullo studio del diritto internazionale e la struttura stessa della giurisdizione speciale, ma anche sull'interpretazione di quello che si denominerà la dottrina Trapani-Ferrajoli.

Detto in altri termini, l'ipotesi centrale della presente tesi è la seguente: il modello di giustizia transizionale in Colombia prevede la creazione di un sistema speciale di giustizia che avrà il compito di amnistiare i delitti politici e connessi, da una parte, e dall'altra indagare e sanzionare i maggiori responsabili di delitti internazionali. Tuttavia, la competenza materiale del Tribunale di pace, non risponde adeguatamente alla complessità del conflitto armato colombiano. Esistono un numero ampio di reati che sono stati commessi con occasione diretta o indiretta con la guerra e che non possono essere chiaramente identificati come delitti politici e connessi, e dunque non potranno essere amnistiati *de iure*. Questo è il caso dei delitti connessi ai delitti internazionali. Per questo tipo di reati la mancata competenza della JEP potrebbe significare un rischio giuridico e politico del processo di pace.

Tenuta **in** conto l'ipotesi appena espressa, in questo scritto si propone l'adozione del "principio di equivalenza dei benefici penali", che non significa altro che estendere la possibilità di amnistiare condotte al di là dei delitti politici e connessi, sempre che suddetti reati non configurino in se stessi delitti internazionali.

Per arrivare alla proposta centrale della tesi, nella prima parte dello scritto si studieranno i concetti di amnistia, delitto politico e delitti connessi. Questo studio si svolge attraverso una metodologia teorico-descrittiva facendo uso del diritto comparato. Si presenterà la dottrina così come la giurisprudenza domestica ed internazionale più rilevante. La seconda parte della tesi, invece, è un' analisi prospettiva per il caso colombiano dove si studierà il modello adottato dagli accordi dell'Avana, la sua identità con il diritto internazionale e finalmente, si elaborerà una proposta pratica affinché la JEP possa risolvere i casi di alta complessità riguardo alla definizione della propria competenza materiale.

Questa tesi non è soltanto una delle prime (se non la prima) che viene scritte in lingua italiana, ma anche una delle prime che analizzerà in profondità il rischio dei limiti materiali della JEP. Si spera che la proposta che si svilupperà a continuazione serva per aprire un dibattito riguardo alle sfide giuridiche e politiche del Tribunale di Pace, e possa anche essere di aiuto al momento di interpretare la portata della sua competenza.

I PARTE

**AMNISTIA, DELITTO POLITICO E DELITTI CONNESSI AL DELITTO POLITICO. ANALISI
CONCETTUALE**

L'amnistia

L'amnistia è uno strumento politico che si utilizza fin dai tempi remoti per pacificare o risolvere tensioni sociali. Secondo il Transitional Data Base Project¹, solo negli ultimi quarant'anni sono state realizzate oltre 700 amnistie² per porre fine ad un conflitto armato o ad una dittatura, questo senza tener conto del resto delle amnistie che sono state concesse in tutto il mondo per ragioni diverse da una guerra o da un conflitto civile.

La maggior parte dei sistemi giuridici, specialmente quelli di tradizione occidentale, prevedono l'amnistia come un esercizio di sovranità. Così come uno Stato può esercitare lo *jus puniendi* per sanzionare condotte contrarie alla stabilità sociale, può anche in certi momenti decidere di rinunciare all'uso del diritto penale per motivi politici o di convenienza.

Nonostante dottrinatori e filosofi come Beccaria, Filangeri, Kant, Feurbach, Bentham³, si siano opposti a questo strumento, l'uso dell'amnistia è più frequente di quello che si possa pensare ed ancora oggi risulta essere efficace. Certe volte può persino diventare l'unica soluzione ad una crisi sociale o politica. Si pensi al caso del Sudafrica, dove grazie all'instaurazione di un sistema di amnistie sono riusciti a porre fine all'apartheid. Oppure l'esempio della Colombia nel quale la clemenza sovrana riguardo ai delitti commessi durante la guerra rappresenta una condizione irrinunciabile affinché il processo di pace possa andare avanti.

¹ Transitional Data Base Project, <http://www.tjdbproject.com>

² Questo numero risponde al numero totale di istrumenti considerati come amnistie. Certi paesi possono riportare più di uno strumento. Autori come Reiter e come Dancy, ritengono che per conflitti armati il numero di amnistie concesse dal 1970 e dal 1946 sono 236 e 822 rispettivamente. Cfr., Reiter, A. (2014). Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict. *Israel Law Review*, 47(1), 133-147. doi:10.1017/S0021223713000290; Cfr., Dancy, G. (2018). Deals with the devil? conflict amnesties, civil war, and sustainable peace. *International Organization*, 72(2), 387-421. doi:http://dx.doi.org.ezp-prod1.hul.harvard.edu/10.1017/S0020818318000012

³ Cfr. Vincenzo Carullo, *La costituzione della Repubblica Italiana*, Cesare Ruffi Editore, Bologna, 1950.

Fino alla fine degli anni novanta l'uso delle amnistie era ampiamente accettato. La transizione di molti paesi alla democrazia dopo la fine della guerra fredda, così come le trattative di pace in paesi che soffrirono guerre civili nella seconda metà del secolo scorso, richiesero alternative politiche che permettessero un riequilibrio sociale, politico ed istituzionale che non esigesse un costo troppo alto. In queste circostanze l'amnistia divenne utile. La comunità internazionale attraverso strumenti come, ad esempio, i protocolli addizionali alle Convenzioni di Ginevra, oppure attraverso risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, promosse l'uso delle amnistie. Malgrado ciò lo sviluppo della dottrina del diritto penale internazionale e del diritto internazionale dei diritti umani sta cominciando a ridurre la possibilità di fruire di questo strumento.

L'indagine contro Pinochet da parte della "Audiencia Española", così come l'apertura di processi penali contro diversi capi di Stato con pretesa di combattere l'impunità facendo uso del principio di giurisdizione universale, rappresenta un momento di flessione. Il diritto internazionale contiene oggi regole di carattere consuetudinario che limitano il potere sovrano degli stati riguardo alla possibilità di concedere un'amnistia. Sebbene questo strumento non sia proibito, non si può rinunciare all'azione penale qualora si siano commessi reati internazionali o gravi violazioni dei diritti umani.

Ciò si evidenzia chiaramente con l'entrata in vigore della Corte Penale Internazionale, che potrà iniziare un'indagine e punire i maggiori responsabili di certi delitti anche quando uno Stato abbia deciso di amnistiare i reati oggetto dell'indagine.

Recentemente il governo della Colombia e la guerriglia della FARC hanno firmato un trattato di pace che cerca di far finire una guerra civile che si svolge da oltre cinquant'anni. Uno dei punti più delicati dell'accordo riguarda la creazione di un modello di giustizia transizionale che prevede l'esercizio della azione penale per i maggiori responsabili di gravi violazioni dei diritti umani, ma che prevede anche un modello di amnistia ampio per la maggior parte dei combattenti.

La sfida più grande del processo di pace è poter garantire che le condizioni che sono state pattuite siano rispettate, e dunque evitare che organismi internazionali come la Corte Penale Internazionale, facendo uso della sua competenza in virtù dell'articolo 17 dello Statuto di Roma, intervenga mettendo a rischio la pace in Colombia. L'amnistia prevista nelle trattative di pace è probabilmente uno dei punti che suscitano più polemiche.

In questo capitolo si studierà la nozione di amnistia. Nella prima parte si presenterà una definizione del concetto di amnistia. La seconda e la terza si concentreranno in un'analisi della dottrina e della giurisprudenza internazionale e nazionale (Colombiana), riguardo all'uso della clemenza. Finalmente, nella conclusione di questo capitolo si cercherà di definire, in base all'analisi delle sezioni 2 e 3, i limiti dell'amnistia.

Definizione generale dell'amnistia

Dal greco “ἀμνηστία”, cioè “dimenticanza”⁴ l'amnistia si riferisce ad un provvedimento di clemenza come risultato di un fatto giuridico e politico, nel quale si estingue il reato o l'esecuzione della sua pena. Questa definizione semplice⁵ del concetto di amnistia nasconde una complessità immensa da un punto di vista storico, sociale, politico, economico e giuridico.

Vincenzo Carullo si riferisce all'amnistia come a una valvola di pacificazione a disposizione dello Stato⁶, ancor più se si tiene conto che durante la storia recente dell'umanità, per lo meno per quanto riguarda il periodo del dopoguerra, l'amnistia sia stata la formula più spesso scelta per patteggiare la pace in conflitti armati tanto nazionali quanto

⁴ Dizionario della Lingua Italiana Treccani on-line, <http://www.treccani.it/vocabolario/ricerca/amnistia/>

⁵ Cfr. Cassese, A. (2013). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, p, 243. Il Professor Cassese define Amnistia come: “*Amnesty can be defined, in simple terms, as a sovereign act of forgiveness for past offences, most often granted to a group of persons as whole*”.

⁶ Vincenzo Carullo, *La costituzione della Repubblica Italiana*, Cesare Ruffi Editore, Bologna, 1950.

internazionali. Questo meccanismo trascende le latitudini visto che si è utilizzata, ed ancora si usa⁷, nei cinque continenti del nostro globo⁸.

L'analogia impiegata dal Professor Carullo, tra l'altro adottata pure da Grosso e Pelissero⁹, nonché da diversi dottrianti del diritto internazionale¹⁰, non può che essere una precisa descrizione della facoltà che ha lo Stato per risolvere in casi speciali una tensione sociale o politica¹¹. Questa definizione presuppone diversi elementi riguardo alla sua straordinarietà. Un primo elemento indiscutibile è che l'amnistia si fonda su un potere esclusivo dello Stato, così come è un potere esclusivo dello Stato esercitare lo *jus puniendi*. In secondo luogo vale la pena sottolineare che le amnistie vengono concepite come un'eccezione alla regola generale, cioè quella che riguarda la punibilità degli atti criminosi. Un terzo elemento, che ha a che fare con la sua eccezionalità, è l'aspetto spazio-temporale. L'esercizio potestativo dello Stato riguardo all'estinzione della pena o della sua esecuzione è limitato a un determinato spazio e tempo, altrimenti si tratterebbe di un'eliminazione dal *corpus iuris* del reato o delle condotte criminose sottoposte ad un'amnistia. Riguardo al limite spaziale di

⁷ Op.cit, Carullo, p. 257, Il Professor Carullo ritiene che la amnistia non è una istituzione nuova, bensì un veicolo strumentale che si utilizza fin da tempi remoti, o come lui stesso lo descrive: "*la storia del diritto lo mostra costantemente, fin dai tempi remoti*"

⁸ Risulta interessante a questo riguardo analizzare il data-base del Transitional Data Base Project, il quale categorizza brillantemente tutti i processi di giustizia transizionale fino adesso patteggiati al mondo o dove risulta evidente che l'amnistia sia finora il meccanismo più spesso usato al mondo. Per accedere al data base rivolgersi a: <http://www.tjdbproject.com>

⁹ Cfr, Carlo Federico Grosso, Marco Pelissero, Davide Petrini, Paola Pisa, *Manuale di diritto penale- parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2013. Nel manuale di diritto penale del Professor Pelissero si descrive l'amnistia nei seguenti termini: "Istituito un tempo inserito nell'ambito della cd. Clemenza sovrana, l'amnistia si colloca in una prospettiva diversa nel sistema delineato dalla Costituzione. Essa rappresenta una valvola di sicurezza con la quale è possibile fronteggiare situazioni eccezionali che richiedano di superare le 'normali' esigenze di repressione rei reati". p. 639

¹⁰ Cfr., Ntoubandi, F. Z. (2007). *Amnesty for crimes against humanity under international law*. Leiden: Martinus Nijhoff; Black, H. C., Nolan, J. R., & Nolan-Haley, J. M. (1990). *Black's law dictionary: Definitions of the terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern by Henry Campbell Black. 6th ed.* St. Paul, MN: West; Cassese, A. (2013). *Cassese's international criminal law*. Oxford: Oxford University Press; Cassese, A. (2013). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press.

¹¹ Riguardo al concetto di pacificazione il Professor Antolisei critica fortemente l'uso delle amnistie per i delitti comuni in Italia e ritiene che l'amnistia dovrebbe limitarsi ai delitti politici. Cfr., Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, Sedicesima Edizione (a cura di Luigi Conti), Giuffrè Editore, Milano, 2003 "(...)si sarebbero dovuti vietare senz'altro quei provvedimenti nei riguardi dei reati comuni, consentendoli solo per i delitti politici (intesi naturalmente in senso ampio), giacché unicamente per questi le esigenze della pacificazione sociale possono, in date circostanze, giustificare l'abbandono, da parte dello Stato, del potere-dovere di infliggere al reo la pena comminata dalla legge.", p. 767.

applicabilità dell'amnistia, essa si può soltanto svolgere nei confini sovrani dello Stato che la concede. Non esiste una sovra-territorialità della potestà di clemenza. Un quarto elemento particolare della sua natura è la limitatezza materiale riguardo ad un numero specifico e tassativo di reati su i quali si esercita e di persone su cui si possa esercitare. Non si deve confondere il fatto che l'amnistia sia astratta e generale con il fatto che riguardi un numero limitato di delitti¹² oppure che possa essere riconosciuta a chiunque. Finalmente, si deve capire che la clemenza sovrana ha un valore strumentale giacché nella maggior parte dei casi diviene un veicolo per ottenere un fine sociale superiore, così come definito magistralmente dal Professor Mario Trapani quando si riferisce alla pace come un diritto fondamentale al di sopra di qualsiasi altro¹³.

Per quanto ovvio possa sembrare, il primo elemento caratteristico delle amnistie è proprio quello che derivano da un atto giuridico e politico dello Stato. Giuridico in quanto atto formale e regolato dalla legge, politico in quanto viene preceduto da una decisione di carattere sociale e trasformativo. La potestà di clemenza non può essere concessa da un particolare individuo. Deve necessariamente essere garantita attraverso i meccanismi previsti nella costituzione o nella legge, ad eccezione delle amnistie che vengono riconosciute attraverso trattati di pace¹⁴, che comunque si concepiscono come amnistie sottoposte ad un meccanismo formale.

Se si parte dall'ipotesi che l'amnistia è la rinuncia a punire un reato¹⁵, l'unico modo in cui questo atto possa avere validità è che esso stesso sia definito dalla medesima autorità che in un primo momento ha inteso punire una determinata condotta. La potestà di rinunciare

¹² Fernando Mantovani, *Diritto Penale- parte generale*, IX edizione, Cedam Editore, Italia, 2015, p. 808

¹³ Cfr., Mario Trapani, *Derecho Penal Y Postconflicto. Pocas Palabras, Pero Claras, En Materia Del Recurso Al Derecho Y Al Proceso Penal Como Instrumentos Para Resolver Las Problemáticas Del Postconflicto En Colombia*, Cuadernos de Derecho Penal 18, ISSN: 2027-1743 Julio-diciembre 2017, p. 5

¹⁴ Cfr. Faustin Ntoubandi, *Amnesty for crimes against humanity under international law*. Martinus Nijhoff, Leiden, 2007.

¹⁵ Cfr. Francesco Palazzo, *Corso di diritto penale- parte generale*, Sesta edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2016 (619); Bartolomeo Romano, *Guida alla parte generale del diritto penale*, Cedam, Italia, 2009 (509)

all'azione penale deriva dalla stessa potestà di punire. Come regola generale, deve esistere una corrispondenza tra l'atto che eleva una condotta all'ambito del diritto penale e quello che solleva dalla responsabilità di essa. Allo stesso modo deve esistere identità tra l'autorità che esercita la facoltà punitiva dello Stato e quella che decide sulla clemenza di certe azioni.

Mantovani considera che l'amnistia *"(è) un provvedimento di clemenza generale astratto con cui lo Stato rinuncia all'applicazione della pena per determinati reati"*¹⁶. Si potrebbe dunque affermare che l'amnistia si fa derivare dallo *jus puniendi* dello Stato che talvolta si manifesta attraverso atti formali, astratti e generali, affinché l'effetto giuridico da essi derivati possa essere considerato legale e perciò vincolante. Qua ci si pone allora il problema della legalità riguardo agli atti rivolti all'estinzione della pena e del reato, problema che riguarda nella stessa maniera il diritto penale in generale. Mantovani considera che il problema della legalità si pone sull'applicazione di sanzioni o di reati non previsti previamente dalla legge¹⁷, dunque risulta evidente che si possa inferire che la stessa presunzione di legalità per le amnistie deriva dal medesimo atto, cioè ci si aspetta che esse siano previste dalla legge o da un atto formale di uguale natura riguardo a quello che ha creato il delitto in primo luogo. L'unica differenza tra la legalità nella creazione di un reato e l'estinzione del medesimo è che per il primo caso non è valida la retroattività mentre per il secondo si preclude la ultrattività.

Da un'altra parte Carullo sostiene che *"(l)la facoltà di clemenza, che è la rinuncia dello Stato alla potestà di punire, che è intervento dello Stato ad attenuare, a fermare o ad annullare la punizione del reato, ha la sua radice di legittimità nell'essere un supplementum justitiae, una valvola di sicurezza del diritto, un mezzo politico di pacificazione in determinati periodi di crisi o di tensione sociale. Sebbene questo jus aggrantiandi sia stato combattuto da molti scrittori, da Beccaria a Filangeri a Kant, Feurbach, Bentham, ecc., opera, in qualunque forma si manifesti, da supremo moderatore delle forze della legge e del giudicato; e la storia del*

¹⁶ Fernando Mantovani, *Diritto Penale- parte generale*, IX edizione, Cedam Editore, Italia, 2015, p. 808

¹⁷ Cfr. Fernando Mantovani, *Diritto Penale- parte generale*, IX edizione, Cedam Editore, Italia, 2015.

diritto lo mostra costantemente, fin dai tempi remoti, sotto la forma del extinctio accusationis, cioè l'amnistia, come oblio generale, e sotto la forma particolare di condono totale o parziale della pena inflitta per condanna del giudice."¹⁸ Questa magistrale definizione, che pur essendo stata scritta oltre 60 anni fa mantiene assoluta validità e pertinenza, conferma alcune nozioni già trattate previamente, come ad esempio e soprattutto, l'idea che l'amnistia è un atto esclusivo, straordinario e universale.

Non c'è dubbio sul fatto che la legalità di questa figura si fonda sulla natura dell'atto attraverso il quale si riconosce, ma anche sull'autorità dalla quale deriva, e cioè da un atto giuridico astratto e generale emanato dallo Stato, rispettivamente. A questo ci si riferisce quando si parla di esclusività, che talvolta riguarda anche la legalità e la legittimità degli effetti derivati dalla decisione di estinguere un reato o la sua esecuzione. Ma ci si riferisce anche all'esercizio esclusivo dello *jus puniendi* da parte dello Stato.

Riguardo alla straordinarietà dell'amnistia¹⁹, e qua ci riferiamo alla seconda caratteristica delle amnistie enunziata previamente, e cioè che essa rappresenta un'eccezione alla regola

¹⁸ Op.cit, Carullo, p. 257

¹⁹ In Italia la Corte Costituzionale riconosce nel legislatore ampia discrezionalità per definire che reati possono venire amnistiati, questo non riscontra con il fatto che essa debba essere eccezionale e che debba utilizzarsi per ottenere lo scopo di pacificazione sociale. Appunto sull'abuso di questa figura si riferisce pure il Professor Antolisei. Riguardo alla competenza riconosciuta dalla Corte Costituzionale Italiana al legislatore per concedere una amnistia, Cfr., Raffaele Bifulco e Alfonso Celotto e Marco Olivetti, *Commentario alla costituzione*, v. II, Utet Editore, Milano, 2006., "*Sul fronte giurisprudenziale va, invece, ricordato il costante orientamento seguito dalla Corte Costituzionale che ha riconosciuto ampia discrezionalità al legislatore nella scelta dei reati da amnistiare, nei consueti limiti della non palese arbitrarietà e che ha anche dovuto più volte verificare la conformità dei provvedimenti di amnistia e indulto, ora al principio di eguaglianza. Basti per tutte ricordare la più recente sentenza (298/2000) con la quale la Corte costituzionale ha deciso per la non fondatezza della questione di legittimità dell'art. 2 del d.p.r. 922/1953 (Concessione di amnistia ed indulto) promosso con ordinanza emessa il 30 novembre 1999 dalla Corte militare d'Appello nel processo penale a carico di Erich Priebke. Per valutare la legittimità della concessione di indulto a quanti abbiano fatto parte di formazioni armate e, segnatamente, la mancata estensione del provvedimento di clemenza agli appartenenti ai corpi militari (...) la Corte ha richiamato la propria giurisprudenza sulla sindacabilità delle leggi di amnistia (...) essa ha così ricordato che spetta al parlamento determinare la sfera dei reati ricompresi nel provvedimento di clemenza*", p. 1553; Cfr., Gabrio Forti e Sergio Seminara e Giuseppe Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Cedam Editore, Milano, 2017, "*... compete esclusivamente al legislatore la scelta del criterio di discriminazione tra reati amnistiabili e non e che le relative valutazioni di politica criminale non possono essere sindacate, salvo che ricorrano casi in cui la sperequazione normativa tra figure omogenee di reati assuma aspetti e dimensioni tali da non potersi considerare sorretta da alcuna ragionevole giustificazione; che la natura eccezionale dell'istituto stesso dell'amnistia, che comporta una deroga temporanea al principio*

generale di punibilità degli atti criminosi, Pelissero e Grosso considerano che la così detta clemenza sovrana *“si colloca in una prospettiva diversa nel sistema delineato dalla Costituzione. Essa rappresenta una valvola di sicurezza con la quale è possibile fronteggiare situazioni eccezionali che richiedano di superare le ‘normali’ esigenze di repressione dei reati”*²⁰.

Si era già visto che il concetto di valvola di sicurezza era stato adoperato da Carullo²¹ per riferirsi alla particolarità della amnistia, in quanto essa rappresenta la negazione dell’applicazione del diritto penale ordinario quando esso risulti contrario all’interesse dello Stato in determinate circostanze o, come lo definisce il Professor Veneziani, un atto di clemenza sottoposto ad un ragionamento di *“opportunità pubblica”*²². La difficoltà riguardo al carattere eccezionale dell’amnistia riposa nella definizione politica di quando e in quali circostanze debba applicarsi. Non esiste una soluzione pacifica riguardo a questo problema, giacché, come si è accennato previamente, dipende dalla disposizione sovrana di ogni Stato e dalle considerazioni riguardo alla pertinenza nell’uso dello strumento, che si dovranno analizzare caso a caso, tenendo sempre presente la convenienza o non convenienza riguardo alla temporale e parziale negazione del potere punitivo dello Stato mirato alla consecuzione di un bene o obiettivo socialmente desiderabile.

dell’eguale efficacia per tutti delle norme penali, fondata su ragioni che devono essere esse stesse eccezionali, fa sì che le scelte del legislatore circa i reati rispetto ai quali il beneficio viene concesso non possano essere sindacate alla luce di un semplice confronto tra fattispecie fondato sulla rispettiva gravità in astratto, quale espressa dalla commisurazione delle pene previste, ne potendosi ammettere che anche considerazioni legate alla diversità dei beni giuridici tutelati, a situazioni di fatto, alla diffusione dei vari reati, all’allarme sociale che essi suscitano, possano guidare il legislatore nella scelta del criterio di delimitazione dei reati amnistiabili; che, in presenza di una legittima decisione di concessione dell’amnistia, il principio di eguaglianza può operare solo all’interno dell’area circoscritta dalla scelta derogatoria del legislatore, impedendo nell’ambito di tale area, discriminazioni puramente arbitrarie non riconducibili ad alcuna ratio apprezzabile; e che pertanto, l’irragionevolezza di una esclusione può essere affermata solo in esito ad un rigoroso scrutinio che consenta di negare l’esistenza di ragioni giustificatrici di essa”, p. 939; Cfr., . Cost, 1997/272

²⁰ Carlo Federico Grosso, Marco Pelissero, Davide Petrini, Paola Pisa, *Manuale di diritto penale- parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 639

²¹ Op.cit, Carullo, p. 257

²² Paolo Veneziani, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, Tomo II, in, C. F. Grosso e T. Padovani e A. Pagliaro, *Trattato di diritto penale- parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2014: *“L’amnistia è un atto di clemenza, assunto mediante provvedimento generale ed astratto, con cui lo Stato, per ragioni di opportunità pubblica, rinuncia a perseguire o comunque a punire certi reati”*, p. 312

Infine, l'amnistia come una trasgressione alla regola generale di punibilità²³ ha un'accezione universale visto il fatto che è uno strumento riconosciuto sia a livello locale che internazionale²⁴ e concepito come un meccanismo utile al momento di affrontare circostanze particolarissime. L'universalità di questo meccanismo è stato pure affermato dalle Convenzioni di Ginevra, più specificamente dal Protocollo addizionale di 1977, dove si stabilì che dopo essersi concluso un conflitto armato o una guerra, gli Stati hanno l'obbligo di concedere le amnistie più ampie possibili ai partecipanti così come ai prigionieri di guerra²⁵. Questa regola si considera parte del diritto internazionale consuetudinario e rappresenta la giustificazione legale della maggioranza delle amnistie fino adesso concesse nell'ambito dei diversi processi di pace.

La terza caratteristica accennata riguardo alle amnistie si riferisce ai suoi limiti temporali e spaziali. Non sarebbe desiderabile nè pertinente, oltre che contrario alla legge, concedere un'amnistia senza considerare la sua temporalità. Risulta ovvio concludere che un'amnistia

²³ Cfr., Op.cit, Faustin Ntoubandi, *Amnesty for crimes against humanity under international law*. Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, "One of the basic requirements of justice is that criminal offenders must not be allowed to go unpunished. However, in peace-making processes, justice is not always the most viable option and many statesmen have given priority to the political goal of healing, reuniting and reconciling a society destroyed by years of hatred and conflicts. Therefore, this central idea of national reconciliation and reunification is usually advanced as the main purpose of amnesty (...) Like many post-political conflicts amnesties, the South African amnesty was the product of a political compromise, which later received legal validation from competent national authorities. However, like any other political enterprise of this kind, the South African indemnity system cannot be said to have been a perfect institution,(...) .Among these is the Constitutional Court's argument in the Azapo Case, which held that amnesty constitutes an exemption to peremptory norms of jus cogens and that an Act of Parliament takes precedence over such norms" Ch. 2

²⁴ Quando ci si riferisce al carattere internazionale si possono intendere già sia le amnistie che risultano da un trattato di pace riguardo ad un conflitto armato di carattere particolare, all'accordo tra due Stati riguardo al trattamento giuridico dei loro cittadini, oppure allo studio comparatistico dei diversi processi di pace al mondo dove l'amnistia sia stato lo strumento usato per risolvere la situazione giuridica di coloro coinvolti nella guerra. Di fronte a questo ultimo punto, vale la pena rivolgersi al data base del Transitional Justice Data Base Project: <http://www.tjdbproject.com>

²⁵ Cfr. United Nations. (n.d.). Protocol additional to the Geneva Conventions, 12 August 1949, relating to the protection of victims of non-international armed conflicts (Protocol II) (with Final Act of Diplomatic Conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts dates 10 June 1977 and resolutions adopted at the fourth session). Retrieved March 15, 2018, from https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume_1125/volume-1125-I-17513-English.pdf. Il testo originale della Convenzione è il seguente: Art.6(5): " At the end of hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, whether they are interned or detained".

che si estenda indefinitamente diviene una deroga automatica al reato all'intero del *corpus juris*. La natura di questi provvedimenti, che si sono già definiti anteriormente come eccezionali e derivanti da circostanze particolari di interesse pubblico, riposa giustamente sul fatto che essi intendono, in un determinato momento della storia, risolvere dette circostanze rilevando un determinato reato o fermando l'esecuzione di una pena. Nonostante non esista a livello internazionale, e molto meno a livello domestico, un'unica forma di concedere questi provvedimenti, quello che invece risulta comune è il fatto che l'atto formale, sia legge o trattato, oltre che ad essere generale ed astratto, deve definire chiaramente i limiti della sua applicazione. Carullo, nella sua definizione di amnistia, si riferisce a questa come a un meccanismo utilizzato "*in determinati periodi di crisi o di tensione sociale*"; supponendo che i reati non variano, quello che cambia sono le specifiche circostanze di un periodo. In altre parole, uno stesso delitto commesso in un determinato contesto politico e temporale può astrarsi dal giudizio penale, il che è ben diverso dal dire che in un altro momento non possa essere punito.

Il carattere temporale delle amnistie diventa evidente se si pensa a casi concreti. Si consideri ad esempio il caso del Sudafrica, dove questo meccanismo è stato adoperato per far fronte a delitti commessi durante l'apartheid²⁶. Uno degli elementi caratteristici dell'amnistia risultante dalle trattative tra la NRA ed il Governo di LeClerk è stato proprio quello di definire che sarebbero stati considerati i reati da ambedue le parti fino al momento di firmare l'accordo di pace. Si deduce allora che i delitti commessi con posteriorità alle trattative sarebbero stati indagati e puniti dalla giurisdizione ordinaria. In altre parole, non si presume un valore di ultrattività sui benefici concessi attraverso l'amnistia.

²⁶ Cfr., Op.cit, Faustin Ntoubandi, *Amnesty for crimes against humanity under international law*. Martinus Nijhoff, Leiden, 2007. L'autore segnala che i delitti che sono stati amnistiati per parte della commissione della verità risultante dall'accordo di pace in Sudafrica, si limitavano ai reati commessi durante l'apartheid e che in circostanze normali sarebbero stati giudicati come delitti contro l'umanità. "*Due to its political origin, the South African amnesty process was limited in scope and object: that of fulfilling the political goal of reconciliation through truth telling. Such a limitation had a negative impact on the nature of the power of the TRC, as well as on the definition of the crimes in respect of which amnesty was to be granted. This resulted in amnesty being granted for acts which, in normal circumstances, would be qualified as crimes against humanity.*" Ch. 6.

Il principio di non ultrattività²⁷ riguardo alle amnistie viene anche riconosciuto dalla dottrina internazionale. Si presume che la clemenza sovrana può concedersi solamente per reati commessi nel passato²⁸. Faustin Ntoubandi ritiene che le amnistie si possono concepire come atti di *tabula rasa* riguardo a delitti già consumati, rinforzando l'idea che sarebbe contrario alla consuetudine del diritto internazionale concederla per delitti ancora non commessi²⁹.

Una difficoltà riguardo alla temporalità dell'amnistia, ma ben diversa da quella fino adesso descritta, deriva dalla particolarità stessa di certi reati oggetto della clemenza. Non a caso il Professor Veneziani ritiene problematico il caso dei delitti permanenti, in effetti sostiene che *“(p)articolarmente spinosa è l'ipotesi del reato permanente, che presuppone una compressione prolungata nel tempo del bene giuridico tutelato dalla norma penale. In tal caso, il tempo del commesso reato verrà a coincidere con il momento in cui viene meno la condotta di mantenimento dello stato antiggiuridico, ovvero con la cessazione della permanenza, secondo il medesimo criterio espressamente previsto in tema di prescrizione del reato. Peraltro, non è sempre agevole stabilire quando la permanenza possa dirsi*

²⁷ Il Professor Anolisei riconosce questo principio di non ultrattività delle amnistie. Cfr., Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, Sedicesima Edizione (a cura di Luigi Conti), Giuffrè Editore, Milano, 2003 (pp. 126, 766) *“(…)A questo grave inconveniente cerca di ovviare la Carta Costituzionale, stabilendo all'art. 79, come sostituito dall'art. 1 della legge cost. 6 marzo 1992, n. 1, che “amnistia e l'indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi di componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale”; non senza aggiungere nel secondo capoverso che “non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge”*, p. 767.

²⁸ Cfr., Black, H. C., Nolan, J. R., & Nolan-Haley, J. M. (1990). *Black's law dictionary: Definitions of the terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern by Henry Campbell Black. 6th ed.* St. Paul, MN: West. *“A sovereign act of pardon and oblivion for past acts, granted by a government to all persons (or to certain persons) who have been guilty of crime or delict, generally political offenses.”*; Cassese, A. (2013). *The Oxford companion to international criminal justice.* Oxford: Oxford University Press, p. 243: *“Amnesty can be defined, in simple terms, as a sovereign act of forgiveness for past offences, most often granted to a group of persons as whole.”*

²⁹ Cfr., Op.cit, Faustin Ntoubandi, *Amnesty for crimes against humanity under international law.* Martinus Nijhoff, Leiden, 2007 *“The word amnesty is derived from the Greek word amnestia or amnesis, which means forgetfulness, oblivion, or to lose memory. It is an act of sovereign power designed to apply the principle of tabula rasa to past offences, usually committed against the State, in order to end proceedings already initiated or that are to be initiated, or verdicts that have already been pronounced.”*

cessata”³⁰. A differenza di altri delitti dove la consumazione del reato è già accaduta al momento di promuovere l’amnistia, per i delitti permanenti lo strumento di clemenza verrebbe utilizzato durante l’esecuzione del delitto, contraddicendo il principio anteriormente esposto, cioè la proibizione di dare effetto di ultrattività all’amnistia.

Si riflette inoltre sulla validità delle amnistie riguardo alla possibilità di estenderle ai delitti connessi al reato principale³¹, così come alle sue aggravanti. Il Professor Antolisei sostiene

³⁰ Paolo Veneziani, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, Tomo II, in, C. F. Grosso e T. Padovani e A. Pagliaro, *Trattato di diritto penale- parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, p. 312. Nota tenuta dall’autore: “In tema di reato permanente, Cass., Sez. VI, 21 febbraio 1991 (dep. 20 settembre 1991), n. 9820, Pasquin, Rv. 188395 ha affermato che “L’accertamento della permanenza nel reato, nel caso in cui non sia stata contestata la cessazione del perdurare della condotta antiggiuridica, costituisce un preciso obbligo del giudicante in vista della eventualità dell’applicazione dell’amnistia e della conseguente declaratoria di estinzione del reato, ammissibile soltanto se risulti che la consumazione del reato sia venuta meno anteriormente al termine di efficacia del procedimento di clemenza”. Posto ciò, si tratta appunto di chiarire quando possa dirsi cessata la permanenza, tema espressamente affrontato dalla Suprema Corte proprio con riguardo all’applicabilità dell’amnistia. Secondo Cass. Sez. I, 8 aprile 2008 (dep. 24 aprile 2008), n. 17265, Zavettieri, Rv. 239628: “la pronuncia della sentenza di primo grado segna il termine ultimo e invalicabile della protrazione della permanenza del reato, in quanto la condotta futura dell’imputato trascende necessariamente l’oggetto del giudizio”. Analogamente, Cass., Sez. I, 21 novembre 1995 (dep. 1 febbraio 1996), n. 1174, Corrente, Rv. 205004: “In caso di reato permanente, ove la cessazione della permanenza non sia specificata nel capo di imputazione e merga la continuazione della condotta anche nel corso del giudizio di primo grado, è possibile l’affermazione di responsabilità anche in relazione a tali ultime condotte senza la necessità di procedere a contestazione suppletiva e la permanenza deve ritenersi cessata solo con la condanna di primo grado”

³¹ Su questo punto risulta interessante la posizione del Professor Gallo, il quale ritiene che al momento di considerare che reati debbano essere coperti dalla amnistia, è preciso includere sia il delitto principale così come i delitti accessori. Cfr., Marcello Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. IV, *Della estinzione del reato e della pena*, G. Giappichelli Editore, 2006, Torino. “*Ci si chiede se, ai fini dell’applicazione dell’amnistia, debba tenersi conto unicamente del reato nella sua forma semplice o se vadano prese in considerazione anche le circostanze che eventualmente accompagnino il reato stesso. Fissiamo, innanzitutto, l’area nell’ambito della quale questo problema si pone. Il provvedimento dell’amnistia può, in astratto, essere redatto secondo due distinte tecniche. Può specificare i tipi di reato, il nomen juris delle figure criminose alle quali l’amnistia è volta (previsione qualitativa positiva), oppure, senza riguardo alla tipologia dei reati cui l’amnistia è applicabile, limitarsi a stabilire il massimo di pena edittale entro i confini della quale l’amnistia è operante (previsione quantitativa positiva). Diciamo che i due criteri cui si è fatto cenno sono prospettabili, quali dialetticamente contrapposti, in via meramente ipotetica. In concreto, è frequente l’adozione di un criterio misto: alla previsione di una categoria generale di reati, possibili oggetto di amnistia, si aggiunge la specificazione che i reati che rispondono a questa tipologia sono amnistiabili solo se la sanzione comminata non superi un dato massimo. Così, ad esempio, il d.p.r. 28 febbraio 1948, n. 138. A tale tecnica, che potremmo definire combinatoria, si affianca quella cumulativa, che associa, nello stesso provvedimento, i due criteri. Si dispone l’estinzione dei reati che rispondono ad un certo nomen juris e, accanto a questa previsione, è stabilito che è amnistiato anche ogni altro reato la cui pena non vada oltre il limite indicato. In caso di adozione pura e semplice del criterio quantitativo, il criterio qualitativo viene in rilievo se nel provvedimento di amnistia sia detto che il beneficio non trova applicazione, per ragioni di politica legislativa che possono essere le più diverse, rispetto a certi, determinati reati. Quando è adottata la tecnica della previsione qualitativa positiva, la questione circa la*

che “(p)er l’applicazione dell’amnistia si deve considerare la pena astrattamente comminata per i reati contemplati nel provvedimento (la c.d. pena edittale). È controverso se si debba tener conto delle cause e circostanze di aggravamento o di diminuzione della pena (recidiva, minore età, seminfermità di mente, ecc.). Le più recenti amnistie hanno disposto esplicitamente a tale proposito. Verificandosi concorso di reati, l’amnistia si applica ai singoli reati per i quali è stata concessa, mentre nel caso del reato continuato, come si è avuto occasione di notare, il reato, stesso si scinde: nel beneficio sono compresi i fatti compiuti in precedenza e ne restano esclusi gli altri.”³² Risulta interessante rilevare che Antolisei sostiene che riguardo ai delitti continuati, l’amnistia trova un limite temporale che viene dato dal momento in cui si riconosce l’amnistia, e cioè, non si includono gli atti commessi con posteriorità al riconoscimento della clemenza.

Le amnistie non solo hanno limiti temporali ma anche spaziali. La clemenza sovrana possiede effetti giuridici soltanto nel territorio dello Stato che le concede. Questa caratteristica sembra ovvia nel contesto dei reati ordinari commessi all’interno di una determinata giurisdizione e non porrebbe problemi di sicurezza giuridica per i suoi beneficiari. Si pensi alle amnistie che vennero riconosciute tramite legge in Italia per alleggerire il sistema penitenziario³³. Per coloro a cui l’esecuzione della pena è stata

rilevanza delle circostanze non ha ragion d’essere. Il reato circostanziato è una variante, più esattamente: un modo di realizzazione, del reato semplice.”, pp. 31-33

³² Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, Sedicesima Edizione (a cura di Luigi Conti), Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 769.

³³ Anche se in Italia non esistono restrizioni riguardo a che delitti si possa concedere l’amnistia, il suo uso sproporzionato è stato fortemente criticato. Cfr., Giovanni Luca Perdonò, *Le vicende della punibilità*, in, Aa.Vv (Cadoppi, Canestari, Manna, Papa), *Trattato di diritto penale- parte generale III- punibilità e le conseguenze del reato*, Utet Editori, Milano, 2014, pp. 269-270. “Il frequente ricorso che nel nostro Paese si è fatto allo strumento dell’amnistia, o dell’indulto, ha attirato gli strali della dottrina che, non a torto, ha più volte manifestato notevole diffidenza nei confronti dei provvedimenti di clemenza, a causa dell’uso distorto degli stessi quali mezzi di deflazione del carico giudiziario e delle condizioni di sovraffollamento penitenziario. In tale prospettiva, infatti, il ricorso alla clemenza ne ha trasformato la natura da strumento straordinario, legato a necessità di pacificazione sociale a causa del passaggio “epocale” da un assetto politico-istituzionale ad una nuova fase storica dopo un periodo di conflitti sociali, in espediente di gestione dell’incapacità del sistema penale da parte delle istituzioni preposte all’amministrazione della giustizia”. Il Professor Antolisei pure critica l’uso sproporzionato dell’amnistia in Italia per questioni non di carattere politico; Cfr., Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, Sedicesima Edizione (a cura di Luigi Conti), Giuffrè Editore, Milano, 2003 (pp. 126, 766), p. 767: “Questi tre istituti (riferendosi all’amnistia, all’indulto e alla grazia), che andavano sotto il nome di “clemenza sovrana”, costituiscono le cause di estinzione della punibilità più discusse dal punto

sospesa, si presume la legalità della clemenza e i suoi effetti giuridici, dunque, non corrono alcun rischio di fronte ad altre giurisdizioni riguardo alla possibilità di essere puniti per lo stesso delitto che venne perdonato.

Il vero problema si presenta con i delitti di carattere internazionale, ovvero i reati riconosciuti e condannati dalla comunità internazionale, verbigrazia il genocidio, i crimini di guerra e i delitti di lesa umanità. Per questi reati la competenza rispetto all'indagine trascende le frontiere nazionali dello Stato nel quale i delitti vengono commessi³⁴. Essi possono essere puniti sia da tribunali internazionali, sia da altre giurisdizioni domestiche³⁵

di vista politico. Di esse, e specialmente delle prime due, si è fatto in Italia un grande abuso che ha nuociuto non poco alla serietà della giustizia. Le pene solennemente inflitte dai giudici nelle sentenze di condanna sono state rese illusorie da amnistie e indulti concessi ad ogni piè sospinto, spesso in occasioni di futili eventi e ricorrenze e talvolta anche con lo scopo di sovvenire al sovraccarico degli uffici giudiziari e di sfollare le carceri!", vedere pure, Nota tratta direttamente dal testo: Cfr. Frisoli, *Amnistia e indulto nella vigente legislazione penale*, Milano 1933; Mola, *Amnistia indulto e grazia*, in *Riv. dir. penit.* 1939, 1304; Santangelo, *L'amnistia come causa estintiva della pretesa punitiva*, in *Giust. pen.* 1947, II, 641; Id., *L'estinzione del reato nel momento processuale*, Napoli 1948; Cordero, *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, Milano 1957; Jannitti Piromallo, *Amnistia e indulto*, in *Novissimo Digesto Ital.*, Torino, v.I, 1, 1957, 577 ss.; Dell'Andro, *Amnistia*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, v.II, 1958, 306 ss.; Tesaurò, *Il potere di amnistia e indulto nell'ordinamento attuale*, in *Foro pen.* 1958, 438; Pioletti, *Osservazioni sugli istituti dell'amnistia e dell'indulto*, in *Riv. pen.* 1960, I, 65 ss.; Piraino Leto, *Amnistia e indulto*, Milano 1960; G. Zagrebelsky, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano 1974; Id., *La Corte Costituzionale e l'amnistia*, in *Giur. cost.* 1974, 528; Kostoris, *Amnistia e indulto*, Padova 1978; Marini, *Amnistia e indulto*, in *Novissimo Digesto Ital. Appendice*, v.I, 1980, 298 ss.; Mazzacuva, *Il principio della difesa sociale e i provvedimenti di clemenza*, Bologna 1983; Gemma, *Principio costituzionale di eguaglianza e remissione della sanzione*, Milano 1983; Del Re, *Limiti costituzionali e di ragione ai provvedimenti di amnistia*, in *Indice. pen.* 1986, 735; Petrone, *Costanti e variabili nei provvedimenti di clemenza*, in *Cass. pen.* 1986, 851; Marini, *Amnistia e indulto nel diritto penale*, in *Digesto pen.*, v.I, 1987, p. 135 ss.; Gemma, *Clemenza (profili costituzionali)*, in *Digesto pubbl.* v.III, 1989, 145; Pizzorusso, *Limiti all'amnistia con il nuovo codice di procedura penale?*, in *Corriere giur.* 1989, 211; Fassone, *Amnistia e indulto (profili processuali)*, in *Digesto pen.*, vol. IV, 1990, 474; Pacileo, *La rilevanza della legge successiva più favorevole nell'applicabilità dell'amnistia*, in *Cass. pen.* 1990, I, 2096; Maiello, *La clemenza tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it.* 1992, 1029; Insolera, *I "moderni condoni" tra prassi legislative e codificazioni*, in *Riv. it.* 1994, 1305; Pacileo, *Amnistia e indulto. Profili processuali*, in *Digesto pen.*, v.IX, 1995; Quaritsch, *Giustizia polica*, Milano 1995; Montanini, *Amnistia e indulto (dir. pen.)*, in *Encicl. giur. Treccani*, v.II, 1996.

³⁴ Cfr., Op.cit., Cassese, A. (2013). *Cassese's international criminal law*. Oxford: Oxford University Press; Cassese, A. (2013), p. 315. "There is not yet any general obligation for States to refrain from amnesty laws on these crimes. Consequently, if a State passes any such law, it does not breach a customary law. Nonetheless if a Court of another State having in custody persons accused of international crimes decide to prosecute them although in their national State they would benefit from amnesty law, such Court would not thereby act contrary to general international law, in particular in the principle of respect of sovereignty of other States."

³⁵ Cfr., Op.cit., Cassese, A. (2013). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, p. 243. "However there is a trend towards considering amnesties incompatible with

in virtù del principio di giurisdizione universale³⁶. In questi casi, l'amnistia ha unicamente effetti giuridici all'interno delle frontiere dello Stato clemente. Sono noti i casi in cui giurisdizioni foranee hanno iniziato indagini per delitti previamente amnistiati. Si pensi al caso più conosciuto: Pinochet. Attraverso una riforma costituzionale il parlamento Cileno concesse il perdono per i delitti commessi durante la dittatura di Pinochet. Anni dopo, Baltazar Garzón, facendo uso del diritto internazionale consuetudinario e del principio di giurisdizione universale ne chiese l'estradizione disconoscendo la clemenza che gli era stata garantita dal suo governo.

La quarta caratteristica delle amnistie concerne i limiti riguardo ai delitti e alle persone che possono essere oggetto di questo strumento. Come suggerisce il Professor Padovani, *"I reati per i quali è concessa l'amnistia sono identificati dal singolo provvedimento di clemenza mediante l'utilizzazione di più criteri, di regola contemporaneamente enunciati."*³⁷ Più avanti si approfondiranno i limiti generali delle amnistie; per adesso, basta dire che non tutti i delitti, nè qualsiasi persona, rientrano nel *jus agratiandi*.

Sebbene ogni sistema giuridico, compreso il diritto internazionale³⁸, definisca le proprie regole per concedere un'amnistia, l'atto formale attraverso il quale si stabilisce deve identificare chiaramente i reati oggetto dello strumento e dunque, indirettamente, i suoi destinatari. In Italia, ad esempio, si deve determinare sia il *nomen juris* oppure il massimo

international crimes, which emerges from a number of relevant decisions by international criminal tribunals, human rights courts and domestic courts"

³⁶ Cfr., United Nations Commission on Human Rights. (1999). *Report on the 55th session*. Retrieved March 8, 2018, from <http://www.un.org/documents/ecosoc/docs/1999/e1999-23.pdf>; Cfr., ECHR, CASE OULD DAH v FANCE (European Court of Human Rights March 17, 2009), <http://www.refworld.org/cases,ECHR,49d474a12.html>

³⁷ Tullio Padovani, *Codice Penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, p.977

³⁸ Cfr. Op.cit, Faustin Ntoubandi, *Amnesty for crimes against humanity under international law*. Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, Ch. 2. *"Amnesty laws enacted at the end of civil war, insurrection or political turmoil are generally limited to the so-called political offences committed in the course of these conflicts. However, they may extend to certain ancillary offences usually referred to in amnesty clauses as related common or ordinary crimes (...) Amnesty generally covers persons who have committed offences in the course or in relation to a specific conflict. While amnesty clauses in international peace treaties tend to exclude common crimes from their operation, some domestic amnesties do not differentiate between political crimes and common crimes; it is sufficient that the crime was committed in the course of the conflict"*

della pena edittale. Questa posizione è sostenuta dal Professor Gallo³⁹ e anche da Gianluca Perdonò, il quale sostiene che *“Il provvedimento di amnistia può essere redatto secondo due distinte tecniche. Può specificare i tipi di reato, il nomen iuris delle figure criminose a cui l’amnistia è volta, così dando luogo ad una previsione qualitativa positiva, oppure, senza riguardo alla tipologia dei reati cui l’amnistia è applicabile, limitarsi a stabilire il massimo di pena edittale entro cui far operare l’amnistia, in base ad una previsione quantitativa positiva. In concreto, inoltre, è frequente l’adozione di un criterio misto, nel momento in cui, alla previsione di una categoria generale di reati, si aggiunge la specificazione che i reati che rispondono a questa tipologia sono amnistiabili solo se la sanzione comminata non superi un dato limite. A tale tecnica di tipo combinatorio, infine, si affianca una di tipo cumulativo, che, nel medesimo provvedimento di clemenza, dispone l’estinzione dei reati con nomen iuris e, contestualmente, stabilisce che è amnistiato ogni altro reato la cui pena non superi la soglia indicata per legge.”*⁴⁰ La generalità ed il carattere astratto dell’atto giuridico di clemenza, sia una legge o un trattato, vuole prevenire un beneficio *ad personam*, il che è ben diverso dal voler dire che non si debba delimitare l’estensione dei suoi effetti giuridici.

In Sudafrica -che pur oggi risulta un esempio paradigmatico perché anche se si è svolto in un contesto domestico permane come un importante punto di riferimento internazionale- il trattato di pace che diede origine alla commissione della verità definì i reati e le persone che potevano essere amnistrate. In quell’opportunità si trattò di tutti i delitti commessi con un obiettivo politico. Allo stesso tempo, escluse dal beneficio di clemenza tutti coloro che agirono per un interesse personale ed economico.⁴¹

³⁹ Cfr., Marcello Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. IV, *Della estinzione del reato e della pena*, G. Giappichelli Editore, 2006, Torino. *“Il provvedimento dell’amnistia può, in astratto, essere redatto secondo due distinte tecniche. Può specificare i tipi di reato, il nomen iuris delle figure criminose alle quali l’amnistia è volta (previsione qualitativa positiva), oppure, senza riguardo alla tipologia dei reati cui l’amnistia è applicabile, limitarsi a stabilire il massimo di pena edittale entro i confini della quale l’amnistia è operante (previsione quantitativa positiva).”*, p. 31.

⁴⁰ Giovanni Luca Perdonò, *Le vicende della punibilità*, in, Aa.Vv (Cadoppi, Canestari, Manna, Papa), *Trattato di diritto penale- parte generale III- punibilità e le conseguenze del reato*, Utet Editori, Milano, 2014, p. 275

⁴¹ Cfr. Op.cit., Faustin Ntoubandi, *Amnesty for crimes against humanity under international law*. Martinus Nijhoff, Leiden, 2007 , p. 162: *“South African amnesty has a distinctive feature in that it was not based on oblivion or forgetfulness. Instead, it was based on the concept of “full disclosure” of past wrongs so as to allow all South Africans to remember, and not forget, the crimes committed in the past. In addition to giving full*

Per quanto riguarda la definizione di coloro che possono essere amnistiati, occorrono pure le delimitazioni. In Italia, ad esempio, per regola generale l'amnistia non può essere fruita da recidivi. Per dirlo con le parole di Palessero e Grosso "(p)ur essendo potenzialmente applicabile a tutti gli autori dei reati contemplati l'amnistia è fruibile da recidivi e delinquenti abituali o professionali solo qualora la legge concessiva lo preveda espressamente"⁴². Nel caso della Colombia i limiti sono ancora più evidenti in quanto si consente unicamente l'amnistia per delitti politici. D'altra parte nel diritto internazionale, non possono essere concessi atti di grazia ai maggiori responsabili di certi delitti. Questi sono soltanto alcuni esempi che dimostrano che questo strumento, in quanto eccezionale, è di natura limitata.

L'ultima particolarità dell'amnistia è il suo carattere strumentale, giacché serve come veicolo, o come lo definisce il Professor Carullo, una "valvola di sicurezza del diritto (...) in

account of his crimes, the applicant had to convince the Amnesty Committee that he was acting in support of a publicly known political organization, the State or in furtherance of a coup d'état, and that his acts, omissions or offences had a political objective and was committed in the course of the conflict of the past."

Scope of amnesty Amnesty Act:: "Any acts, omissions or offences associated with political objectives".

"However, the act excluded privately motivated offences, by not including in its ambit any act, omission or offence committed:

For personal gain. Out of personal malice, ill-will." Determining if an conduct served a political objective:

"In determining whether a particular act, omission or offence is associated with a political objective, the Committee on Amnesty applied the Norgaard principles,⁶² which include the following criteria:

- a.) The motive of the person who committed the act, omission or offence;*
- b.) The context in which the act, omission or offence took place, and in particular whether the act, omission or offence was committed in the course of or as part of a political uprising, disturbance or event, or in reaction thereto;*
- c.) The legal and factual nature of the act, omission or offence, including the gravity of the act, omission or offence;*
- d.) The object or objective of the act, omission or offence, and in particular whether the act, omission or offence was primarily directed at a political opponent or State property or personnel or against private property or individuals;*
- e.) Whether the act, omission or offence was committed in the execution of an order of, or on behalf of, or with the approval of, the organisation, institution, liberation movement or body of which the person who committed the act was a member, an agent or a supporter; and*
- f.) The relationship between the act, omission or offence and the political objective pursued, and in particular the directness and proximity of the relationship and the proportionality of the act, omission or offence to the objective pursued."*

⁴² Op.cit., Carlo Federico Grosso, Marco Pelissero, Davide Petrini, Paola Pisa, *Manuale di diritto penale- parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 640.

determinati periodi di crisi o di tensione sociale"⁴³. Precede l'amnistia una situazione politica o sociale che non può essere risolta attraverso il diritto penale comune. Talvolta si usa pure come un meccanismo di *ultima ratio*, in periodi di guerra, come meccanismo per ottenere la pace o la stabilità sociale e istituzionale di un paese, come succede attualmente nella Colombia.

Il dibattito che si pone oggi non è sull'efficacia dell'amnistia come strumento di pacificazione, ma piuttosto su fin dove è possibile farne uso quando i reati che si vogliono amnistiare possono essere condannati da tribunali internazionali o da giudici foranei disconoscendo la validità dell'atto di clemenza sovrano. Il Professor Trapani suggerisce che l'amnistia, almeno nel caso Colombiano, compie un obiettivo superiore e al di sopra di qualsiasi considerazione dogmatica del diritto internazionale, e cioè il raggiungimento della pace, che non è altro che il fine stesso del diritto⁴⁴.

Fino a questo punto si è detto che l'amnistia è un atto di Stato attraverso il quale si cerca una pacificazione politica o sociale attraverso la rinuncia all'azione penale o la sospensione della pena. Questo atto ha delle caratteristiche particolari: è un atto di sovranità in capo allo Stato; è un'eccezione all'applicazione dello *jus puniendi*; ha un limite temporale e spaziale; anche se si riconosce attraverso una legge, o un trattato, generali ed astratti si

⁴³ Op.cit., Vincenzo Carullo, La costituzione della Repubblica *Italiana*, Cesare Ruffi Editore, Bologna, 1950, p. 257

⁴⁴ Mario Trapani, DERECHO PENAL Y POSTCONFLICTO. POCAS PALABRAS, PERO CLARAS, EN MATERIA DEL RECURSO AL DERECHO Y AL PROCESO PENAL COMO INSTRUMENTOS PARA RESOLVER LAS PROBLEMÁTICAS DEL POSTCONFLICTO EN COLOMBIA, Cuadernos de Derecho Penal 18, ISSN: 2027-1743. "*La previsión de una amnistía general y total de todos los crímenes, incluso internacionales, cometidos en el curso del conflicto armado interno en Colombia por más de 50 años es, como es evidente, una elección indiscutiblemente política, que, por la "excepcionalidad" de la situación que la determina, responde, ante todo, a una lógica de "razón de Estado", como igualmente lo hace cada forma de "justicia transicional". Elección que, en cuanto fruto de una asunción de "responsabilidad política" por parte de las expresiones políticas de la entera sociedad, puede también ir contra los comunes sentimientos de "justicia" y el mismo derecho común vigente; lo que es posible, puesto que la "política", en cuanto "fuente" del "derecho" (como de la "guerra"), responde no a una lógica jurídica sino solo a la "razón de Estado". La "política", en una situación "excepcional" como es precisamente la búsqueda de la paz después de un conflicto armado que ha durado más de 50 años, se debe reapropiar de su rol "natural" cual "fuente originaria" del derecho.*", p. 136.

devono definire chiaramente i reati e i destinatari della clemenza; e per finire, ha un valore strumentale e politico.

Di seguito si svilupperà un'analisi della dottrina e giurisprudenza nel diritto internazionale per capire il modo in cui le amnistie si applicano e quali sono i limiti alla concessione di esse.

L'amnistia nella dottrina e nella giurisprudenza del diritto internazionale

Si è già visto che l'amnistia è un atto politico di pacificazione che comporta l'estinzione del reato o della pena. Si è altrettanto indicato che questo strumento possiede delle caratteristiche particolari, una delle quali è la sua eccezionalità, e cioè la presunzione del suo uso ristretto a circostanze particolarissime. Per ultimo si ritiene che pur essendo il risultato della sovranità di ogni Stato, essa comporta dei limiti di diverso tipo, generalmente associati a considerazioni di tecnica legislativa. Nonostante ciò, lo sviluppo del diritto internazionale poco a poco ha cominciato a ridurre la capacità degli Stati di concedere clemenze sovrane, soprattutto quando riguardano delitti internazionali o gravi violazioni dei diritti umani.

Nel passato recente l'amnistia ha rappresentato il meccanismo più efficace, usato ed accettato persino dalla comunità internazionale per far fronte a guerre civili o dittature e così poter garantire la pace e la democrazia. Basti ricordare il caso già citato del Sudafrica, dove i maggiori responsabili dei reati commessi durante l'apartheid furono amnistiati dalla commissione della verità costituitasi dopo le trattative di pace nel 1994. Il caso Sudafricano si somma ad oltre 700 modelli di amnistia che dal 1970 vennero utilizzati nei diversi processi di giustizia transizionale nel mondo⁴⁵.

⁴⁵ Cfr., Transitional Justice Data Base Project, <http://www.tjdbproject.com>. Questo numero risponde al numero totale di strumenti considerati come amnistie. Certi paesi possono riportare più di uno strumento. Autori come Reiter e come Dancy, ritengono che per conflitti armati il numero di amnistie concesse dal 1970 e dal 1946 sono 236 e 822 rispettivamente. Cfr., Reiter, A. (2014). Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict. *Israel Law Review*, 47(1), 133-147.

Sebbene non vi siano dubbi riguardo al diritto di ogni Stato di rinunciare all'esercizio dello *jus puniendi* per ragioni sociali o politiche, la sua capacità trova limiti laddove si consideri che l'amnistia sia utilizzata per garantire l'impunità di delitti atroci. Le frontiere del diritto internazionale si estendono oltre le frontiere dello Stato restringendo il suo potere di fronte all'oblio di certi delitti. Pur non esistendo ancora meccanismi per obbligare gli Stati ad indagare su certe condotte, la creazione della Corte Penale Internazionale, nonché la proliferazione di indagini da parte di altre giurisdizioni sulla base del principio di giurisdizione universale, fanno sì che ogni volta risulti più difficile riconoscere amnistie per certi delitti⁴⁶.

Uno dei casi più controversi del secolo scorso è stato il processo Eichmann. La Corte Suprema di Israele, creata dopo la Seconda Guerra Mondiale⁴⁷, e cioè in esercizio di funzioni con carattere retroattivo, ritenne che i delitti commessi da parte di Eichmann risultavano prescritti non solo dalla legge Israeliana ma anche dal diritto internazionale, e che lo stesso diritto internazionale attraverso la sua pretesa di universalità concedeva l'autorità a qualunque giudice di indagare e condannare i responsabili di delitti contro l'umanità⁴⁸. In quell'opportunità la Corte fece uso del principio di giurisdizione universale, tra l'altro

doi:10.1017/S0021223713000290; Cfr., Dancy, G. (2018). Deals with the devil? conflict amnesties, civil war, and sustainable peace. *International Organization*, 72(2), 387-421. doi:http://dx.doi.org.ezp-prod1.hul.harvard.edu/10.1017/S0020818318000012

⁴⁶ Cfr., Roht-Arriaza, N. (2015). After amnesties are gone: Latin american national courts and the new contours of the fight against impunity. *Human Rights Quarterly*, 37(2), 341-382,576. Retrieved from <http://search.proquest.com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/docview/1684204770?accountid=11311>

⁴⁷ Israele fù riconosciuto come Stato nel 1948 dopo che le Nazioni Unite adottasse la Risoluzione 181 di 1947 raccomandando la creazione dello Stato di Israele e Palestina. Cfr., A/RES/181(II) 29 November 1947, <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/7F0AF2BD897689B785256C330061D253>

⁴⁸ Cfr., Corte Suprema di Israele, Attorney General of Israel vs Eichmann (December 11, 1961), http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Israel/Eichmann_Judgement_11-12-1961.pdf Il Tribunale ritenne: "The abhorrent crimes defined in this Law are not crimes under Israeli law alone. These crimes which stuck at the whole of mankind and shocked the conscience of nations itself. Therefore, so far from international law negating or limiting the jurisdiction of countries with respect to such crimes, international law is, in the absence of an International Court, in need of the judicial and legislative organs of every country to give effect to its criminal interdictions and to bring the criminals to trial. The jurisdiction to try crimes under international law is universal."

previsto nella Convenzione contro il Genocidio⁴⁹ e le Convenzioni di Ginevra del 1949, per svolgere l'indagine e posteriormente imporre la condanna di morte a Eichmann.

Malgrado attualmente si consideri contrario al diritto internazionale consuetudinario il riconoscimento di amnistie generali per gravi violazioni dei diritti umani, esso non vuol dire che questo strumento abbia perso utilità o che venga precluso dagli ordinamenti nazionali. Basta vedere il caso Colombiano, dove si prevede il riconoscimento dell'amnistia e dell'indulto per delitti politici e delitti connessi.

In questa sezione si tratteranno alcune delle posizioni più significative della dottrina del diritto internazionale, così come lo sviluppo della dottrina all'interno delle Nazioni Unite. Risulterà illustrativo altrettanto mostrare qual è la posizione di diversi tribunali internazionali riguardo alla figura dell'amnistia e dei suoi limiti.

Alcuni appunti di dottrina nel diritto internazionale

La definizione di amnistia nel diritto internazionale, o almeno quella sostenuta dalla gran maggioranza dei dottrinanti di quel campo del diritto, non è molto diversa da quella esposta nella prima sezione di questo capitolo. In effetti, si intende per amnistia l'atto attraverso il quale persone che hanno commesso reati nello svolgimento di un conflitto armato vengono perdonate, sia con la rinuncia della persecuzione penale oppure con l'indulto della rispettiva pena. Nel diritto internazionale si riconosce che sebbene le amnistie che di solito vengono

⁴⁹ Cfr., Diane Orentlicher, 'Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime' (1991) 100 Yale Law Review 2537; Cfr., Jaime Malamud-Goti, 'Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?' (1990) 12 Human Rights Quarterly 1; Naomi Roht-Arriaza (ed), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice* (Oxford University Press 1995); Geoffrey Robertson, *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice* (Penguin 2004); Naomi Roht-Arriaza, 'State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law' (1990) 78 California Law Review 449; Michael P Scharf, 'The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes' (1996) 59 Law and Contemporary Problems 41; and M Cherif Bassiouni, 'International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes' (1996) 59 Law and Contemporary Problems 63. In, Reiter, A. (2014). Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict. *Israel Law Review*, 47(1), 133-147. doi:10.1017/S0021223713000290, p. 136.

concesse come parte di una trattativa di pace escludano i delitti comuni, i diversi Stati, in esercizio della propria sovranità, possono talvolta ampliare la categoria dei reati oggetto della amnistia trascendendo da quelli eminentemente politici⁵⁰. Andrew Reiter aggiunge che l'amnistia e l'indulto possono essere concessi non solo ad un gruppo di persone -di solito combattenti- ma anche a persone individuali⁵¹.

Sebbene non vi sia consenso sulla convenienza ed efficacia delle amnistie per risolvere le tensioni derivate da un conflitto armato, risulta chiaro che l'argomento di proporre un modello di giustizia ordinario come meccanismo per far fronte agli abusi durante la guerra non sembra possibile. L'impossibilità risulta dalla difficoltà operativa sia di indagare e condannare tutti i reati commessi così come di portare davanti alla giustizia tutti i responsabili. Esiste pure una difficoltà nel campo politico; di solito le parti in un conflitto hanno bisogno di incentivi per portare a termine le loro condotte criminali, e l'amnistia è un'alternativa che fino al secolo scorso pareva a portata di mano⁵².

Un chiaro esempio ci viene mostrato da Victor Peskin quando descrive le difficoltà alle quali si è dovuto far fronte per firmare l'accordo di pace di Dayton⁵³ e così cercare di porre fine

⁵⁰ Cfr., Ntoubandi, F. Z. (2007). *Amnesty for crimes against humanity under international law*. Leiden: Martinus Nijhoff. Ch 2, "Amnesty generally covers persons who have committed offences in the course or in relation to a specific conflict. While amnesty clauses in international peace treaties tend to exclude common crimes from their operation, some domestic amnesties do not differentiate between political crimes and common crimes; it is sufficient that the crime was committed in the course of the conflict."; Cfr., Reiter, A. (2014). Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict. *Israel Law Review*, 47(1), 133-147, doi:10.1017/S0021223713000290. p. 134.

⁵¹ Cfr., Reiter, A. (2014). Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict. *Israel Law Review*, 47(1), 133-147, p. 134. doi:10.1017/S0021223713000290; Cfr., Tricia D Olsen, Leigh A Payne and Andrew G Reiter, *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy* (United States Institute of Peace Press 2010).

⁵² Cfr., Ntoubandi, F. Z. (2007). *Amnesty for crimes against humanity under international law*. Leiden: Martinus Nijhoff. Ch 2, "One of the basic requirements of justice is that criminal offenders must not be allowed to go unpunished. However, in peace-making processes, justice is not always the most viable option and many statesmen have given priority to the political goal of healing, reuniting and reconciling a society destroyed by years of hatred and conflicts. Therefore, this central idea of national reconciliation and reunification is usually advanced as the main purpose of amnesty."

⁵³ L'accordo di pace di Dayton si firmò il 21 di Novembre di 1995 per terminare la guerra in Bosnia-Erzegovina. Alcuni dati sulla trattativa si possono trovare in, <http://www.un.org/es/peacekeeping/missions/past/unmibh/background.html>

il conflitto in Bosnia-Erzegovina⁵⁴. Le potenze occidentali erano consapevoli dal fatto che una trattativa di pace senza Milosevic sarebbe stata inutile. La Serbia era già stata isolata diplomaticamente ed economicamente, e tuttavia non era stato possibile far terminare la guerra. D'altra parte l'entrata in funzione del Tribunale per la ex-Iugoslavia sembrava mettere a rischio qualsiasi possibilità di arrivare ad una pace negoziata⁵⁵. La guerra dei Balcani rappresentò la perdita della vita per oltre 230.000 persone. Un'amnistia, a giudizio di coloro che sostengono che essa è un meccanismo di pacificazione valido nell'ambito dei processi di giustizia transizionale, avrebbe potuto evitare o per lo meno ridurre gli effetti devastanti della guerra che continuò ad essere combattuta nei Balcani dopo la firma del documento.

Non esiste una posizione pacifica all'interno della dottrina internazionale riguardo all'amnistia. Alcuni, senza esprimere un giudizio di valore, ritengono che esercitare l'azione penale riguardo ai delitti contro l'umanità e i crimini di guerra sia un obbligo contenuto nel diritto internazionale consuetudinario, ivi compresi in processi (procedimenti) di giustizia transizionale⁵⁶. Questa posizione sostiene pure che altre misure come le commissioni della

⁵⁴ Cfr., Peskin, V. (2009). *International justice in Rwanda and the Balkans: Virtual trials and the struggle for state cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press, pp.39-42

⁵⁵ Cfr., Peskin, V. (2009). *International justice in Rwanda and the Balkans: Virtual trials and the struggle for state cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press, "Western leaders recognized that Milosevic held the keys to a future settlement to Bosnian Conflict. "Diplomats looked for the solution to the bosnian conflict not in Sarajevo or Pale but in Belgrade with Milosevic"(...)Despite international sanctions and Serbia's growing isolation, the west was careful to limit its marginalization of Milosevic. Given his central role in the resolution of any conflict, not having Milosevic as a partner in peace talks could, it was feared, prolong the war. In particular the west feared that pressing Belgrade too hard to provide cooperation to the ICTY would brake or even break a prospective peace deal. An indictment against Milosevic could also limit diplomatic maneuvering room by scuttling any proposals for amnesty in exchange for peace (...) for the ICTY, Dayton held promise and peril. If Dayton produced an agreement binding Serbia to recognize the tribunal and guarantee cooperation, then the talks might bolster the tribunals standing. But Dayton could also set the clock back by producing a weak agreement on cooperation, or even worse, granting high-level Serb war crimes suspects amnesty as a bargaining chip. That, in turn, could set a dangerous precedent whereby powerful actors such as the United States bargained away the tribunal's mandate to prosecute atrocities when perceived need to do so in the future.", pp. 39-42

⁵⁶ Cfr., Juan E Mendez, (2012) *Constitutionalism and Transitional Justice*, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* Edited by Michel Rosenfeld and Andrés Sajó, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0063, p. 1275

verità o modelli di riparazione integrale alle vittime non soddisfano l'obbligo di punire delitti atroci contro i diritti umani.

Un'altra parte della dottrina si divide tra coloro che criticano l'uso della amnistia e quelli che invece considerano che la proibizione riguardo alla commissione di certi delitti nel diritto internazionale, non comporta necessariamente l'obbligo degli Stati di punire attraverso la giustizia formale i responsabili in tutte le circostanze. Gli autori che rientrano nella prima categoria di solito giustificano la loro posizione appellandosi ad una interpretazione ortodossa del diritto internazionale e si avvalgono delle diverse posizioni assunte dai tribunali internazionali dei diritti umani. Quelli che, pur riconoscendo la proibizione di certe condotte contrarie al diritto internazionale, allo stesso tempo considerano che nei processi di giustizia transizionale le amnistie possano essere valide, fanno leva su ad argomenti, il più delle volte, di tipo pratico, morale e filosofico.

Esistono ragioni di tipo giuridico e politico per sostenere che le amnistie non possono essere concesse ai responsabili di delitti internazionali. Riguardo agli argomenti giuridici, diversi dottrinanti sostengono che non solo si riconosce da parte del diritto internazionale il diritto delle vittime alla giustizia ed alla verità, ma che con la ratifica dei diversi strumenti del diritto internazionale che proibiscono la commissione di delitti contro i diritti umani, risulta virtualmente contrario alla norma concedere amnistie riguardo a delitti internazionali. Rispetto agli argomenti politici si pensa che la concessione di amnistie possa mettere a rischio il principio di legalità⁵⁷. Si arguisce pure che i meccanismi di clemenza, nella pratica, abbiano un effetto negativo sul consolidamento della pace, e che, al contrario, servano

⁵⁷ Certi autori si oppongono a qualsiasi tipo di amnistia sotto l'argomento politico talvolta che, a suo parere, si sotterrano i diritti umani ed il principio di legalità. Cfr., John J Moore Jr, 'Problems with Forgiveness: Granting Amnesty under the Arias Plan in Nicaragua and El Salvador' (1991) 43 Stanford Law Review 733, "*p*olitical forgiveness, in any context, cannot succeed when it attempts to sidestep norms of human rights and the rule of law", p. 777.

all'aumento della giustizia retributiva ed a propria mano che, a sua volta, diviene in nuovi cicli di violenza⁵⁸.

Nel discorso di coloro che si oppongono alle amnistie riguardo a crimini atroci, si sentono voci come quella di Diane Orentlicher. Ella ritiene che l'impunità abbia un effetto devastante sui diritti delle vittime di questi delitti. Questa posizione non solamente venne ritenuta appropriata dalle Nazioni Unite quando si pubblicò la sua relazione riguardo all'impunità e il diritto alla giustizia delle vittime di un conflitto armato per parte della Commissione per i Diritti Umani⁵⁹, ma era già stata espressa da Kofi Anan in 1998 quando chiese all'Assemblea Generale di quell' organismo vietare le amnistie riguardo ai delitti contro l'umanità e i crimini di guerra⁶⁰.

D'altra parte, dottrinanti come Roth-Arriaza⁶¹ sostengono che la proibizione delle amnistie trovi la suo origine nello sviluppo della giurisprudenza domestica, specialmente quella dei tribunali dei paesi dell'America Latina che riconobbero i benefici concessi ai responsabili di violazioni contro i diritti umani durante le dittature degli anni settanta e ottanta. Un caso

⁵⁸ Cfr., Reiter, A. (2014). Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict. *Israel Law Review*, 47(1), 133-147, doi:10.1017/S0021223713000290. L'autore sostiene che: "Scholars argue that this new norm has emerged because of the superiority of accountability over amnesty as a response to atrocity. First, states have a moral obligation to bring justice to victims and survivors of past crimes. Similarly, other scholars contend that amnesty is no longer a legally accepted response for these types of crime. Shifts in international law since the Second World War now impose a duty on states to prosecute perpetrators of past atrocities. Finally, amnesty is criticised on political grounds, with scholars arguing that amnesties impinge upon deterrence and prevent the development of the rule of law, both of which are necessary for the construction of a peaceful, democratic society. Some scholars even contend that the failure to deal with the past through trials can lead to cycles of retributive violence or vigilante justice, and demobilised rebel groups may be more likely to return to war" pp. 136-137.

⁵⁹ Cfr., E/CN.4/2005/102 18 de febrero de 2005, <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf>

⁶⁰ Cfr., Dancy, G. (2018). Deals with the devil? conflict amnesties, civil war, and sustainable peace. *International Organization*, 72(2), 387-421. doi:http://dx.doi.org.ezp-prod1.hul.harvard.edu/10.1017/S0020818318000012, pp. 387-422

⁶¹ Cfr., Roht-Arriaza, N. (2015). After amnesties are gone: Latin american national courts and the new contours of the fight against impunity. *Human Rights Quarterly*, 37(2), 341-382,576. Retrieved from <http://search.proquest.com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/docview/1684204770?accountid=11311>, pp. 348-349

paradigmatico risulta quello di Pinochet. Dopo essergli stata concessa una amnistia dal parlamento Cileno, se ne richiese l'extradizione da parte della giustizia spagnola. Roth-Arriaza dimostra con statistiche⁶², che la stessa sorte hanno avuto diversi dirigenti Argentini, Cileni e Peruviani.

Infine, autori come Knoops ritengono che il recente sviluppo del diritto internazionale non permette distinguere tra i conflitti armati internazionali da quelli domestici, e dunque le regole stabilite per i primi si applicano pure ai secondi. Sotto questo aspetto, la proibizione di concedere un'amnistia per delitti atroci a livello internazionale si deve estendere pure ai sistemi giuridici domestici. L'argomento fondamentale di questa posizione versa sulla convinzione che i delitti internazionali sono proibiti da una norma del *jus cogens*, con cui non possono contrastare le legislazioni nazionali⁶³.

In posizione opposta a coloro che si oppongono sia per motivi giuridici che politici alle amnistie, ci sono altri autori che difendono parzialmente o totalmente l'implementazione delle amnistie. Dancy definisce questa parte della dottrina come i sostenitori del "modello

⁶² Roth-Arriaza sostiene che: "According to statistics from 2012, over 2,000 people have been or are on trial in Argentina for the crimes discussed here; 370 have been found guilty, although only a few have exhausted their appeals. In Chile, 1,342 people are being or have been tried for crimes arising from acts committed during the dictatorship. This number represents cases involving 75 percent of the victims of summary execution or forced disappearance, but only a small percentage of those potential cases involving torture or arbitrary detention. Some 260 people have been found guilty, of whom seventy five are now serving time in prison. In Peru, as of 2012, sixty-six people have been found guilty in human rights-related trials, while 121 have been acquitted.4 Across the region, convictions include ve former heads of state and a number of high-ranking military, police, and civilian officials." Cfr., Roth-Arriaza, N. (2015). After amnesties are gone: Latin american national courts and the new contours of the fight against impunity. *Human Rights Quarterly*, 37(2), 341-382,576. Retrieved from <http://search.proquest.com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/docview/1684204770?accountid=11311>, p. 343

⁶³ Cfr., Knoops, G. A. (2002). *Surrendering to international criminal courts: Contemporary practice and procedures*. Ardsley, NY: Transnational. "Indisputably, every State has power -normally but not necessarily defined by its constitution - to pardon those who offend against its laws. Pardons are normally granted on an individual basis, a pardon offered or proclaimed to a whole class of offender is qualified as an amnesty. (...) In this chapter the question arises whether -irrespectively of the validity of pardons or amnesties under domestic laws- according to international law principles it is ever permissible to grant a valid pre- conviction pardon in respect to international crimes, especially crimes against humanity.(...) from recent international developments it follows that the distinction between international and non-international armed conflict has largely disappeared, and that the obligation to prosecute grave breaches or similar war crimes extends now to internal conflicts. This argument reinforces the view that international law prohibits amnesty as regards jus cogens crimes even in the context of internal conflicts.", pp. 337-338

di pacificazione”⁶⁴. Dentro questo gruppo si trovano Mallinder⁶⁵ e Freeman⁶⁶. Per loro gli argomenti sostenuti dai “proibizionisti” non riconoscono la limitata capacità dei sistemi giuridici di indagare e punire i reati commessi durante una guerra o un conflitto civile⁶⁷. Pretendere di rinunciare all’amnistia per favorire i processi penali, nella pratica si traduce in un maggior grado di impunità. Paradossalmente, le clemenze nell’ambito dei processi di giustizia transizionale, intesi dalla prospettiva riparatoria, hanno dimostrato sinora di essere più efficaci per il raggiungimento della giustizia e la riparazione delle vittime del conflitto.

Esempi come quelli del Sudafrica o del Mozambico, piuttosto che quello del Uganda o del Perù dove non ci sono stati processi penali di natura retributiva, dimostrerebbero che le amnistie riescono a garantire la sostenibilità dell’accordo di pacificazione che giustifica l’atto di clemenza⁶⁸.

Proprio riguardo agli effetti di pacificazione e alla pretesa implicita di evitare il proseguimento delle circostanze che hanno dato luogo alla violazione di diritti umani,

⁶⁴ Cfr., Dancy, G. (2018). Deals with the devil? conflict amnesties, civil war, and sustainable peace. *International Organization*, 72(2), 387-421. doi:<http://dx.doi.org.ezp-prod1.hul.harvard.edu/10.1017/S0020818318000012>, “A second camp are proponents of the peacemaker model” .pp. 387-422

⁶⁵ Cfr., Louise Mallinder, ‘Can Amnesties and International Justice Be Reconciled?’ (2007) 1 *International Journal of Transitional Justice* 208, In parole della dottrina: “While there appears to be a growing consensus in international law that the prohibition on crimes against humanity has attained *jus cogens* status, it is contested whether the existence of a duty on States to refrain from committing crimes against humanity in turn implies that the duty to prosecute such crimes has also reached *jus cogens* status, and particularly whether it had attained this status in the 1970s or earlier. Furthermore, it is far from established that a customary prohibition on amnesties for crimes against humanity can be automatically inferred from the existence of a duty to prosecute these crimes”, p. 671

⁶⁶ Mark Freeman, *Necessary Evils: Amnesty and the Search for Justice* (Cambridge University Press 2009) 22–23.

⁶⁷ Questa posizione viene pure enunciata da altri autori. Cfr., Dancy, G. (2018). Deals with the devil? conflict amnesties, civil war, and sustainable peace. *International Organization*, 72(2), 387-421. doi:<http://dx.doi.org.ezp-prod1.hul.harvard.edu/10.1017/S0020818318000012>, “A second camp are proponents of the peacemaker model” .pp. 387-422

⁶⁸ Cfr., Dancy, G. (2018). Deals with the devil? conflict amnesties, civil war, and sustainable peace. *International Organization*, 72(2), 387-421. doi:<http://dx.doi.org.ezp-prod1.hul.harvard.edu/10.1017/S0020818318000012>, “A second camp are proponents of the peacemaker model” .pp. 387-422

secondo Freeman⁶⁹, si pone un obbligo di tipo morale. L'autore riconosce che questa pretesa sia come, in un certo senso, "firmare un patto con il diavolo", ma in certe circostanze questo è un costo che si deve pagare per garantire la pace e la sicurezza di un popolo. In questi casi il costo è minore al vantaggio ottenuto.

Mallinder, d'altra parte, mette in dubbio⁷⁰ che esista una proibizione derivante dallo *Jus cogens* riguardo alla possibilità di concedere un'amnistia⁷¹, come era stato suggerito da autori come Knoop. Mallinder riconosce che esiste una proibizione nel diritto internazionale riguardo alla possibilità di commettere certi delitti, e riafferma che questa proibizione abbia il carattere di *jus cogens*; ma rifiuta l'argomento conseguente che pretende di estendere a categoria di *jus cogens* l'obbligo degli stati di punire quei reati, e dunque la proibizione di concedere qualsiasi tipo di clemenza sovrana.

Infine, ed in contrasto con la tesi di Roth-Arriaza, Mallinder sostiene che non esiste evidenza che permetta di concludere che la riapertura di processi contro i dirigenti amnistiati per delitti commessi durante le dittature in America Latina durante gli anni settanta e ottanta, abbia un effetto "universalizzante"; e dunque rigetta l'idea che questi casi evidenzino un cambiamento nel diritto internazionale mirato verso la decadenza delle amnistie come meccanismi validi in circostanze di transizione⁷².

Ci sono altri autori che pur affermando l'esistenza di una proibizione nel diritto internazionale riguardo alle amnistie per delitti atroci, ne riconoscono la necessità nello

⁶⁹ Mark Freeman, *Necessary Evils: Amnesty and the Search for Justice* (Cambridge University Press 2009) 22–23.

⁷⁰ Cfr., Louise Mallinder, 'Can Amnesties and International Justice Be Reconciled?' (2007) 1 *International Journal of Transitional Justice* 208.

⁷¹ Cfr., ICTY, *Prosecutor v Tadic*, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction (10 August 1995) para 76. In questa decisione del Tribunale Internazionale per la ex Jugoslavia si suggerisce che esiste un obbligo con carattere di *Jus cogens*, di sanzionare i delitti internazionali.

⁷² Cfr., Louise Mallinder, 'Can Amnesties and International Justice Be Reconciled?' (2007) 1 *International Journal of Transitional Justice* 208.

sviluppo di processi di giustizia transizionale; il più noto di questi esponenti è probabilmente Gerard Werle⁷³. Qua l'argomento diventa di tipo pragmatico, giacché si riconosce che quando si concede un'amnistia si sta violando il diritto internazionale, ma questa circostanza non deve sovrapporsi ad un processo che risulta necessario per garantire la pace e la permanenza del principio di legalità (o quello che si intende nel diritto internazionale per "rule of law")⁷⁴. Nonostante ciò, avverte che la violazione al diritto internazionale possa presentarsi in processi in altri fori, come ad esempio giurisdizioni foranee in esercizio del principio di giurisdizione universale.

Una cosa risulta certa per coloro che difendono le amnistie come meccanismi validi: non esiste una proibizione espressa e completa nel diritto penale internazionale, e molto meno nello Statuto di Roma, riguardo a qualsiasi tipo di amnistia, ma questo non previene tuttavia la possibilità che la Corte Penale Internazionale possa agire qualora consideri che uno Stato si sottrae all'obbligo di indagare e punire le gravi violazioni dei diritti umani. I meccanismi di giustizia transizionale sono validi, purchè che vengano rispettati i diritti delle vittime e che si garantisca che non ci sarà impunità dei reati atroci.

Un altro aspetto che sembra palese ma che risulterà fondamentale al momento di analizzare la validità di una amnistia, è quello di capire che non esiste una sola forma di amnistia⁷⁵. C'è un consenso maggioritario riguardo al fatto che le amnistie di punto finale o in bianco, così come le auto-amnistie, quando si tratta di violazioni gravi ai diritti umani o al diritto internazionale umanitario, non sono permesse dal diritto internazionale. Ma persistono ancora discussioni sulle amnistie nel contesto di processi di giustizia transizionale dove oltre al perdono di certi reati si prevedono meccanismi alternativi di giustizia riparatoria. Occorre dunque, affinché si possa delimitare il contorno della legalità

⁷³ Cfr., Werle, Gerard. (2005). *Principles of international criminal law*. Hague: TMC Asser Press.

⁷⁴ Cfr., Werle, Gerard. (2005). *Principles of international criminal law*. Hague: TMC Asser Press, pp.65-66

⁷⁵ Cfr., Reiter, A. (2014). Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict. *Israel Law Review*, 47(1), p. 138

delle amnistie, esplorare altre fonti, quali il “soft law” e la giurisprudenza dei tribunali internazionali.

Oltre ai dottrianti del diritto internazionale, un importante punto di riferimento per capire la legalità, e le circostanze di essa, è proprio il “soft law”, e cioè l’insieme di strumenti, dichiarazioni, rapporti speciali, ed in generale tutta la documentazione che prodotta da organismi internazionali.

Già dal 1992 si cominciava ad avvisare all’interno delle Nazioni Unite, in particolare in seno alla Commissione dei Diritti Umani, un restrizione alla validità delle amnistie. In passato, soprattutto durante la Guerra Fredda, quell’organismo promosse le amnistie per risolvere le tensioni sociali derivate dalle dittature e le diverse guerre civili che si cominciarono a moltiplicare dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, specialmente in America Latina, in Africa, in Europa dell’Est e nel sud est Asiatico.

Fino agli anni ottanta, il diritto internazionale, e di conseguenza le convenzioni che recepiscono le sue norme e principi, rispecchiava ancora un modello legale del dopo guerra, basato sull’idea di una sovranità Statale forte. La funzione delle Nazioni Unite e dei suoi organismi si concentrava sull’evitare un nuovo conflitto internazionale. D’altra parte, la società civile, che fu poi quella che promosse a livello sovranazionale lo sviluppo del sistema internazionale di protezione dei diritti umani, non aveva un’incidenza rilevante nelle decisioni della comunità internazionale.

Sebbene si avessero strumenti come la Convenzione contro il delitto del Genocidio, le Convenzioni di Ginevra e i suoi Protocolli addizionali, e la Convenzione contro la Tortura, restava ancora da armonizzare il loro contenuto con quello che succedeva all’interno di ogni Stato.

Poco a poco il discorso all'interno delle Nazioni Unite cominciò a cambiare. Le vittime delle guerre civili e delle dittature in tutto il mondo superavano già il numero di morti lasciati dalla Seconda Guerra Mondiale. Occorreva dunque mettere freno alle atrocità che venivano commesse sotto gli occhi della comunità internazionale e mascherate dietro al principio di sovranità.

Timidamente, i documenti e i rapporti dei diversi organismi delle Nazioni Unite, cominciarono a manifestare la loro preoccupazione di fronte alle amnistie che venivano concesse per delitti come la tortura, che già dal 1985 si considerava come un delitto protetto dal *Jus cogens*. Un esempio è il documento approvato dalla Commissione dei Diritti Umani il 10 marzo di 1992, nel quale si manifesta con preoccupazione che alcuni Stati riconoscevano l'amnistia per delitti come la tortura: *“La Commissione nota che certi Stati hanno concesso amnistia riguardo ad atti come la tortura. Le amnistie sono in termini generali incompatibili con il dovere dello Stato di indagare su quegli atti all'interno della propria giurisdizione; e assicurare che essi non si ripetano nel futuro”*⁷⁶.

Anche in organismi come il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, si possono trovare provvedimenti che dimostrano che le amnistie devono rispettare i limiti imposti dal diritto internazionale. Nella Risoluzione 1120 di 1997, ad esempio, si sollecita il Governo della Croazia a eliminare qualsiasi ambiguità dalla legge di amnistia, ricordando inoltre che l'amnistia non può essere concessa a coloro che abbiano commesso delitti gravi contro il diritto internazionale umanitario⁷⁷.

⁷⁶ United Nations. (n.d.). CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment). Retrieved March 17, 2018, from <http://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>, Traduzione propria. Il testo originale si trova in inglese ed è il seguente: *“The Committee has noted that some States have granted amnesty in respect of acts of torture. Amnesties are generally incompatible with the duty of States to investigate such acts within their jurisdiction; and ensure that they do not occur in the future.”*

⁷⁷ United Nations Security Council. Res. 1120/ 1997(n.d.). Retrieved March 13, 2018, from <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1120>, *“7. Urges the Government of the Republic of Croatia to eliminate ambiguities in implementation of the Amnesty Law, and to implement it fairly and objectively in accordance with international standards, in particular by concluding all investigations of crimes covered by the amnesty and undertaking an immediate and comprehensive review with United Nations and local Serb participation of all charges outstanding against individuals for serious violations of international humanitarian law which are*

Proprio riguardo all'obbligo di punire delitti contro il diritto internazionale umanitario, le Nazioni Unite, attraverso il rapporto della 55 sessione della Commissione dei Diritti Umani (1999), hanno indicato che qualora lo Stato non esercitasse l'azione penale davanti alla commissione di questo tipo di reati, essa poteva essere esercitata da qualunque altro Stato. In altre parole ha riconosciuto il principio di giurisdizione universale⁷⁸.

Con la creazione dei Tribunali Internazionali *ad hoc*⁷⁹ e quelli di carattere ibrido, si limitarono ancora di più le amnistie. L'intervento della comunità internazionale nei casi di Ruanda e Jugoslavia si tradusse nell'impossibilità di concedere clemenza ai massimi responsabili delle gravi violazioni ai diritti umani. Un altro caso dove questa proibizione risultò ancora più evidente fu quello della Sierra Leone. L'articolo 10 dello statuto del Tribunale vietava espressamente l'amnistia per i delitti di lesa umanità, di genocidio e per i crimini di guerra⁸⁰.

La dottrina delle Nazioni Unite sulla necessità di combattere l'impunità per delitti internazionali si va consolidando con più forza dall'inizio del nuovo millennio. Basti vedere come soltanto tra il 2002 e il 2005, furono stilati diversi rapporti che reiteravano l'obbligo

not covered by the amnesty in order to end proceedings against all individuals against whom there is insufficient evidence."

⁷⁸ Cfr., United Nations Commission on Human Rights. (1999). *Report on the 55th session*. Retrieved March 8, 2018, from <http://www.un.org/documents/ecosoc/docs/1999/e1999-23.pdf>, "(...)in any armed conflict, including an armed conflict not of an international character, the taking of hostages, wilful killing and torture or inhuman treatment of persons taking no active part in the hostilities constitutes a grave breach of international humanitarian law, and that all countries are under obligation to search for persons alleged to have committed or to have ordered to be committed, such grave breaches and bring such persons regardless of their nationality before their own courts"

⁷⁹ Cfr., Nazioni Unite, Consiglio di Sicurezza, S/RES/955 (1994) 8 Novembre, 1994, [https://undocs.org/es/S/RES/955%20\(1994\)](https://undocs.org/es/S/RES/955%20(1994)); Cfr., Nazioni Unite, Consiglio di Sicurezza, S/RES/827 (1993) 23 Maggio, 1993, [https://undocs.org/es/S/RES/827%20\(1993\)](https://undocs.org/es/S/RES/827%20(1993))

⁸⁰ Cfr., United Nations, Government of Sierra Leone. (2000, August 14). Statute of the Special Court of Sierra Leone. Retrieved March 15, 2018, from <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>, articolo 10: "An amnesty granted to any person falling within the jurisdiction of the Special Court in respect of the crimes referred to in articles 2 to 4 of the present Statute shall not be a bar to prosecution"

degli stati di punire chi commettesse reati contrari al diritto internazionale⁸¹. Questo riconoscimento non si limita ai delitti internazionali, ma in generale a qualsiasi violazione grave dei diritti umani indipendentemente dal fatto che essi siano stati commessi nelle circostanze di un conflitto armato⁸². Persino quando si fa riferimento a processi di pace, le Nazioni Unite non appoggiano trattative che prevedano la possibilità di amnistiare delitti internazionali.⁸³

⁸¹ Cfr., Commission on Human Rights resolution 2002/79, *Impunity*, E/CN.4/RES/2002/79 available from http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=4940; Cfr., UN Commission on Human Rights, *Commission on Human Rights Resolution 2004/72: Impunity*, 21 April 2004, E/CN.4/RES/2004/72, available at: <http://www.refworld.org/docid/43f313869.html> [accessed 18 March 2018]; UN Commission on Human Rights, *Human Rights Resolution 2005/81: Impunity*, 21 April 2005, E/CN.4/RES/2005/81, available at: <http://www.refworld.org/docid/45377c930.html>. In questi tre documenti si ripete la seguente raccomandazione: “Also recognizes that amnesties should not be granted to those who commit violations of human rights and international humanitarian law that constitute crimes, urges States to take action in accordance with their obligations under international law and welcomes the lifting, waiving, or nullification of amnesties and other immunities, and recognizes as well the Secretary-General’s conclusion that United Nations-endorsed peace agreements can never promise amnesties for genocide, crimes against humanity, war crimes, or gross violations of human rights”.

⁸² Cfr., UN Human Rights Committee (HRC), *General comment no. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, available at: <http://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html>, “Where the investigations referred to in paragraph 15 reveal violations of certain Covenant rights, States Parties must ensure that those responsible are brought to justice. As with failure to investigate, failure to bring to justice perpetrators of such violations could in and of itself give rise to a separate breach of the Covenant. These obligations arise notably in respect of those violations recognized as criminal under either domestic or international law, such as torture and similar cruel, inhuman and degrading treatment (article 7), summary and arbitrary killing (article 6) and enforced disappearance (articles 7 and 9 and, frequently, 6). Indeed, the problem of impunity for these violations, a matter of sustained concern by the Committee, may well be an important contributing element in the recurrence of the violations. When committed as part of a widespread or systematic attack on a civilian population, these violations of the Covenant are crimes against humanity (see Rome Statute of the International Criminal Court, article 7). Accordingly, where public officials or State agents have committed violations of the Covenant rights referred to in this paragraph, the States Parties concerned may not relieve perpetrators from personal responsibility, as has occurred with certain amnesties (see General Comment 20 (44)) and prior legal immunities and indemnities. Furthermore, no official status justifies persons who may be accused of responsibility for such violations being held immune from legal responsibility.”

⁸³ Cfr. Report of the Secretary-General on the rule of law and transitional justice in societies experiencing or emerging from conflict. U.N. Doc S/2004/616. 3 August 2004. para. 10: “that peace agreements approved by the United Nations can never promise amnesties for genocide, war crimes, crimes against humanity or gross violations of human rights.”, in, <file:///Users/gabrielcifuentes/Downloads/Massacres%20El%20Mozote.%20Merits,%20Reparations%20and%20Costs.%20Judgment%20of%20October%202012.%20Voto%20Garc%C3%ADa%20Say%C3%A1n.pdf>

La giurisprudenza dei tribunali internazionali⁸⁴ rispecchia la posizione delle Nazioni Unite, ed in generale, della dottrina maggioritaria nel diritto internazionale riguardo al divieto di concedere le amnistie quando esse abbiano la pretesa di evitare l'esercizio dell'azione penale. Nel caso di Furundzija il Tribunale Penale Internazionale per la Jugoslavia è andato ancora oltre l'affermazione che sarebbe un assurdo giuridico considerare che una certa classe di condotte siano proibite dal *Jus cogens*, e poi si ritengano valide le amnistie o gli indulti concessi dagli Stati⁸⁵.

L'esistenza di disposizioni dell'ordinamento nazionale tendenti al riconoscimento della clemenza sovrana, specialmente quando si tratta di reati prescritti dal diritto internazionale⁸⁶, non preclude a terzi Stati o a tribunali di carattere internazionale di esercitare l'azione penale. Con questa misura si cerca di evitare l'impunità di delitti atroci e gravi violazioni ai diritti umani. Così è stato affermato dal Tribunale della Sierra Leone in ripetute occasioni⁸⁷.

⁸⁴ Cfr., ICTY, Furundzija (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia December 10, 1998), <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>, para. 152, "The fact that torture is prohibited by a peremptory norm of international law has other effects at the inter-state and individual levels. At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the jus cogens value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void ab initio, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law."

⁸⁵ Cfr., ICTY, Furundzija (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia December 10, 1998), <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>, para. 155, " (...)It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the jus cogens value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void ab initio, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators"

⁸⁶ Cfr., Caso No. SCSL-2004-14-AR72 (Special Court for Sierra Leone March 13, 2004), <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/CDF/Appeal/128/SCSL-04-14-T-128.pdf>, "There is a substantial body of cases, comments, rulings and remarks which denies the permissibility of amnesties in international law for crimes against humanity and war crimes. The Human Rights Committee, the Committee against torture, the Special Rapporteur on Torture, the Inter-American Court and Commission, the ICTY, the African Commission and many renowned jurists speak with one voice in finding that blanket amnesties are impermissible: they produce impunity and violate state duties to investigate and punish perpetrators as well as victim's rights to justice. But to survey all these statements is necessarily to observe the depressing number of occasions on which they have been provoked by state practice (...) There is no reason to display article 10 of the Statute: it reflects customary international law which nullifies amnesties given to persons accused of bearing great responsibility for serious breaches of international law"

⁸⁷ Cfr., caso No. SCSL-2004-15-AR72(E) (Special Court for Sierra Leone March 13, 2004); e caso No. SCSL-2004-16-AR72(E) (Special Court for Sierra Leone March 13, 2004).

La Corte Europea dei Diritti Umani è assai prolifica in giurisprudenza su questo stesso particolare. Non c'è dubbio riguardo alla marcata posizione del Tribunale nei confronti dell'amnistia. Sebbene si riconosca la potestà sovrana dello Stato di sospendere o estinguere l'azione penale per delitti comuni o in generale qualsiasi contravvenzione, quell'arbitrio trova un limite quando l'atto clemente ha per oggetto delitti internazionali⁸⁸, oppure quando lo strumento di grazia sia utilizzato come una manovra politica per evitare la pena. E anche se non proibisce espressamente l'applicazione di atti di clemenza o di grazia, è chiara nel concludere che nessuno strumento di amnistia preclude la possibilità che altri tribunali, sia domestici che internazionali, possano in virtù dei trattati internazionali o del principio di giurisdizione universale, punire i medesimi fatti che sono stati perdonati dallo Stato clemente.

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiHjavjufHZAhXyuFkKHfW7B2sQFgg2MAM&url=http%3A%2F%2Fwww.rscsl.org%2FDocuments%2FDecisions%2FAFRC%2FAppeal%2F033%2FSCSL-04-16-PT-033.doc&usg=AOvVaw0ZHJAwnrQMqsQPUDIB7Eys>. I due casi sono stati risolti dalla stessa provvidenza. Il Tribunale considerò: *"Whatever effect the amnesty granted in the Lomé Agreement may have on a prosecution for such crimes as are contained in Articles 2 to 4 in the national courts of Sierra Leone, it is ineffective in removing the universal jurisdiction to prosecute persons accused of such crimes that other states have by reason of the nature of the crimes. It is also ineffective in depriving an international court such as the Special Court of jurisdiction (...)The grant of amnesty or pardon is undoubtedly an exercise of sovereign power which, essentially, is closed linked, as far as crime is concerned, to criminal jurisdiction of the State exercising such sovereign power. Where jurisdiction is universal, a State cannot deprive another State of its jurisdiction to prosecute an offender by the grant of amnesty"*

⁸⁸ Cfr., Corte Europea di Diritti Umani, caso: Yeşil e Sevim vs Turchia, Jugno 5, 2007, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-80855"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) ; Cfr., Okkali vs Turchia, Ottobre 17, 2006, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"tabview":\["document"\],"itemid":\["001-77521"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), in questo caso la Corte riafferma la proibizione delle amnistie riguardo a delitti come la tortura, "(...)la Cour considère que la décision des juges incriminée en l'espèce dénote un pouvoir discrétionnaire exercé plus dans le souci de réduire l'effet d'un acte illégal d'une extrême gravité que dans celui de prévenir toute apparence de tolérance de tels actes (paragraphe 65 ci-dessus) (...) 76. La Cour réaffirme que lorsqu'un agent de l'Etat est accusé d'actes contraires à l'article 3, la procédure ou la condamnation ne sauraient être rendues caduques par une prescription, et l'application de mesures telles que l'amnistie ou la grâce ne saurait être autorisée."; Cfr., Case of Abdülsamet Yaman v. Turkey, February 2, 2005, <http://echr.ketse.com/doc/32446.96-en-20041102/view/>, La stessa proibizione dell'amnistia applica per casi che coinvolgono agenti dello Stato: "55. The Court further points out that where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an "effective remedy" that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible. The Court also underlines the importance of the suspension from duty of the agent under investigation or on trial as well as his dismissal if he is convicted."

Nel caso *Ould Dah v Francia*, il Tribunale, oltre a considerare come precedenti validi i rapporti della Commissione dei Diritti Umani delle Nazioni Unite e anche la giurisprudenza del Tribunale Internazionale per la ex Jugoslavia, ritenne che l'atto di amnistia della Mauritania, oggetto dell'analisi *sub judice*, non poteva essere considerato valido qualora esso fosse stato concepito per sottrarre all'indiziato a qualsiasi responsabilità penale; inoltre, i delitti che sarebbero stati amnistiati rappresentavano una violazione al diritto internazionale⁸⁹.

Risulta quanto meno interessante capire quali sono le fonti che vengono utilizzate dai Tribunali per determinare quando una clemenza sovrana rispetta o meno il diritto internazionale. Questa inquietudine non risulta palese se si pensa che non esiste nel diritto internazionale convenzionale una norma che precisi quali debbano essere i limiti dell'amnistia⁹⁰. Sembra che lo stesso Tribunale Europeo riconosce l'assenza di una

⁸⁹ Cfr., Corte Europea di Diritti Umani, caso: *Ould Dah v France* (European Court of Human Rights March 17, 2009), <http://www.refworld.org/cases,ECHR,49d474a12.html>, *"Like the United Nations Human Rights Committee and the ICTY, the Court considers that an amnesty is generally incompatible with the duty incumbent on the States to investigate such acts. It has to be said that in the present case the Mauritanian amnesty law was enacted not after the applicant had been tried and convicted, but specifically with a view to preventing him from being prosecuted. Admittedly, the possibility of a conflict arising between, on the one hand, the need to prosecute criminals and, on the other hand, a country's determination to promote reconciliation in society cannot generally speaking be ruled out. In any event, no reconciliation process of this type has been put in place in Mauritania. However, as the Court has already observed, the prohibition of torture occupies a prominent place in all international instruments relating to the protection of human rights and enshrines one of the basic values of democratic societies. The obligation to prosecute criminals should not therefore be undermined by granting impunity to the perpetrator in the form of an amnesty law that may be considered contrary to international law. In addition, the Court notes that international law does not preclude a person who has benefited from an amnesty before being tried in his or her originating State from being tried by another State, as can be seen for example from Article 17 of the Statute of the International Criminal Court, which does not list this situation among the grounds for dismissing a case as inadmissible (...) Having regard to the foregoing, the Court considers, in the present case, that the Mauritanian amnesty law was not capable in itself of precluding the application of French law by the French courts that examined the case by virtue of their universal jurisdiction and that the judgment rendered by the French courts was well founded"*

⁹⁰ Cfr., Cfr., CIDH, *El Mozote vs El Salvador* (Corte Interamericana de Derechos Humanos noviembre 3, 2010), http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=229&lang=es, voto concorrente di García Sayán. *"There is no norm in positive international law that has explicitly prescribed any kind of amnesty. The only explicit mention of amnesty in a multilateral treaty is contained in article 6(5) of Protocol II Additional to the Geneva Conventions of August 12, 1949.14 In the commentaries to that article, the International Committee of the Red Cross (ICRC) indicated that its purpose "[...] is to encourage a gesture of reconciliation that will help restore the normal course of life in a people that has been divided."*¹⁵ According to the Proceedings of the Diplomatic Conference in which Additional Protocol II was adopted in 1977,¹⁶ the

disposizione legale unica che serva come spartiacque in casi difficili. Nella decisione di *Marguš v. Croazia*⁹¹ la Corte assume che la proibizione degli atti di grazia per delitti internazionali si fa discendere dall'interpretazione del diritto internazionale consuetudinario, dalle regole generali del diritto internazionale umanitario, dalle convenzioni su diritti umani e dalle decisioni di altri tribunali internazionali e domestici.

La giurisprudenza della Corte Inter Americana dei Diritti Umani è un altro punto di riferimento per capire fino a che punto possano venire concesse le amnistie. Le sue pronunce risultano di fondamentale importanza perché è uno dei Tribunali che tratta con maggior dettaglio questo tema particolare. Inoltre, si deve ricordare che diverse amnistie che furono concesse alla fine del secolo scorso in America Latina sono state riversate da riforme costituzionali e processi posteriori alla loro implementazione.

Nella stessa linea assunta dal Tribunale Europeo⁹², la Corte Inter Americana considera che esiste una generale incompatibilità tra il diritto internazionale dei diritti umani e le amnistie. Nel caso *Gelman v Uruguay* questa posizione venne reiterata affermando che *“le amnistie o figure analoghe sono state un ostacolo usato da diversi Stati per indagare, e dunque, sanzionare i responsabili di gravi violazioni dei diritti umani. Questo Tribunale, la Commissione Inter Americana di Diritti Umani, gli organismi delle Nazioni Unite e altri organismi universali e regionali di protezione dei diritti umani si sono pronunciati riguardo*

meaning of that norm was to grant immunity to those detained or punished for involvement in the armed conflict”

⁹¹ Cfr., Corte Europea di Diritti Umani, *Caso Marguš v. Croazia*, Novembre 13, 2012, [https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-114487#{"itemid":\["001-114487"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-114487#{), “74. Granting amnesty in respect of “international crimes” – which include crimes against humanity, war crimes and genocide – is increasingly considered to be prohibited by international law. This understanding is drawn from customary rules of international humanitarian law, human rights treaties, as well as the decisions of international and regional courts and developing State practice, as there has been a growing tendency for international, regional and national courts to overturn general amnesties enacted by Governments.”

⁹² Cfr., CIDH, *Gelman vs Uruguay* (Corte Interamericana de Derechos Humanos julio 18,2008), *“La contrariedad de las amnistías relativas a violaciones graves de derechos humanos con el derecho internacional ha sido afirmada también por los tribunales y órganos de todos los sistemas regionales de protección de derechos humanos.”*, http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=345&lang=es

all'incompatibilità delle leggi di amnistia relative a gravi violazioni dei diritti umani con il diritto internazionale e gli obblighi internazionali dei diversi Stati"⁹³.

La Corte Interamericana considera che l'incompatibilità delle amnistie con il diritto internazionale dei diritti umani derivi dal diritto internazionale consuetudinario⁹⁴. La pratica generale dei diversi organismi internazionali insieme ai provvedimenti dei tribunali domestici, così come la consapevolezza dell'invalidità dell'atto di perdonare gravi violazioni dei diritti umani, diventa un argomento sufficiente, secondo con questa impostazione, per capire l'esistenza di un limite rigido alla potestà sovrana degli Stati al momento di concedere

⁹³ Cfr., CIDH, *Gelman vs Uruguay* (Corte Interamericana de Derechos Humanos julio 18,2008), http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=345&lang=es, traduzione propria. Versione originale: *"Las amnistías o figuras análogas han sido uno de los obstáculos alegados por algunos Estados para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos. Este Tribunal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos universales y regionales de protección de los derechos humanos se han pronunciado sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados."*

⁹⁴ La Corte considera che la regola di incompatibilità è già stata roconosciuta in diversi fori. Cfr., CIDH, *Gomes Lund vs Brasil* (Corte Interamericana de Derechos Humanos octubre 31,2008), http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=342&lang=es, "[T]odos los órganos internacionales de protección de derechos humanos y diversas altas cortes nacionales de la región que han tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del alcance de las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos y su incompatibilidad con las obligaciones internacionales de los Estados que las emiten, han concluido que las mismas violan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar dichas violaciones (...) De tal modo, a efectos del presente caso, el Tribunal reitera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos."

un'amnistia che voglia evitare le sanzioni di delitti atroci⁹⁵, posizione sostenuta anche dalla Commissione Interamericana dei Diritti Umani⁹⁶.

Un altro elemento che diventa caratteristico delle decisioni della Corte Interamericana riguarda il fatto che l'incompatibilità tra le amnistie e il diritto internazionale, derivi dalla presunzione che gli Stati, attraverso questi meccanismi, cerchino di sottrarre i responsabili dal giudizio penale⁹⁷, sia mediante il perdono sia mediante la prescrizione⁹⁸ dei reati. Il processo penale, in tutti i casi analizzati, deve venire inteso non come il risultato dell'esercizio del *jus puniendi*, ma piuttosto come un meccanismo attraverso il quale si possa garantire alle vittime di delitti atroci la giustizia, la verità e la riparazione. In altri termini, il processo penale diventa uno strumento per risarcire alle vittime.

⁹⁵ Cfr., CIDH, Tarazona Arrieta vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos octubre 15,2014), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_286_esp.pdf, "Por otra parte, la Corte también concluyó que el Estado había incumplido el deber de adecuar su derecho interno, contenido en el artículo 2 de la Convención, en relación con los artículos 8.1 y 25 de dicho instrumento, por la aplicación de la Ley de Amnistía No 26.479 en los procesos seguidos en contra de Antonio Evangelista Pinedo, en perjuicio de Luis Bejarano Laura y los familiares de Zulema Tarazona Arrieta y Norma Pérez Chávez. Con respecto a ese punto, el Tribunal recordó que en el caso Barrios Altos Vs. Perú, había entendido que las Leyes de Amnistía N° 26.479 y No 26.492 eran incompatibles con la Convención Americana, puesto que las mismas permitían que no se investigaran hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, y por tanto carecían de efectos jurídicos para ese tipo de violaciones y también para otros casos de violación de los derechos contenidos en la Convención Americana acontecidos en el Perú."

⁹⁶ Cfr., Commissione Interamericana dei Diritti Umani, REPORT N° 26/92, Case 10.287, El Salvador. Retrieved March 17, 2018, from <https://www.cidh.oas.org/annualrep/92eng/ElSalvador10.287.htm>, "The application of the Salvadoran amnesty decree constitutes a clear violation of the obligation of the Salvadoran Government to investigate and punish the violations of the rights of the Las Hojas victims, and to provide compensation for damages resulting from the violations."

⁹⁷ Cfr., CIDH, Barrios Altos (Inter-american Court of Human Rights March 14, 2001), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf, "This Court Considers that all amnesty provisions on prescription and establishment of measures designed to eliminate responsibility are impermissible, because they are intended to prevent the investigation and punishment of those responsible for serious human rights violations such as torture, extrajudicial summary or arbitrary execution and forced disappearance, all of them prohibited because they violate non derogable rights recognised by international humanitarian law"

⁹⁸ Cfr., CIDH, El Mozote vs El Salvador (Corte Interamericana de Derechos Humanos noviembre 3, 2010), http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=229&lang=es, "De tal modo, a efectos del presente caso, el Tribunal reitera que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"

La posizione assunta dalla Corte Interamericana è stata fino adesso rigida. Esiste una presunzione negativa riguardo alle amnistie, e anche se non vengono proibite sono considerate contrarie al diritto internazionale. Ma questa posizione deve essere interpretata alla luce delle circostanze particolari dei casi che finora sono stati risolti dal Tribunale. Una cosa è pensare che un'amnistia che sia stata concessa alla fine del secolo scorso possa giustamente essere considerata contraria al diritto internazionale perché essa intende sottrarre dal giudizio penale i maggiori responsabili di crimini atroci, una cosa ben diversa è determinare che qualsiasi amnistia necessariamente risulti invalida. L'enfasi che fa la Corte si basa sul riconoscimento dei diritti delle vittime ad una giustizia che garantisca la verità e il loro risarcimento, e non ad una idea esclusivamente retributiva dove il processo penale è fine a se stesso.

Questa interpretazione, talvolta polemica considerando l'estesa giurisprudenza che si esprime in senso contrario, sembra aver cominciato a svilupparsi, anche se ancora in fase embrionale, con la sentenza del *Mozote v El Salvador*, in particolare con il voto concorrente del magistrato García Sayán⁹⁹.

García Sayán si dissociò, assieme ad altri tre magistrati, dal voto maggioritario nel caso del *Mozote*. Nel suo scritto affermò che nei processi di giustizia transizionale si presenta una tensione tra la giustizia e la pace. In contesti di guerra diventa necessario trovare meccanismi straordinari che riescano a garantire i diritti fondamentali delle vittime alla giustizia, alla verità ed alla riparazione. Ma sostiene pure che questi tre diritti possono essere garantiti indipendentemente l'uno dall'altro e che non necessariamente il diritto alla giustizia e il diritto alla verità, vengono soddisfatti in tutti i processi penali. Si dovrà allora in

⁹⁹ Cfr., CIDH, *El Mozote vs El Salvador* (Corte Interamericana de Derechos Humanos noviembre 3, 2010), http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=229&lang=es, voto concorrente di García Sayán.

ogni caso particolare definire la struttura del meccanismo, o dei meccanismi, per garantire i diritti delle vittime e allo stesso tempo risolvere la tensione tra la pace e la giustizia¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Cfr., CIDH, *El Mozote vs El Salvador* (Corte Interamericana de Derechos Humanos noviembre 3, 2010), http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=229&lang=es, voto concorrente di García Sayán. Considero fondamentale, anche se estenso, trascrivere gli apparti più importanti del voto concorrente di Sayán. È la prima volta che la Corte Interamericana si riferisce ai processi di giustizia transizionale. “21. *Based on international human rights law and, particularly the American Convention, some fundamental criteria can be outlined in order to deal with these opposing forces, which are basically justice and reconciliation.* 22. *A first and obvious starting point is that the anomalous and exceptional situation of a non-international armed conflict signifies that there are many thousands of violent offenders and, above all, victims. This exceptional situation usually requires exceptional mechanisms of response. The crucial element is to develop a method of assessment that deals, to the greatest extent possible, with this tension between justice and the ending of the conflict. To this end, several components must be taken into consideration, both judicial and non-judicial, that are focused, simultaneously, on seeking the truth, justice and reparation. This is because the demands that arise from massive violations, the responses to the aftermath of the conflict, and the search for long-lasting peace, require both the States and society as a whole to apply concurrent measures that permit the greatest simultaneous attention to these three rights.* 23. *In this context, the rights of the victims to truth, justice and reparation must be understood as interdependent. Only the integrated application of measures in favor of victims in all these areas can achieve results that are effective and consistent with the inter-American human rights system. Thus, the simple application of criminal sanctions, without these implying a serious effort to find and report the whole truth, could become a bureaucratic process that does not satisfy the valid objective of the victims to obtain the greatest possible truth. Furthermore, the award of reparations without knowledge of the truth about the violations that occurred, and without establishing conditions for a lasting peace, would only produce an apparent relief for the victims, but not a change in the conditions that would permit a recurrence of the violations.* 24. *These fundamental components can serve, in whole or in part, in the design of procedures that are suitable for the specificity of a process of negotiated solution to a non-international armed conflict. This, within a perspective in which the greater or lesser severity of the facts can make a specific processing of the facts viable – or not. Thus, for example, facts that can be categorized as war crimes or crimes against humanity in the definitions of the Statute of the International Criminal Court should merit being processed specifically and with priority, and this is not necessarily the same for the other crimes or human rights violations.* 25. *As for the truth component, in addition to the essential issue of the “judicial truth,” which I discuss below in relation to the element of justice, on many occasions, this has led to the implementation of mechanisms such as truth commissions. However, the concept of “truth” is not unique and opens the door to different interpretations. Alex Boraine, 19 26. With regard to the element of justice, the State’s legal obligation to investigate and punish the most serious human rights violations is - as the Court has repeatedly stated – an obligation of means and forms part of the obligation of guarantee established in the Convention. Thus, States must make adequate remedies available for victims to exercise their rights. However, armed conflict and negotiated solutions give rise to various issues and introduce enormous legal and ethical requirements in the search to harmonize criminal justice and negotiated peace former vice-chairperson of the Truth and Reconciliation Commission of South Africa conceptualized the “truth” in this type of situation at three levels: factual truth, personal truth, and social truth. The “factual” truth gives the family specific information on the whereabouts of the mortal remains of the victim or on what happened. The “personal” truth seeks a cathartic effect on the person who expresses or manifests that truth. The “social” truth is that which is adopted by society through dialogue and debate. In pursuit of this “social truth”, an important role is played by measures such as access to the documentation held by the State, the revision of scholarly texts, and the construction of museums or memorials relating to what happened.* 27. *This harmonization must be carried out by weighing these rights in the context of transitional justice itself. Thus, particularities and specificities may admittedly arise when processing these obligations in the context of a negotiated peace. Therefore, in these circumstances, States must weigh the effect of criminal justice both on the rights of the victims and on the need to end the conflict. But to be valid in international law, they must abide by certain basic standards relating*

Finora si è studiata la figura dell'amnistia nella dottrina e nella giurisprudenza internazionali. Risulta dalla sua analisi che anche se esistono limiti alla sua legalità quando essa cerca di sottrarre i responsabili di gravi violazioni dei diritti umani dalla giustizia, nessuno strumento del diritto internazionale, sia per mezzo risoluzioni delle Nazioni Unite, sia per mezzo della giurisprudenza dei principali Tribunali internazionali, esprime una proibizione assoluta a questo tipo di meccanismo. Gli Stati possiedono ancora, in virtù del principio di sovranità, la potestà di concedere atti di grazia ai propri cittadini. L'estensione di essi tuttavia potrà rappresentare una violazione al diritto internazionale quando i limiti indicati in precedenza non si rispettino. Una seconda conclusione è che, secondo il diritto internazionale consuetudinario, gli unici delitti che non possono essere amnistiati sono i delitti internazionali e le gravi violazioni dei diritti umani. Qualora si proceda a riconoscere un atto di grazia riguardo ad essi, non si esclude la possibilità che tribunali domestici di altri Stati o tribunali internazionali possano esercitare l'azione penale. Una terza conclusione riguarda il fatto che non esiste un solo tipo di amnistia, e dunque la sua legalità o illegalità dipenderà da ogni caso particolare. Infine, è necessario riconoscere che la giurisprudenza e la dottrina internazionale si basano nell'analisi di amnistie in processi di pace dove generalmente non venivano protetti i diritti delle vittime. Occorre domandarsi se le stesse considerazioni riguardo alla validità o meno di questo meccanismo possano estendersi a processi dove le vittime siano state risarcite e il diritto alla verità sia stato garantito.

Considerando che questa tesi pretende di risolvere aspetti particolari del processo di pace in Colombia, si ritiene pertinente analizzare la dottrina e la giurisprudenza domestica prima di poter identificare a titolo di conclusione del capitolo, quali siano i limiti delle amnistie di cui si deve tener conto in processi di giustizia transizionale come quello Colombiano.

to what can be processed and implemented in several ways, including the role of truth and reparation. 28. It can be understood that this State obligation is broken down into three elements. First, the actions aimed at investigating and establishing the facts. Second, the identification of individual responsibilities. Third, the application of punishments proportionate to the gravity of the violations. Even though the aim of criminal justice should be to accomplish all three tasks satisfactorily, if applying criminal sanctions is complicated, the other components should not be affected or delayed."

L'ammnistia in Colombia

Nel 2016 il Parlamento Colombiano approvò la legge di amnistia¹⁰¹ che era stata concordata tra il Governo e la guerriglia della FARC durante il processo di pace che mise fine ad oltre cinquant'anni di guerra con questo gruppo armato. La norma conferisce alla Giurisdizione Speciale di Pace la facoltà di concedere clemenza agli attori del conflitto per i delitti da loro commessi durante la guerra, eccetto per i maggiori responsabili di delitti internazionali. Questa legge potrebbe potenzialmente beneficiare la maggioranza di combattenti e anche singoli individui che abbiano partecipato al conflitto armato.

Settori politici che si oppongono all'accordo così come organizzazioni civili che difendono i diritti umani (il più noto tra loro Human Rights Watch) considerano che la legge di amnistia sia contraria ai presupposti e ai principi del diritto internazionale. Alcuni accademici sostengono che una possibile conseguenza dell'implementazione di questa legge è l'attivazione della competenza della Corte Penale Internazionale. Invece i difensori del processo di pace pensano che il sistema di giustizia transizionale disposto dagli accordi de L'Avana rispetta i limiti che impone il diritto internazionale, e che le amnistie, purchè non si rinunci all'esercizio dell'azione penale contro i maggiori responsabili di gravi violazioni dei diritti umani e al diritto internazionale umanitario, non sono proibite.

Un'analisi approfondita della legge di amnistia, la sua validità, il suo impatto e i suoi limiti verrà presentato nella seconda parte di questa tesi. Nonostante ciò è importante ricordare che questa non è la prima nè l'unica legge di amnistia che sia stata approvata in Colombia. Invece quello che risulta inedito è che sia la prima legge di amnistia nazionale sulla quale la Corte Penale Internazionale possa intervenire.

¹⁰¹ Colombia, Legge 820 del 31 Dicembre 2016, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=70473>

In questa sezione si presenteranno alcuni esempi di leggi che sono state impiegate in passato per concedere clemenza sovrana. Si studieranno anche diversi provvedimenti della Corte Suprema di Giustizia e della Corte Costituzionale riguardo alla definizione e alla portata dell'amnistia.

Questa analisi permetterà di capire quale sia la normativa e la giurisprudenza che attualmente deve essere considerata in Colombia affinché si possa determinare la legalità e i limiti dell'amnistia proposti nel trattato di pace che recentemente è stato firmato nel nostro paese.

La Costituzione del 1991 prevede negli articoli 150¹⁰² (riguardo alle funzioni del Parlamento), e 201¹⁰³ (quelle del Presidente), la possibilità di concedere amnistie¹⁰⁴ e indulti. A sua volta, il Codice Penale stabilisce nel suo articolo 87¹⁰⁵ che l'estinzione del reato si produce, tra altre cose, sia attraverso amnistie che indulti. La normativa posteriore al 1991 è prolifica ma allo stesso tempo uniforme. La definizione di cosa si intende per amnistia, così come i limiti che devono essere rispettati al momento di concederla restano immutati.

Ma anche prima dell'approvazione della Costituzione attuale, la figura delle amnistie non era estranea al *corpus juris* Colombiano. In effetti sia l'amnistia che l'indulto erano già stati riconosciuti dalla Costituzione del 1886. Non è il caso di fare una ricostruzione storica di questa figura, ma basta accennare un paio di esempi. Sin dall'inizio del ventesimo secolo (e

¹⁰² Cfr., Colombia, Costituzione Politica di 1991, art. 150: "Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares", in, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

¹⁰³ Cfr., Colombia, Costituzione Politica di 1991, art. 201: "Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar.", in, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

¹⁰⁴ Cfr., Colombia, Legge 7 di 1992.

¹⁰⁵ Cfr., Colombia, Codice Penale, art. 87: "Son causas de extinción de la sanción penal: (...)2. El indulto. 3. La amnistía impropia", in, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

si potrebbe anche andare più indietro), si applica la clemenza sovrana in Colombia. I trattati di “Neerlandia, Wisonsin e Chinàcota”¹⁰⁶ del 1902 che servirono per porre fine alla guerra dei “mille giorni”, prevedevano che si concedesse un’amnistia ampia e incondizionata a coloro che accettassero i termini dell’accordo di pace.

Mezzo secolo più tardi il Presidente Rojas Pinilla, che salì al potere attraverso un colpo di stato, concesse una clemenza sovrana a tutti i cittadini e ribelli che durante diverse manifestazioni si opposero al nuovo governo tramite il Decreto 1823 del 1954. Anche se questa norma dichiarava un’amnistia ampia, risulta per lo meno interessante puntualizzare che escludeva tutti i delitti “*la cui natura riveli un’estrema insensibilità morale*”¹⁰⁷, e cioè delitti atroci.

Il sorgere di guerriglie comuniste in Colombia rappresentava un problema di ordine pubblico e di sicurezza nazionale fin dagli anni sessanta. Oltre tredici processi di pace nel giro di trent’anni fallirono, pur non mancando strumenti legali che garantivano l’estinzione dell’azione penale per tutti coloro che decidessero di lasciare le armi, sia individualmente che collettivamente. Questo è il caso, ad esempio, delle leggi 35 del 1982¹⁰⁸ e 77 del 1989¹⁰⁹. Una particolarità di queste norme era che l’amnistia (l’indulto nella legge 35 di 1982) venne considerata unicamente per i delitti politici, a differenza dei precedenti provvedimenti citati. Un’altra caratteristica è che si escludevano dal beneficio di clemenza gli omicidi

¹⁰⁶ Cfr., Victor Guerrero, “Breve historia de las amnistias e indultos en Colombia”, Foro Constitucional Iberoamericano, N. 6, 2004, <https://core.ac.uk/download/pdf/30047137.pdf>

¹⁰⁷ Cfr., Colombia, Decreto 1823 de 1954, https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/decreto_1823_1954.htm, nell’articolo 4 del Decreto Legislativo si includeva una eccezione all’amnistia generale: “*Los beneficios del presente Decreto no se extenderán a los delitos cuyos caracteres de atrocidad revelen una extrema insensibilidad moral.*”

¹⁰⁸ Cfr., Colombia, Legge 35 di 1982, in, <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1591525>

¹⁰⁹ Cfr., Colombia, Legge 77 di 1989, in, [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1624153?fn=document-frame.htm&f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1624153?fn=document-frame.htm&f=templates$3.0)

commessi fuori dal campo di battaglia, ponendo la vittima in uno stato di vulnerabilità¹¹⁰, ed in generali tutti gli atti di barbarie o commessi da gruppi terroristi¹¹¹.

Le stesse limitazioni furono riconosciute dal Decreto Legislativo 213 del 1991. Questa norma prevedeva l'amnistia di tre gruppi guerriglieri ed è importante perché pur essendo stata elaborata prima dell'entrata in vigore della Costituzione del 1991, è stata riprodotta da altri strumenti legislativi successivi, come ad esempio la Legge 104 del 1993¹¹², la 418 del 1997¹¹³, la 782 del 2002¹¹⁴ e la 1420 del 2010¹¹⁵. Il Decreto, e le leggi posteriori ad esso, dispongono che si può procedere con *“l'estinzione del reato (o della sua pena) unicamente a favore di cittadini Colombiani, autori o complici, per fatti costitutivi di delitti politici (...) per delitto politico si intendono le fattispecie tipificate nel Codice Penale come ribellione, sedizione e insurrezione e i delitti connessi ad essi. Le disposizioni di questo Decreto non si*

¹¹⁰ Cfr., Colombia, Legge 35 di 1982, “artículo 3º. *“Los homicidios fuera de combate no quedarán amparados por la amnistía, si fueron cometidos con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación”.* in, <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1591525>

¹¹¹ Cfr., Colombia, Legge 77 di 1989, “Artículo 6º *El indulto no se aplicará a los homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia, o colocando a la víctima en estado de indefensión, ni a los actos de ferocidad o barbarie. Tampoco se aplicará a quienes formen parte de organizaciones terroristas.*”, in, [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1624153?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1624153?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

¹¹² Cfr., Colombia, Legge 104 del 1993, in, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8743>

¹¹³ Cfr., Colombia, Legge 418 del 1997. Questa norma è di estrema importanza. Si concedono facoltà al Presidente della Repubblica ai fini di poter garantire la pace e la convivenza in Colombia. Questa legge, pur essendo stata parzialmente modificata, rimane come lo strumento più importante che ha il Presidente della Repubblica per iniziare qualsiasi tipo di dialogo o trattativa di pace. *“Artículo 50. El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con éstos, cuando a su criterio, la Organización Armada al margen de la ley a la que se le reconozca el carácter político, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil. También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales que, individualmente y por decisión voluntaria abandonen sus actividades como miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley a las cuales se les haya reconocido su carácter político y así lo soliciten, y hayan demostrado a criterio del Gobierno Nacional, su voluntad de reincorporarse a la vida civil. No se aplicará lo dispuesto en este título, a quienes realicen conductas que configuren actos atroces, de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, o colocando a la víctima en estado de indefensión”*, in, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8743>

¹¹⁴ Cfr., Colombia, Legge 782 di 2002. Modifica aspetti della legge 418 del 1997. In, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6677>

¹¹⁵ Cfr., Colombia, Legge 1420 di 2010. Qua oltre ai benefici di tipo penale, si limitano i benefici social ed economici riconosciuti agli ex cobattenti nel caso avessero commesso delitti internazionali. In, <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/Ley142121122010.pdf>

applicheranno al genocidio, agli omicidi commessi fuori combattimento, con spietatezza o mettendo la vittima in una posizione di vulnerabilità, e nemmeno agli atti feroci o di barbarie”¹¹⁶.

Risulta assai importante notare come le diverse disposizioni legali abbiano ridotto i delitti per i quali si può riconoscere un atto di grazia. Si è passato da un modello più generoso di concessione ampio ad uno piuttosto ristretto ai delitti politici e connessi. Questo fatto particolare rappresenta una delle maggiori sfide per il processo di pace Colombiano. Non tutti i delitti che vengono commessi in una guerra sono delitti internazionali o politici. Ci sono altri delitti (alcuni di essi possono essere più o meno connessi ai delitti che rientrano sia tra quelli amnistiabili sia tra quelli per cui è proibita l’amnistia) che non rientrano in nessuna categoria e che tuttavia devono essere considerati da parte degli operatori giuridici. Su questo si tornerà più in profondità quando si analizzi l’attuale modello di giustizia transizionale in Colombia.

Le disposizioni di legge fino ad ora presentate, sono state applicate dalla Corte Suprema di Giustizia in diversi momenti della storia recente. È tuttavia importante sottolineare che a differenza della Corte Costituzionale, in Colombia la Corte Suprema, sebbene possa interpretare il senso della norma in un caso concreto, non ha la facoltà di pronunciarsi sulla costituzionalità o meno delle leggi. Per questo motivo, la giurisprudenza della Corte Suprema, pur essendo fondamentale per capire la portata e i limiti dell’amnistia in casi specifici, risulta molto più limitata riguardo a quella della Corte Costituzionale.

Uno degli aspetti più discussi in seno alla Corte Suprema è la differenza tra l’amnistia e l’indulto, o l’amnistia propria ed impropria. Per certi dottrinanti le differenze sono

¹¹⁶ Colombia, Decreto 213 di 1991, “*Consagrarse la extinción de la acción penal y de la pena en favor de los nacionales colombianos autores o cómplices de hechos constitutivos de delitos políticos (...) Entiéndase por delitos políticos los tipificados en el Código Penal como rebelión, sedición y asonada y los delitos conexos con los anteriores. Lo dispuesto en este Decreto no se aplicará con relación a los genocidios, a los homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, ni a los actos de ferocidad o barbarie.*”, in, https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/decreto_0213_1991.htm

esclusivamente concettuali; mentre l'amnistia si riferisce all'oblio del reato, l'indulto riguarda il perdono della pena concesso ad una persona già condannata. In questo testo non si approfondirà sugli effetti pratici di questa differenziazione. Tuttavia, non si deve dimenticare che ognuno di questi meccanismi possiede certe particolarità. In effetti, la Corte Suprema di Giustizia, nella pronuncia del 4 Luglio di 1962, ritenne che *"l'amnistia è una grazia di carattere generale che estingue l'azione penale, cancella radicalmente il reato, la condanna e tutti gli effetti penali che da essa possano derivare, realizzando, per così dire, una restitutio integrum, come spiega Eugenio Florian. Invece l'indulto può essere considerato come una grazia applicata ai condannati per una determinata categoria di delitti (...)"*¹¹⁷. Questa distinzione concettuale tra l'amnistia e l'indulto fu poi sostenuta anche dalla stessa Corte Suprema nelle provvidenze del 18 Marzo del 1986¹¹⁸ e del 12 Luglio di 1990¹¹⁹. Comunque esiste pure una dottrina giurisprudenziale che sostiene che la differenza risulta inutile ai fini pratici e che riguarda soltanto una discussione concettuale, come è stato ritenuto dallo stesso Tribunale nella sentenza del 23 Marzo del 1971¹²⁰.

¹¹⁷ Colombia, Corte Suprema di Giustizia, decisione del 4 Luglio del 1962, *"La amnistía es una gracia de carácter general que enerva o extingue la acción penal, borra radicalmente el hecho punible, la condena y todos los efectos penales que de ella pueden derivarse, realizando por así decirlo, una restitutio integrum, como lo anota Eugenio Florián. En tanto, el indulto puede considerarse como una gracia aplicada a los condenados por una determinada categoría de hechos punibles, según el mismo autor"*.

¹¹⁸ Cfr., Colombia, Corte Suprema di Giustizia, Provvidenza del 18 Marzo di 1986, *"Amnistía e indulto, son dos figuras jurídicas que si bien proceden de un tronco común, el derecho de gracia, tienen hoy en día alcance y significados distintos diversos. En efecto, la amnistía está llamada a dejar en el olvido las infracciones que a ella se refiere, y para ello establece el abandono de la acción penal con relación a los delitos que cobija, sin importar el estado del proceso. Cubre de manera general y abstracta las licitudes reguladas. y puede incluso borrar la obligación de indemnización de perjuicios."* El indulto, por su parte, deja intacta la acción penal a tal punto que es indispensable que ella haya concluido, como que no es más que una forma de extinción de la punibilidad y en ningún caso puede borrar la correlativa obligación de indemnizar los perjuicios causados con el delito. Por lo demás, su acción se limita, por regla general, a situaciones particulares, específicas, severamente reguladas por la ley y, sólo por excepción cobija situaciones generales."

¹¹⁹ Cfr., Colombia, Corte Suprema di Giustizia, provvidenza del 12 Luglio di 1990, in, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-768-98.htm>

¹²⁰ Cfr., Colombia, Corte Suprema di Giustizia, provvidenza del 23 Marzo di 1971. In questa opportunità si manifestò: *"De las normas anteriormente mencionadas resulta claro para la Corte que en ellas se hizo una distinción entre amnistía e indulto, no de carácter sustancial(...) sino por el aspecto procedimental. (...) la amnistía se consagró como medio extintivo de la acción penal respecto de proceso en curso, mientras que el indulto se estableció como causa extintiva de la condena en procesos ya finalizados por sentencia ejecutoriada"*

Altre decisioni della Corte Suprema di Giustizia, invece, sono servite per comprendere il valore delle amnistie come strumenti per raggiungere la pace. Nonostante il Tribunale riconosca la validità dei meccanismi di grazia in determinate circostanze¹²¹, è chiaro nell'esprimere i limiti dell'amnistia e dell'indulto limitando il loro scopo esclusivamente ai delitti politici e connessi. Dal 1958 fino ai nostri giorni tutti i pronunciamenti rispecchiano una posizione ortodossa riguardo alla possibilità di estendere gli strumenti di clemenza oltre questo tipo di reati, posizione che tra l'altro coincide con la dottrina e la giurisprudenza internazionale¹²², ma che ai fini pratici rappresenta una limitazione nel momento di

¹²¹ Cfr., Colombia, Corte Suprema di Giustizia, providenza del 12 Luglio di 1990, in, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-768-98.htm>; Cfr., Auto Interlocutorio (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 17 de mayo, 1983), *“La amnistía constituye una renuncia transitoria del Estado a su potestad soberana de perseguir y castigar los delitos llevados por motivos de interés público, particularmente por causas de carácter político; para mantener o restablecer la conveniencia social y, por ende, la paz. De aquí su naturaleza extraordinaria, su excepcional ocurrencia y tratamiento, y la necesidad imperiosa de que su concesión se haga sin demoras (...) Si la amnistía, por su efectos, impide la iniciación o la persecución de la acción penal, si anula la pena y, finalmente, borra el delito, dedúcese también su índole excepcional y la urgencia de su otorgamiento mediante el desarrollo inmediato de la legislación que la establece, para, como es lógico, salvaguardar y garantizar su eficacia.”*

¹²² Sono parecchie le providenze della Corte Suprema riguardo ai limiti delle amnistie e dell'indulto. Valga citare alcune decisioni importanti. Cfr., Auto Interlocutorio 23 Settembre 1958 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 23 de septiembre, 1958), *“No ha dicho la ley cuáles deban considerarse delitos atroces. Pero de acuerdo con el sentido natural y obvio de las palabras, son los que se cometen con crueldad, inhumanidad o fiereza. Para calificarlos así debe guiarse el juzgador por un criterio subjetivo. No basta que la infracción penal revista gravedad especialísima, bien sea por la importancia del derecho violado o por cualesquiera otras circunstancias de orden material, para que pueda considerarse atroz. Se requiere primordialmente que la actividad delictuosa, signo evidente de peligrosidad social, revele, además, por los motivos determinantes, las modalidades de ejecución. etc “una extrema insensibilidad moral”*; Cfr., Sentenza 30 Maggio di 2007 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 30 de mayo, 2007), *“Los hechos atroces en que incurre el narcoterrorismo, como son la colocación de carros bombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes y hasta de niños indefensos, constituyen delito de lesa humanidad, que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos.”*; Cfr., Sentenza 21 Settembre di 2009 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 21 de septiembre, 2009), *“En ese sentido, es obligación del Estado colombiano garantizar que las violaciones graves al derecho internacional humanitario sean castigadas como lo que son, esto es, como atentados que no sólo afectan la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad de las personas, entre otros bienes relevantes, sino que atentan contra valores fundamentales reconocidos por la humanidad entera y compilados en el conjunto de normas que conforman el llamado derecho internacional humanitario.”*; Cfr., Sentenza 24 Novembre 2010 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 24 de noviembre, 2010), *“(…)tal como ha sido definido internacionalmente, así como por la Sala, no tienen el carácter de delitos políticos: Los crímenes de guerra, esto es, violaciones al derecho de la guerra (ius in bellum), de las que hacen parte tanto las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el marco de un conflicto armado internacional, como las violaciones graves al derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario con ocasión de un conflicto armado interno, (ii) Los crímenes de lesa humanidad, es decir, conductas de asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o desplazamiento forzoso, encarcelación, tortura, violación sexual, prostitución forzada, esterilización forzada,*

implementare un modello di giustizia transizionale come quello che si sta pensando attualmente in Colombia.

Rispetto alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, si può affermare che esiste un chiaro precedente riguardo ai limiti della amnistia. Pur riconoscendo la potestà dello Stato di concedere atti di clemenza, si sostiene che non sono validi qualora essi mettano in pericolo i diritti alla giustizia, alla verità ed alla riparazione delle vittime del conflitto armato. La Corte non nega la validità dei meccanismi di grazia, di solito concepiti nell'ambito dei processi di giustizia transizionale, ma ricorda che si devono rispettare i principi del diritto internazionale.

L'analisi delle più importanti pronunce del Tribunale Costituzionale deve essere realizzata in ordine cronologico per capire l'evoluzione delle regole giurisprudenziali che delimitano lo scopo attuale e l'applicabilità delle amnistie in Colombia. Queste regole, tra l'altro, sono fondamentali nel dibattito attuale riguardo al modello di giustizia transizionale che si sta implementando in Colombia dopo le trattative di pace con la guerriglia. Fondamentale per gli scopi di questa tesi risulta definire i precetti costituzionali che devono essere rispettati affinché le decisioni politiche e giuridiche del processo di giustizia transizionale siano valide.

Tramite la sentenza C-225 del 1995 la Corte studiò la costituzionalità della legge che recepiva nell'ordinamento Colombiano le disposizioni delle Convenzioni di Ginevra e i suoi Protocolli Addizionali. Una delle norme contenute nel II Protocollo del 1977, specificamente

persecución por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos u otros motivos definidos, desaparición forzada, apartheid u otros actos que causen graves sufrimientos o atenten contra la salud mental o física, no cometidos necesariamente en el curso de un conflicto armado, suponen la existencia de un ataque generalizado o sistemático, o (ii) En general, conductas que hayan vulnerado gravemente los derechos humanos o el derecho internacional humanitario (...) Además, otras instancias internacionales han señalado que las violaciones al ordenamiento internacional constituyen delitos internacionales y que por tanto, no pueden ser objeto de amnistía, en principio, o indulto[8], dado que se trata de aquellos comportamientos cuya gravedad compromete la paz y la seguridad mundial, así como la estabilidad ética y política del orden internacional, y con cuya comisión se vulnera a la humanidad en su conjunto y no a la persona individualmente considerada, de manera que no pueden tener la condición de delitos políticos."

l'articolo 6(5), ista ai governi di concedere le più ampie amnistie per le persone che abbiano partecipato al conflitto armato. Di fronte a questa apparente licenza, la Corte sostiene che essa si riferisce esclusivamente ai combattenti ed ai prigionieri di guerra, e cioè a coloro che abbiano commesso delitti politici, ma esclude tutti quelli che abbiano commesso crimini di guerra o gravi infrazioni del diritto internazionale umanitario¹²³.

Questa precisazione è importate perché non sono pochi i dottrinanti e accademici che citano la norma *sub judice* per promuovere atti di grazia per tutti i delitti commessi nello svolgimento di una guerra. Riguardo al limite implicito della norma, il Tribunale ritenne che *“come si è già discusso in questa decisione, una delle caratteristiche essenziali di coloro che godono dello statuto del prigioniero riposa nel fatto che loro non possono essere puniti per il solo fatto di aver impugnato le armi ed aver partecipato alle ostilità (...) di conseguenza, se il prigioniero di guerra non ha violato il diritto umanitario, quando finisca la guerra, dovrà essere liberato e rimpatriato (...) e se ha violato il diritto umanitario, dovrà allora essere sanzionato come un criminale di guerra”*¹²⁴.

Successivamente, in una sentenza del 1998 (C-768)¹²⁵ la Corte Costituzionale riaffermò il principio secondo il quale non esiste un diritto all'indulto o all'amnistia *ex constitutione*, ma, piuttosto, la potestà dello Stato, attraverso il Parlamento, di definire lo scopo e le

¹²³ Cfr., Colombia, Corte Costituzionale, C-225 di 1995, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

¹²⁴ Cfr., Colombia, Corte Costituzionale, C-225 di 1995, traduzione propria, *“Ahora bien, como ya se señaló en esta sentencia, una de las características esenciales de quienes gozan del estatuto de prisionero de guerra es que ellos no pueden ser penados por el solo hecho de haber empuñado las armas y haber participado en las hostilidades, puesto que, si los Estados están en guerra, se considera que los miembros de los cuerpos armados respectivos tienen derecho a ser combatientes. La parte que los captura únicamente puede retenerlos, con el fin de disminuir el potencial bélico del enemigo; pero no puede sancionarlos por haber combatido. Por consiguiente, si el prisionero de guerra no ha violado el derecho humanitario, entonces una vez finalizadas las hostilidades, deberá ser liberado y repatriado sin demora, tal y como lo señala el artículo 118 de la citada Convención de Ginebra III. Y, si ha violado el derecho humanitario, entonces debería ser sancionado, como criminal de guerra, si se trata de infracciones graves, o podría recibir otros castigos por las otras infracciones que haya cometido, pero no podrá, en ningún caso, ser penado por haber sido combatiente”*.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

¹²⁵ Cfr., Colombia, Corte Costituzionale, C-768 di 1998, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-768-98.htm>

circostanze di questi meccanismi¹²⁶. Il Tribunale sostiene che l'atto sovrano di clemenza sia una decisione di carattere politico che risponde alla necessità di convenienza pubblica di fronte a particolari situazioni, determinando che sarà il legislatore, interpretando la volontà del costituente primario, a stabilire quali atti e quali soggetti possono essere amnistiati¹²⁷.

Nel 2002 la Corte studiò la costituzionalità della legge che recepiva nel sistema giuridico Colombiano l'articolato dello Statuto di Roma¹²⁸. La rilevanza di questo provvedimento è immensa per il fatto che l'interpretazione che fece il Tribunale sulle disposizioni dello Statuto servirono come punto di riferimento nella delimitazione legale del modello di giustizia transizionale previsto dal processo di pace con la guerriglia.

Un primo presupposto che vale la pena rilevare da parte del Tribunale riguarda l'interpretazione del principio di sovranità. *“La sovranità di uno Stato esiste per proteggere gli abitanti del suo territorio, non per proteggere coloro che hanno violato i diritti umani o hanno ignorato i minimi principi del diritto internazionale umanitario, e molto meno, per servire da muraglia insormontabile per coloro che desiderano convertire un determinato territorio in un nascondiglio per godere dell'impunità”*¹²⁹. Dunque, la sovranità non può

¹²⁶ Cfr., Colombia, Corte Costituzionale, C-768 di 1998, *“El carácter político de estos instrumentos le asigna constitucionalmente al Legislador discrecionalidad para determinar en qué casos los concede y a cuál grupo de personas deben estar dirigidos. Dado que el Congreso es el que determina si existen graves motivos de conveniencia pública para proceder a conceder el indulto, en él debe reposar también la decisión acerca de cuál es la extensión adecuada de la gracia, de manera que la medida siempre responda al resultado benéfico que se espera lograr. Es decir, el Congreso tiene la atribución de excluir del beneficio las conductas y grupos, cuyo indulto no considera apropiado para el restablecimiento del orden público.”*, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-768-98.htm>

¹²⁷ Cfr., Colombia, Corte Costituzionale, C-768 di 1998, *“Conceder amnistías o indultos generales por delitos políticos es una medida eminentemente política, que implica interpretar la voluntad de la Nación. Si el Congreso, con el voto de la mayoría exigida por la Constitución, dicta esta medida, será porque interpreta el sentimiento de la inmensa mayoría de los ciudadanos y si la niega, será porque no existe ese sentimiento”*, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-768-98.htm>

¹²⁸ Cfr., Colombia, Corte Costituzionale, C-578 di 2002, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm>

¹²⁹ Cfr., Colombia, Corte Costituzionale, C-578 di 2002, *“La soberanía de un Estado existe para proteger a los habitantes que residen en su territorio, no para amparar a quienes han violado los derechos humanos o desconocido los mínimos establecidos en el derecho internacional humanitario ni, mucho menos, para servir de muralla infranqueable para quienes desea convertir un determinado territorio en un escondite para gozar de impunidad.”*, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm>

essere utilizzata come un argomento per portare avanti meccanismi che limitino i diritti dei cittadini ed in particolare i diritti alla giustizia, alla verità e alla riparazione delle vittime. È per questo motivo che la Corte riafferma l'invalidità delle amnistie di punto finale, le auto amnistie.

Malgrado l'opposizione della Corte a certi tipi di meccanismi di clemenza che risultano restrittivi dei diritti delle vittime, nello stesso provvedimento riconosce la libertà di ogni stato di decidere, nell'ambito politico e giuridico, soluzioni che possano far fronte a periodi di guerra o di convulsione sociale. In effetti, ritiene che persino lo Statuto di Roma, non si oppone alle amnistie quando esse siano concesse nei limiti dei principi del diritto internazionale¹³⁰.

La Corte si è anche pronunciata (C-695 di 2002) sulla possibilità di estendere le amnistie ai delitti comuni, ritenendo che la facoltà del Parlamento di concedere questo tipo di clemenza è prevista dalla Costituzione Politica esclusivamente per i delitti politici; dunque, nell'esercizio della sua competenza, può unicamente estendere le amnistie ai delitti connessi ai delitti politici. E anche quando esercita questa facoltà si dovrà in ogni caso procedere a un'analisi di uguaglianza e ragionevolezza della misura¹³¹.

¹³⁰ Cfr., Colombia, Corte Costituzionale, C-578 di 2002, *“Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado Colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia (...) Por lo anterior, sin adelantar juicio alguno sobre eventuales leyes de amnistía o indulto, no encuentra la Corte que la ratificación del Estatuto de Roma pueda implicar un obstáculo para futuros procesos de paz y de reconciliación nacional en donde se consideren medidas como los indultos y las amnistías con sujeción a los parámetros establecidos en la constitución y en los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.”*, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm>

¹³¹ Cfr., Colombia, Corte Costituzionale, C-695 di 2002, *““Congreso no puede conceder amnistías e indultos por delitos comunes. Ello es así porque el constituyente, teniendo en cuenta que en esos delitos no concurre la motivación altruista que se advierte en los delitos políticos, los ha excluido de tales beneficios. De allí que si el legislador extiende esos institutos a la delincuencia común, no sólo estaría desconociendo la particular naturaleza que les asiste a aquellos, sino también incurriendo en un manifiesto quebrantamiento de la Carta.”*, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-695-02.htm>

D'altra parte, e riconoscendo che l'amnistia e l'indulto vengono previsti dalla Costituzione come meccanismi per esercitare clemenza per i reati politici, il Parlamento non può proibire attraverso una legge la possibilità che essi possano essere amnistiati¹³².

Il processo di pace con i paramilitari, o "Ley de Justicia y Paz", concedeva benefici penali per coloro che avessero partecipato alle attività nel contesto del conflitto armato. Per i combattenti di base furono riconosciute amnistie e indulti condizionati, invece per i maggiori responsabili si prevedeva un modello di giustizia alternativa con riduzione delle pene principali. Nel 2006 la Corte Costituzionale, basandosi sui precedenti giurisprudenziali descritti anteriormente, considerò che i meccanismi di giustizia transizionale, come l'indulto e l'amnistia, sono accettati qualora non vadano oltre i limiti imposti dal diritto internazionale. Si devono dunque punire i reati internazionali e si proibisce qualsiasi misura che vada contro i diritti alla giustizia, alla verità e alla riparazione delle vittime¹³³. La Corte ammette che in certi casi è necessario un certo grado di flessibilità nell'imposizione delle pene, soprattutto quando la decisione politica di farlo risponde alla necessità di risolvere una tensione sociale come la guerra.

¹³² Cfr., Colombia, Corte Costituzionale, C-695 di 2002, "El Congreso no puede prohibir la concesión de amnistías e indultos por delitos políticos. Esto es así porque el constituyente ha circunscrito el ámbito de aplicación de la amnistía y el indulto a los delitos políticos. Luego, si sobre ese punto existe también un mandato superior, el legislador no podría desconocerlo realizando distinciones entre los delitos políticos de tal manera que esos beneficios resultaran viables para unos de ellos y no para otros.", <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-695-02.htm>

¹³³ Cfr., Colombia, Corte Costituzionale, C-370 di 2006, "La comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar estos objetivos sociales de Paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social. La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado "justicia transicional" o "justicia de transición", pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción." <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm>

La pronuncia C-579 di 2013 è probabilmente la più importante sull'argomento di questa tesi. Questa sentenza contiene l'analisi di costituzionalità della più recente legge di amnistia che è stata approvata dal Parlamento dopo la firma del processo di pace con la guerriglia della FARC. Nella seconda parte di questo documento si riferirà in maniera approfondita e in dettaglio. Riguardo al precedente giurisprudenziale finora descritto, la posizione del Tribunale Costituzionale sembra essersi modificata. In effetti, si è dichiarata la costituzionalità del modello di amnistia nel quale si prevede che si possa riconoscere clemenza a coloro che, pur avendo partecipato alla commissione di delitti internazionali, non vengano considerati come maggiori responsabili. D'altra parte, si ritiene che dentro i delitti connessi ai delitti soggetti all'amnistia, possano includersi reati che finora non godevano di questo beneficio¹³⁴.

La decisione della Corte sostiene che la giustizia transizionale mira a risolvere le tensioni tra l'imperativo giuridico di soddisfare i diritti delle vittime della guerra e l'imperativo di raggiungere la pace. Questa tensione si risolve riconoscendo che il modello che si adotti deve garantire la giustizia, la verità e la riparazione delle vittime, diritti che a loro volta non possono materializzarsi attraverso l'applicazione del diritto penale ordinario. Precisamente, il modello transizionale adottato dalla legge di amnistia, che talvolta sviluppa i precetti della riforma costituzionale che permise la ratificazione dell'accordo di pace, riposa sul rispetto dei diritti umani¹³⁵.

¹³⁴ Cfr., Colombia, Corte Costituzionale, C-579 di 2016, *“lesiones personales, el hurto, la extorsión, la falsedad en documento, las falsedades personales, la interceptación de comunicaciones, el allanamiento de domicilio, la utilización de prendas de uso privativo de las fuerzas armadas, la rebelión, el irrespeto a cadáveres, la estafa, la usurpación (invasión) de inmuebles, la falsedad de moneda, el contrabando, el lavado de activos, las amenazas, el concierto para delinquir, los delitos contra la propiedad intelectual, el apoderamiento de hidrocarburos, el daño en bien ajeno, el incendio, el porte ilegal de armas, el enriquecimiento ilícito, la usurpación de funciones públicas, el encubrimiento, la fuga de presos, el fraude procesal, la traición a la patria, la injuria y calumnia, entre otros”*, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>

¹³⁵ Cfr., Colombia, Corte Costituzionale, C-579 di 2016, *“La justicia transicional busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades, para lo cual busca cumplir con tres criterios cuya importancia es reconocida dentro de nuestra Constitución: la reconciliación, el reconocimiento de los derechos de las víctimas y el fortalecimiento del Estado Social de Derecho y de la Democracia. Por lo anterior, lejos de sustituir el pilar fundamental de la garantía de los derechos humanos, la justicia transicional es un desarrollo del mismo en situaciones de violaciones masivas a los derechos humanos en las cuales la*

Da una lettura forse ortodossa della dottrina e della giurisprudenza, rimangono tuttavia proibite le amnistie a beneficio dei maggiori responsabili di delitti internazionali, e si considera che l'esercizio di clemenza per il resto dei reati sia condizionato alla soddisfazione dei diritti delle vittime.

Alcune riflessioni sui limiti dell'amnistia

Questa tesi rifiuta una visione semplicistica e miope riguardo alle amnistie e ritiene che risulta necessario estenderle oltre i limiti che esistono attualmente. Prima di arrivare ad una proposta critica sul tema, è necessario chiarire alcune premesse. 1) le amnistie generali, come quelle di punto finale o le auto amnistie non sono valide in nessuna circostanza, dunque agli effetti di questa tesi non si intende l'amnistia come oblio totale (paradosso etimologica), e ci si riferisce unicamente all'estinzione della pena o del procedimento penale ordinario; 2) il diritto internazionale e quello Colombiano non proibiscono l'uso della facoltà di clemenza; 3) il diritto internazionale e la giurisprudenza in Colombia riconoscono l'importanza dei modelli di giustizia transizionale; 4) la giustizia transizionale è il risultato del bilanciamento tra il raggiungimento della pace attraverso meccanismi come l'amnistia, e il raggiungimento della giustizia attraverso l'azione penale ordinaria, e dunque esiste un rapporto inversamente proporzionale tra la pace e la giustizia; 5) l'amnistia e la giustizia hanno un valore strumentale, non hanno un fine in se stesso, i loro propositi sono rispettivamente la pace e la giustizia; 6) le proibizioni internazionali e domestiche dell'amnistia e dell'indulto sono il risultato della non comprensione dei presupposti politici e legali di questa misura.

utilización de mecanismos ordinarios puede obstaculizar la salvaguarda de ésta”,
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>

1) Risulta evidente dalla dottrina e dalla giurisprudenza sia internazionale che domestica, che l'amnistia intesa come oblio generale delle gravi violazioni dei diritti umani o del diritto internazionale umanitario sia proibita. Modelli di grazia come quello Cileno o quello Argentino promossi negli anni ottanta e novanta, non potrebbero sussistere al giorno d'oggi. Non solo perché esiste un divieto chiaro nel diritto internazionale consuetudinario, ma anche perché i delitti amnistiati possono essere investigati e puniti da tribunali come la Corte Penale Internazionale o anche dalle giurisdizioni domestiche di altri paesi in virtù del principio di giurisdizione universale. Questa premessa, almeno per quanto riguarda il diritto internazionale, è dovuta al fatto che oggigiorno le amnistie che vengono permesse assomigliano più all'indulto o alle amnistie improprie e meno alle amnistie che pretendono di estinguere completamente l'esercizio del diritto penale su di esse.

Sussiste la proibizione dell'amnistia se si ammette che essa non debba includere modelli di oblio generale (amnistia propria)? In altre parole, è valido affermare che esiste una proibizione riguardo alle amnistie generali, ma non anche riguardo ai modelli di indulto o di amnistia condizionata?

2) L'amnistia è un atto di sovranità che risponde a criteri politici e che valuta la convenienza di estinguere l'esercizio dell'azione penale o della pena in alcune circostanze di tensione sociale. Ha un valore strumentale che può essere soltanto valutato dallo Stato che la concede. Fino agli anni novanta la comunità internazionale promosse questi meccanismi come soluzione di pacificazione. L'abuso della clemenza sovrana da parte di certi Stati fece in modo che la sua validità si riducesse poco a poco, specialmente quando si concedevano amnistie per delitti internazionali oppure di fronte a gravi violazioni dei diritti umani. Nonostante ciò, ancora oggi non esiste nel diritto positivo e nel diritto consuetudinario una norma espressa che proibisca l'amnistia.

D'altra parte, nel caso Colombiano l'amnistia e l'indulto sono riconosciute come facoltà del legislatore (e del Presidente) dalla stessa costituzione. I limiti che vengono imposti ai

meccanismi di grazia sono dettati dalla legge e dalla giurisprudenza. Diverse norme impongono al legislatore e al governo di limitare l'amnistia ai delitti politici ed ai delitti connessi ad essi. La giurisprudenza, restringe l'uso degli atti di grazia qualora vengano riconosciuti per delitti internazionali.

Una delle difficoltà che si presentano oggi nello sviluppo degli strumenti pattuiti nel processo di pace, è proprio la proibizione costituzionale dell'amnistia al di fuori dei delitti politici. Questo limite formale merita una riflessione che si svolgerà nella seconda parte della tesi, ed anche una critica nei confronti dell'assurda rigidità assunta dal legislatore e dalla giustizia. Ma prima di arrivare a quel punto, devono studiarsi i concetti di delitto politico e delitti connessi, visto che anche se inconveniente, la legge Colombiana limita gli atti di clemenza a questi due tipi di reati.

3) Attraverso diversi provvedimenti, la Corte Costituzionale e la Corte Suprema della Colombia riconoscono l'importanza e la validità dei processi di giustizia transizionale, riproducendo anche la posizione del diritto internazionale su questo aspetto. I modelli di transizione possono garantire il rafforzamento del principio di legalità (*rule of law*) e soddisfare i diritti delle vittime alla giustizia, alla verità ed alla riparazione.

Meccanismi come le amnistie condizionate, le commissioni della verità, modelli di reintegrazione di combattenti, garanzie di non ripetibilità e schemi di riparazione sono talvolta mezzi idonei a garantire l'esercizio dei diritti umani, anche se per ricorrere ad essi si debba rinunciare a modelli di giustizia retributiva.

4) L'affermazione secondo la quale la giustizia transizionale propone un bilanciamento tra la pace e la giustizia -supponendo che la pace si ottenga attraverso meccanismi come l'amnistia, e la giustizia attraverso processi penali- si può tradurre nei seguenti termini: esiste un rapporto inversamente proporzionale tra l'amnistia e i diritti delle vittime, e cioè tra la pace e la giustizia. Quanto più ampia l'amnistia, più si riduce la soddisfazione dei diritti

delle vittime, e viceversa. È chiaro che il diritto internazionale elimina gli estremi proibendo, da una parte, le amnistie generali, e riconoscendo, dall'altra, che attraverso modelli di giustizia retributiva, difficilmente si possa ottenere la pace.

Ma allora, qual è il punto di equilibrio? La risposta è semplice: dipende. Ogni modello di giustizia transizionale è una ricetta di meccanismi che rispondono alle particolarità e condizioni di ogni Stato. Non esiste un'equazione universale nella giustizia di transizione. Quello che invece risulta chiaro è che limitare in modo estremo l'amnistia a favore della giustizia ordinaria, oppure rinunciare a qualsiasi tipo di processo giudiziario in favore di una amnistia generale, è sconveniente. L'esperienza dei paesi che hanno superato periodi di tensione sociale dimostra che in questi casi gli Stati hanno sempre dovuto rinunciare agli estremi.

5) L'amnistia è un mezzo per raggiungere la pace, mentre il processo penale (ordinario e retributivo) per raggiungere la giustizia (o almeno un'idea di essa). Né l'amnistia, né la giustizia penale sono fini a se stessi, ma servono come strumenti. Riconoscere il loro valore strumentale non è ovvio, perché la legalità e la legittimità di un determinato processo di giustizia transizionale si dovranno misurare non sulla base dei mezzi utilizzati o della loro proporzione, ma dal raggiungimento dei loro fini, e cioè la pace e la giustizia.

Si spera che questa considerazione sia utile per scavalcare le barriere formali, tanto giuridiche come politiche, riguardo ai limiti dell'amnistia. Proibire la clemenza per i delitti internazionali è una decisione arbitraria che risponde ad un'analisi sui mezzi piuttosto che sui fini. È necessariamente contraria al diritto un'amnistia per un delitto di lesa umanità se l'aguzzino in un processo speciale riconosce la propria colpa, racconta la verità e dà riparazione alle vittime? Forse in quel caso manca un qualche tipo di sanzione, anche se alternativa, per soddisfare il diritto delle vittime alla giustizia. Ma se il criminale non accettasse nessun tipo di sanzione e rinuncia al processo speciale, le vittime comunque non avrebbero accesso alla verità ed alla riparazione. Con questo esempio non si cerca di

suggerire che si possa rinunciare all'azione penale o a qualche tipo di giustizia; si vuole soltanto dimostrare che la formula che si decida di utilizzare per porre fine ad un conflitto ed allo stesso tempo riconoscere i diritti delle vittime non può essere il risultato dell'applicazione formale dei precetti giuridici ordinari. Proprio per questo i processi di giustizia transizionale sono eccezionali.

6) Esiste una convinzione monolitica all'interno della dottrina e della giurisprudenza riguardo alla proibizione (formale) delle amnistie per i delitti internazionali. Ma prima di accertare se esiste la proibizione, si deve capire da dove viene o cosa intende evitare. Si è già studiato che il divieto di questi meccanismi abbia avuto origine all'interno della comunità internazionale. L'idea di lasciare impuniti i delitti commessi durante un conflitto sociale non solo contraddice l'idea morale di giustizia sorta dopo la Seconda Guerra Mondiale, ma anche il mandato di sanzionare certi reati che viene previsto dalle principali Convenzioni internazionali. Ed è proprio il proposito di combattere l'impunità la ragione che motivò la comunità internazionale a considerare contrari al diritto certi atti di clemenza. Questa idea si rafforzò a causa dell'abuso della figura delle amnistie generali degli anni ottanta e novanta.

Dunque, la proibizione delle amnistie è una reazione, una risposta a specifiche circostanze storiche, dove l'amnistia equivaleva ad una totale impunità. Ma allo stesso tempo, e come conseguenza dello sviluppo delle Convenzioni internazionali così come la nascita di tribunali internazionali e la proliferazione di processi domestici in virtù del principio di giurisdizione universale, i modelli di transizione si adattarono e abbandonarono meccanismi di amnistia assoluta, privilegiando strumenti mirati alla soddisfazione dei diritti delle vittime alla verità, alla giustizia e alla riparazione.

In altre parole, mentre l'idea della proibizione (basata su un'esperienza di totale impunità), si mantenne immutata, i processi di giustizia transizionale si sono adattati alle nuove esigenze del diritto internazionale. Se le circostanze che motivarono la proibizione in un

primo momento sono cambiate, non dovrebbe pure reinterpretarsi la proibizione rispetto al nuovo contesto?

Il processo di pace in Colombia sarà trascendentale a questo riguardo. Per poterlo portare avanti si dovranno ripensare i principi ormai calcificati e irrigiditi tanto nel diritto internazionale quanto in quello domestico.

Il delitto politico

Il delitto politico è probabilmente una delle figure più antiche del diritto penale¹³⁶. Essa risale ai tempi dei Romani, più precisamente dall'epoca di Augusto. Si consideravano di *laesae maiestatis* tutti i reati che fossero commessi contro il popolo Romano o contro la persona stessa dell'imperatore¹³⁷. Nel secolo XV Matteo Degli Afflitti riconobbe che le due fattispecie più caratteristiche di questo delitto fossero la ribellione e la sedizione: "*Decimo modo committitur crimen laesar maiestatis si quis solicitaverit vel concitaverit ipsos milites ut fiet seditio vel tumultus adversus republicam. Et sic infertur quod ille qui civitates obedientes principi facit ei rebelles, tenetur hoc crimine*"¹³⁸.

Nel corso della storia il concetto di maestà è andato via via cambiando. Nella monarchia, come sostiene Salvatore Aleo¹³⁹, si riferiva alla "*persona del sovrano*", mentre nella filosofia di Hegel¹⁴⁰ rispondeva allo Stato come soggetto. La personificazione dello Stato come persona era già stata riferita da Jean Bodin¹⁴¹ nel secolo XVI, e riconosceva la sovranità come il suo principale attributo. A sua volta, questo filosofo riteneva che esistesse un'identità fra la sovranità, il potere e la maestà, la quale doveva essere "*assoluta e perpetua*"¹⁴². Sbriccoli

¹³⁶ Cfr., Stephen Schafer, *The Concept of the Political Criminal*, 62 J. Crim. L. Criminology & Police Sci. 380 (1971), "*The political crime is perhaps the oldest of all crime-types.*"

¹³⁷ Cfr., Salvatore Aleo, *I Delitti contro lo Stato*, in *Diritto Penale – Parte Speciale, I*, a cura di Salvatore Aleo e Giorgio Picca, Ed. Cedam, Milano 2012.

¹³⁸ Cfr., Mario Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis*, Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 267

¹³⁹ Cfr., Salvatore Aleo, *I Delitti contro lo Stato*, in *Diritto Penale – Parte Speciale, I*, a cura di Salvatore Aleo e Giorgio Picca, Ed. Cedam, Milano 2012. "*Per ciò che riguarda la personificazione dello Stato, occorre fare innanzitutto riferimento al diritto romano nel passaggio dalla fase repubblicana a quella imperiale. La nozione di maiestas (così del crimen laesae maiestatis, il crimine di lesa maestà, innanzitutto la perduellio, il crimine di tradimento con il nemico) era attributo e qualificazione del popolo romano nella fase repubblicana, e divenne prerogativa della persona stessa dell'imperatore (il sovrano) sotto Augusto.*", p. 2

¹⁴⁰ Cfr., G. F. W. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, 1821, Sez. 279, Trad. it., Laterza, Bari, 1971, p. 243, in, Salvatore Aleo, *I Delitti contro lo Stato*, in *Diritto Penale – Parte Speciale, I*, a cura di Salvatore Aleo e Giorgio Picca, Ed. Cedam, Milano 2012, p. 2

¹⁴¹ Cfr., J. Bodin, *Les six livres de la république*, I, VIII, Parigi, 1576, "*puissance absolue et perpetuelle d'une République, que les latins appellent majestatem*", in, Mario Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis*, Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 11

¹⁴² Cfr., Mario Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis*, Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 11, "*Sul finire del secolo XVI, al culmine di uno dei momenti di massima fioritura del pensiero politico europeo (...) Jean Bodin definiva*

osserva come sembra esserci una liturgia dell'obbedienza dietro il concetto della lesa maestà, e come il diritto penale acquisisce valore riguardo al concetto di sovranità dello Stato qualora la disubbidienza (*Inobedientia* come *rebellio*) si oppone alla assolutezza del potere del sovrano¹⁴³. Proprio in questo contesto si concepiscono i delitti politici.

Riguardo all'assolutezza del potere sovrano, Ugo Grozio sosteneva che nonostante esistesse per l'uomo il diritto naturale di resistere alle condizioni avverse al loro benessere, e che il più delle volte questo giustificasse la guerra¹⁴⁴, una volta che si fosse istituita una società che garantisse la tranquillità dei cittadini, lo Stato poteva proibire il diritto di ribellarsi, giacché il suo esercizio avrebbe potuto incidere negativamente sulla pace e sull'ordine pubblico¹⁴⁵. Malgrado ciò, se lo stesso Stato, nell'esercizio della sua sovranità, esplicitamente accettava il diritto ad opporre resistenza, e dunque rinunciava al suo diritto di assolutezza, non poteva poi criminalizzare azioni mirate allo sconvolgimento del potere¹⁴⁶.

uno degli attributi fondamentali degli Stati –la sovranità– come la ‘puissance absolute et perpetuelle d’une Republique, que les latins appellent majestatem’.¹⁴² (...) Inanzitutto, la coincidenza di sovranità e potere, l’equivalenza tra potere e maiestas, le indicative qualità che il potere deve possedere per farsi condizione della sovranità dello Stato (...) La puissance dello Stato, dice Bodin, deve essere assoluta e perpetua”.

¹⁴³ Cfr., Mario Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis*, Giuffrè Editore, Milano, 1974, pp. 117-148

¹⁴⁴ Cfr., Ugo Grozio, *Il diritto della guerra e della pace*, Cedam Editore, Italia, 2010. “Le controversie fra coloro che non sono uniti da nessun vincolo giuridico comune, quali sono tanto i soggetti non ancora raccolti in un solo popolo, quanto i soggetti che appartengono a popoli diversi (...) riguardano il tempo di guerra o il tempo di pace. Ma poiché una guerra è intrapresa per avere la pace e poiché non vi è controversia da cui non possa scaturire una guerra, è opportuno trattare insieme tutte le controversie che solitamente ricorrono in connessione con la trattazione del diritto di guerra: la stessa guerra ci condurrà, poi, alla pace come suo fine.”, p. 46

¹⁴⁵ Cfr., Ugo Grozio, *Il diritto della guerra e della pace*, Cedam Editore, Italia, 2010, “È vero che tutti gli uomini hanno per natura –come prima abbiamo detto– il diritto di resistere al fine di respingere un torto fatto a loro. Ma, una volta istituita la società civile per tutelare la tranquillità, spetta allo Stato una sorta di diritto di superiorità su noi e sui nostri beni, nella misura necessaria a raggiungere tale fine. Lo Stato, dunque, può proibire quell’indiscriminato diritto di resistenza, per tutelare la pace e l’ordine pubblico; e non si deve dubitare che non l’abbia voluto, poiché altrimenti non potrebbe conseguire il suo fine. Infatti, se persistesse questo indiscriminato diritto di resistenza, non ci sarebbe uno Stato, ma una moltitudine disgregata, simile a quella dei Ciclopi”, p. 187

¹⁴⁶ Cfr., Ugo Grozio, *Il diritto della guerra e della pace*, Cedam Editore, Italia, 2010, “... se nel momento in cui la sovranità viene conferita, viene detto esplicitamente che in determinate circostanze si può opporre resistenza al re, anche se non si può considerare che una simile clausola comporti la riserva di una parte della sovranità, tuttavia sicuramente rimane in vita una certa qual sua libertà naturale, esenta dal potere regio. Chi infatti aliena un proprio diritto, può limitare con determinate clausole gli effetti dell’alienazione.”, p. 215

Per secoli i delitti politici furono fortemente puniti, proprio perché minacciavano la sovranità dello Stato. Andrea Sereni si riferisce a questa affermazione nei seguenti termini: *“Quando il potere sovrano è messo in discussione il fragore delle armi prende il posto delle quiete ragioni del diritto. È l’amaro filo rosso che segna la tormentata evoluzione del delitto politico fino ai giorni nostri. Del resto, la messa a repentaglio della sovranità ha in sé una carica talmente destabilizzante che tende per sua natura a fuoriuscire dai limiti ordinari del diritto criminale: una condizione extra ordinem, una necessità emergenziale che, nel momento in cui si pone a rischio la stabilità del potere, la sicurezza dello Stato, auto- giustifica la rottura degli schemi normali della legalità, l’ampliamento smisurato della punibilità e l’irrogazione delle pene più severe (...) Tempestiva restaurazione dell’ordine costituito, attraverso l’esercizio di una brutale severità, è stata quindi la costante, per secoli, della tipica reazione penale al crimine di lesa maestà”*¹⁴⁷.

Tuttavia, il consolidamento della filosofia liberale nell’Europa del XIX secolo rappresentò un importante cambiamento riguardo al concetto dei delitti di lesa maestà. Se prima venivano considerati come un attentato contro la persona dello Stato, dopo divennero una espressione del diritto dei movimenti democratici che si opponevano alle monarchie assolute¹⁴⁸. Puente Egido ritiene che un’espressione di questo cambiamento, e cioè l’idea

¹⁴⁷ Andrea Sereni, *I reati contro la personalità dello Stato*, in, Antonio Fiorella, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappachelli Editore, Torino, 2012, (437-466), p. 437

¹⁴⁸ Questa premessa non è universale. Una eccezione a questo principio, valida ancora oggi si materializza giustamente nel diritto penale italiano. Cfr., Salvatore Aleo, *I Delitti contro lo Stato*, in *Diritto Penale – Parte Speciale, I*, a cura di Salvatore Aleo e Giorgio Picca, Ed. Cedam, Milano 2012, p. 2, *“Nei codici napoleonico, sardo e Zardanelli erano i delitti contro la sicurezza dello Stato, ugualmente all’inizio della parte speciale, e nel primo titolo più ampio dei crimini e delitti contro la cosa pubblica. In tutti questi codici la parte speciale si apre con i crimini e delitti contro lo Stato e si chiude con quelli contro il patrimonio, preceduti da quelli contro la persona. In mezzo tutti i crimini e delitti contro nozioni di carattere pubblico e sociale (la pubblica amministrazione, l’amministrazione della giustizia, la fede pubblica, l’economia, l’industria e il commercio, la famiglia, la fede religiosa, ecc.). Questa impostazione corrisponde all’idea che lo Stato sia oggetto (bene giuridico) meritevole della maggiore e assolutamente peculiare tutela penale. Difatti, come vedremo, in questo ambito: sono puniti l’istigazione e l’accordo non seguiti dalla realizzazione del delitto, in deroga rispetto ai principii generali; hanno uno spazio peculiare le figure delittuose di associazione e banda armata; sono previste numerose fattispecie di attentato e di pericolo. Quindi, complessivamente, in ragione della particolare entità dell’oggetto della tutela, è arretrata la soglia della risposta e della responsabilità penale, rispetto a quella ordinaria per il delitto. Inoltre, nella previsione di cui l’art. 364 del nostro codice penale è costituito a carico del cittadino l’obbligo di denuncia penalmente sanzionato dei (soli) delitti contro la personalità dello Stato puniti con l’ergastolo”*; Cfr., Alberto Cadoppi e Paolo Veneziani, *Elementi di diritto penale, parte speciale*, quinta

che il delitto politico fosse considerato come un'eccezione nei confronti del diritto penale, si evidenzia, ad esempio, con le leggi di estradizione del Belgio del 1833, dove si garantiva l'immunità agli attivisti rivoluzionari¹⁴⁹.

La gran maggioranza dei sistemi giuridici del mondo, almeno quello occidentale, riconoscono l'esistenza dei delitti politici come parte del *corpus iuris* punitivo. Sebbene non esista un consenso assoluto sul trattamento che deve essere concesso a questi reati, la loro esistenza non si mette in dubbio, così come nemmeno la sua natura speciale.

Meno pacifica risulta l'individuazione del loro scopo, o di come essi debbano definirsi. Esistono nei diversi Stati differenti categorie di delitti politici. Alcuni, come ad esempio quello Colombiano, li definisce in modo tassativo e non considera che altri reati, anche se

edizione, Editore Cedam, Milano, 2016, "Nell'ambito dei codici preunitari, non facevamo certo difetto fattispecie criminose riconducibili al concetto di delitto politico, volte a tutelare la sicurezza dello Stato, o addirittura identificabili in crimini di lesa maestà. Con l'espressione *crimen laesae maiestatis* non si alludeva, invero, ad un singolo crimine, né ad un ambito chiuso e ben delimitato di ipotesi. All'opposto, potevano rientrare in quella nozione una moltitudine di modelli spesso in evoluzione, il cui denominatore comune era rappresentato dallo scopo di reprimere il dissenso politico rispetto al potere sovrano. La punizione del *crimen laesae maiestatis* era caratterizzata da toni fortemente eticizzanti. Il comportamento politico dell'avversario del *princeps* era oggetto di valutazione negativa innanzitutto sul piano morale. La sovrapposizione e la confusione tra giudizio etico e giudizio giuridico finiva poi per degenerare in forme di diritto penale soggettivistico, in cui si puniva l'autore per il suo biasimevole atteggiamento interiore, o per il suo modo di essere: il fatto di lesa maestà era reputato sottendere motivi eticamente riprovevoli, e l'oppositore – anche solo ideologico- del regime costitutivo veniva visto come un traditore.", p. 80

¹⁴⁹ Puente Egido, J., "Le délit politique (231)", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law. Consulted online on 13 May 2018, "L'exception relative à l'infraction politique a son origine dans la pensée libérale du siècle dernier ; une pensée qui se cristallisera dans des lois et des traités à partir de 1833, date de la promulgation de la loi d'extradition belge. A ses débuts, elle servit aux démocraties libérales d'instrument leur permettant de favoriser les mouvements de dissidents qui luttèrent à l'étranger contre les monarchies absolues, regroupées parfois au sein de la Sainte Alliance. L'immunité qui fut ainsi garantie aux activistes révolutionnaires contribua à l'implantation de certaines libertés dans différents pays", http://dx.doi.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/10.1163/1875-8096_pp1rdc_ej.9789041112361.009_260.4>First published online: 1991; Cfr., Alona E. Evans, Reflections upon the Political Offense in International Practice, 57 Am. J. Int'l L. 1(1963), "If the notion of the "pure" political offense were fully accepted in the early nineteenth century, by the end of that century it had been subjected to certain modifications, such as a general acceptance by states of the Belgian attentat clause in extradition treaties, which was designed to eliminate the plea of political murder when the act was directed against the head of a state, a clause which was often expanded to include the family of the head of state, members of the government, heads of foreign states, or even the taking of life in general, unless the act were committed in open combat, or where "the man was acting as one of a number of persons engaged in acts of violence of a political character with a political object, and as part of the political movement and rising in which he was taking part."

preceduti da un motivo politico, possano rientrare in questa categoria. Altri paesi, come in Italia, al contrario classificano i delitti politici in base a presupposti di tipo obiettivo, e cioè che siano reati commessi contro la personalità dello Stato, e anche di tipo soggettivo, il che vuol dire che si valuta l'intenzione del soggetto attivo della condotta. D'altro canto, persistono differenze tra gli Stati che condannano severamente questi atti e quelli che invece, pur mantenendo la loro illiceità li associano ad un diritto popolare e ne attenuano le conseguenze giuridico penali.

Nel diritto internazionale sembra non esserci un dibattito profondo sulla natura, lo scopo e i limiti dei delitti politici. Questo risulta ovvio, almeno intuitivamente, perchè in linea di massima questo tipo di reati non ha una trascendenza internazionale, ad eccezione di quando vengono commessi in connessione con crimini contro il diritto internazionale umanitario. Nonostante ciò, la dottrina considera che i delitti politici, tipicamente concepiti come reati contro lo Stato, possono essere amnistiati o indultati ricorrendo alla potestà sovrana di clemenza, che, tranne nei casi di violazione di principi internazionali, rimane compresa nell'ambito dell'autonomia degli Stati.

In effetti non è strano concepire che sul piano concettuale esista un rapporto inerziale tra i delitti politici e la potestà di clemenza dello Stato, forse dovuto al carattere liberale e democratico, almeno in teoria, del diritto internazionale, come ritiene Puente Egidio¹⁵⁰.

Nel caso Colombiano gli unici reati che possono essere amnistiati sono i delitti politici. Questo limite ha carattere costituzionale, e non solo restringe l'uso della clemenza per altri crimini, ma anche le fattispecie che rientrano in questa categoria speciale di delitti.

Nel capitolo anteriore si è studiata la figura dell'amnistia e la sua importanza in processi di giustizia transizionale come quello che sta cominciando in Colombia dopo la firma della pace

¹⁵⁰Puente Egidio, J., http://dx.doi.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789041112361.009_260.4>First published online: 1991

con la guerriglia. Altrettanto importante risulta lo studio dei delitti politici. Capire la loro natura e come possono essere interpretati sarà fondamentale per delimitare la competenza del Tribunale di pace. Il modello di amnistie previsto dal meccanismo di transizione dipende dalla definizione del rapporto fra i delitti politici e i delitti connessi ad essi, così come dalla possibilità di estendere la loro portata anche a reati di carattere internazionale.

L'obiettivo di questo capitolo è definire brevemente cosa si intende per delitti politici e delimitare il loro scopo e la loro portata. Nella prima parte si studieranno le diverse posizioni della dottrina riguardo alla loro natura e convenienza. Nella seconda e terza parte, si presenterà il loro sviluppo in diversi paesi, e nella legislazione e nella giurisprudenza Colombiane, rispettivamente. L'ultima parte sarà dedicata ad esporre alcune conclusioni che saranno utili per lo svolgimento della presente tesi.

Alcuni appunti della dottrina sulla definizione dei delitti politici: metodologie per la loro classificazione

I delitti politici non hanno un'unica forma e non vengono definiti nella stessa maniera da tutti gli Stati. Ognuno determina la loro natura in base alla propria storia. Esistono sistemi giuridici dove questa figura è in disuso, mentre altri fanno di questo tipo di delitti lo strumento centrale nella definizione di importanti decisioni di politica criminale. Nonostante ciò, in termini generali, si considerano politici i delitti che attentano contro lo Stato o le sue istituzioni politiche, e dunque il bene giuridico che si protegge è la personalità dello Stato stesso¹⁵¹. Qualunque persona può commettere un delitto politico, anche se nella pratica risulta difficile pensare che il soggetto attivo di questi reati sia indeterminato; l'unico requisito che deve compiere il reo è aver una motivazione politica -o per alcuni autori, altruistica- e non perseguire la soddisfazione di un interesse personale. Malgrado non esista

¹⁵¹ Cfr., Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, Vol I El derecho Penal. El delito, Vol III - De los delitos en Particular, Santa Fé de Bogotá, Temis, 2000. "(...)no hay delito que no se dirija contra el estado. Pero al lado de los delitos que injurian al estado de manera genérica e indirecta, hay otros que lo atacan de un modo directo o específico. Delito político es un nombre técnico que designa los actos que atacan directamente al Estado".

un ampio consenso riguardo alla validità e pertinenza (consistenza?) di questa categoria¹⁵², si distinguono dai delitti comuni sia per l'elemento soggettivo, sia per gli atti specifici descritti dalla legge. Finalmente è importante ricordare che questi reati sono intesi come delitti di attentato (di pericolo?), giacché non si punisce il risultato finale, bensì la messa in pericolo del bene giuridico tutelato, e cioè l'esistenza dello Stato e delle sue istituzioni. Addentriamoci dunque nello sviluppo di ognuna delle caratteristiche appena descritte.

La teoria del delitto politico¹⁵³ deve essere analizzata partendo dalle differenze tra i diversi sistemi giuridici. Nei modelli democratici questo tipo di reati varia, quanto a definizione e scopo, rispetto ad altri modelli come quello comunista o fascista. È per questo che la nozione dei delitti politici non si basa su principi assoluti¹⁵⁴.

¹⁵² Cfr., Carrara, F. (1996). *Programa de derecho criminal*(Vol. III). Santa Fe de Bogotá: Temis, ““(…) Infortunadamente estoy convencido de que la política y la justicia no son hermanas, nacidas de una misma causa, y de que en el campo de los llamados delitos contra la seguridad del Estado, tanto interna como externa, no existe el derecho penal filosófico; por lo tanto, así como la política, en su aplicación práctica, siempre le impone silencio al criminalista(…)”; anche, Cfr., F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, 4° ed., vol.VII, Giachetti, Prato, 1883, p. 646; citato da, Cfr., Salvatore Aleo, *I Delitti contro lo Stato*, in *Diritto Penale – Parte Speciale*, I, a cura di Salvatore Aleo e Giorgio Picca, Ed. Cedam, Milano 2012, “Carrara, nel suo Programma del corso di diritto criminale, omise di considerare (di esporre) la classe dei delitti politici in quanto queste nozioni non sono riconducibili ai principi generali (assoluti e universali) del diritto penale e sono definite non “da verità filosofiche ma piuttosto dalla prevalenza dei partiti e delle forze” e “dalle sorti di una battaglia”. Inoltre, Carrara contestò sempre la costruzione del delitto autonomo di banda armata.”

¹⁵³ Il profesor Ricardo Posada, ad esempio, riconosce nel caso Colombiano l'esistenza di due modelli teorici che spiegano l'esistenza ed il ruolo dei delitti politici nel sistema giuridico della Colombia. Posada sostiene che esistano al meno due tipi di teorie: quelle liberali e quelle conservatrici. Le prime riguardano al diritto delle persone di ribellarsi contro sistema autoritari. Le seconde, spiegano il delitto político a partire da una nozione di “auto preservazione” dello Stato, “El primero, de origen puramente liberal, se fundamenta en el derecho de los pueblos a oponerse a los regímenes tiránicos u opresores, lo que justifica -según algún sector de la doctrina- la ausencia de antijuridicidad material en algunos comportamientos constitutivos de delitos políticos formales, cuando la acción “revolucionaria” ataca sistemas de gobierno de facto. En la actualidad, la tradición constitucional colombiana sostiene que el derecho legítimo (impune) de resistencia popular sólo puede basarse en la oposición (democrática) a los sistemas autoritarios.(…) La segunda, de origen tradicional-conservador, plantea que los delitos políticos hacen parte de un conjunto de instrumentos normativos estrictamente vinculados a la autopreservación política, pragmática y estratégica de los regímenes de poder político y de las instituciones gubernamentales del Estado, sean estos democráticos o autoritarios. En verdad se trata de instrumentos que le permiten al “establecimiento” acrecentar su poder jurídico”. Cfr., Posada, R. (2010). *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*. Bogotá: Ediciones Uniandes pp 3-5.

¹⁵⁴ Cfr., Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, Vol I El derecho Penal. El delito, Vol III - De los delitos en Particular, Santa Fé de Bogotá, Temis, 2000. “(…) La teoría del delito político no puede ser tratada sino desde dentro de un sistema jurídico determinado”; Cfr., Posada, R. (2010). *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*. Bogotá: Ediciones Uniandes , “el “delito político” es un concepto cultural, abierto, históricamente determinado y variable según la ideología, el régimen o el Estado imperante en un momento histórico determinado; un concepto que además de coincidir con la noción particular de de delincente político

La definizione del delitto politico cambia, tanto nel diritto interno come nel diritto internazionale, in funzione di fattori come l'epoca, lo spazio, e le circostanze sociali particolari di ogni Stato¹⁵⁵. Si è già dimostrato come i governi possano adeguare i propri limiti ai propri interessi, e perciò ampliare o ridurre lo scopo di questo tipo di reati dipendendo dalle congiunture specifiche di ogni paese¹⁵⁶. Da questo fatto risulta evidente che quand'anche si possano trovare aspetti comuni nelle diverse definizioni del delitto politico, questo esercizio è descrittivo e non pretende di imporre un concetto unico ed universale di tale figura.

Autori come Caringella considerano che i delitti politici siano in disuso, e ritengono che: *“il ruolo e l'attualità di tali delitti sono stati sottoposti a critiche da parte di chi vede queste fattispecie come retaggio di una concezione ormai passata ed ancorata ad una enfattizzazione della centralità e del ruolo statale che oggi no ha più ragione di essere”*¹⁵⁷. In effetti, considerano che il dibattito giuridico e politico odierno sia incentrato soprattutto nel come debba configurarsi il rapporto fra *“terrorismo internazionale e guerriglia armata”*¹⁵⁸, e se una figura come il delitto politico potrebbe includere atti criminali come quelli

en la sociedad, y no necesariamente coincidir con la noción que de éste tiene el Estado que se defiende. Por ello, no se está tratando un concepto único e inmutable, pues resulta diferente en Colombia que en el resto del mundo, particularmente en aquellos Estado que vinculan su régimen de gobierno con postulados morales o teosóficos.”, p. 10

¹⁵⁵ Soto, J. R., & Álvarez, R. R. (1983). Delitos contra la existencia y seguridad del Estado: Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad pública en los códigos penal y de justicia militar, amnistía. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, p. 241

¹⁵⁶ Cfr., Posada, R. (2010). *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*. Bogotá: Ediciones Uniandes, *“En fin, en la realidad se trata de figuras jurídico penales que surgen, como otras instituciones asociadas a la seguridad o al orden público, como fórmulas vacías que quedan libradas a la discreción de las agencias públicas del poder ejecutivo o a los intereses del legislativo, que suelen llenarlas ex profeso con contenidos ambiguos, indeterminados o cambiantes para preservar el establecimiento estatal(...)”*, p. 6

¹⁵⁷ Francesco Caringella, Michele De Palma, Sara Farini, Alessandro Trinci, *Manuale di diritto penale- parte speciale*, VII edizione, Dike Editore, Roma, 2015. Cfr., Cfr. Trib. Brescia, sent. 31 gennaio 2005, in Foro Italiano 2005, 218 ss, p. 4

¹⁵⁸ Cfr., Francesco Caringella, Michele De Palma, Sara Farini, Alessandro Trinci, *Manuale di diritto penale- parte speciale*, VII edizione, Dike Editore, Roma, 2015. Cfr., Cfr. Trib. Brescia, sent. 31 gennaio 2005, in Foro Italiano 2005, 218 ss. In questo caso particolare gli autori fanno riferimento all'analisi dell'articolo 270 del Codice Penale Italiano. Tuttavia l'analisi sulla possibilità di capire come delitti politici atti di terrorismo quando esista un elemento soggettivo di carattere politico è valido e meriterebbe essere analizzato più in profondità. *“Il dibattito, giuridico e politico, si è acceso soprattutto sui rapporti fra terrorismo internazionale e guerriglia*

commessi da gruppi come ISIS qualora si voglia ritenere che il motivo dietro alle loro azioni abbia una finalità politica¹⁵⁹.

Altri dottrinatori come García, invece, ritengono non conveniente sotto un aspetto morale, la figura dei delitti politici. L'autore considera che è un controsenso configurare reati che abbiano un trattamento più favorevole per coloro che pretendono di sovvertire l'ordine giuridico e sociale di un Governo¹⁶⁰. In altre parole è come se lo Stato stesso permettesse azioni contro la propria esistenza.

Malgrado esistano voci che considerino i delitti politici come una figura anacronistica o non conveniente, la maggior parte della dottrina ne riconosce l'esistenza. Le critiche che possano sorgere riguardo a questi reati si fondano su una ben diversa dimensione; persiste tuttavia una certa resistenza in alcuni settori riguardo al tipo e alla portata dei delitti politici, o rispetto alla loro gravità e perciò alla portata della sanzione che gli si dovrebbe imporre.

armata, ovvero se fosse ravvisabile o meno l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 270 bis c.p. nella condotta di appartenenza alle cellule islamico-fondamentaliste la cui attività consiste nel sostenere mediante finanziamenti o reclutamento di milizia volontaria tra stranieri di fede mussulmana, strutture di addestramento paramilitare site all'estero, aventi l'obiettivo di promuovere e realizzare atti di guerriglia in Iraq, nonostante non sia dimostrata l'esistenza di un concreto programma di violenza diretto a seminare terrore indiscriminato verso la popolazione civile. Nella giurisprudenza di merito si rivengono due orientamenti. Da un lato vi è chi ritiene che, in mancanza di una definizione normativa di terrorismo, si debba fare riferimento alla Convenzione Onu del 1999 che, all'art. 18, comma 2, esclude dall'alveo di terrorismo le attività violente o di guerriglia poste in essere nell'ambito di contesti bellici e rispettose delle norme di diritto internazionale umanitario. Ne discende che l'estensione delle fattispecie contemplata dall'art. 270-bis c.p. agli atti di guerriglia posti in essere all'interno di altri Stati (...) e a prescindere dall'obbiettivo preso di mira, equivale ad un'ingiustificata presa di posizione a favore delle forze in campo e non tiene conto della evidente finalità perseguita da suddetta norma incriminatrice, che è quella di creare una sorta di diritto penale sopranazionale con il quale tutelare i singoli Stati da attentati terroristici¹⁵⁸. Dall'altro vi è chi ritiene impossibile tracciare nettamente i confini tra attività terroristiche e attività di guerriglia, avendo entrambe in comune un nucleo di violenza che non permette di prevedere con certezza e in anticipo che la stessa si diriga solo sugli obbiettivi militari senza travalicare verso obbiettivi civili", p. 10.

¹⁵⁹ Nel caso Colombiano questo dibattito risulterebbe necessario se si pensa che dopo la firma della pace restano gruppi di dissidenza, assai organizzati e di origine politico ma dedicati quasi esclusivamente alla criminalità organizzata.

¹⁶⁰ Cfr., García, J. A. (2007). *Delito Político Al hilo de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007*. Bogotá D.C: Instituto de Estudios del Ministerio Público, p. 14

Quantunque esistano forti dibattiti in dottrina, prima di entrare a studiare la definizione, le caratteristiche e gli elementi costitutivi dei delitti politici, agli effetti della presente tesi si assume come premessa che questi reati abbiano un'importanza fondamentale nei diversi sistemi giuridici e che per il caso Colombiano la loro analisi risulta necessaria.

Il primo aspetto che deve considerarsi riguardo alla definizione di questo tipo di reati è la loro natura politica nel senso ampio del termine. In altre parole, essi nascono dal discorso politico e dal rapporto fra il diritto penale ed il potere. L'origine politica della figura comporta, anche se non intenzionalmente, un alto grado di indeterminatezza e complessità sia concettuale che legale, come appunto riconoscono Aleo¹⁶¹ e Posada¹⁶². Secondo Manuel Vieira la complessità concettuale si può anche essere spiegata dal fatto che la loro definizione abbia sofferto un'evoluzione nel trascorso del tempo, come si era già accennato anteriormente. L'autore distingue tre categorie di delitti politici: i puri, cioè quelli tradizionalmente intesi come atti rivolti a sovvertire l'ordine statale o del governo; ci sono anche i delitti politici complessi, che si riferiscono agli atti che pur essendo motivati da fini politici e diretti contro lo Stato possono colpire altri beni giuridici; e, infine, i reati connessi ai delitti politici¹⁶³. Delle due ultime categorie ci occuperemo nel prossimo capitolo, per

¹⁶¹ Cfr., Salvatore Aleo, *Istituzioni di diritto penale, parte speciale – I*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, “Nelle figure delittuose politiche, le carenze di tassatività e di determinatezza possono essere considerate corollari della complessità dei dati oggetto della considerazione, e della rappresentazione normativa: dal punto di vista dell'oggetto della protezione e del reato, la stabilità dell'assetto sociale e istituzionale; dal punto di vista dell'autore del reato, eminentemente, le relazioni costitutive dell'associazione delittuosa”, p. 4

¹⁶² Cfr., Posada, R. (2010). *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*. Bogotá: Ediciones Uniandes, p. 8

¹⁶³ Cfr., Vieira, Manuel Adolfo, “Les grandes exceptions: La nationalité du requis. Les délits politiques”, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, p. 185, “Le caractère évolutif de délit politique et sa complexité rendent très difficile la tâche de le caractériser. Dans les délits politiques, la doctrine a séparé trois groupes. D'un côté, les délits politiques purs c'est-à-dire ces actes typiquement politiques dont la nature ne pourra être contestée, par exemple, la conspiration pour faire tomber un gouvernement. Puis, il y a les délits complexes, c'est-à-dire des actions qui lèsent en même temps un bien juridique commun et un bien de nature politique. Ce serait le cas du sabotage d'une propriété de l'Etat. Ces délits ont été aussi appelés délits politiques relatifs. Finalement, on trouve les infractions connexes aux délits politiques, c'est-à-dire ces actions dont le but est d'arriver à un résultat politique ou de cacher un acte de cette nature. Ce serait le cas d'un vol d'une armurerie pour attaquer une position du gouvernement, ou le vol d'une voiture pour fuir après avoir commis un délit contre l'Etat ou contre ses institutions.”, Consulted online on 13 May 2018, <http://dx.doi.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789024731664.151_380.6>First published online: 1984

adesso è sufficiente dimostrare l'immensa quantità di concetti e posizioni riguardo ai delitti politici in senso stretto, o "delitti politici puri".

Come definizione generale, e relativamente accettata dalla dottrina maggioritaria, ad esempio da Kluit, Rossi, Hélie, Morin, Haus, Thonissen, Tissot, Rauter, Shirach, Bluntschli¹⁶⁴, Lombroso¹⁶⁵, Billot¹⁶⁶, Fiore¹⁶⁷ e Von Listz¹⁶⁸, si potrebbe concludere che il delitto politico è una condotta punibile e politicamente illegittima, che si esprime attraverso atti di violenza

¹⁶⁴ Rolin, Albéric, "La Question de l'extradition Pour Crimes et Délits Politiques", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, "Les crimes politiques sont d'après Provo Kluit : ceux qui visent principalement (primario) la forme du gouvernement; d'après Rossi, ceux qui sont dirigés contre la personnalité du corps social, contre l'existence et le mode d'existence d'un État; d'après Chauveau et Hélie, ceux qui visent la forme sociale d'une nation déterminée; d'après Morin, ceux qui sont dirigés contre la nationalité et le pouvoir qui gouverne; d'après Haus, Thonissen et Tissot, etc., ceux qui battent en brèche l'ordre politique; d'après Rauter, ceux qui sont dirigés contre les institutions politiques d'un pays déterminé; d'après Schirach, ceux qui sont dirigés contre les organes de la puissance publique établis par elles; d'après Bluntschli, ceux qui sont dirigés contre la constitution et le système politique d'un État donné; d'après Von Listz, ceux qui visent les droits politiques de la Communauté et des individus.", p. 1, Consulted online on 13 May 2018 <http://dx.doi.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789028603820.177_227.3>First published online: 1923

¹⁶⁵ Cfr., Soto, J. R., & Álvarez, R. R. (1983). *Delitos contra la existencia y seguridad del Estado: Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad pública en los códigos penal y de justicia militar, amnistía*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, "es toda lesión violenta del derecho constituido por la mayoría para el mantenimiento y el respeto de la organización política, social, económica, querida por ella"(...) La definición de Billot se aproxima a aquella de Lombroso "bajo la calificación de delitos políticos, se clasifican todos aquellos actos que tienen por fin atentar, por medios contrarios a la ley, el orden político y social establecido en un país." Del mismo modo piensa Fiore: "los delitos políticos son aquellos que turban o alteran el orden establecido por las leyes fundamentales del Estado, la distribución de los poderes, los límites de la autoridad de cada ciudadano, el orden social, los derechos y los deberes que de ellas se derivan", 246

¹⁶⁶ Cfr., Soto, J. R., & Álvarez, R. R. (1983). *Delitos contra la existencia y seguridad del Estado: Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad pública en los códigos penal y de justicia militar, amnistía*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, "bajo la calificación de delitos políticos, se clasifican todos aquellos actos que tienen por fin atentar, por medios contrarios a la ley, el orden político y social establecido en un país." Del mismo modo piensa Fiore: "los delitos políticos son aquellos que turban o alteran el orden establecido por las leyes fundamentales del Estado, la distribución de los poderes, los límites de la autoridad de cada ciudadano, el orden social, los derechos y los deberes que de ellas se derivan", p. 246

¹⁶⁷ Cfr., Soto, J. R., & Álvarez, R. R. (1983). *Delitos contra la existencia y seguridad del Estado: Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad pública en los códigos penal y de justicia militar, amnistía*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, "los delitos políticos son aquellos que turban o alteran el orden establecido por las leyes fundamentales del Estado, la distribución de los poderes, los límites de la autoridad de cada ciudadano, el orden social, los derechos y los deberes que de ellas se derivan", p. 246

¹⁶⁸ Cfr., Soto, J. R., & Álvarez, R. R. (1983). *Delitos contra la existencia y seguridad del Estado: Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad pública en los códigos penal y de justicia militar, amnistía*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, "Von Listz, considera como delitos políticos dentro de las disposiciones del código penal alemán: "todos los delitos cometidos intencionalmente contra la existencia y la seguridad del Estado o de un Estado extranjero, lo mismo que aquellos dirigidos contra el jefe de un gobierno y los derechos políticos de los ciudadanos.", p. 247

mirati a modificare o impedire lo svolgimento normale del regime costituzionale¹⁶⁹. Si caratterizza per la particolarità dell'elemento soggettivo della condotta¹⁷⁰, la quale riposa su motivazioni di carattere politico, che possono talvolta derivare dalla frustrazione sociale nei confronti di un determinato governo¹⁷¹. Di solito questi reati possiedono una forte connotazione ideologica, e il più delle volte si traducono in confronti violenti contro l'autorità Statale¹⁷², il che, secondo dottrine come Puente Egido è diverso dall'opporlo allo Stato come tale¹⁷³.

Luis Pérez sostiene che oltre agli elementi appena descritti, esistono due forme di approssimazione alla definizione del delitto politico: una soggettiva e un'altra oggettiva¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Cfr., Posada, R. (2010). *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*. Bogotá: Ediciones Uniandes, p. 45; Cfr., Puente Egido, J., "Le délit politique (231)", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law*. Consulted online on 13 May 2018, "*Le délit politique absolu est celui que constituent les actes dirigés contre la sécurité interne ou externe de l'Etat dans le but de modifier les structures — ou, au moins, de perturber le fonctionnement — des institutions ou organes de l'Etat. Sont donc exclus de cette catégorie les actes qui ne troublent que l'ordre public. La détermination du caractère politique ou non politique de l'acte délictuel est fonction non pas de la motivation du coupable, mais de la nature de l'acte.*", http://dx.doi.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789041112361.009_260.4>First published online: 1991,

¹⁷⁰ Pérez, Luis Carlos. *Los Delitos Políticos: Interpretación Jurídica Del 9 De Abril*. Distribuidora Americana De Publicaciones LTDA, 1948, "(...) Objetivamente el delito político consiste en todo ataque que se dirija contra el Estado, o mejor contra los órganos mediante los cuales el Estado ejerce sus funciones. Pero no todo ataque armado dirigido en contra de la rama ejecutiva, a fin de producir su derrocamiento, valga por caso, es un delito político. Para que este exista éste, es indispensable la asistencia en quien lo comete de un designio progresista y no regresivo. En lo cual abundan expositores, inclusive aquellos no manchados por ningún afán proselitista", p. 41-43

¹⁷¹ Cfr., Rendón, G. (1973). *Derecho penal colombiano: Parte especial*. Bogotá: Editorial Temis, p. 33, Los delitos políticos: "(...)expresan en su fondo la inconformidad con un sistema de gobierno con determinadas disposiciones, actos o medidas de éste"

¹⁷² Cfr., Puente Egido, J., "Le délit politique (231)", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law*. Consulted online on 13 May 2018, "*Le délit politique par excellence est toujours constitué par l'attaque dirigée contre la structure politique de l'Etat*", http://dx.doi.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789041112361.009_260.4>First published online: 1991,

¹⁷³ Cfr., Puente Egido, J., "Le délit politique (231)", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law*. Consulted online on 13 May 2018, "*Il est significatif par exemple que, tout au long du siècle dernier, la notion de délit politique ait toujours surgi dans le cadre des mouvements révolutionnaires qui remettaient en question non pas l'Etat lui-même, mais son régime.*", http://dx.doi.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789041112361.009_260.4>First published online: 1991,

¹⁷⁴ Pérez, Luis Carlos. *Los Delitos Políticos: Interpretación Jurídica Del 9 De Abril*. Distribuidora Americana De Publicaciones LTDA, 1948, "A pesar de las dificultades para concretar en formula mas o menos acertada la noción del delito político, hay dos posiciones para estudiarla: objetiva la una y subjetiva la otra. La posición objetivista, responde al sistema clásico de contemplar el delito como violación de la norma jurídica, dejando

La prima riafferma l'idea che la connotazione di reato politico viene determinata dall'intenzione del soggetto attivo della condotta, e cioè si esige che l'atto materiale anti-giuridico si accompagni ad una motivazione specifica, che in questo caso è quella di attentare contro la sicurezza e l'ordine Statale. L'approssimazione oggettiva ai delitti politici, invece, considera prima di tutto l'azione materiale del reato e la sua capacità di minacciare la personalità dello Stato¹⁷⁵.

Poiché si riferisce al bene giuridico protetto dai delitti politici, Vieira considera che sia *“lo Stato e le sue istituzioni così come i diritti dei cittadini: è l'attentato contro l'organizzazione politica dello Stato”*¹⁷⁶. Si deduce dunque che la protezione cercata dalle fattispecie che comprendono questi tipi di reati si riferisca alla personalità dello Stato. Questa posizione viene condivisa da Pacheco¹⁷⁷, Maggiore¹⁷⁸ e Pérez¹⁷⁹, i quali sostengono che oltre alla

sin valorar debidamente el acto humano. La subjetiva, obliga a analizar la causalidad neutral del hecho producido y a establecer mediante el síntoma en el mundo moral donde el sujeto está inmerso. La primera, toma en cuenta la naturaleza del derecho violado, la calidad de sujeto pasivo: el Estado, en su organización, en su forma, en sus fines; o bien el ciudadano como titular de derechos políticos. La segunda se refiere con especial detenimiento al elemento antropológico, a la intención perseguida por el agente.”, p. 48

¹⁷⁵ Giorgio Lattanzi, *Codice penale- annotato con la giurisprudenza*, XIII edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2017, *“Nel delitto politico oggettivo si prescinde dal motivo che spinge il colpevole”*, p. 140; Cfr. Cass., 26 aprile 1948, Sordello, *Gius. pen.*, 1948, II, 794

¹⁷⁶ Vieira, Manuel Adolfo, *“Les grandes exceptions: La nationalité du requis. Les délits politiques (185)”*, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, *“(…) on considère le bien juridique lésé ou mis en péril, c'est-à-dire l'Etat et ses institutions et les droits des citoyens: c'est l'attentat contre l'organisation politique de l'Etat.”* Consulted online on 13 May 2018 <http://dx.doi.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/10.1163/1875-8096_pp1rdc_ej.9789024731664.151_380.6> First published online: 1984

¹⁷⁷ Cfr., Pacheco, P. (1986). *Delitos contra el estado*. Bogotá, Col.: Temis, *“(…) la naturaleza del bien jurídico protegido debe referirse, para la fijación objetiva del concepto de delito político, a un interés del Estado sobre su personalidad, esto es, sobre su soberanía, integridad territorial, seguridad, régimen constitucional, etc”*, p. 6

¹⁷⁸ Cfr., Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal, Vol I El derecho Penal. El delito, Vol III - De los delitos en Particular-*. Santa Fé de Bogotá, Temis, 2000. *“Ciertamente todos los delitos que van contra la personalidad del Estado, son (objetivamente) políticos”*, p. 230

¹⁷⁹ Cfr., Pérez, Luis Carlos. *Los Delitos Políticos: Interpretación Jurídica Del 9 De Abril*. Distribuidora Americana De Publicaciones LTDA, 1948, *“(…) Objetivamente el delito político consiste en todo ataque que se dirija contra el Estado, o mejor contra los órganos mediante los cuales el Estado ejerce sus funciones. Pero no todo ataque armado dirigido en contra de la rama ejecutiva, a fin de producir su derrocamiento, valga por caso, es un delito político. Para que este exista éste, es indispensable la asistencia en quien lo comete de un designio progresista y no regresivo. En lo cual abundan expositores, inclusive aquellos no manchados por ningún afán proselitista”*, pp. 41-43; Cfr., Antonio Sessa, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in, *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di, Sergio Moccia, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, pp. 1-138.

difesa dell'apparato Statale la tutela si estende anche alle funzioni proprie dello Stato e alla sua sovranità. Implicitamente quello che si vuole punire è l'omissione dell'utilizzo da parte del soggetto attivo dei meccanismi e procedimenti democratici, come suggeriscono Fiandacca e Musco¹⁸⁰.

Considerare che il bene giuridico tutelato dai delitti politici sia la personalità dello Stato¹⁸¹, e che dunque esso possa essere vittima di un delitto, comporta la necessità di accettare che si impone una visione antropomorfa dello Stato, come viene segnalato da Fiandacca e Musco: *"intendere che lo Stato ha una sua esistenza e un valore in sé, sino al punto di rappresentarlo antropomorficamente come ente dotato di personalità autonoma"*¹⁸². Questo tuttavia non limita la protezione dei delitti politici unicamente ad esso, ma si estende pure ai cittadini che lo compongono. Questa idea si può esprimere nei seguenti termini: attentare contro lo Stato presuppone anche attentare contro i diritti politici del cittadino¹⁸³.

¹⁸⁰ Cfr., Giovanni Fiandacca ed Enzo Musco, *Diritto Penale Parte Speciale*, Quinta Edizione, v.I, Zanichelli Editore, Bologna 2016, *"Come si è già accennato, l'ispirazione politico-ideologica propria dello Stato democratico non può non influenzare la stessa angolazione della tutela penale. Con riferimento specifico ai delitti politici, torna oggi in primo piano la prospettiva liberale della tutela del bene sicurezza: ciò vuol dire che è legittimo tutelare penalmente, innanzitutto le condizioni cui è subordinata l'esistenza e la conservazione della compagine statale. Limitarsi alla tutela dei presupposti della sicurezza sarebbe, tuttavia, riduttivo. L'oggetto della tutela penale va infatti inserito in un contesto più ampio, all'interno del quale appaiono meritevoli di protezione lo stesso ordine costituzionale e le forme istituzionali che lo realizzano. Beninteso, ciò non significa che la legge penale debba mirare alla difesa pura e semplice di un assetto costituzionale considerato immutabile: piuttosto, essa deve garantire che il c.d. metodo democratico, e cioè che gli eventuali mutamenti politico istituzionali avvengano nelle forme e nei modi regolati dalla Costituzione."*, p. 6

¹⁸¹ Cfr., Marco Pelissero, *Reati Contro la Personalità dello Stato e Contro l'Ordine Pubblico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, *"I delitti contro la personalità dello Stato sono considerati dal codice delitti politici, come emerge chiaramente dal combinato disposto degli artt. 7 e 8 c.p., ed in particolare delitti oggettivamente politici, in quanto la natura del reato dipende dall'interesse politico dello Stato o del diritto politico del cittadino offeso"*; Cfr., Cfr. Marini, *Delitto politico*, Nss. D.I., App., II, Torino, 1981, 1043; e Cfr. Del Tufo, *Delitto Politico*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988.

¹⁸² Giovanni Fiandacca ed Enzo Musco, *Diritto Penale Parte Speciale*, Quinta Edizione, v.I, Zanichelli Editore, Bologna 2016, p. 6

¹⁸³ Questa affermazione di deriva dall'analisi che fanno Fiandacca e Musco degli articoli 7 e 8 della costituzione italiana. È importante avvertire che le disposizioni del Codice Penale Italiano sono particolari e che non tutte le giurisdizioni che prevedono la figura dei delitti politici necessariamente interpretano lo stesso silogismo. Gli autori, nel testo citato, fanno riferimento ad una nutrita quantità di giurisprudenza. Cfr., Giovanni Fiandacca ed Enzo Musco, *Diritto Penale Parte Speciale*, Quinta Edizione, v.I, Zanichelli Editore, Bologna 2016; Cfr. *Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale*, in *Lavori preparatori*, Roma, 1930, V, parte seconda, 8, *"Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello*

Altri autori, come ad esempio Antonio Sessa, ritengono che tutelare la personalità dello Stato implica necessariamente la protezione dell'ordine pubblico, e che questo a sua volta "rappresenta un chiaro esempio di eccesso di quei limiti costituzionali che conferiscono al legislatore una possibile discrezionalità riferibile esclusivamente alle modalità di tutela e non alla creazione di oggettività di tutela, ma finisce anche per essere l'evidente strumento di una politica criminale di stampo autoritario che, particolarmente per le fattispecie istigatorie, arriva a strumentalizzare il bene giuridico in una funzione di copertura atta ad imporre un conformismo ideologico essenzialmente rivolto al mantenimento degli ordinamenti politico-sociali di volta in volta dominanti nello Stato"¹⁸⁴. Questa posizione, che non rappresenta la visione della dottrina internazionale finora presentata, sembra in linea con le teorie liberali che sostengono che i delitti politici, più che definire una difesa dello Stato, rappresentano l'espressione del diritto dei cittadini di opporsi ad esso, e che per quel motivo, giustificerebbero un trattamento benevolo in termini di sanzione penale¹⁸⁵.

Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. È altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici"; Cfr. Moruzi, La concezione del delitto politico nell'art. 8 del nuovo cod. pen. it., in Nuova legisl. Ital. 1931, 88 e 36 ss.; Pannain, Il delitto politico, in Riv. It. 1933, 715; Aloisi, Delitto politico nel più recente pensiero giuridico internazionale, in Riv. pen. 1935, 95; Riccio, Il delitto politico, in Studi in memoria di E. Massari, Napoli 1938, p. 211 ss; Nuvolone, Motivo politico e motivo sociale, in Riv. it. 1948, 338 ss; Capalozza, Appunti per una sistemazione scientifica del concetto di "politicità" del reato, in Scritti giuridico-penal, Padova 1962, p. 177 ss.; A. Galante Garrone, Delitti politici e delitti contro l'umanità, in Giur. it. 1964, II, 65; E. Gallo, Problemática di un profilo unitario del delitto politico nell'unificazione del diritto europeo, in Prospettive per un diritto penale europeo, Padova 1968, p. 345; Nuvolone, Delitto politico e diritto d'asilo, in Indice pen. 1970, 169; Cassese, Commento all'art 10, in Commentario della Costituzione a cura di Branca, Bologna 1975, p. 461 ss; Marinelli, Il delitto politico, in Arch. pen. 1976, I, 71; Marini, Delitto politico, in Novissimo Digesto Ital., Appendice, v. I, 1981, p. 1043; Panagia, Il delitto politico nel sistema penale italiano, Padova 1981; Padovani, Bene giuridico e delitti politici, in Riv. it. 1982, 3 ss.; Vassalli, Il delitto politico, in Quaderni giustizia 1982, fasc. 17, 1; Colao, La ricostruzione dogmatica del reato politico attraverso le amnistie, in Studi senesi 1982, 63; Pagliaro, La nozione di reato politico agli effetti dell'estradizione, in Riv. it. 1983, 807 ss.; De Francesco, Reato in generale: Reato politico, in Enciclopedia del diritto, v. XXXVIII, Milano 1987, p. 897; Pulitano, Delitto politico, in Digesto pen., v.III, 1989, p. 358; Pelissero, Il delitto politico, Torino 1996; Manzoni, Il delitto politico, in Studium juris, 1997, 824. Tratto da, Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale – Parte Generale, Sedicesima Edizione (a cura di Luigi Conti), Giuffrè Editore, Milano, 2003 (pp. 126-127)

¹⁸⁴ Antonio Sessa, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di, Sergio Moccia, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, pp. 1-138.; Cfr., Cfr. Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari-A. Melchionda, I, tomo II, Milano, 1997, p. 1477 ss; Cfr., C. Fiore, *Ordine Pubblico (dir. Pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, pp. 1089-1090.

¹⁸⁵ Cfr., Puente Egido, J., "Le délit politique (231)", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law. Consulted online on 13 May 2018

Adesso la domanda che si pone è chi può essere considerato come un “delinquente” politico, e cioè se viene richiesta una condizione speciale o se il soggetto attivo della condotta sia indeterminato. Al riguardo esistono coloro che pensano che i delitti politici necessitano una certa organizzazione¹⁸⁶ affinché il reato possa essere commesso. Altri, invece, interpretando la norma nella sua letteralità, difendono la tesi che qualsiasi persona è in grado di commettere delitti politici¹⁸⁷.

Risulta certo che, per lo meno nella legislazione Colombiana come in quella Italiana, soltanto per proporre due esempi, la norma non esiga un soggetto qualificato o collettivo affinché possa consumarsi il delitto. Ben diversa è la questione se nella pratica delitti come quello di ribellione oppure insurrezione possano svolgersi al margine di un’organizzazione di persone. Attentare contro la personalità dello Stato richiede una collettività di soggetti che possano mettere in pericolo l’ordine pubblico o il funzionamento dello Stato nel suo complesso¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Cfr., Salvatore Aleo, *I Delitti contro lo Stato*, in *Diritto Penale – Parte Speciale, I*, a cura di Salvatore Aleo e Giorgio Picca, Ed. Cedam, Milano 2012, “Le nozioni di stabilità dell’assetto sociale e istituzionale, da un canto, sono di particolare entità, nonché appunto carenti di determinatezza, in quanto coinvolgono e sintetizzano l’intera collettività; d’altro canto, possono essere esposte concretamente a rischio soltanto a partire da una consistente dimensione organizzativa. Così, questa materia interferisce e anzi diventa sovrapponibile con la problematica della criminalità organizzata. L’una e l’altra categoria non possono essere considerate nei termini dell’eccezione e della deroga. Queste nozioni di responsabilità penale possono essere considerate anche autonomamente rispetto alla responsabilità personale in ordine ai singoli concreti delitti comuni in quanto vi sia implicata, anzi ne sia essenziale, la relazione personale funzionale con una struttura organizzativa di attività delittuose. In quest’ottica, cioè, quelle comuni può essere recuperata nei termini della teoria e delle nozioni dell’organizzazione, della struttura ovvero della dimensione organizzativa, che sono connotazioni di peculiare pericolosità. Le nozioni dell’organizzazione (di una pluralità di persone in ordine a un’attività delittuosa complessa) conferiscono determinatezza, sia astratta e teorica che concreta e pratica, alla problematica dei delitti politici.”, pp. 5-6

¹⁸⁷ Roberto Pascarelli, *Delitti contro la costituzione dello Stato*, in, Aa.Vv (Cadoppi, Canestari, Manna, Papa), *Trattato di diritto penale- parte speciale I- I delitti contro la personalità dello Stato*, Utet Editori, Milano, 2014, “L’espressione “chiunque” usata dalla norma legittima ogni persona, cittadino o straniero, ad assumere la qualità di soggetto attivo del reato”, p. 511

¹⁸⁸ Cfr., Tullio Padovani, *Codice Penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2014., “Il dato comune alle due ipotesi criminose contemplante nell’art. 284 è rappresentato dall’evento insurrezionale. Il concetto classico di insurrezione individua la stessa come un moto collettivo, anche disordinato e improvviso, ma connotato dalla violenza e dalla concordanza delle azioni dei partecipi. In questo elemento di base si sono poi evidenziati diversi aspetti ulteriormente caratterizzanti. Da taluni, si è posto l’accento sul dato finalistico della comunanza fra i partecipi di uno scopo di ribellione ai poteri dello Stato, la contrapposizione al quale è stata evidenziata quale

Indipendentemente dal carattere indeterminato, qualificato o collettivo del soggetto attivo dei delitti politici, quello che lo caratterizza è l'elemento soggettivo della condotta. Si esige come requisito irrinunciabile affinché possa essere considerato politico, una motivazione diversa da quella che si presenta per i reati comuni¹⁸⁹. Ferri descrive l'intenzione dell'autore del delitto come altruistica¹⁹⁰. Pérez coincide con questa rappresentazione dell'elemento soggettivo e va oltre, escludendo dall'ambito politico le azioni commesse per interesse personale ed egoistico o che non prevedono una causa comune¹⁹¹ (posizione sostenuta d'altronde da Lattanzi¹⁹²).

connotato dell'evento anche dalla giurisprudenza"; Cfr. Cass., Sez I, 8 ottobre 1982, Barbi, *Gius. pen.*, 1983, II, 646.

¹⁸⁹ Cfr., Pérez, Luis Carlos. *Los Delitos Políticos: Interpretación Jurídica Del 9 De Abril*. Distribuidora Americana De Publicaciones LTDA, 1948, "Lo que separa a los delincuentes comunes de los delincuentes político-sociales, lo que los distingue esencialmente, son los móviles que les hayan determinado la acción ilícita. En los primeros, los móviles son de interés egoísta y antisocial. En los segundos, son de naturaleza altruista y social", p. 46

¹⁹⁰ Cfr., Ferri, E. (1933). *Principios del derecho criminal, delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*. Madrid: Reus. "Se entiende por delito político-social el cometido exclusivamente por móviles políticos o de interés colectivo, pero la palabra exclusivamente debe entenderse en el sentido que los motivos determinantes sean de naturaleza política o social y, por tanto, altruista; y con ello sin desconocer que en los actos humanos el egoísmo, como base personal del que actúa, no es nunca extraño ni siquiera el altruismo más puro(...): por ello es preciso distinguir el egoísmo social, esto es, no contrario a la utilidad general, del egoísmo antisocial, que encuentra en el delito común su expresión más grave. Por ello existe siempre en los delitos político-sociales un móvil egoísta, aunque no sea más que la satisfacción de un ideal propio; pero el hecho cometido pierde su carácter generoso y excusable cuando el interés o la ventaja egoísta con el móvil decisivo, y el ideal político-social no es sino la bandera que cubre el contrabando, esto es, el fin de lucro, de venganza, etcétera", p. 595; Cfr., José, F. D. (1982). *Delitos contra el estado Colombiano*. Bogotá: Temis, "A nuestro entender, fue Ferri quien dio a la delincuencia política la dimensión jurídico penal. Pero se contentó con una gaseosa definición de la motivación política: es aquel que ha sido motivado por convicciones políticas y altruistas del autor. Con ello nació la imagen del delincuente político pero no la del delito político".

¹⁹¹ Cfr., Pérez, Luis Carlos. *Los Delitos Políticos: Interpretación Jurídica Del 9 De Abril*. Distribuidora Americana De Publicaciones LTDA, 1948, "Lo acertado es unir esos dos hemisferios y englobar las opiniones diciendo, por ejemplo: delito político es la acción que ataca directamente las instituciones del Estado, en su origen, mutación y funcionamiento, buscando el reemplazo de dichas instituciones por otras más perfectas o más ampliamente democráticas(...) Que el objeto que se propone el delincuente no sea personal. Que la idea que le guíe, el sentimiento o la pasión que le impulse, quien o impulsen a otras personas para un fin que no sea exclusivamente egoísta. Que tenga, no una empresa sino una causa, buena o mala, razonable o absurda, pero común a todos los que la defienden" pp. 41-43

¹⁹² Cfr., Giorgio Lattanzi, *Codice penale- annotato con la giurisprudenza*, XIII edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2017, "Deve considerarsi comune e non politico il delitto commesso non sotto l'impulso di idealità economico-sociali, nell'interesse collettivo o della categoria dei lavoratori a cui il reo appartiene, ma esclusivamente per un riprovevole motivo egoistico." Questa posizione è stata sostenuta pure dalla Corte di Cassazione, Cfr., Cass., 8 giugno 1955, Zanchetta, GP 56, II, 380; Cass., 27 aprile 1955, Imperiali, 55, II,

L'elemento soggettivo della condotta allora risulta determinante nel momento di distinguere reati comuni dai delitti politici. Sebbene dottrinali come Ferreira-Delgado ritengono che non esista una *“una base dogmatica difendibile, filosoficamente comprensibile, logicamente accettabile, giuridicamente esigibile e grammaticalmente strutturabile di quello che debba chiamarsi delitto politico, come qualcosa di diverso alla categoria dei delitti comuni”*¹⁹³, nemmeno si può negare la sua esistenza, la quale si fa derivare da un'espressa disposizione costituzionale (nel caso della Colombia) o legislativa nella maggior parte dei sistemi giuridici occidentali.

Nell'esercizio di distinzione che si vuole intraprendere affinché non siano confusi i delitti politici da quelli comuni, confluiscono diverse posizioni. La visione più tradizionale semplifica questa apparente scelta considerando unicamente l'elemento soggettivo¹⁹⁴ della condotta¹⁹⁵, la quale si considera meno riprovevole dal punto di vista penale, per metterlo in qualche modo, visto che l'intenzione ultima del soggetto attivo riposa nell'uso di mezzi illeciti¹⁹⁶ per arrivare ad un risultato non del tutto illegale, tale come è pretendere di

¹⁹³ José, F. D. (1982). *Delitos contra el estado Colombiano*. Bogotá: Temis, pp. 7-9, traduzione dalla versione originale in spagnolo: *“En realidad, no existe una base dogmáticamente defendible, filosóficamente comprensible, lógicamente aceptable, jurídicamente exigible y gramaticalmente estructurable de lo que deba llamarse delito político, como algo distinto a los que deberán calificarse de delitos comunes”*.

¹⁹⁴ Il casio italiano è particolare perché la legge parla di delitti politici qualora il motivo sia totale o parzialmente politico. Questo non si può estendere ad altri sistemi giuridici. Tuttavia, risulta illustrativo agli effetti di esemplificare una interpretazione basata sul modello soggettivistico del reato politico. Cfr., Giorgio Lattanzi, *Codice penale- annotato con la giurisprudenza*, XIII edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2017, *“Non è sufficiente ad escludere la natura politica del delitto comune la circostanza che esso sia stato commesso per motivi in parte o non prevalentemente politici (caso dell'omicidio in territorio afgano della giornalista italiana Maria Grazia Cutuli)”*; Cfr. Cass., Sez I, 23 marzo 2004 – 8 aprile 2004, n. 16808, CED 228826; CP 05, 2989

¹⁹⁵ Cfr., Pérez, Luis Carlos. *Los Delitos Políticos: Interpretación Jurídica Del 9 De Abril*. Distribuidora Americana De Publicaciones LTDA, 1948, *“Lo que separa a los delincuentes comunes de los delincuentes político-sociales, lo que los distingue esencialmente, son los móviles que les hayan determinado la acción ilícita. En los primeros, los móviles son de interés egoísta y antisocial. En los segundos, son de naturaleza altruista y social”*, p. 46; Cfr., Giorgio Lattanzi, *Codice penale- annotato con la giurisprudenza*, XIII edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2017, *“Un reato comune è soggettivamente politico (...) allorché sia qualificato da un movente strettamente politico, il che si verifica quando il colpevole abbia agito per conseguire fini e scopi che investano la collettività sociale e incidano sull'esistenza, costituzione e funzionamento dello Stato.” (...) “Ciò che caratterizza il delitto soggettivamente politico è il motivo che permette il delinarsi dello scopo dell'agente, che deve trascendere la persona dell'autore”*; Cfr. Cass., Sez II, 18 gennaio 1978 – 15 aprile 1978, n. 152, CPMA 79, 540; Cfr. Cass., Sez I, 27 giugno 2003, n. 35488, CED 226389; CP 04, 3640

¹⁹⁶ Cfr., José, F. D. (1982). *Delitos contra el estado Colombiano*. Bogotá: Temis, *“Como quiera que los criminales políticos sólo tenían como mira establecerse por medios ilegítimos, la sociedad tenía por consecuencia un*

cambiare il governo o un determinato sistema politico. Attenzione, non tutti i fini perseguiti dai delinquenti politici sono legali, ma a livello teorico e dogmatico si parte dalla premessa che le azioni delittuose politiche siano il risultato dell'impossibilità di ottenere il medesimo risultato utilizzando i meccanismi democratici.

Una visione più vicina all'interpretazione liberale classica dei delitti politici, ritiene che il carattere speciale di questi reati e la loro differenza rispetto ai delitti comuni, riposa nella decisione politica di considerarli meno gravi¹⁹⁷, e in conseguenza definire una sanzione inferiore rispetto ai delitti comuni. Questa teoria suppone che il conflitto che si presenta quando si parla di reati politici non è niente di diverso da una contrapposizione di visioni riguardo allo Stato.

La dottrina maggioritaria, diversamente dalle posizioni sopra esposte, assume che non ci sia un unico elemento di differenziazione o una tecnica dogmatica precisa per definire quali reati siano politici o meno. Considerando questa *oscuritas juris* preferiscono valutare tanto gli elementi soggettivi come quelli oggettivi dell'azione illecita¹⁹⁸. In altre parole, non basta l'accertamento della motivazione del delinquente, ma si deve pure determinare se esista un rapporto eziologico tra il dolo e gli atti materiali della condotta¹⁹⁹.

I delitti politici, d'altro canto, possono essere considerati delitti di attentato, e dunque delitti di pericolo. Sarebbe quanto meno un controsenso che si potessero sanzionare soltanto quelle attività che effettivamente compiano il loro proposito. Andrea Sereni

interés menos directo para su castigo, el derecho represivo tomaba en relación a ellos medidas especiales que se traducían en considerables rebajas de penas.”, p. 240

¹⁹⁷ Cfr., Soto, J. R., & Álvarez, R. R. (1983). *Delitos contra la existencia y seguridad del Estado: Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad pública en los códigos penal y de justicia militar, amnistía*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, p. 279

¹⁹⁸ Cfr., José, F. D. (1982). *Delitos contra el estado Colombiano*. Bogotá: Temis, p. 7-9;

¹⁹⁹ Cfr., García, J. A. (2007). *Delito Político Al hilo de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007*. Bogotá D.C: Instituto de Estudios del Ministerio Público, “*La imprecisión del concepto se deriva del énfasis definitorio en el elemento intencional: ¿puede ser delito político cualquier acción delictiva realizada con el designio de afectar a la pervivencia o estabilidad del Estado o solo pueden serlo aquellos que de modo directo se dirijan, atenten, contra instituciones, órganos o autoridades del Estado-y, en su caso-cuáles?*”

sostiene che “(a)ssurdo sarebbe attendere il risultato ultimo dell’azione destabilizzante per reagire: a quel punto l’intervento punitivo sarebbe destinato all’insuccesso e perfino impossibile, nel momento in cui il blocco di potere al comando venisse rovesciato con la forza dai suoi oppositori. Ecco perché nessuno dubita, anche ai tempi d’oggi, che una ragionevole difesa penale di interessi fondamentali quali la sicurezza dello Stato e delle sue condizioni fondamentali di esistenza, dal punto di vista dell’ordine istituzionale, non possa non attivarsi già in presenza di una situazione di solo pericolo”²⁰⁰. Questa premessa viene anche condivisa da Pascarelli²⁰¹.

Finalmente per quanto riguarda le caratteristiche generali dei delitti politici, risulta pertinente accennare che non esiste una posizione pacifica in dottrina rispetto a quali delitti devono essere necessariamente esclusi da questa categoria, così come nemmeno esiste consenso di fronte alla durezza delle sanzioni che si devono imporre.

Nella seconda parte di questa tesi approfondiremo il dibattito sui limiti dei reati politici in Colombia, in particolare riguardo alla più recente legge di amnistia. Per adesso basti dire che la dottrina si divide tra coloro che considerano che delitti come ad esempio il terrorismo o il sequestro (Reyes, García, Rodríguez e Perez)²⁰², o delitti contro l’amministrazione

²⁰⁰ Andrea Sereni, *I reati contro la personalità dello Stato*, in, Antonio Fiorella, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappachelli Editore, Torino, 2012, pp. 438

²⁰¹ Roberto Pascarelli, *Delitti contro la costituzione dello Stato*, in, Aa.Vv (Cadoppi, Canestari, Manna, Papa), *Trattato di diritto penale- parte speciale I- I delitti contro la personalità dello Stato*, Utet Editori, Milano, 2014, “Si tratta, quindi, di un reato di mero pericolo, il quale non può sussistere che come tale. Se, infatti, l’evento minacciato si verifica, rimane necessariamente inapplicabile la norma penale che prevede l’attentato, perché le nuove istituzioni non possono rivolgersi contro la volontà che le ha create e che attualmente le regge. La tutela apprestata dall’art. 283 c. p. non è volta a garantire lo status quo giuridico ma piuttosto la legittimità della evoluzione costituzionale, che deve essere attuata solo con i mezzi di violenza e di distruzione, anziché sollecitare quelli previsti dalla legge”, p. 511; Cfr. Padovani, *La tipicità inafferrabile. Problemi di struttura obbiettiva delle fattispecie di attentato contro la personalità dello Stato*, in, *Il delitto politico dalla fine dell’Ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, 169; E. Gallo, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966; Marongiu, voce *Attentato (storia)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 965; Tagliarini, *Osservazioni in tema di attentato alla integrità territoriale dello Stato (art. 241 cod. Pen.)*, in *Temi rom.*, 1969.

²⁰² Cfr., Reyes, Y. (2008) *El delito de sedición en: Derecho Penal Contemporáneo*, núm 24 (julio-sept), Bogotá, Legis, “(...)Quienes mediante el uso de las armas realicen acciones encaminadas a deponer el gobierno para sustituirlo por otro que defiende el comercio ilícito de estupefacientes, propugna por implantar el delito de opinión, defiende la tortura como mecanismo para obtener la confesión y apoya la implantación de la pena de muerte, siguen siendo autores de un delito de rebelión, aun cuando las finalidades que buscan con la toma del

pubblica o l'amministrazione di giustizia (Fiandacca)²⁰³ non possono essere considerati politici; e invece quelli che ritengono che la decisione di includere questo tipo di delitti deve dipendere esclusivamente dai motivi politici dietro alla commissione di essi (Carrasquilla)²⁰⁴.

Rispetto alla punibilità dei delitti politici, più che un dibattito, esistono differenze fra i diversi sistemi giuridici. Quello Italiano, ad esempio, prevede la massima pena per questi reati

poder no puedan ser consideradas como altruistas (...) Si se tiene el convencimiento de que los grupos rebeldes que pretenden sustituir o perturbar el régimen constitucional o legal vigente actúan sin motivaciones altruistas, lo que corresponde al legislador es propugnar por el aumento de las penas privativas previstas para esos delitos, y limitar, condicionar o eliminar la posibilidad de que sus autores puedan ser beneficiados con indultos o amnistías (...) esa posibilidad de separar las diversas conductas punibles que una misma persona pueda perpetrar es lo que permite explicar cuando un rebelde o un sedicioso cometen adicionalmente a ese delito político otros de naturaleza común, puedan ser beneficiados con un indulto o amnistía exclusivamente por la rebelión o la sedición, sin que en momento alguno puedan extenderse de manera automática esos beneficios a delitos comunes cometidos por el alzado en armas, como por ejemplo la tortura, el terrorismo, el secuestro o la desaparición forzada"; Cfr., García, J. A. (2007). Delito Político Al hilo de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007. Bogotá D.C: Instituto de Estudios del Ministerio Público, "(...)por razones de pura coherencia con los presupuestos valorativos de tal estado, dos límites absolutos: no cabe el delito político cuando se atenta contra un Estado de Derecho mínimamente efectivo y, se atente contra el estado que se atente, no pueden merecer dicha calificación ciertos delitos que suprimen los derechos más básicos de las personas, como la vida, la integridad física o la libertad. La lucha por los derechos humanos no puede recibir premio legal cuando vulnera los derechos humanos mas importantes."; Alcuni autori considerano persino che dovrebbero essere considerati come delitti politici esclusivamente i delitti di opinione, Cfr., "María, R. D., & Gómez, A. S. (1995). Derecho penal español: Parte general. Madrid: Dykinson, "deberían considerarse tan sólo como delitos políticos los llamados delitos de opinión, con independencia de que se refieran o no a la organización estatal, excluyendo los que supongan invitar a un cambio ilegal de la organización del Estado y, desde luego, ataques a la vida, la libertad o la propiedad de las personas, tengan éstas o no significación política"; Cfr., Pérez, Luis Carlos. Los Delitos Políticos: Interpretación Jurídica Del 9 De Abril. Distribuidora Americana De Publicaciones LTDA, 1948, "No serán reputados políticos los actos de terrorismo", p. 87

²⁰³ Giovanni Fiandacca ed Enzo Musco, *Diritto Penale Parte Speciale*, Quinta Edizione, v.I, Zanichelli Editore, Bologna 2016, "Non rientrano, pertanto, in questa categoria i reati che offendono gli interessi dello Stato come potere amministrativo (organizzazione e attività della amministrazione statale) e come potere giudiziario (ordinamento e funzione giudiziaria)"; Nota al piede direttamente estratta dal testo (p. 128): "La giurisprudenza ha, al riguardo, particolarmente insistito sulla necessità di distinguere tra il motivo politico e il semplice pretesto politico, ritenendo insufficiente che il movente politico risulti dal mero asserto dell'imputato, quando non sia documentato da positivi elementi che accompagnino l'azione criminosa o la determinino (Cfr. per esempio, in tal senso, Cass. 6 settembre 1957, in *Giust. pen.* 1958, II, 1; Id., 11 aprile 1961, in *Mass. pen.* 1961, n. 989).

²⁰⁴ Cfr., Fernández, J. C. (1998). *Derecho penal fundamental*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis. "en nuestra opinión el carácter político puede reconocerse a los atentados terroristas de los grupos rebeldes, a condición de que satisfagan las exigencias del criterio objetivo de definición, es decir, que afecten bienes jurídicos estatales (...) y que no estén comprendidos por las excepciones de derecho internacional, tales como ataques contra bienes jurídicos no mediatizados, graves e indiscriminadas afectaciones a la población civil", p. 310.

(Aleo, Padovani e Cadoppi)²⁰⁵, mentre paesi come la Colombia (ed in generale l'America Latina)²⁰⁶ ed alcuni paesi dell'Europa, impongono sanzioni attenuate.

Una volta accennato alle principali caratteristiche per la definizione generale dei delitti politici, rimane dunque da definire qual è il modo per stabilire il carattere politico di certe condotte. Basta che esista una motivazione politica come viene suggerito dalle teorie

²⁰⁵ Cfr., Alberto Cadoppi e Paolo Veneziani, *Elementi di diritto penale, parte speciale*, quinta edizione, Editore Cedam, Milano, 2016, Nella redazione finale del Ministro Zanardelli si disse: “consacrare, cioè, la più energica tutela della Patria, dello Stato e delle sue istituzioni, senza porre pastoie alla libertà del pensiero e della discussione, ma senza neppur seguire l’idea che il reato politico sia un reato fittizio, un fatto innocente o anche meritorio: idea codesta che poteva giustificarsi di fronte alla illegittimità o alla tirannia dei passati ordinamenti. In un ordinamento civile e libero il delitto politico, circoscritto nei giusti confini (...), ha una gravità che giustifica le più severe sanzioni, poiché con esso si attenta al supremo bene del cittadino, la Patria, alle supreme espressioni della volontà e sovranità nazionale e della tutela pubblica, i Poteri dello Stato. Questi medesimi concetti e questi intenti richiedevano, però, che le specie delittuose raffigurate nel presente Titolo fossero definite con la massima cura ed esattezza, per evitare illiberali persecuzioni, le quali sarebbero inutili, e talvolta pericolose, alla difesa del Corpo sociale”, p. 81; Cfr., Tullio Padovani, *Codice Penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, “Le disposizioni contenute dall’art. 8 individuano una ulteriore deroga al criterio di territorialità, stabilendo la punibilità dei delitti politici commessi all’estero dal cittadino o dallo straniero (...) L’intento fortemente repressivo avuto in mira dal legislatore si traduce in una nozione amplissima del delitto politico, all’interno della quale vanno collocati sia i reati oggettivamente connotabili come politici, sia quelli in tutto o in parte ispirati da motivi politici (...) Il reato soggettivamente politico viene individuato, invece, con riferimento a quei comportamenti delittuosi che siano finalizzati all’affermazione di una ideologia attinente l’organizzazione ed il funzionamento dello Stato nel suo complesso ovvero la posizione del cittadino o della collettività sociale nei confronti dello Stato.”, pp. 74-75; Cfr., Salvatore Aleo, *I Delitti contro lo Stato*, in *Diritto Penale – Parte Speciale, I*, a cura di Salvatore Aleo e Giorgio Picca, Ed. Cedam, Milano 2012, “Questa impostazione corrisponde all’idea che lo Stato sia oggetto (bene giuridico) meritevole della maggiore e assolutamente peculiare tutela penale. Difatti, come vedremo, in questo ambito: sono puniti l’istigazione e l’accordo non seguiti dalla realizzazione del delitto, in deroga rispetto ai principii generali; hanno uno spazio peculiare le figure delittuose di associazione e banda armata; sono previste numerose fattispecie di attentato e di pericolo. Quindi, complessivamente, in ragione della particolare entità dell’oggetto della tutela, è arretrata la soglia della risposta e della responsabilità penale, rispetto a quella ordinaria per il delitto. Inoltre, nella previsione di cui l’art. 364 del nostro codice penale è costituito a carico del cittadino l’obbligo di denuncia penalmente sanzionato dei (soli) delitti contro la personalità dello Stato puniti con l’ergastolo”, pp. 2-3

²⁰⁶ Cfr., Soto, J. R., & Álvarez, R. R. (1983). *Delitos contra la existencia y seguridad del Estado: Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad pública en los códigos penal y de justicia militar, amnistía*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, “Como quiera que los criminales políticos sólo tenían como mira establecerse por medios ilegítimos, la sociedad tenía por consecuencia un interés menos directo para su castigo, el derecho represivo tomaba en relación a ellos medidas especiales que se traducían en considerables rebajas de penas.”, p. 240; Cfr., Herdegen, Matthias. Estado de derecho, responsabilidad política y buena gobernabilidad. *Estudios Socio-Jurídicos*, [S.l.], v. 9, n. 2, p. 11-26, mar. 2010. ISSN 2145-4531. Disponible en: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/339>, “(...)La razón auténtica del delito político no se refiere a una disminución de una culpabilidad innegable, más bien sólo puede fundamentarse en la discrecionalidad del Estado de ofrecer incentivos para la reinserción de grupos armados a la legalidad de la sociedad.”

soggettivistiche? Oppure è necessario che si presentino altri elementi?²⁰⁷ Queste sono domande a cui si cercherà di rispondere nelle prossime due sezioni quando si analizzeranno

²⁰⁷ Cfr., García, J. A. (2007). *Delito Político Al hilo de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007*. Bogotá D.C: Instituto de Estudios del Ministerio Público, “¿puede ser delito político cualquier acción delictiva realizada con el designio de afectar a la pervivencia o estabilidad del Estado o solo pueden serlo aquellos que de modo directo se dirijan, atenten, contra instituciones, órganos o autoridades del Estado-y, en su caso- cuáles?”, p. 14; Assai rilevante si considera la classificazione presentata da Ricardo Posada riguardo alle diverse teorie che esistono per definire quando si considera che una condotta possa essere considerata come un delitto politico. Visto che l’obbiettivo di questa sezione è di carattere descrittivo e non pretende sviluppare in profondità il concetto di reato politico al di là del valore che esso possa avere per l’obbiettivo centrale di questa tesi, e cioè la possibilità di estendere gli effetti punitivi del delitto politico, fra altri l’amnistia, ad altri delitti come quelli di carattere internazionale, si considera pertinente riferirsi alla classificazione di Posada nelle note al piede. Cfr., Posada, R. (2010). *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Teorías sobre el delito político: “a) Teorías objetivas. Las teorías objetivas del delito político, también denominadas teorías tradicionales legales o formales, hacen énfasis en la materialidad del comportamiento y en el bien jurídico protegido por el Derecho penal objetivo, sin que importen la finalidad y el motivo que ha impulsado al autor a actuar de modo antijurídico.” p.14 “b) Teorías subjetivas. Las Teorías Subjetivas, también denominadas teleológicas o finalistas, pueden ser de dos clases: amplias o estrictas. Las teorías subjetivas en sentido amplio señalan que existe un delito político impropio cuando el sujeto realiza un determinado comportamiento ilícito contra cualquier clase de bien jurídico protegido, siempre y cuando haya actuado con una finalidad prevalente y preponderante de la naturaleza política, que refuerce el dolo típico directo de primer grado, consistente en fenecer, sustituir, modificar o impedir de alguna manera la existencia y seguridad política del Estado, o del régimen constitucional y legal vigentes. Con base en esta teoría pura, se podría calificar como delito político cualquier comportamiento delictivo realizado por el autor, siempre y cuando esté realizado con “fines políticos” ” p.19 “Por su parte las teorías subjetivas en sentido estricto restringen aún más el ámbito de los fines políticos con los que actúa el sujeto, al agregar otro elemento subjetivo que algunos autores definen como un “móvil de altruismo político progresivo o evolutivo”, es decir, la probada existencia de la justificación de reconstruir o sustituir el sistema por otro más favorable a sus convicciones ideológicas y sociales, un régimen más igualitario y más justo para la comunidad”. p.21 “c) Teorías Mixtas, Estas Teorías admiten dos variantes: teorías mixtas extensivas (objetivas y subjetivas) y teorías mixtas restrictivas (objetivas y subjetivas). Las extensivas afirman que el delito político es aquel subjetivamente político (impropio en sentido restringido), sin que ambos aspectos lleguen a mezclarse entre ellos.(...) Por el contrario, para las teorías restrictivas existirá un delito político cuando el comportamiento del sujeto activo no sólo atente de manera violenta armada contra el régimen constitucional o legal vigentes, sino además, cuando el sujeto realice dicho comportamiento lesivo con base en un doble elemento subjetivo, a saber: por un lado, la pretensión o finalidad de derrocar al Gobierno Nacional Legítimo o modificar, cambiar o impedir el régimen constitucional o legal vigentes, y por otro, el móvil político progresivo -no necesariamente único- de reconstruir o sustituir el Gobierno o cambiar o suspender transitoriamente el sistema por otro más democrático, participativo y favorable a sus convicciones sociales, más igualitario y más justo para la comunidad en la dirección de los intereses públicos”. “d)teorías objetivas utilitaristas o puramente políticas. Estas teorías relativistas e idealistas, bastante aceptadas en la práctica política contemporánea, definen exclusivamente los delitos políticos a partir de sus efectos y consecuencias legales. Así, será delito político todo aquel comportamiento común que “merezca” político-criminalmente, por sus circunstancias o condiciones, ser considerado a juicio del Estado susceptible de beneficios como la amnistía o el indulto” “e) Teorías abolicionistas. Para estas teorías de corte criminológico, contrarias en Colombia a la Carta Fundamental, por lo que respecta a la institución analizada “el delito político no debería existir” o debe ser limitado sólo a los delitos de opinión, pues la política y el derecho son generalmente elementos contradictorios, que, sumados sólo redundan en el tratamiento punitivo discrecional de comportamientos que atentan contra el poder establecido”

alcuni provvedimenti giudiziari. Altre questioni relative al rapporto dei delitti politici con altri delitti complessi²⁰⁸ e connessi sarà oggetto di analisi nel prossimo capitolo.

Alcuni appunti sulla dottrina e giurisprudenza comparate

Si parla di giurisprudenza e dottrina comparate per il fatto che, come spiega Feder²⁰⁹, non è una figura che interessi particolarmente al diritto internazionale. I delitti che possano essere commessi contro un modello di governo o le sue istituzioni all'interno di uno Stato, non hanno una dimensione internazionale, perché si riferiscono a questioni che riguardano la sovranità esclusiva di essi. Salvo alcune eccezioni, come ad esempio l'insipiente sviluppo legale del concetto dei delitti politici nei trattati di estradizione, non esiste peraltro norma o convenzione del diritto internazionale²¹⁰ che si riferisca a questi reati.

Ferrari ritiene che trovare un consenso sovranazionale in questa materia, risulta difficile²¹¹ in quanto ogni Stato definisce la natura dei delitti politici, le fattispecie che li compongono,

²⁰⁸ Cfr., Jiménez de Asúa, L. (1950). *Tratado de Derecho Penal*(3 ed ed., Vol. III). Buenos Aires: Losada, "Los partidarios de esta opinión se ven forzados a aceptar categorías distintas y poner, al lado del delito político puro, el delito político impropio, y el delito conexo al delito político, para admitir que constituyen delito político no solamente los atentados contra la organización política, sino también aquellos comunes que guardan con el hecho principal una conexión e medio a fin más o menos necesaria"

²⁰⁹ Cfr., Linda Gerstel Feder, In re Doherty: Distinguishing Terrorist Activities from Politically Motivated Acts under the Political Offense Exception to Extradition, 1 Temp. Int'l & Comp. L.J. 99 (1985), "A third underlying rationale of the political offense exception is the assumption that political crimes do not violate international world order and, therefore, states do not have a mutual interest in the suppression of such crimes. Political crimes have only a local character because they are directed against the domestic public order of the requesting state; international penal cooperation with respect to political offenses is less compelling than with respect to common crimes, because political crimes have only a relatively antisocial character. 39 As opposed to common offenses, political crimes are not inherently "criminal." In theory, the perpetrator acts not for personal motives, but for the benefit of society as a whole. Consequently, his acts are not anti-social, but altruistic and "hyper-social," because they are committed to better the general well-being of society. This altruism distinguishes the political offender from other offenders and makes his acts less reprehensible and in some cases, even excusable.4° Fourth, in recent times, the general attitude of states appears to be characterized by a desire and a sense of responsibility to protect bona fide political dissenters."

²¹⁰ Cfr., Gilbert, G. (2006). *Responding to international crime*. Leiden: Martinus Nijhoff. "No statute or treaty has so far tried to define what constitutes a political offence", p. 53

²¹¹ Ferrari, Robert. *Columbia Law Review*, Vol. 20, No. 3 (Mar., 1920), pp. 308-316, "Political crime is not a natural crime. It is dependent upon the legislator, and differs considerably from place to place. It is still more varied than common, statutory crime. If we look about us today we see how confused the world has become. From the point of view of an American a crime may be common; from that of another it may be political. An American may consider an act committed among the Jugo-Slavs as political, thought another of a different

la gravità nell'insieme del *corpus juris*, e le sanzioni corrispondenti. Dunque, cercare un'unica definizione per questi reati nel diritto internazionale, oltre che futile, risulterebbe un "incubo", come sostiene Lieberman²¹².

Le menzioni dei delitti politici che si trovano nel diritto internazionale, riguardano fondamentalmente due casi molto particolari: il primo, come si è già menzionato, è l'estradizione, che tra l'altro si esprime in un dibattito bi-nazionale più che internazionale. Tutti i trattati di estradizione contengono la clausola di "eccezione per motivi politici", come ci ricorda Blakesley²¹³. Tuttavia, e anche quando vi si includa un riferimento espresso, diventa evidente notare l'estrema resistenza degli Stati a definire e delimitare il concetto di delitto politico²¹⁴.

Il secondo caso si riferisce alla proibizione nel diritto delle genti relativo alla non estradizione e alla amnistia dei delitti internazionali²¹⁵. In altri termini: la protezione che si

nation would consider the act a common crime. And still further, the American may consider the very same act of the Jugo-Slav when committed in this country, rank treason.(...)"

²¹² Cfr., Lieberman, D. (2006). Sorting the Revolutionary from the terrorist: The delicate exception in U.S extradition cases. *Stanford Law Review*, 59(1), 182-211, "The determination of whether a certain act is "political" is, at bottom, an interpretive nightmare, and the incidence test provides little additional clarity"

²¹³ Christopher L. Blakesley, The Evisceration of the Political Offense Exception to Extradition, 15 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 109 (1986), "Virtually all extradition treaties contain the political offense exception or defense. Yet, in spite of its universality, no extradition treaty and virtually no legislative act, has attempted to define the terms "political offense" and "offense of a political character." " Thus, courts have had to provide the guidelines for determining whether or not a particular offense committed falls within the exception. The exception applies to those offenses which may be called "purely political offenses" such as treason, sedition, or espionage. There does not appear to be a significant problem with the application of the exception in the context of so-called "purely political offenses."

²¹⁴ Stephen Schafer, The Concept of the Political Criminal, 62 *J. Crim. L. Criminology & Police Sci.* 380 (1971), "The relative nature of the political crime is one of the major reasons for the rather hesitant and divergent approaches to the concept of the political criminal and his placement among criminal types. Even in the field of interjurisdictional cooperation, where the problem of how to exempt political criminals from extradition often arises, international treaties cautiously avoid the political criminal concept in most cases. Wherever "political crime" is defined in agreements between sovereign powers, it is generally couched in objective references to treason, conspiracy, mutiny and felonies committed against heads of states. Many analysts of the issue of extradition see in the concept of political crime a kind of supra-legal category which can be defined only as the analogue of the interests of any given political power, and is therefore beyond the descriptive ability of the law."

²¹⁵ Cfr., Linda Gerstel Feder, In re Doherty: Distinguishing Terrorist Activities from Politically Motivated Acts under the Political Offense Exception to Extradition, 1 *Temp. Int'l & Comp. L.J.* 99 (1985), "Extradition laws and treaties do not affirmatively define the concept of the political offense. Increasingly, treaties and statutory

garantisce alle persone di cui si chiede l'extradizione da parte dello Stato offeso per delitti politici, non si estende a coloro che abbiano commesso gravi delitti contro il diritto internazionale umanitario. In quei casi, l'asilo politico, potrebbe significare la violazione del principio internazionale *"aut dedere, aut judicare"*²¹⁶.

L'indeterminatezza del concetto e della portata dei delitti politici nel diritto internazionale ci costringe a rivolgerci alla giurisprudenza di ogni sistema giuridico in particolare. Tuttavia, prima di addentrarci in quell'ambito, è possibile, in termini generali ed astratti, identificare attraverso la dottrina l'esistenza di tre modelli prevalenti. Questi modelli rispondono alla domanda che si fanno Gilbert²¹⁷ ed Ewel riguardo a quali siano i requisiti fondamentali per poter capire quando un delitto è di natura politica, e perciò rientrare nelle eccezioni della estradizione, specialmente nei casi di delitti relativi²¹⁸ (complessi o connessi)²¹⁹; che come si è visto, è l'unico accenno di rilevanza internazionale rispetto ai reati politici. Agli effetti di questa tesi, si ritiene rilevante capire come si intende il delitto politico nell'ambito internazionale e comparato per determinare se esiste o meno una regola generale che possa condizionare o limitare l'assimilazione di certi reati comuni a quelli politici.

I tre modelli si basano nel "test" che ogni giurisdizione applica affinché si possa definire un delitto come politico. Il primo modello lo denomineremo soggettivo; il secondo, incidentale

provisions are defining it negatively, for example by declaring certain "political" offenses as not being political. The earliest exclusion to the political offense exception was made for an attempt on the life of a head of state." In recent years, exclusions have been made for willful crimes against human life, genocide, crimes against humanity, attacks on internationally protected persons, aircraft hijacking, war crimes, acts of terrorism and acts contrary to the purposes and the principles of the United Nations."

²¹⁶ Questo principio si traduce: punire o estraditare.

²¹⁷ Cfr., Gilbert, G. (2006). *Responding to international crime*. Leiden: Martinus Nijhoff, "What then is an offence of a political character? The courts, I am afraid, have been asking this question at intervals ever since it was first posed judicially in 1890 . . . and no definition has yet emerged or by now is ever likely to", p. 56

²¹⁸ Cfr., Sanchez Reisse c Ministère public fédéral (Tribunal Fédéral Suisse, 3 novembre 1982)

²¹⁹ Cfr., Ewell, J. (1977). The Extradition of Marcos Perez Jimenez, 1959-63: Practical Precedent for Enforcement of Administrative Honesty? *Journal of Latin American Studies*, Vol. 9(2), 291-313. Retrieved May 27, 2018. "Historically, the determination of politically mixed ,or connected crimes has been extremely complex; the international legal theorist, John Bassett Moore, used the illustration of a revolutionary leader who stole cattle or robbed a bank to provision his forces, but such simple examples are rare"

(oggettivo); ed il terzo, preponderante (misto)²²⁰. È importante ricordare che questa classificazione risulta dall'analisi comparativa, e non dallo studio del diritto internazionale come tale.

Secondo il modello soggettivo, la natura politica di un delitto dipende dalla motivazione del soggetto attivo della condotta. È così che Head²²¹ ritiene che nonostante esistano divergenze nella definizione di questo tipo di reati, quello che li definisce è l'intenzione di colui che ne sia responsabile. Nonostante esistano altre voci nella dottrina che considerino che basti la motivazione del delinquente per costituire un delitto politico, idee che tra l'altro rispecchiano la visione liberale²²² (e chissà romantica)²²³ di questa figura, è impensabile che possa essere applicata in tutte le circostanze. Si pensi ad esempio, come veniva riferito in precedenza, ai delitti politici relativi, e cioè ai reati che pur perseguendo una finalità politica, danneggiano molteplici beni giuridici oltre a quello della personalità dello Stato.

²²⁰ Cfr., Christopher L. Blakesley, *The Evisceration of the Political Offense Exception to Extradition*, 15 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 109 (1986), "Specifically, the various approaches developed by American and foreign courts include: the political motivation test (subjective); the injured rights theory (objective); the model of connexity (objective); the political incidence or disturbance test (objective); and the mixed approach (combines the political incidence, connexity, and motivation tests)"

²²¹ Cfr., Head, M. (2011). *Crimes against the state: From treason to terrorism*. Burlington, VT: Ashgate. "Definitions of political crime have varied over time. The competing definitions highlight the difficulties involved in distinguishing crimes against the state from other forms of crime, some of which may also be politically motivated. Sargain said a political crime is "any violation of law which is motivated by political aims-by the intent, that is, of bringing about (preventing) a change in the political system, in the distribution of political power or in the structure of political and governmental bodies".

²²² È preciso ricordare che paesi come Francia ed il Belgio, nell'evoluzione della nozione dei delitti politici li concepivano come un diritto del popolo di fronte a modelli monarchici ed autoritari, e dunque una espressione politica, se non valida, per lo meno diversa dalla criminalità comune. Riguardo alla visione dei delinquenti politici come ribelli, Cfr., Tarde, G. (1890). *Le Délit Politique*. *Revue Philosophique De La France Et De L'Étranger*, 30, 337-360. Retrieved from www.jstor.org/stable/41073460, "Serons-nous suffisamment éclairés à cet égard quand nous saurons en quoi l'insurrection et l'insurgé diffèrent de la révolution et du révolutionnaire? Non, à moins de révolter la conscience humaine en subordonnant l'appréciation morale et juridique d'un acte `son succès ou à son échec. Une conspiration éclate. Les conspirateurs sont-ils des régénérateurs ou des rebelles? L'avenir le dira, S'ils réussissent, on les saluera grands hommes, s'ils échouent, on les fusillera. Sans doute, ils échoueront ou ils réussiront, le plus souvent, non toujours, suivant leur contradiction ou leur accord avec les idées et les tendances de leur milieu."

²²³ Cfr., James Fitzjames Stephen. *General View of the Criminal Law of England* (1890), "In England they are distinguished as seditious words, seditious conspiracies, and seditious libel. In each case the words spoken or written, or the agreement entered into, must be with a seditious intent."

In Sudafrica, dopo l'inizio dell'attività della commissione della verità diversi delinquenti furono amnistiati sulla base di questa idea sotto questo precetto²²⁴. Tuttavia è impossibile ignorare che le circostanze sociali e politiche del momento furono determinanti e probabilmente obbligarono ad adottare criteri piuttosto flessibili per non mettere a rischio il processo di pace in corso²²⁵.

Il secondo modello, o test "incidentale"²²⁶, è caratteristico nei paesi del *common law*. Secondo questa teoria non basta la motivazione dell'autore della condotta²²⁷. Sebbene si

²²⁴ In Sudafrica dovuto al contesto politico e sociale che si attraversava dopo la firma della pace, anche delitti gravi furono considerati come delitti politici sulla base della motivazione del suo agente. Uno degli effetti negativi di questa decisione fu che diversi crimini non furono mai scoperti; Cfr., Bubenzer, O. (2009). *Post-TRC prosecutions in South Africa accountability for political crimes after the Truth and Reconciliation Commissions amnesty process*. Leiden: Nijhoff, "Due to the small number of proceedings and the even smaller number of convictions, it cannot be said that accountability for apartheid era political crimes has been furthered to any significant degree. In contrast to the trials before 1998, however, proceedings overwhelmingly concerned politically motivated criminal conduct. Nevertheless, no substantial amounts of new information on systematic crimes during the apartheid era were discovered. The Basson case was of special importance since it dealt with a wide range of exceptionally egregious, politically motivated, gross human rights violations, which emanated from a systematic SADF programme."

²²⁵ Risulta interessante paragonare la posizione di Milhalik e di Bubezner. Il primo parla dell'epoca anteriore al processo di pace del Sudafrica, mentre il secondo si riferisce al periodo posteriore. Questo potrebbe, al meno, essere un indizio che l'uso di un modello soggettivo sia stato il risultato delle circostanze particolari di quel paese. Cfr., Janos Mihalik, *Political Offences by Legal Practitioners: Changing Judicial Attitudes*, 107 S. African L.J. 304 (1990), "The term 'political offence' is a contested one. The present Government has consistently maintained that all sentenced prison inmates are 'ordinary criminals', since they have been sentenced under criminal law which ostensibly knows no distinction so far as ordinary and political crimes are concerned.13 Despite these official denials, the police record, listing the previous convictions of a person who on 6 March 1951 applied for and was granted admission as an advocate (and who later became a judge of the Supreme Court), was especially endorsed by the Assistant Commissioner of the Police as follows: 'According to records these offences were a result of political activities during the war years 1939-1945.'" , p.14

²²⁶ Cfr., Gilbert, G. (1992). The Irish Interpretation of The Political Offence Exemption. *The International and Comparative Law Quarterly*,41(1), 66-84. Retrieved June 3, 2018, from https://www-jstor-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/stable/760785?read-now=1&refreqid=excelsior:f45beaa603d5af2c1453a6c87f6b8382&seq=1#page_scan_tab_contents. "The incidence test incorporates an element of remoteness into the political offence exemption. If the crime with which the fugitive is charged is insufficiently proximate to the ultimate goal of his parent organization, then the offence will not be political in character."

²²⁷ Cfr., Cfr., Gilbert, G. (2006). *Responding to international crime*. Leiden: Martinus Nijhoff, "commentators and courts in almost all jurisdictions have declared that mere political motive alone is insufficient to characterize a common crime as political. At present, it is the act not the actor that predominates in establishing the nature of the offence, and that is the near unanimous view to come out of Stein's extensive 1983 research. While a political motive is essential it is not conclusive."

riconosca che esistono delitti politici “puri”²²⁸, per i reati complessi si deve provare l’incidenza dell’elemento soggettivo su reati che vengano commessi “nel contesto” di una rivolta o disordine sociale, come ritengono autori quali Clark²²⁹ e Amerasinghe²³⁰.

²²⁸ Cfr., Christopher L. Blakesley, *The Evisceration of the Political Offense Exception to Extradition*, 15 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 109 (1986), “*The exception applies to those offenses which may be called “purely political offenses” such as treason, sedition, or espionage. There does not appear to be a significant problem with the application of the exception in the context of so-called “purely political offenses.”*”; Cfr., Gilbert, G. (2006). *Responding to international crime*. Leiden: Martinus Nijhoff, “*Given that no absolute working definition is possible, the concept has been categorised, especially in continental Europe. A political offence may be classified as pure or relative, and a relative offence may be a délit complexe or a délit connexe (...)* A pure political offence is one “*directed solely against the political order (...)* It can be seen in such offences as treason, sedition or espionage”

²²⁹ J. Reuben Clark Jr. JR, Frederic R. Coudert and Julian W mack. *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1907-1917)*, Vol. 3 (APRIL 23 The nature definition of political offense in international extradition. AND 24, 1909), pp. 95-165. Cambridge University Press, “*Political “crimes or offenses” lack some of the elements of ordinary crimes. For example, the act will lack malice in the sense in which that term is used in criminal law, and it is not individual, that is, the act is the act of the political party to which the individual belongs, the individual being merely the instrument (hardly the agent) by which the act is committed. The force of the latter suggestion is apparent where in a war between two nations, one man belonging to the force which has invaded the territory of the other shoots and kills one of the opposing force in battle. It can scarcely be said in such a case that although the one shooting has killed the other, that he has, therefore, committed murder; the act was not personal, but political; and such it would seem must be the status of a similar act committed in a struggle between two contending political factions in a state. (...)*The judges, however, thought the definition of Mill too broad, as offenses might well be committed in the course of a revolution and yet be so separable from the objects of the revolution, as to be properly treated as mere common law offenses. By striking out the words “in the course of”, the definition of the great economist becomes at least as good as that of the eminent judge and write. Accepting the court’s definition as embodying the general view entertained on the subject, as to what constitutes political crime, we find that two conditions must concur to bring the act, otherwise criminal, whiten the exemption. These conditions are: a.) the existence of political revolt or disturbance. b.) the fact that the act in question was incident to and formed a part of such disturbances.”

²³⁰ Il modello incidentale è il risultato, di tre precedenti importanti: il caso Castiani, il caso Maunier, ed il caso Sht raks. Cfr., C. F. Amerasinghe, *The Schtraks Case, Defining Political Offences and Extradition*, 28 *Mod. L. Rev.* 27 (1965), “(1) *The offence to be political must be committed in-the course of a physical disturbance between the governing party, on the one hand, and another political party: in the state with which it is struggling for power, on the other, with a view to furthering the ends of either of the political parties concerned and not for any other purposes or from any other motives. This is one interpretation of the definition given by Hawkins J. in the Castioni case. (2) The offence must be committed in the course of a physical disturbance between any two parties in the state struggling for power and not necessarily including the governing party, with a View to achieving the purposes of the party concerned and not for any other purposes or from any other motives. This is the broader interpretation of the definition of Hawkins J. in the Castioni case. (3) The offence must be committed in the course of any dispute, not necessarily amounting to a physical 'or public disturbance, between the governing party, on the one hand, and another political party vying with it for power, on the other, with a view to achieving the purposes of the party concerned and not for any other purposes or from any other motives. : This is one interpretation of the definition adopted by Denman J. in the Castioni case and that offered by the Divisional, Court in the Schtraks case. Viscount Radcliffe in the House of Lords in the latter case would appear to have agreed with this definition, 'seeing that.his lordship emphasized the fact that the offender had to .be at odds with the state requesting extradition on some issue and stated that the offence had to be connected with a disturbance or a struggle for power as stated in the Castioni case, even though this*

Nella sentenza di Schtraks contro il Governo di Israele, il Tribunale considerò che la mera motivazione politica dell'autore non fosse sufficiente per categorizzare la sua condotta come politica. Questa stessa posizione venne adottata in altre decisioni dagli Stati Uniti, dal Canada, e dalla Germania²³¹. Persino in giurisdizioni come quella Cinese²³² si possono identificare provvedimenti che applicano la teoria dell'incidenza o teoria oggettiva dei reati politici. Deve dunque esistere non solo un nesso causale e determinante, fra l'elemento soggettivo e oggettivo del reato, ma esso deve pure avvenire in un contesto specifico, e cioè una rivolta o un disturbo sociale in generale. Non si accettano difese in cui il carattere politico della condotta sia meramente enunciativo, oppure risponda ad una discordanza del soggetto attivo riguardo allo Stato, come venne determinato nel caso Kolczynski²³³.

was liberally interpreted. (4) The offence must be committed in the course of any dispute, not necessarily amounting to a physical or public disturbance, between any two political parties in the state struggling for power and not necessarily including the governing party, with a view to furthering the purposes of the party concerned and not for any other purpose or, from any other motive. This is the broader interpretation of Denman J.'s definition in the Castioni case and the definition cited in the Meunier case. (5) The offence must be committed in the course of any dispute, not necessarily amounting to a physical or public disturbance, between the governing party, on the one hand, and another party with political aims but not necessarily vying with it for power, on the other hand, irrespective of the merit of their causes, with a view to furthering the purposes of the party concerned and not for any other purpose or from, any other motive. This definition seems to emerge from Lord Reid's judgment in the Schtraks case."

²³¹ Cfr., Gilbert, G. (2006). *Responding to international crime*. Leiden: Martinus Nijhoff. "In *Schtraks v Government of Israel*, the House of Lords held that the true nature of offences of a political character would be lost sight of if the transnational fugitive offender merely had to show a political motive in order to satisfy the test. Both the Canadian Federal Court and a United States Court of Appeals have similarly expressly decided that mere motivation is insufficient. In civil law jurisdictions the same view has been expressed. German cases on terrorist fugitives have held that the motive is not determinative on its own and has to be viewed alongside the nature of the legal interest attacked when determining the political character of the offence."

²³² Nel caso citato da Ming, si potrebbe sostenere che si applica un modello incitazionale moderato, per quanto si accetta pure che si definisca come politico il reato che abbia un obiettivo politico come tale, anche se in nessun momento lo considera come l'unico fattore determinante; Cfr., Ming-Min Peng, *Political Offences in Taiwan: Laws and Problems*, 1971 *China Q.* 471 (1971). "The new judicial situation brought about by the proclamation of the state of siege and the martial law has its deepest impact with regard to political offences committed under the Chinese Nationalist regime in Taiwan. Here political offences are understood as crimes which are incidental to and form a part of political disturbances, including offences consisting in an attack upon the political order of things established in the country where committed, as well as offences committed to obtain any political object"

²³³ Cfr., The Notion of Political Offences and the Law of Extradition, 31 *Brit. Y.B. Int'l L.* 430 (1954) "To apply as a test the direct connexion of the offence with a political object does not, of course, entirely remove the difficulty, for it leaves open the question of what constitutes a political object. *Kolczynski's case* appears, however, clearly to establish that an act committed solely because of the fear of prosecution for a political offence or of political persecution will suffice to give the crime a political character if such fear led directly to

Il riconoscimento del modello obbiettivo non è tuttavia scollegato oggigiorno da decisioni politiche e circostanze sociali. Si pensi ad esempio, al terrorismo motivato da fini politici. Un'applicazione flessibile del delitto politico, potrebbe limitare l'extradizione di questo tipo di delinquenti. O si pensi pure al caso Colombiano. Risulterebbe sconveniente ridurre qualsiasi condotta commessa nel contesto del conflitto armato alla categoria di delitto politico per la sola appartenenza ad un gruppo armato, oppure adducendo che l'intenzione di qualunque reato sia politica.

Per finire, il terzo modello è il modello "preponderante" o misto. In Francia e in Svizzera (dove è stata per prima la volta concepita) questa teoria viene chiamata "proporzionale". Combina l'elemento soggettivo e oggettivo della condotta per determinare se il carattere del delitto sia politico²³⁴. In altre parole, si parte dalla base delle fattispecie "pure" o tipicamente politiche, ma si estende l'analisi anche sugli altri atti e si considera se hanno o

the commission of the crime for which extradition is demanded. Mere dissatisfaction with life in a totalitarian State would not seem to be sufficient in itself to give an act committed as an expression of such dissatisfaction the character of a political offence. The foregoing considerations furthermore appear to rule out what the English and foreign courts have considered should be excluded, and what J. S. Mill's definition would seem to let in, namely, the possibility of an offence being considered to be of a political nature simply because it is committed in the course of either a political rising or in the course of escaping from political persecution or political tyranny."

²³⁴ Cfr., Christopher L. Blakesley, *The Evisceration of the Political Offense Exception to Extradition*, 15 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 109 (1986), "For example, some American decisions have hinted that the motivation behind the offense may be considered as a separate test for determining the political character of the offense." However, as Judge Sofaer rightly suggests, the judiciaries in France, Switzerland, and the United States have clearly moved away from the political motivation test. The French courts appear now to have begun to follow the "predominance test" or "proportionality theory", a form of the "mixed approach" developed by Swiss jurisprudence. This test appears to use both subjective and objective criteria to determine whether a given offense is of sufficient political character to warrant exception of its perpetrator from extradition.¹² The test was refined in 1951 by the opinion in the *Ockert* case where the Swiss court defined political offenses, as those "acts which have the character of an ordinary crime appearing on the list of the extraditable offenses, but which, because of the attendant circumstances, in particular because of the motive and the object, are of a predominantly political complexion." The definition of political offense was modified by the Swiss again in 1952 in order to provide the flexibility to allow exception from extradition for those who commit a crime, such as air piracy, and in order to escape from a "modern totalitarian regime." In 1961, the Swiss Federal Tribunal summarized the jurisprudential development of the basic tenets of the preponderance test and further refined the definition of political offense so that even when the motive is largely political, the means employed must be the only means available to accomplish the end pursued. In *Ktir*, the Swiss court granted a French extradition request for a French national who was a member of the Algerian *Front de Liberation Nationale (F.L.N.)*, who had been charged with the murder of another member of the *F.L.N.*"

meno una connotazione politica marcata. Questo modello sembra svincolarsi dalla teoria soggettiva in quanto non è sufficiente la motivazione del soggetto attivo; ma sembra anche separarsi dal modello dell'incidenza, in quanto non richiede necessariamente che il delitto venga commesso nel contesto di una rivolta o disturbo sociale, bensì che sia politico per sua natura.

Dopo aver fatto allusione alla dottrina comparatistica, soprattutto per quanto riguarda i diversi modelli di interpretazione e definizione dei delitti politici, si passerà brevemente a guardare alcuni esempi giurisprudenziali di certi Stati, selezionati in base a diversi criteri: sistemi del diritto civile ed anglosassone; sistemi giuridici di America ed Europa; sistemi giuridici la cui giurisprudenza abbia avuto una certa incidenza; e alcuni sistemi giuridici che abbiano sofferto processi di giustizia transizionale, come il Messico, l'Irlanda e il Salvador.

Come si è accennato anteriormente, la dottrina classifica i delitti politici in puri (classici esempi e di facile distinzione, si pensi allo spionaggio o alla ribellione); e relativi (che possono talvolta essere complessi o connessi)²³⁵. I modelli riferiti in precedenza vengono

²³⁵ Cfr., Gilbert, G. (2006). *Responding to international crime*. Leiden: Martinus Nijhoff, "Given that no absolute working definition is possible, the concept has been categorised, especially in continental Europe. A political offence may be classified as pure or relative, and a relative offence may be a *délit complexe* or a *délit connexe* (...) A pure political offence is one "directed solely against the political order (...) It can be seen in such offences as treason, sedition or espionage". I reati relativi fanno riferimento a delitti comuni che si commettono in all'interno di una ribellione o disturbanza sociale (complessi), o pure reati ordinari che servono come mezzo per commettere un delitto politico (connessi); anche vedere Cfr., Alona E. Evans, *Reflections upon the Political Offense in International Practice*, 57 Am. J. Int'l L. 1(1963), "An examination of some fifty extradition cases, apart from war crimes cases, decided by the courts of fourteen states in Europe and the Americas, in which the plea of political offense was offered as a defense, permits some generalizations on the subject. Where the fugitive was charged with homicide or with being an accessory thereto, the political defense was sustained in those instances in which it could be shown that the act had been committed in the course of a revolt or uprising or during a disturbed political situation in the state of origin, that the act had a political objective, or that the fugitive feared political persecution if he were extradited. But where homicide was committed as an isolated act, as an act of terrorism, treachery, or of personal revenge, or without a logical relationship to a political objective, the plea of political defense was rejected and extradition granted. The political defense failed in a majority of cases in which the offenses charged were arson, bombing, or kidnaping; it was pleaded successfully, however, against charges of military offenses, malfeasance in office, illegal association, and mutiny aboard ship. In cases involving larceny, cheating (*escroquerie*), embezzlement, forgery, or fraud, the political defense failed in more than half the instances. In three cases embezzlement and robbery committed in the course of furthering revolts were treated as political offenses, and in another case extradition was denied where there was reason to believe that a charge of embezzlement actually disguised a prospective trial for a political offense. The theft of an airplane as a means of escape to asylum was mitigated by reason of the political

usati dalla giurisprudenza nei casi di delitti relativi, per quanto definire il carattere di un delitto comune risulta assai difficile, nonché problematico dal punto di vista socio-politico. Come si potrà concludere da un breve accenno della giurisprudenza di certi Stati, il modello soggettivo sembra non essere considerato. Riguardo al modello “incidentale” (oggettivo) e a quello “preponderante” (misto), il suo uso è ben noto nei diversi sistemi giuridici occidentali.

Agli effetti della presente tesi, questa analisi comparativa servirà per identificare possibili regole, standard, nonché una prassi sistematica per definire lo scopo e la portata dei delitti politici, e dunque, a sua volta, poter proporre una soluzione riguardo ai limiti del modello di amnistia previsto dal processo di pace in Colombia. La norma attuale che la regola, non soddisfa le necessità giuridiche e politiche del sistema di giustizia transizionale. In effetti, e rispecchiando i principi del diritto internazionale, prevede l’amnistia unicamente per delitti politici (puri e relativi). Definire con chiarezza l’universo dei reati comuni di carattere politico, o almeno individuare un metodo per definirli è una necessità latente. Non esiste al giorno d’oggi dottrina rilevante e nemmeno un precedente chiaro che permetta al Tribunale di risolvere casi di alta complessità. Tuttavia, questa analisi prospettiva verrà presentata nella seconda parte del testo. Per adesso ci concentreremo sull’analisi della giurisprudenza comparata rilevante per capire i modelli adoperati nei diversi paesi riguardo alla definizione dei delitti politici.

motive inspiring the act.”; riguardo ai delitti complessi, Cfr., Wagner c Bureau du Procureur Fédéral et le Département Fédéral de la Justice et de la Police(Première Cour de Droit Public Suisse, 3 octobre 1980), “(...) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt ein gemeinrechtliches Verbrechen oder Vergehen dann ein relativ politisches Delikt dar, wenn die Handlung nach den Umständen, namentlich nach den Beweggründen und Zielen des Täters, einen vorwiegend politischen Charakter hat. Ein vorwiegend politischer Charakter ist anzunehmen, wenn die strafbare Handlung im Rahmen eines Kampfes um die Macht im Staate erfolgte oder wenn sie verübt wurde, um jemanden dem Zwang eines jede Opposition ausschliessenden Staates zu entziehen. Zwischen solchen Taten und den angestrebten Zielen muss eine enge, direkte und klare Beziehung bestehen. Darüber hinaus ist erforderlich, dass die Verletzung fremder Rechtsgüter in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten politischen Ziel steht und dass die im Spiele stehenden Interessen wichtig genug sind, um die Tat mindestens einigermassen”; riguardo ai delitti connessi, Cfr., Ghorbanifar, Hakim et Secord c Office fédéral de la police (recours de droit administratif), (Premier Cour de Droit Public, 20 août 1987)

Il Messico, ad esempio, sembra adottare un modello oggettivo nel quale si stabilisce che l'esistenza di un delitto politico, oltre all'elemento soggettivo della condotta e alla messa in pericolo del bene giuridico (e cioè la personalità dello Stato), necessariamente dipende dal contesto in cui avviene. In altre parole, la condotta non può accadere isolatamente, altrimenti sarebbe un reato comune. L'analisi sociale e storica si ritiene fondamentale al momento della sua definizione. Essa esige l'applicazione di uno standard "materiale e normativo" più esigente rispetto a quello usato per identificare un delitto ordinario²³⁶.

Un'altra particolarità del modello oggettivo Messicano è la sua tassatività. La Corte Suprema ritiene che non possano rientrare nella definizione di politici certi delitti come il terrorismo o il genocidio. In altri termini, anche se dall'analisi soggettiva, oggettiva e circostanziale risultasse la natura politica del reato, per il fatto di appartenere a queste categorie (in cui rientrano in termini generali i delitti sanzionati dal diritto internazionale), verrebbero vietati²³⁷.

Un altro caso rilevante è quello del Salvador. Dopo la guerra civile del secolo scorso, si è approvata una legge di amnistia generale che includeva nella categoria dei delitti politici, e

²³⁶ Cfr., Amparo en revisión 133/2017 (Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del vigésimo segundo circuito, 13 de julio de 2017), *"Ahora bien, en contraste con aquel arreglo institucional, desde una perspectiva funcional y progresiva, ha de reconocerse que los notorios entornos sociales -eventualmente convulsos- que hoy se viven, exigen del operador jurídico un ajuste razonable de la norma penal a los hechos sobre los que pretenda proyectarse y una cuidadosa reflexión en cada caso, en relación con el origen histórico y contenido del discurso de reclamo o protesta y su actual proyección progresiva y funcional en un régimen democrático, tomando en cuenta que la libertad de manifestación de las opiniones e ideas e, incluso, de protesta mediante la resistencia civil pacífica actualmente encuentran cobertura de protección dentro del parámetro de regularidad constitucional. De ahí que su aplicación debe ser con base en los principios de interpretación conforme y pro persona establecidos en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que imponen un estándar fáctico y normativo más elevado y exigente"*

²³⁷ Cfr., Amparo en revisión 140/2002 (Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 10 de junio, 2003), *"el delito de terrorismo no puede tener la naturaleza de político, ya que no se comete en contra del Estado, además de que a nivel internacional está considerado como un delito común de trascendencia internacional, y en nuestra legislación no se encuentra comprendido como delito político (...) De aquí se desprende que el delito de genocidio no puede tener la naturaleza de político, en primer lugar, porque no se comete en contra del Estado, sino de determinados grupos humanos considerados como estables; en segundo término, porque el elemento subjetivo del tipo es la intención de destruir total o parcialmente al grupo humano, siendo catalogado como un delito internacional contra la humanidad; y, finalmente, porque en nuestra legislación interna no se encuentra comprendido como delito político"*

cioè amnistiabili, tutti i reati contro la personalità dello Stato e anche quelli commessi con una finalità politica. Sebbene questa norma sia dichiarata incostituzionale nel 2016 il modello che sembra essere stato adottato nel Salvador è quello misto²³⁸.

Si individua come bene giuridico tutelato quello della personalità dello Stato. D'altro canto la natura politica di un reato "relativo" dipende dall'elemento materiale della condotta, ma anche dalle motivazioni del reo. Riguardo agli elementi materiali, oltre all'azione punibile, si considerano altri aspetti, come ad esempio l'appartenenza del delinquente ad un gruppo armato. Dal punto di vista soggettivo, oltre ad esigere che la finalità del crimine si rivolga contro lo Stato²³⁹, si ritiene che essa abbia una componente ideologica²⁴⁰.

In tutti i casi, a differenza del Messico o della Colombia (previo al processo di pace), in Salvador non si esclude la possibilità di considerare un delitto comune come un reato politico quando sussistano gli elementi oggettivi e soggettivi della condotta²⁴¹.

²³⁸ Cfr., Sentencia 24/08/2016 (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena), *En el presente caso, para la consideración del delito político, se debe acudir a la normativa penal que los regulaba al momento de suceder los hechos. En tal sentido, el art. 151 del Código Penal de 1974, vigente en 1989, preveía que "Para efectos penales son delitos políticos los hechos punibles contra la personalidad internacional o interna del Estado, excepto el vilipendio a la Patria, sus símbolos y a los próceres. También se consideran delitos políticos los comunes cometidos con fines políticos, excepto los delitos contra la vida y la integridad personal de los jefes de Estado. Son delitos comunes conexos con políticos los que tengan relación directa o inmediata con el delito político o sean un medio natural y frecuente de preparar, realizar o favorecer éste; debiendo desde luego calificarse como conexos con los políticos, en el delito de rebelión, la sustracción o distracción de caudales públicos, la exacción, la adquisición de armas y municiones, la tenencia, portación o conducción de armas de guerra, la interrupción de las líneas radiofónicas, telegráficas y telefónicas y la retención de la correspondencia (...) a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de La Paz, mediante sentencia Inc. 44-2013/145-2013 de fecha 13 de julio de 2016, es decir, ante la remoción del mayor obstáculo para el procesamiento a nivel ordinario de estos delitos."*; Cfr., Sentencia 5/12/1968 (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena)

²³⁹ Cfr., Sentencia 25/08/2015 (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena), *"refiere a los delitos que atentan contra la existencia y organización del Estado; así como todos aquellos delitos comunes que se determine que persiguen una finalidad política, y los delitos comunes que sean conexos con los delitos políticos."*

²⁴⁰ Cfr., Cfr., Sentencia 16/08/1995 (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal), *"Se considerarán también como delitos políticos... y los cometidos con motivo o como consecuencia del conflicto armado, sin que para ello se tome en consideración la condición, militancia, filiación o ideología política". Tal interpretación es errónea, dice, porque no perteneciendo los militares asesinados a ninguno de los dos bandos beligerantes, por lo que un delito cometido en perjuicio de ellos no puede ser considerado como político, sino que se está en presencia de un delito común sin conexidad con delito político alguno."*

²⁴¹ Cfr., Sentencia 12/11/2013 (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena) *"El artículo 21 del Código Penal prevé que: "Para efectos penales se consideran delitos políticos los relativos al sistema constitucional y a la*

Cambiando giurisdizione, il caso Schtraks in Inghilterra è uno dei più significativi precedenti riguardo alla definizione dei delitti politici. Anche se alcuni autori come Connely²⁴² suggeriscono che i reati di tipo politico sono in disuso, e che l'attenzione dovrebbe essere rivolta ad altre sfide come il terrorismo, non si può negare l'importanza del precedente giurisprudenziale inglese e della sua influenza in paesi come gli Stati Uniti o come l'Irlanda.

Il modello della Gran Bretagna è eminentemente obbiettivo (incidentale), e cioè, per definire il carattere politico del reato, non basta l'intenzione dell'autore. Nel caso dei delitti politici relativi, è necessario che il fatto materiale abbia un rapporto di causalità con l'attentato al bene giuridico protetto²⁴³. Ad esempio, dare morte ad un dittatore per motivi politici nel contesto di una rivoluzione. Al contrario, il furto di una banca per finanziare una banda armata, rappresenta un rapporto annacquato tra l'elemento materiale della

existencia, seguridad y organización del Estado...También se consideran delitos políticos los comunes cometidos con fines políticos, excepto los delitos contra la vida y la integridad personal de los jefes de Estado o de Gobierno...Son delitos comunes conexos con políticos los que tengan relación directa e inmediata con el delito político o sean un medio natural y frecuente de preparar, realizar o favorecer éste." La descripción que nuestra legislación penal efectúa sobre esta clase de delitos, sigue una concepción la cual considera tanto su forma objetiva, como aquellas conductas que atentan directamente contra esos bienes jurídicos mencionados: los contenidos en el Libro Segundo, tanto en el Título XVII, capítulo I, como en el Título XVIII, capítulo único, del Código Penal, los cuales se refieren a los delitos que atentan contra al sistema constitucional, y además, contra la existencia y organización del Estado, respectivamente; así como todos aquellos delitos comunes que se determine persiguen una finalidad política, y los delitos comunes que sean conexos con delitos políticos."; Cfr., Sentencia 24/04/2014(Corte Suprema de Justicia, Sala Plena), "debe considerarse el delito reclamado como de tipo común, es decir, que no requiere para el sujeto activo una determinada calidad que lo convierta en delito oficial, o que por los bienes jurídicos afectados o por su finalidad, tampoco pueda ser considerado como político o conexo con él."

²⁴² Cfr., Alpha Connelly, Ireland and the Political Offence: Exception to Extradition, 12 J.L. & Soc'y 153 (1985)

²⁴³ Cfr., Cheng v Governor of Pentonville Prison (House of Lords, United Kingdom, April 16, 1973), "The relevant mental element must involve some less immediate object which the accused sought to achieve by doing the physical act. It is unnecessary for the purposes of the present appeal, and would, in my view, be unwise, to attempt to define how remote that object might be. Of the accused robbed a bank to obtain funds to support a political party, the object would clearly be too remote to constitute a political offence. But if the accused had killed a dictator in the hope of changing the government of the country, his object would be sufficiently immediate to justify the epithet "political"; Cfr., McGlinchey v Wren (Supreme Court of Justice, Ireland, December 7, 1982), "The argument made on behalf involves the proposition that, however revolting the circumstances of a particular crime may be, if the ultimate aim of the criminal, however remote it be from the crime, be truly political, then it is a political offence. I reject such a proposition; on the same basis it could be argued that the murder of a young woman shot down on the public street may be categorized as a political offence because her murder might deter her father, a Belfast magistrate, from carrying out his duties as such.(...)"

condotta e il bene giuridico protetto dal delitto politico. D'altro canto, così come in altri paesi, si rigetta l'idea che atti terroristici²⁴⁴ o gravi violazioni dei diritti umani possano essere considerati politici.

Un'altra particolarità della giurisprudenza inglese ed irlandese si riferisce al fatto che uno degli elementi che si possono considerare è la natura e la caratteristica della vittima del reato. Sebbene non sia un elemento di per sé determinante, in certi casi può essere usato²⁴⁵.

Gli Stati Uniti sono uno dei paesi con il maggior numero di provvedimenti in materia di delitti politici nel contesto delle richieste in estradizione. Sono anche uno dei paesi che applica con maggior rigore il precedente giudiziale, che nel caso di questo tipo di reati assume un

²⁴⁴ Cfr., *Quinn v Wren* (Supreme Court of Justice, Ireland, February 28, 1985); Cfr.- Cfr., *Alpha Connelly, Ireland and the Political Offence: Exception to Extradition*, 12 J.L. & Soc'y 153 (1985)

²⁴⁵ Cfr., *Alpha Connelly, Ireland and the Political Offence: Exception to Extradition*, 12 J.L. & Soc'y 153 (1985), "A third consideration employed by national authorities is what might be termed the target of the offending action. It has two variants or versions. In one, the authorities ask, "At what or at whom was the behavior of the offender aimed?": in the other, "What or whom was injured by the offender's conduct?"; that is, they attach importance to the identity or status of the victim and to the damage or injury caused. In applying this criterion, the authorities are not concerned with the purpose or ultimate goal of the offender, but limit their focus more narrowly to the occasion of the offence itself and look specifically at what and whom the offender intended to injure by his conduct (the subjective version), or at what and whom was injured thereby (the objective version)."

modello oggettivo (test incidentale)²⁴⁶ per definire la natura politica dei reati relativi (sia complessi come connessi)²⁴⁷.

Malgrado in alcune sentenze si sia accennato che un elemento del delitto politico è che la motivazione del soggetto attivo sia in *bona fide* politica ed altruistica²⁴⁸, la gran maggioranza delle decisioni dei tribunali federali, considera che così come l'occorrenza di un fatto non determina la motivazione della condotta, la sola motivazione non definisce la natura del

²⁴⁶ Cfr., *Quinn v. Robinson* (Court of Appeals, 9th Circuit, 1986), "The incidence test has two components, designed so that the exception comports with its original justifications and protects acts of the kind that inspired its inclusion in extradition treaties. First, there must be an uprising — a political disturbance related to the struggle of individuals to alter or abolish the existing government in their country. An uprising is both temporally and spatially limited. Second, the charged offense must have been committed in furtherance of the uprising; it must be related to the political struggle or be consequent to the uprising activity. Neither the objectives of the uprising nor the means employed to achieve those objectives are subject to judicial scrutiny. And while the nature of the uprising group and any evidence of the accused's motivations may be relevant, proof on these elements is not required or necessarily determinative. Acts of international terrorism do not meet the incidence test and are thus not covered by the political offense exception. Crimes against humanity also are beyond the scope of the exception."; Cfr., *Escobedo v United States* (Court of Appeals, 5th district, 1980), This circuit defines a political offense under extradition treaties as an offense committed in the course of and incidental to a violent political disturbance, such as war, revolution and rebellion. [Garcia-Guillern v. United States, 450 F.2d at 1192](#); [Jimenez v. Aristequieta, 311 F.2d at 560.](#)[18] An offense is not of a political character simply because it was politically motivated; Cfr., *Garcia-Guillen v United States* (Court of Appeals, 5th District, 1971), A political offense under the extradition treaties, must involve an "uprising" or some other violent political disturbance. Moreover, the act in question must have been incidental to the occurrence in order to justify the exclusion; Cfr., *Sidona v Grant* (Court of Appeals, 2nd District, 1980), Following the principle announced in [In re Castioni, \[1891\] 1 Q.B. 149](#), American courts have uniformly construed "political offense" to mean those that are incidental to severe political disturbances such as war, revolution and rebellion."; Cfr., *Jimenez v Aristequieta* (Court of Appeals, 5th district, 1962);

²⁴⁷ Cfr., *Matter of Mackin* (Court of Appeals, 2nd District, 1981), "The Magistrate pointed to cases holding or indicating that the political offense exception is not limited to "purely" political offenses against a government, such as treason, sedition and espionage, but extends also to "relative" political offenses, to wit, crimes against persons or property which are incidental to a war, revolution, rebellion or political uprising at the time and site of the commission of the offense(...)She found that: (1) at the time of the offenses charged against Mackin the Provisional Irish Republican Army (PIRA) was conducting a political uprising in the portion of Belfast where the offenses were committed; (2) that Mackin was an active member of PIRA; and (3) that the offenses committed against the British soldier were incidental to Mackin's role in the PIRA's political uprising in Belfast. Accordingly, she concluded that the crimes for which Mackin was indicted were "of a political character" within the meaning of Article V(1)(c)(i) of the Treaty."

²⁴⁸ Cfr., *United States vs Artukovic* (District Court, SD California, 1959), "Political character" or political offense has not been too satisfactorily defined. Generally speaking it is an offense against the government itself or incident to political uprisings. It is not a political offense because the crime was committed by a politician. The crime must be incidental to and form a part of political disturbances. It must be in furtherance of one side or another of a *bona fide* struggle for political power."

delitto²⁴⁹. Questa posizione evidenzia che si debba necessariamente dimostrare qualcosa di più, oltre alla correlazione fra l'elemento soggettivo ed oggettivo della condotta, affinché un reato sia considerato di natura politica.

Il terzo fattore è quello incidentale, e cioè che l'atto antigiuridico venga commesso nel contesto di una rivolta o di disturbi sociali²⁵⁰, che possono essere intesi come una guerra civile²⁵¹. Un caso di straordinaria importanza su questo particolare è quello di Ordinola contro Hackman²⁵². In quella circostanza il Tribunale considerò che il reo, che aveva fatto parte del gruppo guerrigliero di "Sendero Luminoso" in Perù, non aveva provato che la morte di civili non combattenti facesse parte della lotta armata rivoluzionaria. Dunque, in applicazione del "test di incidenza", che tra l'altro non è diverso da quello usato in Inghilterra rispetto alla correlazione degli elementi soggettivi, obbiettivi e causali del reato, si considerò che la condotta di Ordinola non era di carattere politico²⁵³.

²⁴⁹ Cfr., *Eain v. Wilkes* (Court of Appeals, 7th Circuit, 1981), "The nature of the offense does not depend on the motives of the actor just as [the] nature of the offense may not confer upon the actor certain motives that were not present at the commission of the violation."

²⁵⁰ Si escludono dunque atti isolati; Cfr., Cfr., *McMullen v Immigration and Naturalization Service* (Court of Appeals, 9th District, 1986), "We conclude, therefore, that the PIRA's random acts of violence against the ordinary citizens of Northern Ireland and elsewhere, exhaustively documented in the record, are not sufficiently linked to their political objective and, by virtue of their primary targets, so barbarous, atrocious, and disproportionate to their political objectives that they constitute "serious nonpolitical crimes" for purposes of section 243(h)(2)(C) and the Convention."

²⁵¹ Cfr., *Eain v. Wilkes* (Court of Appeals, 7th Circuit, 1981), "The operative definition of "political offenses" under extradition treaties as construed by the United States limits such offenses to acts committed in the course of and incidental to a violent political disturbance such as a war, revolution or rebellion. Shearer at 178-81."

²⁵² Cfr., *Ordinola v Hackman* (Court of Appeals, 4th district, 2007)

²⁵³ Cfr., *Ordinola v Hackman* (Court of Appeals, 4th district, 2007), "Ordinola had in committing the alleged crimes were not enough to render the acts political offenses in light of the fact that Ordinola committed the crimes against noncombatant civilians and engaged in acts that violated the laws of armed conflict and international standards of civilized conduct. Accordingly, the magistrate judge certified Ordinola's extradition to the Secretary of State (....) Traditionally, there have been two categories of political offenses: "pure" and "relative." The core "pure" political offenses are treason, sedition, and espionage. *Vo v. Benov*, 447 F.3d 1235, 1241 (9th Cir.2006). "Pure" political offenses do not have any of the elements of a common crime because "such laws exist solely because the very political entity, the state, has criminalized such conduct for its self-preservation." *Bassiouni*, supra, at 604. Such crimes are perpetrated directly against the state and do not intend to cause private injury. Most extradition treaties preclude extradition for "pure" political offenses. "Relative" political offenses, on the other hand, are common crimes that are so intertwined with a political act that the offense itself becomes a political one. *Id.* at 607-08. As evidenced by this discussion, while "pure" political offenses are easy to identify, determining whether a common offense is "relatively" political requires

Un altro caso di immensa importanza è il caso Doherty. Questo processo aiutò nel consolidamento di diversi criteri del test di incidenza ma anche del modello oggettivo, in particolare per definire la natura politica dei reati commessi nel contesto di una guerra civile o di una ribellione. In quale caso si ritenne che l'esistenza e la caratterizzazione del gruppo armato fossero un elemento di interpretazione importante, ma che la sua sola esistenza in nessun caso determina la natura politica del delitto. Non accidentalmente si mette come esempio il caso dei campi di concentramento. Non vi è dubbio che l'esercito tedesco fosse al comando di Auschwitz nel contesto di una guerra, ma questo fatto, non trasforma i delitti commessi nei campi di concentramento in reati politici²⁵⁴.

close attention to the specific facts at issue (...) Most American courts addressing "relative" political offenses have developed a two-prong test to determine whether an offense is sufficiently political to fall within the exception. Known as "the incidence test," it asks whether (1) there was a violent political disturbance or uprising in the requesting country at the time of the alleged offense, and if so, (2) whether the alleged offense was incidental to or in the furtherance of the uprising. See, e.g., Vo, 447 F.3d at 1241. We, too, adopt the incidence test as our lodestar."

²⁵⁴ Cfr., Matter of Doherty (District Court, New York, 1984), "How then is the political exception doctrine to be construed and what factors should limit its scope? Not every act committed for a political purpose or during a political disturbance may or should properly be regarded as a political offense. Surely the atrocities at Dachau, Aushwitz, and other death camps would be arguably political within the meaning of that definition. The same would be true of My Lai, the Bataan death march, Lidice, the Katyn Forest Massacre, and a whole host of violations of international law that the civilized world is, has been, and should be unwilling to accept. Indeed, the Nuremberg trials would have no legitimacy or meaning if any act done for a political purpose could be properly classified as a political offense. Moreover, it would not be consistent with the policy of this nation as reflected by its participation in those trials, for an American court to shield from extradition a person charged with such crimes (...) The Court concludes therefore that a proper construction of the Treaty in accordance with the law and policy of this nation, requires that no act be regarded as political where the nature of the act is such as to be violative of international law, and inconsistent with international standards of civilized conduct. Surely an act which would be properly punishable even in the context of a declared war or in the heat of open military conflict cannot and should not receive recognition under the political exception to the Treaty. Cf. McGlinchey v. Wren, 3 Ir.L.Rep. Monthly 169 (Irish Sup.Ct.1982) (political offense exception of [275*275](#) Treaty between Northern Ireland and the Republic of Ireland limited by the highest court of the Republic to "what reasonable, civilised people would regard as political activity (...) The Court rejects the notion that the political offense exception is limited to actual armed insurrections or more traditional and overt military hostilities. The lessons of recent history demonstrate that political struggles have been commenced and effectively carried out by armed guerillas long before they were able to mount armies in the field. It is not for the courts, in defining the parameters of the political offense exception, to regard as dispositive factors such as the likelihood that a politically dissident group will succeed, or the ability of that group to effect changes in the government by means other than violence, although concededly such factors may at times be relevant in distinguishing between the common criminal and the political offender (...) Nor is the fact that violence is used in itself dispositive. Instead the Court must assess the nature of the act, the context in which it is committed, the status of the party committing the act, the nature of the organization on whose behalf it is committed, and the

Proprio sotto questo aspetto, un altro elemento importante della decisione in Doherty è che in nessuna circostanza, delitti come il terrorismo o le violazioni contro il diritto internazionale umanitario possono essere considerati delitti politici.

La giurisprudenza Svizzera è prolifica e viene usata come esempio da altre giurisdizioni. Oltre a caratterizzare i diversi tipi di delitti politici²⁵⁵, essa adotta un modello misto o

particularized circumstances of the place where the act takes place (...) Whatever the precise contours of that elusive concept may be, it was in its inception an outgrowth of the notion that a person should not be persecuted for political beliefs and was not designed to protect a person from the consequences of acts that transcend the limits of international law."

²⁵⁵ Cfr., A c Office Fédéral de la Justice (Première Cour de Droit Public, 7 novembre 2006) "*Selon la jurisprudence, constitue un délit politique absolu celui qui est dirigé exclusivement contre l'organisation sociale et politique de l'Etat; il s'agit typiquement des actes tendant au renversement de l'Etat (sédition, coup d'Etat, haute trahison). Constitue un délit politique relatif l'infraction de droit commun qui revêt néanmoins un caractère politique prépondérant: il doit avoir été commis dans le cadre d'une lutte pour ou contre le pouvoir. Enfin, par fait connexe à une infraction politique, on entend l'acte punissable selon le droit commun, mais qui bénéficie aussi d'une certaine immunité parce qu'il a été accompli parallèlement à un délit politique, généralement pour préparer, faciliter, assurer ou masquer la commission de celui-ci"*; Cfr., Watin c Ministère public fédéral (Tribunal Fédéral Suisse, 7 de Octobre, 1964), "*Selon l'acception reçue par la jurisprudence, sont des infractions politiques non seulement les actes criminels dirigés contre l'organisation politique et sociale de l'Etat, les délits politiques purs, mais aussi ceux qui, tout en constituant en soi des actes relevant du droit commun, acquièrent cependant un caractère politique prédominant en raison des circonstances dans lesquelles ils ont été commis, en particulier de leurs motifs et de leur but (RO 32 I 539; 59 I 145; 77 I 62; 78 I 50). Cette définition vise les délits politiques relatifs au sens étroit, appelés aussi délits politiques complexes. S'y ajoutent les délits politiques connexes - infractions de droit commun commises non pour elles-mêmes, mais pour préparer ou assurer la réussite d'un délit politique pur (RO 34 I 546) - et ceux (...) qui sont en rapport de concours idéal avec un semblable délit (RO 50 I 256 consid. 4; 78 I 50). Tous ces actes, où le caractère politique prédomine, s'inscrivent dans le cadre d'une lutte pour ou contre le pouvoir, ou tendent à soustraire des personnes à un pouvoir excluant toute opposition. Ils sont en rapport non pas lointain, mais étroit et direct, clair et net, avec le but politique visé (...) que l'auteur du crime, qui tue par conviction politique, ait pu espérer raisonnablement que son acte aurait pour conséquence, au-delà du résultat immédiat, une modification de l'organisation politique ou sociale de l'Etat"*; Cfr., Direction de la police du canton de Berne c. Département de la justice, de la santé et des affaires sociales du canton du Jura (Tribunal Fédéral Suisse, 15 décembre 1992), "*En l'espèce, seul un délit politique relatif peut être envisagé. Une telle infraction demeure punissable selon le droit commun, mais son caractère politique prépondérant ne permet pas l'extradition internationale. Ce caractère politique prépondérant s'apprécie en fonction de la nature politique des circonstances, des mobiles et des buts qui ont déterminé l'auteur à passer à l'action; ils doivent apparaître au juge de l'extradition comme ayant exercé une influence prédominante sur l'acte délictueux. Cependant, ce dernier doit toujours se situer dans le cadre d'une lutte contre la puissance publique et l'on exige un rapport adéquat avec l'objet de cette lutte. C'est par exemple le cas lorsque l'acte répréhensible a été accompli afin de préparer, de faciliter, d'assurer, de cacher un délit politique ou d'en obtenir plus tard l'impunité (voir ATF 115 Ib 85 consid. 5b et les arrêts cités). D'une part, un lien étroit, direct et clair doit exister entre l'acte délictueux et les buts poursuivis; d'autre part, l'atteinte aux biens juridiquement protégés d'autrui doit être proportionnée au but politique visé, et les intérêts en jeu doivent revêtir une importance suffisante pour que le comportement délictueux apparaisse, dans une certaine mesure au moins, compréhensible (voir ATF 110 Ib 285 consid. d; PFENNINGER,*

preponderante²⁵⁶. Questo “test” implica un’analisi di proporzionalità²⁵⁷ fra la condotta e l’obbiettivo politico dell’autore del reato. In altri termini, l’espressione politica del reato è condizionata al fatto che la condotta illecita si consideri come l’unico mezzo a disposizione del soggetto attivo del crimine per raggiungere l’obbiettivo politico. Il test di proporzionalità o preponderanza è stato usato dal tribunale federale Svizzero nel caso Katin dove si analizzò

pour qui déjà le moyen utilisé doit correspondre au but allégué [Der Begriff des politischen Verbrechen, RDS 1880, p. 100]; voir aussi SCHULTZ, op.cit., p. 447, d’après lequel le délit politique relatif doit permettre d’atteindre les buts politiques visés, par des moyens appropriés). De plus, en matière d’extradition internationale, on exige en règle générale que l’auteur ait pu s’attendre à ce que des changements dans l’organisation politique et sociale de l’Etat résultent de son action et que celle-ci dépasse le cadre d’un simple délit de droit commun.”; Cfr., Sanchez Reisse c Ministère public fédéral (Tribunal Fédéral Suisse, 3 novembre 1982); Cfr., Marcello Ghiringhelli c Office fédéral de la police (Marcello Ghiringhelli c Office fédéral de la police, 2 décembre 1999), “Selon la jurisprudence, constitue un délit politique absolu celui qui est dirigé exclusivement contre l’organisation sociale et politique de l’Etat (ATF [ATF 115 Ib 68](#) consid. 5a p. 85; [ATF 113 Ib 175](#) consid. 6a p. 179; [ATF 109 Ib 64](#) consid. 6a p. 71), ce but devant en outre faire partie des éléments constitutifs de l’infraction (ATF [ATF 110 Ib 280](#) consid. 6c p. 285; [ATF 109 Ib 64](#) consid. 6a p. 71). Sont typiquement considérés comme des délits politiques absolus les mesures visant au renversement de l’Etat, telles que la sédition, le coup d’Etat et la haute trahison (cf. CLAUDE ROUILLER, L’évolution du concept de délit politique en droit de l’entraide internationale en matière pénale, RPS 104/1986 p. 24ss, 27). Constitue un délit politique relatif l’infraction de droit commun qui revêt néanmoins un caractère politique prépondérant, compte tenu de la nature des circonstances, des mobiles et des buts qui ont déterminé l’auteur à agir (ATF [ATF 101 Ia 60](#) consid. 5b p. 64/65, 416 consid. 6b p. 425/426; [ATF 95 I 462](#) consid. 7 p. 469/470, et les arrêts cités). Le délit politique relatif, inspiré par la passion politique, doit toujours avoir été commis dans le cadre d’une lutte pour ou contre le pouvoir et se situer en rapport de connexité étroit et direct, clair et net, avec l’objet de cette lutte (ATF [ATF 115 Ib 68](#) consid. 5b p. 85; [ATF 113 Ib 175](#) consid. 6b p. 179/180; [ATF 110 Ib 82](#) consid. 4b/aa p. 85, et les arrêts cités). Il faut en outre que le mal causé soit proportionné à l’objectif politique poursuivi et que les intérêts en cause soient suffisamment importants, sinon pour justifier, du moins pour excuser, dans une certaine mesure, le délit (ATF [ATF 110 Ib 280](#) consid. 6d p. 285; [ATF 109 Ib 64](#) consid. 6a p. 71; [ATF 108 Ib 408](#) consid. 7b p. 410). Par fait connexe à une infraction politique, on entend l’acte punissable selon le droit commun, mais qui bénéficie aussi d’une certaine immunité parce qu’il a été accompli parallèlement à un délit politique, généralement pour préparer, faciliter, assurer ou masquer la commission de celui-ci, voire en procurer ultérieurement l’immunité (ATF [ATF 113 Ib 175](#) consid. 6b p. 180 et ATF 78 I 39 consid. 5 p. 50; cf. en outre les références jurisprudentielles et doctrinales citées par Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne, 1999, no 380-393).”; Cfr., Département de Droit Public c Office Fédéral de la Justice (Première Cour de Droit Public, 8 Juillet 2004)

²⁵⁶ Gilbert, G. (1992). The Irish Interpretation of The Political Offence Exemption. The International and Comparative Law Quarterly, 41(1), 66-84, “The Swiss approach is known as the predominance test. For an offence to be treated as one of political character, the political element must outweigh the common. (...) To the extent so far considered, therefore, the Swiss approach mirrors that of the United Kingdom, in that the crime has to be proximate to the ultimate goal of the fugitive’s cause. However, the predominance test incorporates a further element, proportionality. The idea is that the means used must not be excessive in relation either to the particular offence or to the ultimate goal.”, Retrieved June 3, 2018, from https://www.jstor-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/stable/760785?read-now=1&refreqid=excelsior:f45beaa603d5af2c1453a6c87f6b8382&seq=1#page_scan_tab_contents.

²⁵⁷ Cfr., Watin c Ministère public fédéral (Tribunal Fédéral Suisse, 11 juillet 1980);

l'attentato contro Mezai, uno degli integranti del Fronte di Liberazione Nazionale dell'Algeria.²⁵⁸

Infine, risulta interessante far menzione del caso della Francia. Più in particolare ad un caso specifico che si riferisce alla condanna a morte di Paul Gorgulov per l'assassinio del Presidente Paul Doumer nel 1932. L'autore del reato, un attivista anti bolscevico, sostenne che l'omicidio doveva essere inteso come un atto di protesta politica. Tuttavia, il Tribunale di Cassazione lo ritenne colpevole. L'argomento della Corte per negare la natura politica del delitto si ridusse a due aspetti: da un lato, ritenne che l'omicidio è un delitto comune e che di conseguenza non può essere considerato diversamente; d'altro canto, indicò che quando la legge parlava di delitti di lesa maestà faceva riferimento alla possibilità di ribellarsi contro l'autorità, che a sua volta non si riferiva al presidente della repubblica bensì alla figura ormai dimenticata dell'imperatore o del monarca²⁵⁹.

²⁵⁸ Cfr., Katin c Ministère public fédéral (Tribunal Fédéral Suisse, 17 mai 1961) " *Sont notamment des infractions politiques celles qui, tout en constituant en elles-mêmes des actes relevant du droit commun, acquièrent cependant un caractère politique prédominant en raison des circonstances dans lesquelles elles ont été commises, en particulier de leurs mobiles et de leur but. Ces infractions, qui ressortissent aux délits politiques relatifs, supposent que l'acte, inspiré par la passion politique, a été commis dans le cadre d'un combat pour l'accès au pouvoir ou afin de se soustraire à un pouvoir excluant toute opposition et qu'il est en rapport direct et étroit avec le but politique visé. Il faut en outre que le dommage causé soit proportionné au résultat recherché, qu'en d'autres termes, les intérêts en cause soient suffisamment importants, sinon pour justifier, du moins pour excuser l'atteinte que l'acte a portée à certains biens juridiques privés. S'agissant plus spécialement de l'assassinat, ce rapport n'existe que lorsque l'homicide est le seul moyen de sauvegarder les intérêts supérieurs en jeu et d'atteindre le but politique recherché (...) Quant au caractère politique de l'infraction, il convient de relever tout d'abord que le FLN lutte pour prendre le pouvoir en Algérie. Son action s'étend non seulement à ce pays, mais aussi à la France. Elle revêt un caractère manifestement politique. L'opposant affirme qu'il est membre du FLN et que c'est en cette qualité et sur ordre de ses supérieurs qu'il a participé à l'assassinat de Mezai. Ses déclarations sont vraisemblables. On peut en déduire qu'il a agi non pour des motifs personnels mais en raison de mobiles politiques. Il ne s'ensuit pas que son acte ait(...)*"

²⁵⁹ Cfr., Cour de Cassation Chambre Criminelle, Arrêt 20 août 1932: " *Attendu qu'il est soutenu que le caractère politique des faits déclarés constants par le jury ressortant à la fois des déclarations de G..., rapportées dans l'acte d'accusation, et des termes mêmes de la déclaration du jury, la peine de mort n'avait pu être prononcée qu'en violation des art. 5 de la Constitution de 1848 et 1er de la loi du 8 juin 1850 (...) Mais attendu que l'article 5 de la Constitution susvisée ne profite qu'aux crimes exclusivement politiques et non à l'assassinat, qui, par sa nature et quels qu'en aient été les motifs, constitue un crime de droit commun; qu'il ne perd point ce caractère par le fait qu'il a été commis sur la personne du Président de la République, l'art. 86 C.pén., qui, par une survivance du crime de lèse-majesté, prévoyait spécialement les attentats contre la vie ou contre la personne de l'Empereur ou des membres de la famille impériale, se trouvant, par la disparition du régime monarchique, implicitement abrogé; Et attendu que la procédure est régulière et que la peine a été légalement appliquée aux faits déclarés constants par le jury*"

Si propone questo esempio per dimostrare che anche nei paesi più “liberali” e la cui dottrina si caratterizza per una difesa ad oltranza del diritto di ribellione, in ogni caso prevalgono gli interessi politici e sociali. La legge non deve diventare un ostacolo per decidere cosa sia necessario in un determinato momento o circostanza, oppure, come nell’esempio accennato, quando una decisione risulti sconveniente. L’adozione di un modello è importante, ma la decisione su quale modello adottare e quale debba essere la sua portata, è di carattere eminentemente politico.

Sebbene la giurisprudenza finora presentata tratti i delitti politici relativamente a questioni legate all’extradizione, non viene meno la sua importanza. In tutti i casi fu possibile avvertire che una delle difficoltà rispetto ai delitti politici è definire quali condotte, e in circostanze possano essere considerate come tali. Giustamente, l’espressione di diversi modelli interpretativi dà conto della necessità di adottare criteri standardizzati per risolvere questioni che il più delle volte, oltre a una loro importanza giuridica, hanno un impatto politico e sociale.

Un’altra conclusione che salta all’occhio quando si analizza la giurisprudenza comparata, è che pur esistendo criteri comuni sotto questo aspetto, il componente contestuale e politico è determinante, soprattutto nei paesi che hanno sofferto guerre civili o dittature e che nel tempo hanno dovuto adeguare la legislazione per ampliare o restringere la portata dei delitti politici.

Nel caso Colombiano, prima dell’emanazione della più recente legge di amnistia, è possibile notare che poco a poco nella giurisprudenza, specialmente quella della Corte Costituzionale, si è andato modificando il precedente riguardo alla definizione e alla portata dei delitti politici. Se si dovesse definire a questo riguardo il modello seguito dai Tribunali e dal legislatore in Colombia, si potrebbe concludere che si osserva un passaggio da un modello oggettivo (incidentale e tassativo), ad uno misto (preponderante e proporzionale).

Più avanti si presenteranno alcune delle decisioni più rilevanti della giurisprudenza in Colombia rispetto ai delitti politici.

Alcuni appunti sulla giurisprudenza Colombiana riguardo ai delitti politici

Anteriormente si è accennato che la giurisprudenza in Colombia sembra aver sofferto un cambiamento progressivo negli ultimi anni. Anche se non si può affermare che esista un rapporto tra questo sviluppo e i diversi processi di pace, resta il fatto che dei tredici processi di pace degli ultimi sessant'anni, solo tre hanno avuto qualche successo. Essi avvennero negli ultimi 28 anni, che è pressappoco l'età della nostra Costituzione e della Corte Costituzionale.

Dal 1990 il Governo Colombiano ha firmato la pace con il gruppo guerrigliero M-19, con i diversi gruppi paramilitari e più recentemente con la guerriglia più antica dell'emisfero occidentale, la FARC. Ognuna di queste trattative ha richiesto meccanismi di giustizia transizionale, come ad esempio, l'ampliamento del concetto di delitti politici "relativi" allo scopo di poter garantire il più ampio numero di indulti e amnistie per i combattenti.

Questo sforzo per armonizzare la legge e la realtà politica della Colombia, ha implicato che per via giurisprudenziale si rendessero più flessibili le considerazioni per poter includere nella categoria dei delitti politici, determinati reati comuni, fatto che dal punto di vista costituzionale e legale non sembrava possibile. Basti ricordare che i delitti politici in Colombia sono definiti tassativamente dalla legge.

Affinché si potessero estendere i benefici corrispondenti ai delitti politici per altre condotte, è stato necessario sviluppare il concetto di delitti connessi (quello che nella giurisprudenza comparata si traduce come relativi). Malgrado ciò, parallelamente, la Corte Costituzionale, se da un lato cercava di interpretare benevolmente questa figura, ha individuato con

assoluta determinatezza i suoi limiti: non potranno mai essere considerati come delitti politici e delitti connessi (relativi), i reati internazionali, le gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario (includendo condotte come terrorismo, sequestro, etc.).

Recentemente, come si è accennato in precedenza e come sarà sviluppato più in dettaglio nella seconda parte di questa tesi, si è approvata una riforma costituzionale che agli effetti della competenza del Tribunale Speciale di Pace, e solo per il processo di giustizia transizionale conseguente alla firma dell'accordo di pace tra il Governo e la guerriglia, ha ampliato lo spettro dei delitti comuni (relativi) che possono essere considerati politici. Al momento di scrivere questa tesi, la Corte Costituzionale si era già pronunciata sulla costituzionalità della riforma e anche se non si è ancora pubblicato l'ultimo provvedimento, si conosce la decisione riguardo all'analisi di costituzionalità della legge statutaria che regola le competenze del Tribunale di Pace, confermando l'ampliamento appena segnalato.

Il nuovo panorama che questa trascendentale decisione della Corte Costituzionale rappresenta, verrà studiato più avanti; adesso ci concentreremo sull'analisi dell'evoluzione all'interno del sistema giuridico Colombiano della figura dei delitti politici e connessi, così come i suoi limiti. Si spera di poter dimostrare che la Colombia sia passata da un modello oggettivo (incidentale e tassativo), ad uno misto (preponderante e proporzionale), e che questo sviluppo, abbia avuto un effetto positivo nel processo di costruzione della pace nel nostro paese²⁶⁰. Allo stesso tempo, quest'analisi sarà fondamentale per poter determinare se il modello adottato da parte del Tribunale Speciale di Pace, possa coprire delitti complessi e connessi a delitti internazionali, questione che ancora oggi non è stata affrontata da nessun tribunale, sia in Colombia che all'estero.

Dopo aver fatto un breve riferimento alle disposizioni di legge, si studieranno alcuni provvedimenti della Corte Costituzionale e della Corte Suprema di Giustizia.

²⁶⁰ Cfr., Orozco y Gómez (1999, pp. 31-43): "La paz: el gran presupuesto. Una breve aproximación histórica".

La Costituzione Colombiana stabilisce che il parlamento²⁶¹ potrà concedere amnistia ed indulto per ai delitti politici in caso di interesse pubblico. D'altra parte il Presidente della Repubblica²⁶² potrà concedere indulto per questo tipo di reati. Inoltre, stabilisce che la proibizione di partecipazione alla vita politica non vige per coloro che siano stati condannati per delitti politici²⁶³, così come si applica l'extradizione.

Dunque, per quanto riguarda i delitti politici la Costituzione individua tre differenze rispetto ai delitti comuni: l'estinzione del processo penale o della pena, la partecipazione politica e la non estradizione²⁶⁴. Malgrado ciò la Carta non definisce quali siano di delitto politico e nemmeno se in quella categoria possano considerarsi anche i delitti connessi. La Corte Costituzionale esercitando la sua funzione interpretativa, considera che stabilire la portata e i limiti di questi reati sia una facoltà del legislatore.

Diverse sono le leggi che nel corso degli ultimi decenni regolarono tale figura in casi particolari. Queste si possono a loro volta categorizzare in funzione dalla loro natura. In altre parole, leggi come ad esempio il decreto 1823 di 1954²⁶⁵, o la legge la 40 del 1993; la 418

²⁶¹ Colombia, Costituzione Politica, art 150 (17), *“Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar”*.

²⁶² Colombia, Costituzione Politica, art. 201 (15), *“Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares”*

²⁶³ Colombia, Costituzione Politica, art. 179 (1): *“Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos”*; art. 232 (3), *“No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.”*

²⁶⁴ Colombia, Corte Costituzionale, C-695 del 2002

²⁶⁵ Colombia, Decreto Legge 1823 di 1954, *“ARTÍCULO 1o. Concédese amnistía para los delitos políticos cometidos con anterioridad al 1º de enero del presente año. Para los efectos del presente Decreto, se entiende por delitos políticos todos aquellos cometidos por nacionales colombianos cuyo móvil haya sido el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo políticos. (...) ARTÍCULO 4o. Los beneficios del presente Decreto no se extenderán a los delitos cuyos caracteres de atrocidad revelen una extrema insensibilidad moral.”*, https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/decreto_1823_1954.htm

del 1997²⁶⁶; la 782 del 2002²⁶⁷ e la 1421 del 2010²⁶⁸, regolano le competenze generali del Presidente della Repubblica per negoziare trattati di pace, e dunque concedere clemenza sovrana; la stessa legge determina i suoi limiti (di solito riferiti a delitti internazionali, sequestro, terrorismo, ed in generale violazioni sistematiche del diritto internazionale

²⁶⁶ Colombia, Legge 418 di 1997, “ART 50 El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con éstos, cuando a su criterio, la Organización Armada al margen de la ley a la que se le reconozca el carácter político, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil. (...)No se aplicará lo dispuesto en este título, a quienes realicen conductas que configuren actos atroces, de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, o colocando a la víctima en estado de indefensión”, <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-418-de-1997.pdf>

²⁶⁷ Colombia, Legge 782 di 2002, “Artículo 19. El artículo 50 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999, quedará así: Artículo 50. El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político cuando a su juicio, el grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelante un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil. También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales que, individualmente y por decisión voluntaria, abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley y así lo soliciten, y hayan además demostrado, a criterio del Gobierno Nacional, su voluntad de reincorporarse a la vida civil. No se aplicará lo dispuesto en este título a quienes realicen conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión.”

²⁶⁸ Colombia, Legge 1421 di 2010, “Artículo 11. El artículo(...)50 de la Ley 418 de 1997(...) quedará así: El gobierno nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio del indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político, cuando a su juicio, el grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelante un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reintegrarse a la vida civil. (...)No se aplicarán los beneficios jurídicos dispuestos en este título y los socioeconómicos que en el marco del proceso de reintegración establezca el Gobierno Nacional, a quienes hayan incurrido en delitos de genocidio, secuestro, lesa humanidad, crímenes de guerra o en los tipificados en el título II del libro II, Capítulo Único del Código Penal, conforme a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano.”, <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/Ley142121122010.pdf>

umanitario). Altre leggi, come il Decreto 213 del 1991²⁶⁹; la legge 77 del 1989²⁷⁰; la 35 del 1982²⁷¹; la 1424 del 2010²⁷²; e più recentemente la 820 del 2016 (oggetto della seconda

²⁶⁹ Colombia, Decreto Legge 213 di 1991, “ARTÍCULO 1o. Consagrarse la extinción de la acción penal y de la pena en favor de los nacionales colombianos autores o cómplices de hechos constitutivos de delitos políticos, cometidos antes de la vigencia del presente Decreto, siempre que se cumplan las condiciones, exigencias y requisitos establecidos en el mismo. ARTÍCULO 2o. Entiéndase por delitos políticos los tipificados en el Código Penal como rebelión, sedición y asonada y los delitos conexos con los anteriores. Lo dispuesto en este Decreto no se aplicará con relación a los genocidios, a los homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, ni a los actos de ferocidad o barbarie. ARTÍCULO 3o. Para la concesión de la extinción de la acción penal y de la pena se requiere la demostración inequívoca de la voluntad de reincorporación a la vida civil, la cual implica por parte de la respectiva organización rebelde y por sus miembros la desmovilización y la dejación de las armas en los términos y condiciones de la política de paz y reconciliación del Gobierno Nacional.(...)”
https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/decreto_0213_1991.htm

²⁷⁰ Colombia, Legge 77 di 1989, “Artículo 1° Autorízase al Presidente de la República para conceder indultos a los nacionales colombianos de acuerdo con las reglas establecidas en la presente Ley. Artículo 2° El indulto a que se refiere esta Ley, beneficiará a los nacionales colombianos autores o cómplices de hechos constitutivos de delitos políticos, cometidos antes de la vigencia de la presente Ley. Artículo 3° Para los efectos de esta Ley, entiéndase por delitos políticos los tipificados en el Código Penal como rebelión, sedición y asonada y los delitos conexos con los anteriores. (...)Artículo 6° El indulto no se aplicará a los homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia, o colocando a la víctima en estado de indefensión, ni a los actos de ferocidad o barbarie. Tampoco se aplicará a quienes formen parte de organizaciones terroristas.” [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1624153?fn=document-frame.htm&f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1624153?fn=document-frame.htm&f=templates$3.0)

²⁷¹ Colombia, Legge 35 di 1982, “ARTÍCULO 1º. Concédese amnistía general a los autores, cómplices o encubridores de hechos constitutivos de delitos políticos cometidos antes de la vigencia de la presente Ley. ARTÍCULO 2º. Para los efectos de esta Ley, entiéndase por delitos políticos los tipificados en el Código Penal como rebelión, sedición o asonada, y los conexos con ellos por haber sido cometidos para facilitarlos, procurarlos, consumarlos u ocultarlos. ARTÍCULO 3º. Los homicidios fuera de combate no quedarán amparados por la amnistía, si fueron cometidos con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación.” <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1591525>

²⁷² Colombia, Legge 1424 di 2010, “Artículo 1°. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto contribuir al logro de la paz perdurable, la satisfacción de las garantías de verdad, justicia y reparación, dentro del marco de justicia transicional, en relación con la conducta de los desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley, que hubieran incurrido únicamente en los delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a dichos grupos, así como también, promover la reintegración de los mismos a la sociedad. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por los cargos analizados, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-771 de octubre 13 de 2011 (...) Artículo 6°. Medidas especiales respecto de la Libertad. Una vez el desmovilizado haya manifestado su compromiso con el proceso de reintegración a la sociedad y con la contribución al esclarecimiento de la conformación de los grupos organizados al margen de la ley a los que se refiere la presente ley, el contexto general de su participación y todos los hechos o actuaciones de que tengan conocimiento en razón a su pertenencia, la autoridad judicial competente, decretará a petición del Gobierno Nacional, a través de la Alta Consejería para la Reintegración o quien haga sus veces, dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud, la suspensión de las órdenes de captura proferidas en contra de desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley, incurso en los delitos que se establecen en el artículo 1° de la presente ley, siempre que estas hayan sido proferidas con fundamento únicamente por esas conductas y concurra el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Encontrarse vinculado al proceso de Reintegración Social y Económica dispuesto por el Gobierno Nacional. 2.

parte della tesi), sono state adottate in processi di pace particolari, definendo per ognuno dei processi di pace in questione in che casi potessero considerarsi politici determinati reati.

Un'analisi preliminare dell'evoluzione legislativa in Colombia, dimostra che sebbene la facoltà di configurazione legale del legislatore sia ampia, persistono due limitazioni fondamentali (ad eccezione della legge 820 del 2016): la prima, riguarda l'impossibilità di considerare politica una condotta che abbia una connotazione di crimine internazionale o che i suoi effetti siano proibiti da principi derivati dal diritto internazionale umanitario²⁷³. La seconda, si riferisce a delitti particolarissimi che rispecchiano una preoccupazione politica più che una considerazione di tipo giuridica. Qua ci riferiamo ai delitti di terrorismo, sequestro ed estorsione. Questi delitti, pur avendo un rapporto causale con lo svolgimento della guerra in Colombia, causarono un gran danno sociale. Pensando alla convenienza politica, per via di esclusione espressa, si delimitarono i delitti politici relativi.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte Suprema e della Corte Costituzionale, risulta importante analizzare quanto sia stato detto nei confronti della definizione dei delitti politici, alla loro differenza con i delitti comuni e ai limiti di associazione di condotte comuni con i delitti politici. Il criterio di connessione verrà studiato nel capitolo seguente.

Rispetto alla definizione dei delitti politici va indicato che la Costituzione della Colombia li prevede ma non li definisce²⁷⁴. Le fattispecie che ne fanno parte vengono descritte dal

Estar cumpliendo su ruta de reintegración o haber culminado satisfactoriamente este proceso. 3. No haber sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización."

²⁷³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-577 (Corte Constitucional 6 de agosto, 2014), "*Son actos de ferocidad y barbarie los que reprueba el derecho internacional humanitario o derecho de gentes, precisamente por evidenciar la crueldad innecesaria en los procedimientos y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios*".

²⁷⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-577 (Corte Constitucional 6 de agosto, 2014), "*La complejidad que se deriva de su doble naturaleza al mismo tiempo jurídica y política, hace que el concepto de delito político no sea unívoco. Como se expuso anteriormente, aunque la Constitución hace referencia a éste y lo utiliza para dar un tratamiento más benévolo que el brindado a los responsables de delitos comunes, ni lo define ni ofrece una axiología que permita determinar su contenido.*"

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-577-14.htm>

Codice Penale²⁷⁵, ma non esiste una norma che si riferisca al concetto di reati politici²⁷⁶. La loro definizione è il risultato dell'interpretazione proposta dalla Corte Suprema di Giustizia e dalla Corte Costituzionale, secondo le quali, i delitti politici si intendono come tutti gli atti diretti contro la personalità dello Stato per motivi politici²⁷⁷ e che cercano una trasformazione sociale. Di solito queste condotte vengono poste in essere da un gruppo o in rappresentazione di una collettività socio-politica, e il più delle volte sono mosse da motivi filosofici²⁷⁸.

La definizione del delitto politico, include non soltanto i reati "puri", ma anche i delitti ordinari che abbiano una finalità politica e sociale e che intendano attentare contro lo Stato o contro i diritti politici dei suoi cittadini²⁷⁹. In altre parole, qua si presume che la motivazione del soggetto attivo sia altruistica.

Sebbene in Colombia qualsiasi condotta al di fuori della legge debba essere punita, la Corte Costituzionale ritiene che i delitti politici non debbano essere trattati come qualsiasi altro

²⁷⁵ Colombia, Codice Penale: Ribellione, art. 467: "Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente"; Sedizione, art. 468: "Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes"; Rivolta, art. 469: "Los que en forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones"

²⁷⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 07 de marzo de 1995 (Corte Suprema de Justicia, 07 de marzo, 1995), "Ni la Constitución ni la ley define el delito político ni especifican cuáles son los conexos con éste".

²⁷⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 1 de agosto de 1961, (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 1 de agosto, 1961), "Se entiende por delitos políticos todos aquellos cometidos por nacionales colombianos cuyo móvil haya sido a) el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por b) extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por c) aversión o sectarismo político"

²⁷⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Concepto Extradición 26 de mayo de 1982 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 26 de mayo, 1982), "(...)envuelve siempre un ataque a la organización política e institucional del Estado; Que se ejecuta buscando el máximo de trascendencia social y de impacto político; Que se efectúa en nombre y en representación real o aparente de un grupo social o político; Que se inspira en principios filosóficos, políticos y sociales determinables, y Que se comete con fines reales o presuntos de reivindicación socio-política."

²⁷⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Auto Interlocutorio 27 de mayo de 1986, (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 27 de mayo, 1986), "Son delitos políticos las infracciones dirigidas contra la organización y el funcionamiento del Estado y contra los derechos del ciudadano, derivados de ellos (...) Son reputados delitos políticos, los delitos del derecho común que constituyen la ejecución de los atentados previstos en el número 1, así como los actos realizados por favorecer la comisión de un delito político o para permitir al autor de este delito, escapar a la aplicación de la ley penal."

reato, e bensì il fine non giustifichi i mezzi²⁸⁰, l'intenzione dei responsabili rispecchia, in principio, un'aspirazione di cambiamento sociale. Questa interpretazione, discende da una comprensione umanitaria²⁸¹ dei diritti civili dei cittadini²⁸², i quali hanno il diritto di ribellarsi contro sistemi di governo autoritari²⁸³.

La distinzione tra delitti politici e comuni in Colombia, risale al secolo XIX, più specificamente nel 1830 quando si concepì il delitto di sedizione. Ma fu nel 1853 che vennero espressamente previsti nella Costituzione. Da quel momento in poi, almeno nella nostra tradizione giuridica e giurisprudenziale, vengono sanzionati diversamente. E dunque la prima differenza tra questi due tipi di delitti riguarda l'aspetto della punibilità²⁸⁴.

²⁸⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-009 de 1995 (Corte Constitucional 17 de enero 1995), *“El delito político es aquél que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a actitudes proscritas del orden constitucional y legal, como medio para realizar el fin que se persigue. Si bien es cierto el fin no justifica los medios, no puede darse el mismo trato a quienes actúan movidos por el bien común, así escojan unos mecanismos errados o desproporcionados, y a quienes promueven el desorden con fines intrínsecamente perversos y egoístas. Debe hacerse una distinción legal con fundamento en el acto de justicia, que otorga a cada cual lo que merece, según su acto y su intención”*

²⁸¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 1994 (Corte Constitucional, 23 de febrero, 1994), *“La Constitución distingue los delitos políticos de los delitos comunes para efectos de acordar a los primeros un tratamiento más benévolo con lo cual mantiene una tradición democrática de stirpe humanitaria”*.

²⁸² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 1993 (Corte Constitucional, 5 de febrero, 1993), *“La Constitución distingue los delitos políticos de los delitos comunes para efectos de acordar a los primeros un tratamiento más benévolo con lo cual mantiene una tradición democrática de stirpe humanitaria”*.

²⁸³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-695 de 2002 (Corte Constitucional 28 agosto, 2002), *“La visión restrictiva del delito político como fruto de un ordenamiento constitucional fundado en el valor absoluto de la dignidad de la persona humana y de los derechos que le son inherentes, ha sido objeto de conceptualización doctrinaria en los siguientes términos: “[el delito político consiste] en la infracción o conjunto de infracciones lesivas al Estado, directa o indirectamente y que afectan su personalidad jurídica, o más sintéticamente, abarca todas las acciones dirigidas objetivamente contra el Estado, entendido como organización jurídico - política”*. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-695-02.htm>

²⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-577 (Corte Constitucional 6 de agosto, 2014), *“Derivado de ese reconocimiento como actores políticos de los grupos al margen de la ley, en Colombia en distintos momentos de nuestra historia constitucional se han consagrado amnistías e indultos por la comisión de delitos políticos, reconociéndoles un propósito, un ideal bajo la cual se persiguen causas justas sociales o comunes, en oposición al concepto de delitos comunes, cuya motivación ha sido considerada egoísta. Esa distinción entre los delitos comunes y los otros, aún sin una referencia expresa al concepto de delito político, tuvo sus orígenes en la Constitución de 1830, consolidándose en la de la República de Nueva Granada de 1853 con el desarrollo del concepto de sedición y la incorporación de la figura jurídica de delito político. Siguió estando presente en la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863, en la cual se homologaban los conceptos de rebelde y de combatiente que provenía del derecho internacional humanitario. Finalmente, la Constitución de 1886 recogió los desarrollos que en materia de delito político se habían dado a nivel constitucional, planteando cláusulas distintivas frente a los delitos comunes, privilegios, garantías, indultos y amnistías”*, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-577-14.htm>

Ma le differenze, in particolare quando ci si riferisce ai delitti relativi o connessi, risiedono pure sull'elemento soggettivo della condotta²⁸⁵. E cioè la motivazione dell'autore nel caso dei delitti politici deve essere sempre il benessere sociale²⁸⁶. In altre parole, il fine altruistico²⁸⁷ e generoso²⁸⁸ dei reati politici va inteso da un punto di vista morale, astratto²⁸⁹ e filosofico. Si ritiene che esso sia altruistico e slegato da qualsiasi interesse personale o economico.

La Corte Costituzionale, tuttavia, ritiene con preoccupazione che certe volte i delitti politici vengano confusi con i reati commessi dalla criminalità organizzata. A giudizio del tribunale non si deve in nessun momento riconoscere il carattere politico alle condotte che vengano dirette contro la società civile²⁹⁰, come ad esempio il terrorismo.

²⁸⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 26 de mayo de 1982, (Corte Suprema de Justicia, 26 de mayo de 1982), *"el delito político tiene un objetivo final invariable que es consustancial: se prospecta buscando una repercusión efectiva y se realiza con supuesta justificación social y política"*

²⁸⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 26 de noviembre de 2003 (Corte Suprema de Justicia, 26 de noviembre de 2003), *"los móviles que deben guiar al delincuente tienen que ser, consecuencialmente, los de buscar el mejoramiento en la dirección de los intereses políticos"*

²⁸⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-577 (Corte Constitucional 6 de agosto, 2014), *"Los delitos políticos son susceptibles de amnistía o indulto precisamente porque en la realización del tipo penal va envuelta una motivación supuestamente altruista, en la que el sujeto activo pretende modificar la sociedad para su mejoramiento. Existe una diferencia básica respecto del móvil del delito ordinario, en la que el actor siempre obra guiado por fines egoístas y muchas veces perversos"*.

²⁸⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-928 (Corte Constitucional 6 de septiembre, 2005), *"En forma general, puede considerarse que el delito político es aquella infracción penal cuya realización busca el cambio de las instituciones o sistemas de gobierno para implantar otros que el sujeto activo, generalmente caracterizado por su espíritu altruista y generoso"*, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-928-05.htm>

²⁸⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-052 de 1993 (Corte Constitucional 13 de noviembre, 1992) *"Los delitos que realmente son políticos tienden a conseguir un fin abstracto, el mejoramiento de la sociedad, del gobierno, lo cual está muy distante de los delitos que tienen el carácter de personales o comunes. Todos los elementos morales han orientado la legislación en el sentido de suavizar, hasta donde sea posible, las luchas de los partidos y las mismas guerras civiles. La amnistía tiene como fin acercar los distintos bandos y procurar entre ellos la reconciliación y el olvido. Es un desarme espiritual que complementa el desarme material que puso fin a las hostilidades."*

²⁹⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 1993 (Corte Constitucional, 5 de febrero, 1993), *"El Estado no puede caer en el funesto error de confundir la delincuencia común con la política. El fin que persigue la delincuencia común organizada, particularmente a través de la violencia narcoterrorista, es el de colocar en situación de indefensión a la sociedad civil, bajo la amenaza de padecer males irreparables, si se opone a sus proditorios designios. La acción delictiva de la criminalidad común no se dirige contra el Estado como tal, ni contra el sistema político vigente, buscando sustituirlo por otro distinto, ni persigue finalidades altruistas, sino que se dirige contra los asociados, que se constituyen así en víctimas indiscriminadas de esa delincuencia. Los*

La giurisprudenza sostiene che il potere concesso al legislatore dalla Costituzione non sia illimitato²⁹¹. La norma esige non solo delle maggioranze speciali per poter concedere i benefici penali del delitto politico ad altri reati, ma richiede, allo stesso tempo, che questa facoltà venga usata soltanto quando vi sia un interesse pubblico. Dunque i primi due limiti, e cioè di procedimento e di interesse, discendono direttamente dalla Costituzione.

Un secondo limite riguarda l'esigenza che si accertino gli elementi oggettivi e soggettivi della condotta²⁹²; e cioè che l'atto criminoso corrisponda ad una delle fattispecie previste, oppure che sia riconosciuto come delitto relativo (connesso) tramite una disposizione legislativa espressa. Rispetto agli elementi soggettivi, essi dovranno essere determinati dal giudice, che dovrà verificare che il reato non abbia perseguito un fine diverso da quello altruistico.

Siccome la Costituzione e la legge non definiscono il concetto di delitto politico, per poter delimitare la sua portata, la giurisprudenza applica il metodo dell'esclusione²⁹³. Esso si traduce ad un esercizio ermeneutico adoperando criteri di razionalità e proporzionalità²⁹⁴.

hechos atroces en que incurre el narcoterrorismo, como son la colocación de carro bombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes y hasta de niños indefensos, constituyen delito de lesa humanidad, que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos."

²⁹¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-456 de 1997 (Corte Constitucional, 23 de septiembre, 1997), "No puede sostenerse que exista en la Constitución una autorización ilimitada al legislador para dar un tratamiento privilegiado a los llamados delincuentes políticos. Por el contrario: el trato favorable a quienes incurrían en delitos políticos está señalado taxativamente en la propia Constitución. Por lo mismo, el legislador quebranta ésta cuando pretende legislar por fuera de estos límites, ir más allá de ellos. Cabe anotar que ni la Constitución ni la ley definen o enumeran los delitos políticos. Suelen considerarse delitos políticos en sí, en nuestra legislación, los de rebelión y sedición. En conexión con éstos pueden cometerse otros, que aisladamente serían delitos comunes, pero que por su relación adquieren la condición de delitos conexos, y reciben, o pueden recibir, el trato favorable reservado a los delitos políticos. En conclusión: el trato favorable a los delitos políticos, en la Constitución, es excepcional y está limitado por las propias normas de ésta que se refieren a ellos. Normas que son por su naturaleza excepcional, de interpretación restrictiva."

²⁹² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Auto Interlocutorio 12 de agosto de 1958 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 12 de agosto, 1958), "Es claro que no puede haber delito político sino cuando concurre un *minimum* de circunstancias personales y objetivas."

²⁹³ Cfr., Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 1993 (Corte Constitucional, 5 de febrero, 1993)

²⁹⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-577 (Corte Constitucional 6 de agosto, 2014), "La aproximación epistemológica de la Corte al tema, lejos de desarrollar una axiología en torno a su contenido o

L'esame rispetto a questa figura deve evitare che l'atto di riconoscimento di condotte come politiche, sia arbitrario e che si traduca in una disparità di trattamento tra i diversi delitti. In altre parole, per alcune persone lo stesso fatto può comportare il carcere, per altri l'amnistia o l'indulto.

Finalmente, un limite che risulta ovvio è quello derivato dalle stesse disposizioni legislative e dal diritto internazionale. In Colombia, ad esempio, oltre ad essere proibito considerare delitti contro il diritto internazionale umanitario²⁹⁵, e dunque concedere amnistie per questi reati, fino al varo della legge 820 del 2016 venivano esclusi da questa categoria il sequestro, l'estorsione ed il terrorismo²⁹⁶.

Prima di fare un salto alla parte prospettiva di questa tesi, che sarà oggetto della seconda parte, è importante analizzare dal punto di vista teorico e concettuale la nozione dei delitti relativi (o connessi). Qui di seguito si espongono alcune considerazioni a titolo di conclusione di questo capitolo e poi si procederà a definire lo scopo e la portata dei delitti connessi.

Alcune conclusioni riguardo al concetto dei delitti politici

In questo capitolo si è descritta la figura dei delitti politici secondo la dottrina e la giurisprudenza comparata e nazionale. Non sembrano esserci maggiori difficoltà concettuali riguardo alla validità dei delitti politici "puri", e cioè quelli che tradizionalmente si associano

a la conexidad con el mismo, ha conllevado a determinar por vía de exclusión, las conductas delictivas que no pueden ser consideradas como delitos políticos, utilizando los criterios hermenéuticos de razonabilidad y proporcionalidad"

²⁹⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-577 (Corte Constitucional 6 de agosto, 2014), "La norma constitucional establece un límite: los crímenes de lesa humanidad y el genocidio cometidos de manera sistemática no tendrán relación de conexidad con el delito político"

²⁹⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 1993 (Corte Constitucional, 5 de febrero, 1993), "[l]os hechos atroces en que incurre el narcoterrorismo, como son la colocación de carobombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes y hasta de niños indefensos, constituyen delito de lesa humanidad, que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos"

con le condotte dirette contro la personalità dello Stato (si pensi alla ribellione, o allo spionaggio o alla sedizione). Nonostante ciò, nel corso della storia le azioni portate avanti per attentare contro lo Stato includevano reati comuni, con la differenza che l'intenzione dell'autore mirava a determinate pretese e fini politici. Al riguardo, non esiste una posizione pacifica nella dottrina e nella giurisprudenza. Ogni paese, a propria convenienza ed interesse delimita gli scopi e la portata di questa figura.

Malgrado la rilevanza storica, sociale e pratica di questa figura, nel diritto internazionale l'unico riferimento che si fa ai delitti politici è nei casi di estradizione, così come nei casi dove attraverso i benefici propri riconosciuti ai delinquenti politici, si voglia amnistiare una persona che abbia commesso delitti internazionali.

Agli effetti di questa tesi, si espongono le seguenti premesse:

1) Non esiste una regola del diritto internazionale che limiti le decisioni degli stati riguardo a come interpretare la natura politica dei delitti, tranne quando si tratta di violazioni al diritto internazionale umanitario.

2) La decisione di definire quali reati e in quali circostanze possano essere considerati politici è una decisione eminentemente politica.

3) Dei tre modelli per identificare quali reati comuni possano rientrare nella categoria di quelli politici, si usano prevalentemente quello oggettivo e quello misto.

4) La Colombia sembra adottare un modello misto in risposta alle circostanze sociali e politiche del nostro paese.

5) Rimangono ancora due questioni da risolvere:

a) quale sia lo scopo e quali siano i limiti della nozione di reato connesso;

b) ci si riferisce sempre al reato connesso nei confronti dei delitti politici, ma non esiste una categoria di reati connessi ai delitti internazionali.

Delitti relativi (connessi e complessi)

Napoleone Bonaparte diceva che le guerre cominciano con soldati e finiscono con cadaveri²⁹⁷. Anche questa affermazione può sembrare ovvia, rappresenta una verità incontestabile. I periodi di trasformazione sociale di solito vengono accompagnati dalla violenza, che si materializza attraverso diversi tipi di reati. In un senso liberale e romantico, data la loro natura "altruistica", vengono chiamati delitti politici. Ma, come affermato da Pérez: *"Il delitto politico-sociale quasi mai si presenta da solo o in forma isolata. Colui che cerca di abbattere un governo costituito, deve necessariamente fare uso della forza. E la forza è violenza (...) I governi non cadono da soli, come se cadessero per il mero effetto della gravità"*²⁹⁸.

Proprio il fatto che certe condotte vengano commesse nel contesto di una guerra o di un conflitto sociale, le distingue dai delitti comuni, i quali di solito rispondono ad interessi personali o economici. Il trattamento differenziato tra i delitti politici e i delitti comuni si manifesta, fra le altre cose, nella possibilità che i primi vengano puniti diversamente rispetto ai secondi. Salvo alcune eccezioni, come ad esempio il sistema giuridico Italiano, in termini generali viene accettato che i reati di tipo politico siano amnistiati o indultati.

La decisione di concedere clemenza sovrana, o in generale qualunque tipo di beneficio, per determinate condotte, è di natura eminentemente politica. Nei paesi in guerra e nei sistemi totalitari, i meccanismi di amnistia applicati ai delitti politici, furono strumenti necessari per

²⁹⁷ Cfr., Pérez, Luis Carlos. *Los Delitos Políticos: Interpretación Jurídica Del 9 De Abril*. Distribuidora Americana De Publicaciones LTDA, 1948, "Las batallas decía Bonaparte se comienzan con soldados y terminan con cadáveres."

²⁹⁸ Pérez, Luis Carlos. *Los Delitos Políticos: Interpretación Jurídica Del 9 De Abril*. Distribuidora Americana De Publicaciones LTDA, 1948, "El delito político-social casi nunca se presenta puro o aislado. Quien intenta derribar el gobierno constituido, ha de emplear la fuerza. Y la fuerza es la violencia. Y la violencia es la muerte (...) Los gobiernos no se caen solos, por la mera gravedad."

portare avanti i processi di giustizia transizionale. Alcuni ritengono persino che sia l'unica maniera per porre fine ad un conflitto o ad una crisi sociale.

Sebbene la decisione di riservare un trattamento preferenziale a certi delitti sia una decisione politica e sociale di ogni Stato, essa non deve essere arbitraria e presenta dei limiti. Una chiara limitazione all'uso della grazia sovrana viene riconosciuta dal diritto internazionale, nel quale si considera contrario alla consuetudine perdonare gravi attentati contro i diritti umani e il diritto internazionale umanitario. E cioè, non tutti i reati che vengano commessi con un fine altruistico o nel contesto di un conflitto armato possono essere considerati politici, e dunque amnistiati.

Quindi, la prima sfida concettuale è definire la nozione di delitto politico. Qua è possibile distinguere tra i reati politici puri e relativi²⁹⁹. Riguardo ai delitti relativi, che a sua volta possono essere complessi o connessi, si presenta la seconda sfida: determinare un modello o test che permetta di distinguere in quali circostanze un reato comune possa essere considerato come politico, purtroppo, e per adesso, escludendo *prima facie* i reati internazionali.

Nel capitolo anteriore si è analizzato il concetto di delitto politico, e si è pure dimostrato come nella giurisprudenza comparata esistano due "test" o modelli, per poter determinare quando, e in quali circostanze, una condotta comune possa essere considerata un delitto politico relativo. Al riguardo vale la pena ricordare che sebbene si possano identificare

²⁹⁹ *Ordinola v Hackman* (Court of Appeals, 4th district, 2007), "Traditionally, there have been two categories of political offenses: "pure" and "relative." The core "pure" political offenses are treason, sedition, and espionage. *Vo v. Benov*, 447 F.3d 1235, 1241 (9th Cir.2006). "Pure" political offenses do not have any of the elements of a common crime because "such laws exist solely because the very political entity, the state, has criminalized such conduct for its self-preservation." Bassiouni, *supra*, at 604. Such crimes are perpetrated directly against the state and do not intend to cause private injury. Most extradition treaties preclude extradition for "pure" political offenses. "Relative" political offenses, on the other hand, are common crimes that are so intertwined with a political act that the offense itself becomes a political one. *Id.* at 607-08. As evidenced by this discussion, while "pure" political offenses are easy to identify, determining whether a common offense is "relatively" political requires close attention to the specific facts at issue."

diverse metodologie, i modelli più spesso adoperati sono il “test obbiettivo” o incidentale e quello “misto” o preponderante³⁰⁰.

³⁰⁰ Si possono identificare diversi tipi di modelli, quelli obbiettivi e soggettivi e quelli misti. Ma come si è studiato nel capitolo scorso, solo i modelli oggettivo e misto, sembrano essere usati di forma più o meno costante dalle diverse giurisdizioni. Riguardo a questi due modelli; Cfr., Gilbert, G. (1992). The Irish Interpretation of The Political Offence Exemption. *The International and Comparative Law Quarterly*, 41(1), 66-84. Retrieved June 3, 2018, from https://www-jstor-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/stable/760785?read-now=1&refreqid=excelsior:f45beaa603d5af2c1453a6c87f6b8382&seq=1#page_scan_tab_contents. “The incidence test incorporates an element of remoteness into the political offence exemption. If the crime with which the fugitive is charged is insufficiently proximate to the ultimate goal of his parent organization, then the offence will not be political in character.”; Il modello incidentale è il risultato, di tre precedenti importanti: il caso Castiani, il caso Maunier, ed il caso Shtraks. Cfr., C. F. Amerasinghe, The Schtraks Case, Defining Political Offences and Extradition, 28 Mod. L. Rev. 27 (1965), “(1) The offence to be political must be committed in the course of a physical disturbance between the governing party, on the one hand, and another political party: in the state with which it is struggling for power, on the other, with a view to furthering the ends of either of the political parties concerned and not for any other purposes or from any other motives. This is one interpretation of the definition given by Hawkins J. in the Castioni case. (2) The offence must be committed in the course of a physical disturbance between any two parties in the state struggling for power and not necessarily including the governing party, with a view to achieving the purposes of the party concerned and not for any other purposes or from any other motives. This is the broader interpretation of the definition of Hawkins J. in the Castioni case. (3) The offence must be committed in the course of any dispute, not necessarily amounting to a physical or public disturbance, between the governing party, on the one hand, and another political party vying with it for power, on the other, with a view to achieving the purposes of the party concerned and not for any other purposes or from any other motives. : This is one interpretation of the definition adopted by Denman J. in the Castioni case and that offered by the Divisional, Court in the Schtraks case. Viscount Radcliffe in the House of Lords in the latter case would appear to have agreed with this definition, 'seeing that his lordship emphasized the fact that the offender had to be at odds with the state requesting extradition on some issue and stated that the offence had to be connected with a disturbance or a struggle for power as stated in the Castioni case, even though this was liberally interpreted. (4) The offence must be committed in the course of any dispute, not necessarily amounting to a physical or public disturbance, between any two political parties in the state struggling for power and not necessarily including the governing party, with a view to furthering the purposes of the party concerned and not for any other purpose or, from any other motive. This is the broader interpretation of Denman J.'s definition in the Castioni case and the definition cited in the Meunier case. (5) The offence must be committed in the course of any dispute, not necessarily amounting to a physical or public disturbance, between the governing party, on the one hand, and another party with political aims but not necessarily vying with it for power, on the other hand, irrespective of the merit of their causes, with a view to furthering the purposes of the party concerned and not for any other purpose or from, any other motive. This definition seems to emerge from Lord Reid's judgment in the Schtraks case.”; Cfr., Christopher L. Blakesley, The Evisceration of the Political Offense Exception to Extradition, 15 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 109 (1986), “For example, some American decisions have hinted that the motivation behind the offense may be considered as a separate test for determining the political character of the offense.” However, as Judge Sofaer rightly suggests, the judiciaries in France, Switzerland, and the United States have clearly moved away from the political motivation test. The French courts appear now to have begun to follow the “predominance test” or “proportionality theory”, a form of the “mixed approach” developed by Swiss jurisprudence. This test appears to use both subjective and objective criteria to determine whether a given offense is of sufficient political character to warrant exception of its perpetrator from extradition.¹² The test was refined in 1951 by the opinion in the Ockert case where the Swiss court defined political offenses, as those “acts which have the character of an ordinary crime appearing on the list of the extraditable offenses, but which, because of the attendant circumstances, in particular because of the motive and the object, are of a predominantly political

D'altro canto, la Corte Costituzionale della Colombia negli ultimi ventotto anni si è espressa in diverse situazioni sulla figura dei delitti politici ma anche sulle metodologie per distinguerli dai reati comuni. La giurisprudenza di questo Tribunale non risulta coerente nel corso del tempo. Negli ultimi anni, la Corte sembra più incline ad ampliare il margine di considerazione riguardo a quali delitti possano appartenere alla categoria di reati politici. In precedenza il Tribunale applicava un modello oggettivo incidentale, piuttosto rigido, mentre adesso ne adotta uno misto preponderante. Questo è confermato in particolare dagli ultimi provvedimenti che riguardano l'analisi di costituzionalità delle riforme costituzionali e legislative che sono state introdotte dal legislatore per implementare gli accordi di pace tra il Governo e la guerriglia³⁰¹.

Malgrado il Tribunale Costituzionale riconosca l'importanza e la validità dei meccanismi di giustizia transizionale, tra cui l'amnistia per via del riconoscimento di delitti politici puri e relativi, determina chiaramente i limiti all'utilizzo di queste figure. Innanzitutto sostiene che non possono essere considerati reati di tipo politico le infrazioni al diritto internazionale, e dunque gli atti di clemenza generale non possono essere applicati nei loro confronti. Inoltre, ha stabilito che anche quando ci si riferisca a meccanismi di giustizia transizionale per delitti politici, essi saranno validi qualora vengano garantiti i diritti delle vittime alla giustizia, alla verità, alla riparazione integrale e le garanzie di non ripetizione³⁰².

complexion." s The definition of political offense was modified by the Swiss again in 1952 in order to provide the flexibility to allow exception from extradition for those who commit a crime, such as air piracy, and in order to escape from a "modern totalitarian regime." In 1961, the Swiss Federal Tribunal summarized the jurisprudential development of the basic tenets of the preponderance test and further refined the definition of political offense so that even when the motive is largely political, the means employed must be the only means available to accomplish the end pursued. In Ktir, the Swiss court granted a French extradition request for a French national who was a member of the Algerian Front de Liberation Nationale (F.L.N.), who had been charged with the murder of another member of the F.L.N."

³⁰¹ Cfr., Sentencia C-579 de 2013(Corte Constitucional 28 de agosto, 2013); Sentencia C-370 (Corte Constitucional 18 de mayo, 2006); Sentencia C-695 de 2002 (Corte Constitucional 28 agosto, 2002); Sentencia C-578 de 2002 (Corte Constitucional de Colombia julio 30,2002)

³⁰² È fondamentale riconoscere che la Corte Costituzionale, in decisione Sentencia C-579 de 2013(Corte Constitucional 28 de agosto, 2013), dichiarò la costituzionalità della riforma costituzionale attraverso la quale si è determinato il marco giuridico del processo di pace in Colombia. In sviluppo di questo atto legislativo, si approvò la legge statutaria che regola le competenze del tribunale di pace. Qua si stabilisce che si avrà competenza riguardo ai massimi responsabili. Cioè, e in concordanza con la legge 1820 di 2016, potranno

Una considerazione fondamentale basata sulla legge, sulla giurisprudenza e sulla dottrina, è che i modelli o test di interpretazione dei delitti relativi, si applicano soltanto per determinare la loro relazione con i reati di tipo politico. Dunque, affinché un delitto ordinario possa essere considerato come relativo, e cioè potenzialmente amnistiato, si deve riferire sempre, e in tutti i casi, ad un delitto politico puro. Questa limitazione verrà contestata nella seconda parte della tesi, dove si cercherà dimostrare la convenienza, necessità e legalità di interpretare per via analogica l'estensione della categoria di delitti relativi anche ai delitti internazionali.

Si sarebbero potuto studiare i delitti relativi e approfondire le metodologie usate per definirli nel capitolo precedente. Nonostante ciò, ritenuta la loro importanza per questa tesi, si considera opportuno analizzarli separatamente.

Alcune considerazioni preliminari

Non sembra esserci dubbio nella dottrina maggioritaria riguardo al fatto che attentare contro la personalità dello Stato, o comunque contro il sistema giuridico e politico, in qualsiasi contesto, richieda atti di violenza che difficilmente possono rientrare nei delitti politici puri³⁰³.

essere amnistiati coloro che pur partecipando nella commissione di delitti internazionali, non siano considerati come massimi responsabili.

³⁰³ Cfr., Jiménez de Asúa, L. (1950). *Tratado de Derecho Penal*, (3 ed ed., Vol. III). Buenos Aires: Losada, "Los partidarios de esta opinión se ven forzados a aceptar categorías distintas y poner, al lado del delito político puro, el delito político impropio, y el delito conexo al delito político, para admitir que constituyen delito político no solamente los atentados contra la organización política, sino también aquellos comunes que guardan con el hecho principal una conexión e medio a fin más o menos necesaria"; Cfr., Political Offenses in Extradition Harvard Law Review, Vol. 24, No. 5 (Mar., 1911), pp. 386-3, "It is universally agreed that acts other than those which are crimes only because they menace the government are political offenses. In theory, however, a murder prompted by ulterior motives would not be political in its character merely because done in the course of a political rising, anymore than would a rape committed by a soldier in time of war. But in dealing with acts of violence directly connected in nature, time, and place with a real rebellions, judges have been reluctant to go into the question of motive and have regarded it sufficient that it was incidental to conflict."

Nel caso Sudafricano, ad esempio, la maggioranza dei prigionieri politici che poi sarebbero stati amnistiati dalla Commissione della Verità, erano indagati per delitti come omicidio, violenza pubblica, danni contro la proprietà privata, e persino per delitti gravi contro i diritti umani³⁰⁴. Tuttavia essi furono concepiti come condotte direttamente vincolate al contesto di violenza politica dell'apartheid. Se la sala di amnistia della Commissione non li avesse considerati in quel modo, probabilmente il processo di pace in Sudafrica non sarebbe andato avanti. Oltre alle considerazioni di tipo politico, la vera difficoltà stava nel poter tracciare un limite tra i reati comuni e quelli politicamente motivati.

Malgrado in Sudafrica sia stato necessario concepire che *de facto* i reati commessi durante l'apartheid fossero di natura politica, non in tutti i processi di giustizia transizionale avviene lo stesso fenomeno. Nel caso dell'Irlanda, ad esempio, non tutti gli omicidi commessi durante la guerra furono considerati delitti politici³⁰⁵, ma soltanto quelli che avessero una motivazione specifica, e cioè un rapporto diretto con lo sviluppo del conflitto armato. Un altro esempio è quello della Colombia. Finora il legislatore definisce i delitti politici e la Corte Costituzionale di solito si incarica di limitare il loro scopo e la loro portata.

Uno dei problemi più evidenti dei delitti relativi è proprio la loro indeterminatezza³⁰⁶. Non esiste nel diritto internazionale e nemmeno nella giurisprudenza comparata, un'unica

³⁰⁴ Cfr., Raylene Keightley, Political Offences and Indemnity in South Africa, 9 S. Afr. J. on Hum. Rts. 334 (1993), *"The vast majority of prisoners claiming political prisoner status were convicted of common offences, such as murder, assault, robbery, public violence, malicious damage to property etc. These offences were, however, committed within a political context or with some soft of political motive and may be described as 'related political offences'.12 The composite character of such offences means that it is very difficult to distinguish between those offences which are in essence political and those which are not. A complicating factor is that in the South African context these offences have frequently involved elements of extreme violence against private."*

³⁰⁵ Cfr., Raylene Keightley, Political Offences and Indemnity in South Africa, 9 S. Afr. J. on Hum. Rts. 334 (1993), *"In McGlinchey v Wren the Northern Ireland authorities sought the extradition of the plaintiff for the murder of an elderly woman that had been carried out as part of an IRA operation. The court declined to assume that 'because of the existence of widespread violence organised by paramilitary groups in Northern Ireland, any charge which is associated with terrorist activity should be regarded as a charge in respect of a political offence."*

³⁰⁶ Cfr., Ewell, J. (1977). The Extradition of Marcos Perez Jimenez, 1959-63: Practical Precedent for Enforcement of Administrative Honesty? Journal of Latin American Studies, Vol. 9(2), 291-313. Retrieved May

maniera di concepire fino a che punto un reato comune possa essere inteso come delitto politico³⁰⁷. Tuttavia, è possibile identificare per via analogica, quali siano le considerazioni che un numero importante di paesi ritengono importanti affinché si possa delimitare l'applicabilità dei benefici giuridici a reati che non essendo politici per loro natura, abbiano contribuito o siano stati commessi con una finalità politica. Su questo aspetto, come si era già accennato nel capitolo precedente, si riconoscono diversi modelli o "test"³⁰⁸.

Nella seconda parte di questa tesi si cercherà invece di studiare da un punto di vista teorico e speculativo, la possibilità di estendere la categoria di delitti relativi anche ai delitti internazionali e non soltanto a quelli politici. Questo permetterà al nuovo Tribunale di Pace di risolvere casi complessi, e cioè quelli in cui per consumare un reato internazionale sia stato necessario commettere uno o più delitti comuni, che a loro volta per disposizione legislativa, non vengono considerati di carattere politico e che, allo stesso tempo, non possono essere assunti dalla condotta principale³⁰⁹. Ciò comporterebbe necessariamente

27, 2018 *"Historically, the determination of politically mixed, or connected crimes has been extremely complex; the international legal theorist, John Bassett Moore, used the illustration of a revolutionary leader who stole cattle or robbed a bank to provision his forces, but such simple examples are rare (...) Although the financial crimes in themselves were not political, he argued, they were connected with the murders and therefore became mixed with or connected to political crimes."*

³⁰⁷ Questa figura si è sviluppata nell'Europa occidentale. La giurisprudenza dei diversi paesi è stata la responsabile del suo sviluppo concettuale. Particolare importanza hanno i provvedimenti riguardo all'extradizione. Risulta necessario ricordare che gran parte delle decisioni su questa figura hanno a che fare con richieste di estradizione, e che essa, in virtù dei diversi trattati, non può essere concessa qualora si tratti di delitti di carattere politico. Riguardo alla difficoltà nel trovare una unica definizione, e del suo origine: Cfr., Gilbert, G. (2006). *Responding to international crime*. Leiden: Martinus Nijhoff, *"Given that no absolute working definition is possible, the concept has been categorised, especially in continental Europe. A political offence may be classified as pure or relative, and a relative offence may be a délit complexe or a délit connexe."*

³⁰⁸ Cfr., Christopher L. Blakesley, *The Evisceration of the Political Offense Exception to Extradition*, 15 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 109 (1986), *"Specifically, the various approaches developed by American and foreign courts include: the political motivation test (subjective); the injured rights theory (objective); the model of connexity (objective); the political incidence or disturbance test (objective); and the mixed approach (combines the political incidence, connexity, and motivation tests)"*

³⁰⁹ Cfr., Carlo Federico Grosso, Marco Pelissero, Davide Petrini, Paola Pisa, *Manuale di diritto penale- parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, *"Escluso che si trovi in presenza di una unitarietà normativa di fatti naturalisticamente plurimi ed escluso altresì il concorso apparente di norme, la commissione di più reati da parte di una stessa persona integra il concorso di reati che può essere materiale o formale a seconda che i reati siano realizzati con più azioni od omissioni o con una sola azione od omissione. Il concorso, sia materiale o formale, può essere omogeneo, se i reati realizzati sono tutti dello stesso tipo, o eterogeneo, se i reati sono diversi."*, p. 571; Cfr., Fernando Mantovani, *Diritto Penale- parte generale*, IX edizione, Cedam Editore, Italia, 2015, *"Si ha concorso di reati quando uno stesso soggetto ha violato più volte la legge penale e, perciò, deve*

non solo un conflitto di competenza giurisdizionale tra la giustizia speciale e quella ordinaria, ma potrebbe anche mettere a rischio i processi più delicati.

Prima di andare avanti, è dunque necessario, definire in linea di massima cosa si intende per delitti relativi, non prima avvertendo che da un punto di vista metodologico, esistono differenze non solo concettuali ma anche dogmatiche e procedimentali su cosa si intenda per delitti complessi e connessi, e sugli effetti processuali derivati da ognuna di queste interpretazioni.

Non si tratteranno questioni relative al concorso di reati, che pur essendo importanti, potranno soltanto essere discusse una volta che si sia definitivo da un punto di vista astratto e concettuale, se il concetto di delitti relativi (specialmente nella categoria di connessi) possa essere applicato o meno per crimini internazionali, e non soltanto per quelli politici³¹⁰.

rispondere a più reati (...) Per un sistema soggettivistico orientato nel senso della prevenzione speciale ciò che rileva non è la pluralità dei reati, ma il fatto di un delinquente che si è posto più volte contro la legge, onde tale pluralità viene in considerazione come sintomo di una pericolosità sociale. Sicché il trattamento applicabile dipenderà dal tipo di delinquente che tale pluralità di reati esprime", p. 459; In questa tesi non si approfondirà riguardo ai concorsi di delitti, ma valga segnalare, che dipendendo dal tipo di reato relativo, e dalla possibilità di estendere questa categoria per delitti che non sono necessariamente politici ad effetti di predicare un trattamento analogico riguardo alla loro punibilità, potranno essere amnistiati. Di fronte alla differenza tra i diversi tipi di concorsi; Cfr., Adelmo Manna, *Corso di diritto penale- parte generale*, Terza edizione, Cedam Editore, Lavis, 2015 "... nel caso in cui, in virtù della natura del rapporto che sussiste tra le norme astrattamente coinvolte, debba applicarsi una soltanto di esse, si verterà in una ipotesi di concorso apparente di norme; mentre nel caso in cui, sempre in conseguenza del rapporto tra le norme suddette, troveranno applicazione tutte le figure legali di reato, si avrà concorso di reati, c.d. formale, per distinguerlo dall'ipotesi in cui siano stati commessi più reati, mediante più azioni od omissioni (concorso materiale). Pertanto, nel caso di concorso apparente di norme, il confluire di più norme incriminatrici verso un medesimo fatto non è effettivo, bensì solo apparente, nel senso che, in concreto, una sola sarà la norma incrimnatrice applicabile al caso di specie", p. 458

³¹⁰ Anche se espresso in un contesto diverso, Manzini sostiene che l'amnistia che sia riconosciuta ad una condotta non si estende ad un'altra che fosse stata necessaria o "connessa" con la condotta oggetto della clemenza. Una situazione simile potrebbe accadere in Colombia. Non è possibile estendere i benefici di amnistia a delitti che non siano espressamente definiti come politici dal legislatore, e nemmeno si posso amnistiare i delitti internazionali. Ci si ritrova di fronte ad un limbo dove il beneficio, da un lato, e la proibizione, dall'altro non si ritengono estensive ai reati che servono come mezzo di consumazione ai reati internazionali. In altre parole, da un lato non si possono amnistiare certe condotte, ma d'altra parte il Tribunale non ha competenza di investigare e punire delitti non internazionali. Questo sarà analizzato nella seconda parte, per adesso basti fare una breve menzione alle parole del Professor Manzini; Cfr., Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, v. III, Quinta Edizione, Editoriale Utet, Torino 1986, "Quando un reato è semplicemente il presupposto di un altro reato, l'amnistia che estingue il primo reato non si estende

Appunti sulla definizione dei delitti relativi³¹¹

In termini generali per delitti relativi si intendono tutti quei delitti comuni che risultano necessari per consumare un delitto politico³¹². Essi si possono classificare in delitti

all'altro reato. Perciò l'estinzione del furto, ad esempio, non si estende alla ricettazione. Analogamente deve dirsi rispetto al favoreggiamento"

³¹¹ Quando si parla di delitti relativi si fa riferimento a delitti connessi e delitti complessi. Nel caso italiano, queste definizioni vengono associate ad una questione riguardante il concorso di reati. Ad esempio, vedasi la definizione di delitto complesso: Cfr., Rocco Galli, Nuovo corso di diritto penale, Cedam, Milano, 2017., "Si definisce come reato complesso quello in cui più fatti di reato, anziché mantenere la loro autonomia concettuale, si considerano come un solo reato, del quale costituiscono elementi costitutivi o circostanze aggravanti (...) Si tratta di un istituto che deroga alle regole del concorso formale o materiale di reati sulla base della considerazione legislativa unitaria del disvalore che due o più reati hanno. In altre parole, l'istituto è stato pensato come sintesi, piuttosto che come somma delle fattispecie di reato coinvolte. Alla base del reato complesso vi è il principio dell'assorbimento. Più fatti di reato si considerano assorbiti in un'unica fattispecie sulla base essenzialmente di considerazioni legislative di 'normalità delittuosa': si tratta, in altre parole, di reati che si pongono l'uno rispetto all'altro in rapporto di strumentalità o funzionalità a carattere non meramente occasionale, tali da sfumare l'autonomia oggettiva. Data la considerazione unitaria che il Legislatore dà al reato complesso, l'art. 170 c.p. prevede che, nell'ipotesi di causa estintiva sopravvenuta di un reato che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, essa non si estenda al reato complesso, in quanto è già avvenuto l'assorbimento. Uno dei principali problemi applicativi che si pone in ordine al reato complesso, è individuare i limiti della continenza: occorre, cioè, verificare fino a che punto un reato possa reputarsi assorbito o inglobato a titolo di elemento costitutivo o di circostanza aggravante del reato complesso. A tale scopo, occorre fare applicazione del principio di proporzione, in base al quale non è possibile inglobare nel reato complesso fatti per i quali il Legislatore prevede una pena più elevata di quella prevista per il reato complesso.", p. 918

³¹² Cfr., Sanchez Reisse c Ministère public fédéral (Tribunal Fédéral Suisse, 3 novembre 1982), « Il y a délit politique relatif si, en raison des circonstances, notamment des mobiles et des buts de l'auteur, les actes commis présentent un caractère politique prépondérant (ATF 101 Ia 64, 426, 605). Ces actes doivent avoir été commis dans le cadre d'une lutte pour ou contre le pouvoir, ou tendant à soustraire des personnes à un pouvoir excluant toute opposition; ils doivent être en rapport étroit et direct, clair et net, avec le but politique visé. Il faut également que le mal causé soit proportionné aux résultats; Cfr., Watin c Ministère public fédéral (Tribunal Fédéral Suisse, 7 de Octobre, 1964); Cfr., Watin c Ministère public fédéral (Tribunal Fédéral Suisse, 11 juillet 1980) "Selon la jurisprudence, il y a délit politique relatif si, en raison des circonstances, notamment des mobiles et des buts de l'auteur, les actes commis présentent un caractère politique prépondérant (ATF 101 Ia 64, 425, 605). Ont ce caractère les actes qui s'inscrivent dans le cadre d'une lutte pour ou contre le pouvoir, ou tendent à soustraire des personnes à un pouvoir excluant toute opposition; ces actes doivent être en rapport étroit et direct, clair et net avec le but politique visé. Il faut également que le mal causé soit proportionné au résultat recherché, que les intérêts en cause soient suffisamment importants, sinon pour justifier, du moins pour excuser légalement l'atteinte que l'auteur a portée à certains biens juridiques (ATF 90 I 299 /300). La proportionnalité n'existe, s'agissant de l'homicide, que si celui-ci est le seul moyen de sauvegarder les intérêts supérieurs en jeu et d'atteindre le but politique recherché (ATF 90 I 300, ATF 87 I 137); si les homicides intervenus dans le cadre d'une guerre civile ou d'un conflit armé ouvert ont été reconnus comme délits politiques (ATF 50 I 299, ATF 49 I 260), il n'en a pas été de même d'assassinats opérés à l'étranger contre une personne subalterne en dehors d'un conflit armé ouvert (ATF 54 I 207); "il faut que l'auteur du crime... ait pu

complessi e delitti connessi³¹³. Una delle particolarità di categoria di reati è che, dal punto di vista oggettivo, possono offendere sia la personalità dello Stato, sia altri beni giuridici di

espérer raisonnablement que son acte aurait pour conséquence, au-delà du résultat immédiat, une modification de l'organisation politique ou sociale de l'Etat... L'assassinat peut ainsi(...)"; Cfr., Marcello Ghiringhelli c Office fédéral de la police (Marcello Ghiringhelli c Office fédéral de la police, 2 décembre 1999), « *Constitue un délit politique relatif l'infraction de droit commun qui revêt néanmoins un caractère politique prépondérant, compte tenu de la nature des circonstances, des mobiles et des buts qui ont déterminé l'auteur à agir (ATF 101 Ia 60 consid. 5b p. 64/65, 416 consid. 6b p. 425/426; ATF 95 I 462 consid. 7 p. 469/470, et les arrêts cités). Le délit politique relatif, inspiré par la passion politique, doit toujours avoir été commis dans le cadre d'une lutte pour ou contre le pouvoir et se situer en rapport de connexité étroit et direct, clair et net, avec l'objet de cette lutte (ATF 115 Ib 68 consid. 5b p. 85; ATF 113 Ib 175 consid. 6b p. 179/180; ATF 110 Ib 82 consid. 4b/aa p. 85, et les arrêts cités). Il faut en outre que le mal causé soit proportionné à l'objectif politique poursuivi et que les intérêts en cause soient suffisamment importants, sinon pour justifier, du moins pour excuser, dans une certaine mesure, le délit (ATF 110 Ib 280 consid. 6d p. 285; ATF 109 Ib 64 consid. 6a p. 71; ATF 108 Ib 408 consid. 7b p. 410). Par fait connexe à une infraction politique, on entend l'acte punissable selon le droit commun, mais qui bénéficie aussi d'une certaine immunité parce qu'il a été accompli parallèlement à un délit politique, généralement pour préparer, faciliter, assurer ou masquer la commission de celui-ci, voire en procurer ultérieurement l'immunité (ATF 113 Ib 175 consid. 6b p. 180 et ATF 78 I 39 consid. 5 p. 50; cf. en outre les références jurisprudentielles et doctrinales citées par Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne, 1999, no 380-393).*»

³¹³ Cfr., Miriam Defensor-Santiago, Identifying the Political Offender, 56 Phil. L.J. 395 (1981), "The relative political offence is an act in which a common crime is either implicit or connected with the political act. The same act might be directed at the political order at private rights e.g. the hijacking of privately owned aircraft for political purposes; or, the act may not be directed against the public order, but is closely connected with another act which is so directed, e.g. fraudulently obtaining paper in order to print subversive literature."; Cfr., Alona E. Evans, Reflections upon the Political Offense in International Practice, 57 Am. J. Int'l L. 1(1963); Cfr., Gilbert, G. (2006). *Responding to international crime*. Leiden: Martinus Nijhoff, "Given that no absolute working definition is possible, the concept has been categorised, especially in continental Europe. A political offence may be classified as pure or relative, and a relative offence may be a *délit complexe* or a *délit connexe*"; Riguardo ai delitti complessi, Cfr., Wagner c Bureau du Procureur Fédéral et le Département Fédéral de la Justice et de la Police (Première Cour de Droit Public Suisse, 3 octobre 1980), "(...) *Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt ein gemeinrechtliches Verbrechen oder Vergehen dann ein relativ politisches Delikt dar, wenn die Handlung nach den Umständen, namentlich nach den Beweggründen und Zielen des Täters, einen vorwiegend politischen Charakter hat. Ein vorwiegend politischer Charakter ist anzunehmen, wenn die strafbare Handlung im Rahmen eines Kampfes um die Macht im Staate erfolgte oder wenn sie verübt wurde, um jemanden dem Zwang eines jede Opposition ausschliessenden Staates zu entziehen. Zwischen solchen Taten und den angestrebten Zielen muss eine enge, direkte und klare Beziehung bestehen. Darüber hinaus ist erforderlich, dass die Verletzung fremder Rechtsgüter in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten politischen Ziel steht und dass die im Spiel stehenden Interessen wichtig genug sind, um die Tat mindestens einigermaßen*"; riguardo ai delitti connessi, Cfr., Ghorbanifar, Hakim et Secord c Office fédéral de la police (recours de droit administratif), (Première Cour de Droit Public, 20 août 1987)

carattere individuale³¹⁴. Invece dal punto di vista soggettivo, la motivazione dell'autore riposa esclusivamente nell'aggressione dello stato o delle sue istituzioni politiche³¹⁵.

I delitti complessi si caratterizzano perché dal punto di vista materiale, si concretizzano con un unico atto, ma offendono diversi beni giuridici³¹⁶. La dottrina italiana definisce che si possono inoltre distinguere tra speciali, circostanzial ed eventualmente complessi: *“Si ha reato complesso speciale quando due fattispecie di reato si fondono in posizione paritetica in altro e differente reato (...) Si ha reato complesso o circostanziato quando un reato si affievolisce in figura accessoria di altro e prevalente reato (...) Si definisce reato eventualmente complesso quello in cui un reato è contenuto quale elemento particolare del*

³¹⁴ Cfr., Puente Egido, J., “Le délit politique (231)”, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law. “Le délit complexe est un délit de droit commun, mais qui est lié au délit politique par le fait que tous les éléments — ou un des éléments au moins — qui constituent le Tatbestand du délit ordinaire se retrouvent dans le Tatbestand du délit politique absolu. Citons pour exemple — c’en est un des plus caractéristiques — le délit d’attentat qui non seulement porte atteinte à la sécurité de l’Etat, mais constitue en même temps, en tant qu’homicide ou meurtre, une atteinte à des personnes. La situation ne change pas lorsque seul l’un des éléments est commun, vu que, en raison du caractère essentiel de ces éléments, il se crée entre les deux actes — ou entre les deux facettes du même acte — une unité existentielle indissoluble. Le fait que le délit complexe ne donne pas lieu à extradition n’a pas suscité de doutes non plus.”, Consulted online on 13 May 2018 <http://dx.doi.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/10.1163/1875-8096_pp1rdc_ej.9789041112361.009_260.4>First published online: 1991

³¹⁵ Cfr., Soto, J. R., & Álvarez, R. R. (1983). *Delitos contra la existencia y seguridad del Estado: Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad pública en los códigos penal y de justicia militar, amnistía*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, “Los delitos políticos relativos o concurrentes, que son los que lesionan desde el punto de vista objetivo, a un individuo o al Estado en tanto que persona privada, pero desde un punto de vista subjetivo, de la intención de los autores, tienen por móvil la política, o con ocasión de ella”, p. 245

³¹⁶ Cfr., Vieira, Manuel Adolfo, “Les grandes exceptions: La nationalité du requis. Les délits politiques (185)”, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, “Puis, il y a les délits complexes, c’est-à-dire des actions qui lèsent en même temps un bien juridique commun et un bien de nature politique. Ce serait le cas du sabotage d’une propriété de l’Etat. Ces délits ont été aussi appelés délits politiques relatifs. Finalement, on trouve les infractions connexes aux délits politiques, c’est-à-dire ces actions dont le but est d’arriver à un résultat politique ou de cacher un acte de cette nature. Ce serait le cas d’un vol d’une armurerie pour attaquer une position du gouvernement, ou le vol d’une voiture pour fuir après avoir commis un délit contre l’Etat ou contre ses institutions”, Consulted online on 13 May 2018 <http://dx.doi.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/10.1163/1875-8096_pp1rdc_ej.9789024731664.151_380.6>First published online: 1984 ; Cfr., Cfr., Soto, J. R., & Álvarez, R. R. (1983). *Delitos contra la existencia y seguridad del Estado: Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad pública en los códigos penal y de justicia militar, amnistía*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, « Los delitos políticos complejos o mixtos, están caracterizados un acto único desde el punto de vista material, pero que lesionan a la vez derechos de orden político e intereses privados”, p. 245

reato complesso, in modo che sia possibile realizzare quest'ultimo senza commettere necessariamente il primo."³¹⁷

Il problema che si pone riguardo ai delitti complessi, è determinare quando essi debbano essere considerati politici o meno. È un aspetto sensibile perché con un solo atto criminoso si offendono beni giuridici individuali, e spesso il loro danno può essere sproporzionato riguardo all'obbiettivo della condotta, che sarà comunque valutata dal punto di vista soggettivo³¹⁸.

È proprio per questo aspetto che risultano indispensabili i modelli di valutazione della condotta richiamati nel capitolo anteriore. Esistono dottrinanti come Pérez, che sostengono che basta l'elemento ideologico affinché il reato possa essere considerato come politico³¹⁹. Tuttavia questa posizione, che rispecchia tra l'altro i presupposti del modello soggettivo, sembra non essere accettata dalla dottrina maggioritaria, che al contrario protende per i modelli oggettivo e misto.

³¹⁷ Rocco Galli, *Nuovo corso di diritto penale*, Cedam, Milano, 2017, p. 919; Riguardo alla possibilità che un altro reato possa rientrare nell'elemento costitutivo della condotta, e perciò costituirsi come un reato autonomo; Cfr., Adelmo Manna, *Corso di diritto penale- parte generale*, Terza edizione, Cedam Editore, Lavis, 2015, "... nel reato complesso un altro reato può rientrare come elemento costitutivo, dando vita ad un titolo di reato autonomo, come accade per il furto e la violenza privata, rispetto al reato complesso costituito da rapina." (p. 479)

³¹⁸ Cfr., Gilbert, G. (2006). *Responding to international crime*. Leiden: Martinus Nijhoff, "This category of relative political offence covers acts which are "directed at both the political order and private rights".⁶¹ It is this category which has presented in most detail the question of how to balance political against mere criminal activity.⁶² In form, the extradition request would be for a common crime, such as murder, whereas in fact, the offence may be political with regard to the object sought and the motive of the fugitive. As will be seen below, the most important factor is generally the remoteness of the crime from the ultimate political goal."

³¹⁹ Cfr., Pérez, Luis Carlos. *Los Delitos Políticos: Interpretación Jurídica Del 9 De Abril*. Distribuidora Americana De Publicaciones LTDA, 1948, "El delito político-social casi nunca se presenta puro o aislado. Quien intenta derribar el gobierno constituido, ha de emplear la fuerza. Y la fuerza es la violencia. Y la violencia es la muerte. Las batallas decía Bonaparte se comienzan con soldados y terminan con cadáveres. Más o menos lo mismo cabe decir de las revueltas y las revoluciones.(...) Los gobiernos no se caen solos, por la mera gravedad.(...) El delito político, aunque vaya acompañado de otra clase de infracciones, las comprende a éstas, siempre que hayan servido al primero como medio para su comisión o para su ocultamiento. Es decir, cuando hay conexidad ideológica, porque el designio es uno solo, cuyo desarrollo ha tropezado con la necesidad de violar otras normas.", p.81.

D'altro canto, i delitti connessi si distinguono dai complessi perché comportano due o più reati diversi in rapporto tra loro sulla base della finalità ultima dell'autore. Autori come Soto ritengono che un'altra differenza tra queste due categorie è rappresentata dal fatto che, mentre i delitti complessi offendono simultaneamente beni giuridici pubblici ed individuali, i delitti connessi offendono un bene giuridico individuale con uno scopo politico³²⁰.

I crimini connessi servono in sostanza a preparare o a garantire la realizzazione del delitto politico³²¹, che sarà in tutti i casi il reato principale della condotta³²². Questa caratteristica

³²⁰ Cfr., Soto, J. R., & Álvarez, R. R. (1983). *Delitos contra la existencia y seguridad del Estado: Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad pública en los códigos penal y de justicia militar, amnistía*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. "Los delitos de derecho común conexos a un delito político o con un fin político. El delito político puro y simple lesiona al Estado no menos directamente, pero, por la naturaleza misma de ciertos derechos suyos, el Estado no puede ser atacado sin lesionar los intereses privados (...) sobre la noción de conexidad y la distinción entre delitos conexos y complejos: (...) los delitos complejos violan a la vez el derecho común y el derecho político, y que los delitos conexos violan los derechos individuales con un fin político.(...) Para Vidal "existe un delito conexo en el caso en el cual se dan varios hechos delictuosos que se encuentran reunidos por un ligamento más o menos estrecho, que violan los derechos individuales con un fin político.(...) La noción de Vidal al mismo tiempo que es la más conocida es la más comprensible. La existencia de una relación entre delito de derecho común y uno con fines políticos, no depende necesariamente de acontecimientos políticos, cualquiera sea el sentido dado a esta expresión. Los actos preparatorios de una rebelión o de una conjura pueden consistir únicamente en la perpetración de delitos de derecho común, tales como el robo de dinero", pp. 245-254

³²¹ È importante non confondere questa categoria di delitti con i delitti continuati. Al riguardo della definizione dei reati continuati; Cfr., Carlo Federico Grosso, Marco Pelissero, Davide Petrini, Paola Pisa, *Manuale di diritto penale- parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, "... il reato continuato consistente nel fatto chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge. Pur trattandosi di reati realizzati in tempi diversi, non si applica la disciplina del concorso materiale di reati, in quanto la realizzazione in esecuzione del medesimo disegno criminoso giustifica la previsione del più favorevole regime del cumulo giuridico", p. 574

³²² Cfr., Puente Egido, J., "Le délit politique (231)", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, "Dans le délit connexe, par contre, il y a deux actions différentes et par conséquent deux délits différents aussi, mais on peut également parler d'union dans la mesure où il existe un lien de cause à effet entre les deux actes, le délit de droit commun servant à préparer ou à garantir la réalisation ou les effets du délit politique, ou encore à échapper aux poursuites auxquelles s'expose nécessairement l'auteur du délit principal.", Consulted online on 13 May 2018 <http://dx.doi.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/10.1163/1875-8096_pp1rdc_ej.9789041112361.009_260.4> First published online: 1991 ; Cfr., Gilbert, G. (2006). *Responding to international crime*. Leiden: Martinus Nijhoff. « This variety of relative political offence is accepted in the U.S.A., Latin America and in Europe. It is in itself not an act directed against the political order, but which is closely connected with another act which is so directed (...) The theft of guns in order to prepare for an armed rebellion and robbing a bank in order to provide funds for subversive political activities, are the usual examples of délits connexes. Their very remoteness from the ultimate objective will make it very difficult to prove they are of a political character under most of the national tests, unless offences connected with a political offence are expressly brought within the protection by treaty or statute."

comporta una delle grandi difficoltà ermeneutiche di tale figura. Qualsiasi atto preparatorio potrebbe *in extremis* diventare un reato politico e dunque essere amnistiato. La funzione del giudice quando la legge non sia esplicita al riguardo, sarà quella di valutare, secondo i criteri di proporzionalità e necessità, fino a che punto la motivazione politico copre certe condotte che cagionano danni a beni giuridici individuali.

Per evitare che un rapporto indiretto e non necessariamente consequenziale possa diventare un argomento per estendere la portata dei delitti politici a qualsiasi reato, la dottrina spiega questo vincolo attraverso tre teorie: la teoria oggettiva, e cioè quando esiste un rapporto di mezzo a fine tra il delitto politico e la condotta relativa; la teoria soggettiva, che considera il rapporto delle diverse condotte a partire dal loro vincolo teleologico; e la teoria consequenziale, la quale considera relativi gli atti destinati a nascondere o garantire il beneficio antiggiuridico ottenuto dalla condotta principale³²³. Il problema di questa interpretazione del delitto connesso è che suppone dal principio un concorso apparente di reati, e come si è visto, il più delle volte, soprattutto per i casi più sensibili, quello che si

³²³ Cfr., Posada, R. (2010). *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*. Bogotá: Ediciones Uniandes, "La institución de la conexidad de los delitos comunes a los delitos políticos se explica actualmente mediante tres teorías: a) la teoría de la conexidad objetiva b) teoría de la conexidad puramente subjetiva c) teoría de la conexidad consecuencial: Teoría de la conexidad objetiva. La conexidad objetiva, también denominada conexidad medial o instrumental concreta, expresa un fenómeno de concurso aparente que se resuelve mediante los principios de subsidiariedad material por un hecho copenado previo, o consunción por un hecho acompañante impune o un delito complejo, ello es, cuando tiene lugar un comportamiento delictivo común que vulnera bienes jurídicos no personalísimos como la seguridad pública o el orden económico social, y que resulta necesario como medio idóneo para materializar el peligro injusto creado por el autor contra el gobierno nacional y el régimen legal y constitucional vigentes (la distinción entre el delito complejo y conexo es hecha por la CJS Penal, en sentencia del 16/09/2009). Teoría de la conexidad subjetiva. También habría conexidad cuando el delito anterior se ejecuta con la pura finalidad de realizar un delito político posterior (conexidad ideológica o teleológica) ello es, cuando ambos delitos tienen armonía subjetiva. Teoría de la Conexidad consecuencial. Esta teoría supone la existencia de un aparente concurso de tipicidades que se resuelve mediante el principio de consunción por un hecho posterior impune, cuando los comportamientos delictivos comunes son realizados con la simple finalidad de ocultar o asegurar un delito político o desarrollar o aprovechar la posición alcanzada por estos, o garantizar la explotación, utilización o protección de los beneficios antijurídicos obtenidos con el delito político, según el plan criminal del autor (conexidad consecuencial).", pp. 65-66.

presenta è un concorso materiale³²⁴ dove una o più fattispecie hanno carattere autonomo³²⁵.

³²⁴ Risulta evidente la critica a questa classificazione dottrinarina, giustamente dal fatto che le diverse teorie esposte suggeriscono concorsi apparenti. La Corte Suprema di Giustizia, invece, ritiene; Cfr., Sentencia 5 de diciembre de 2007 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 5 de diciembre, 2007), *“Efectuadas las anteriores precisiones encuentra la Sala que es bastante frecuente que el delito político resulte conexo, en alguna de las hipótesis señaladas, con otros comportamientos, y a la postre concurre con estos, circunstancia que en sí misma no permite otorgar, sin más, la condición de delito político a tales conductas estrechamente enlazadas, como que simple y llanamente darán lugar a un concurso material efectivo de delitos y, entonces, corresponderá aplicar las reglas punitivas que se establecen en el artículo 31 de la Ley 599 de 2000. Asunto diverso será, que a dichos actos, en razón de su conexidad con delitos políticos, se haga extensivo el tratamiento especial dispuesto para estos dentro de especiales condiciones.”*

³²⁵ Risulta interessante notare come i delitti complessi siano una sub categoria, a sua volta, dei delitti progressivi. Anche se non è oggetto di analisi della presente tesi, riguardo ai delitti connessi, si potrebbe pensare che sotto certi aspetti si assomiglino di più a quello che si conosce come la progressione criminosa. L'unica differenza, è che nella progressione criminosa ogni reato ha un rapporto di specialità, mentre che per i delitti connessi, il rapporto è mezzo a fine. Riguardo alle figure di delitti progressivi e la differenza con la progressione criminosa; Cfr., Rocco Galli, *Nuovo corso di diritto penale*, Cedam, Milano, 2017, *“Si definisce progressione criminosa quella figura di elaborazione dottrinale per la quale si verifica il passaggio contestuale da un reato ad un altro più grave, per effetto di risoluzioni successive dell'agente (...) Come nel reato progressivo, anche nella progressione criminosa vi è un grado crescente di offesa ad un bene giuridico o a beni giuridici omogenei ma, nella progressione criminosa, manca il profilo della deliberazione unitaria che caratterizza il reato progressivo. Si osserva, inoltre, che il reato meno grave, non costituisce passaggio necessario per la realizzazione di quello più grave; inoltre, ciascuno dei fatti mantiene la propria identità sotto il profilo della risoluzione criminosa dell'agente: da una prima risoluzione criminosa si passa poi ad una successiva. La figura della progressione criminosa ricorrerebbe, ad esempio, nell'ipotesi di passaggio dal reato di pericolo al reato di danno di uno stesso bene-interesse o quando si passi dalla fattispecie tentata alla successiva fase consumata: da una prima risoluzione criminosa che si ferma al tentativo si passa ad una successiva che arriva alla consumazione (...) Generalmente la giurisprudenza opta per l'unificazione solo nel caso in cui più fatti che costituiscono ciascuno di per sé reato ed esprimono un grado crescente di offesa, sia pure frutto di autonome risoluzioni criminose, vengono realizzati in un regime di contestualità o quasi contestualità. In dottrina si è osservato che la progressione criminosa costituisce un fenomeno intermedio tra il concorso di norme ed il concorso di reati. La ragione della considerazione unitaria dei reati ai fini sanzionatori e, dunque, l'assimilazione alle ipotesi di concorso apparente di norme viene giustificata in dottrina in base ad alcune considerazioni. Si rileva come le fattispecie di reato in progressione criminosa sono pur sempre strettamente tra loro in rapporto di contenenza. Inoltre si osserva, se vi fossero state anziché plurime risoluzioni criminose un'unica iniziale risoluzione, si sarebbe trattato di un fenomeno di concorso apparente di norme. Si conclude pertanto rilevando come questa differenza marginale sul piano psicologico non giustificerebbe la notevole diversità di trattamento sanzionatorio che conseguirebbe riconducendo la figura della progressione criminosa al concorso di reati.”*; Cfr., Maurizio Santise e Fabio Zunica, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Seconda edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2016; *“Species del reato complesso è il reato progressivo, che comprende i reati che contengono come elemento un reato minore, in modo tale che la commissione del primo implichi necessariamente la commissione del secondo, in quanto vi è una offesa crescente di uno stesso bene (ad esempio, riduzione in schiavitù e sequestro di persona): tra i reati componenti il reato progressivo vi è un rapporto riconducibile a quello descritto dall'art. 15 del c.p., di coincidenza tra fattispecie ed elemento costitutivo. A differenza del reato progressivo, invece, nella progressione criminosa si ha un passaggio contestuale da un reato ad un altro più grave, contenente il primo, per effetto di risoluzioni successive (si pensi a chi ferisce la vittima in seguito la uccide; chi rifiuta di dare le proprie generalità e poi ne fornisce di false). Non vi è unicità di vedute su tale fenomeno giuridico: da un lato, infatti, sembra che possa avvenire tra fattispecie in rapporto di specialità tra loro, o in rapporto di specialità*

Allo scopo di determinare la pertinenza del vincolo tra il reato comune e quello politico, e cioè la loro connessione espressa in un rapporto fra mezzo e fine (senza che essa si traduca in un concorso apparente di reati), diventa necessario analizzare la proporzionalità della condotta valutando l'obbiettivo raggiunto nei confronti dei beni giuridici offesi³²⁶. D'altra parte, l'analisi contestuale può essere importante per capire se i fini perseguiti dall'autore non siano di carattere personale³²⁷. Così facendo, non solo si evita un'offesa eccessiva nei riguardi dei beni giuridici particolari, ma si previene, altresì, che qualsiasi reato possa essere inteso come politico.

reciproca, e dunque sembra che possa dare luogo all'applicazione dell'art. 15 c.p. d'altra parte, le deliberazioni successive possono aversi tra fattispecie in rapporto di eterogeneità tra loro, determinando un concorso di reati.", p. 420; Cfr., Cass., SS.UU., 28 marzo 2013, n.37424, in Riv. it. dir. proc. pen., 2013

³²⁶ Cfr., Direction de la police du canton de Berne c. Département de la justice, de la santé et des affaires sociales du canton du Jura (Tribunal Fédéral Suisse, 15 décembre 1992, "En l'espèce, seul un délit politique relatif peut être envisagé. Une telle infraction demeure punissable selon le droit commun, mais son caractère politique prépondérant ne permet pas l'extradition internationale. Ce caractère politique prépondérant s'apprécie en fonction de la nature politique des circonstances, des mobiles et des buts qui ont déterminé l'auteur à passer à l'action; ils doivent apparaître au juge de l'extradition comme ayant exercé une influence prédominante sur l'acte délictueux. Cependant, ce dernier doit toujours se situer dans le cadre d'une lutte contre la puissance publique et l'on exige un rapport adéquat avec l'objet de cette lutte. C'est par exemple le cas lorsque l'acte répréhensible a été accompli afin de préparer, de faciliter, d'assurer, de cacher un délit politique ou d'en obtenir plus tard l'impunité (voir ATF 115 Ib 85 consid. 5b et les arrêts cités). D'une part, un lien étroit, direct et clair doit exister entre l'acte délictueux et les buts poursuivis; d'autre part, l'atteinte aux biens juridiquement protégés d'autrui doit être proportionnée au but politique visé, et les intérêts en jeu doivent revêtir une importance suffisante pour que le comportement délictueux apparaisse, dans une certaine mesure au moins, compréhensible (voir ATF 110 Ib 285 consid. d; PFENNINGER, pour qui déjà le moyen utilisé doit correspondre au but allégué [Der Begriff des politischen Verbrechens, RDS 1880, p. 100]; voir aussi SCHULTZ, op.cit., p. 447, d'après lequel le délit politique relatif doit permettre d'atteindre les buts politiques visés, par des moyens appropriés). De plus, en matière d'extradition internationale, on exige en règle générale que l'auteur ait pu s'attendre à ce que des changements dans l'organisation politique et sociale de l'Etat résultent de son action et que celle-ci dépasse le cadre d'un simple délit de droit commun."

³²⁷ Cfr., Quinn v. Robinson (Court of Appeals, 9th Circuit, 1986), "The incidence test has two components, designed so that the exception comports with its original justifications and protects acts of the kind that inspired its inclusion in extradition treaties. First, there must be an uprising — a political disturbance related to the struggle of individuals to alter or abolish the existing government in their country. An uprising is both temporally and spatially limited. Second, the charged offense must have been committed in furtherance of the uprising; it must be related to the political struggle or be consequent to the uprising activity. Neither the objectives of the uprising nor the means employed to achieve those objectives are subject to judicial scrutiny. And while the nature of the uprising group and any evidence of the accused's motivations may be relevant, proof on these elements is not required or necessarily determinative. Acts of international terrorism do not meet the incidence test and are thus not covered by the political offense exception. Crimes against humanity also are beyond the scope of the exception."

Il vincolo di connessione tra il reato comune e quello politico deve essere necessariamente prossimo, e preferibilmente deve avvenire in un contesto molto particolare, che si tratti di una guerra o di in un periodo di alta tensione sociale. L'elemento contestuale, non inteso nella stessa maniera in cui viene interpretato dal test oggettivo o incidentale, ma da un punto di vista meramente fenomenologico, è la ragion d'essere dei delitti politici puri e relativi. Non tutte le manifestazioni contro lo Stato che abbiano una finalità politica rientrano necessariamente in questa categoria. Le proteste sociali, o gli eventi isolati causati da un malessere generale della comunità devono in tutti casi intendersi come circostanze ordinarie in una qualsiasi società. Ciò presuppone implicitamente che i delitti politici, possono soltanto configurarsi in condizioni straordinarie di grave tensione sociale.

Un altro elemento caratteristico dei delitti connessi, è l'elemento dell'immediatezza tra le due condotte criminose. Questa non si deve confondere con l'elemento della prossimità appena accennato, anche se sono due concetti simili. La prossimità si valuta sulla base dall'analisi consequenziale delle azioni; l'immediatezza, invece, si deduce dall'analisi temporale delle due condotte. Non esiste una posizione generalizzata nella dottrina o nella giurisprudenza a questo riguardo, ma si ritiene che dal punto di vista ermeneutico possa risultare utile analizzare la vicinanza dei due reati nel tempo³²⁸.

La distinzione concettuale tra i delitti connessi e complessi, risulta assai interessante da un punto di vista teorico. Tuttavia la loro portata si determina in base a criteri eminentemente politici e contestuali. Questo a sua volta incide nel costante cambiamento dei parametri ermeneutici della giurisprudenza, la quale deve necessariamente adattarsi alla realtà politica e sociale, come succede ad esempio in Colombia. Nel nostro paese, l'applicazione dei delitti relativi è un elemento fondamentale per il raggiungimento della pace, ed i Tribunali giocano un ruolo essenziale in questo processo.

³²⁸ Un accenno all'idea dell'immediatezza può essere trovata nella giurisprudenza del Salvador; Cfr., El Salvador, Sentencia 12/11/2013(Corte Suprema de Justicia, Sala Plena), "*Son delitos comunes conexos con políticos los que tengan relación directa e inmediata con el delito político o sean un medio natural y frecuente de preparar, realizar o favorecer éste.*"

Risulta dunque pertinente fare un breve accenno alla giurisprudenza Colombiana riguardo al concetto e alla portata dei delitti relativi.

Alcuni appunti sulla giurisprudenza Colombiana

In Colombia la giurisprudenza costituzionale e di cassazione sembra non interessarsi alle distinzioni dogmatiche e concettuali tra delitti complessi e delitti connessi ad un reato politico³²⁹. Si intendono come delitti connessi in senso lato, e cioè quello che finora abbiamo categorizzato come delitti relativi. Questa scelta ermeneutica non risulta dal fatto che il diritto penale Colombiano non distingue le categorie indicate, ma piuttosto dal fatto che l'attenzione dei Tribunali di chiusura si rivolge con più attenzione all'identificazione dei limiti materiali e soggettivi dei delitti politici.

³²⁹ Poche sono le provvidenze che trattano queste differenze, e quando lo fanno hanno un carattere più descrittivo che sostanziale. Una delle decisioni che si riferì ai delitti complessi e relative fu la sentenza del 5 dicembre di 2007. È importante far notare che non esistono differenze concettuali tra quello che viene descritto dalla dottrina e la posizione che assunse la Corte in quell'opportunità; risulta altrettanto importante evidenziare che l'uso delle categorie in menzione aveva come obbiettivo riferirsi alla possibilità di configurare un concorso di reati tra il delitto político e i delitti connessi. Cfr., Sentencia 5 de diciembre de 2007 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 5 de diciembre, 2007), *"Dentro de los denominados delitos políticos relativos o concurrentes se encuentran los complejos y conexos (...) El delito complejo -a diferencia del delito simple caracterizado porque la lesión es única, como ocurre en el homicidio- supone la fusión de dos o más conductas punibles que configuran un comportamiento más grave que aquellas tomadas independientemente. Tal ocurre, por ejemplo, con el hurto simple y la violación de habitación ajena los cuales se encuentran refundidos en una sola fórmula en el hurto calificado por la penetración arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado (...) Los delitos conexos son aquellos que se encuentran estrechamente entrelazados, como ocurre cuando un punible se comete como medio para alcanzar un fin delictivo, por ejemplo, cometer un homicidio para realizar un hurto. También, cuando una conducta punible se comete para asegurar el producto de otra. Cuando se lavan activos procedentes de un delito de extorsión (...) Finalmente, en aquellos casos en los que el segundo delito se comete para ocultar uno anterior, por ejemplo, cuando se causa la muerte al testigo de un acceso carnal violento (...) No es lo mismo delito complejo que concurso de delitos o delitos conexos. En el delito complejo la misma ley en un tipo crea el compuesto como delito único, pero en el tipo intervienen dos o más delitos que pueden figurar por separado, en cambio, en el concurso y en los delitos conexos, las infracciones no existen como una sola, sino separadamente, pero es un mismo sujeto quien las ejecuta."*

La Corte Suprema di Giustizia, in un'importante decisione del 2007, si riferì ai delitti relativi e sostenne che essi possono essere interpretati a partire da teorie soggettive, e cioè quelle che considerano il valore politico di una condotta basandosi sull'analisi dell'intenzione del soggetto attivo; e da teorie di tipo oggettivo, e cioè riguardo agli atti criminosi in concreto. In quell'occasione la Corte di Cassazione ritenne che, sebbene l'elemento soggettivo del reato risulti, fondamentale, non si potranno considerare come politici i delitti che non siano espressamente definiti tali dalla legge.

Tuttavia, in Colombia, ad eccezione dell'ultima legge di amnistia, le disposizioni normative non definiscono quali fattispecie possano essere considerate come delitti relativi. Il criterio che si utilizza è quello dell'esclusione. Esso si traduce nell'impossibilità che certi reati possano essere considerati come relativi ai delitti politici. Un esempio chiaro sono le diverse norme che fino al 2012 escludevano i delitti di sequestro, estorsione e terrorismo dalla categoria dei delitti politici. Altre condotte che per via giurisprudenziale vengono tradizionalmente escluse sono quelle relative alle gravi infrazioni al diritto internazionale umanitario³³⁰.

³³⁰ Cfr., Sentencia 24 de noviembre 2010 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 24 de noviembre, 2010), *“Además, otras instancias internacionales han señalado que las violaciones al ordenamiento internacional constituyen delitos internacionales y que por tanto, no pueden ser objeto de amnistía, en principio, o indulto, dado que se trata de aquellos comportamientos cuya gravedad compromete la paz y la seguridad mundial, así como la estabilidad ética y política del orden internacional, y con cuya comisión se vulnera a la humanidad en su conjunto y no a la persona individualmente considerada, de manera que no pueden tener la condición de delitos políticos.”*; Cfr., Sentencia 21 de septiembre de 2009 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 21 de septiembre, 2009), *“(…) es obligación del Estado colombiano garantizar que las violaciones graves al derecho internacional humanitario sean castigadas como lo que son, esto es, como atentados que no sólo afectan la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad de las personas, entre otros bienes relevantes, sino que atentan contra valores fundamentales reconocidos por la humanidad entera y compilados en el conjunto de normas que conforman el llamado derecho internacional humanitario.”*; Cfr., Sentencia 30 de Mayo de 2007 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 30 de mayo, 2007), *“Los hechos atroces en que incurre el narcoterrorismo, como son la colocación de carros bombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes y hasta de niños indefensos, constituyen delito de lesa humanidad, que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos”*

Nonostante esistano limiti sostanziali alla possibilità di intendere certe condotte come relative³³¹, la giurisprudenza è reiterativa nel riconoscere che il legislatore possiede un' ampia facoltà di configurazione normativa, e cioè, non nega la possibilità che, entro i limiti espressi dal Tribunale, possa ampliare la categoria di delitti politici ad altri reati comuni³³².

D'accordo con la giurisprudenza di cassazione è importante inoltre evitare che vengano concessi benefici penali agli autori di delitti che potrebbero essere considerati come politici,

³³¹ Cfr., Auto Interlocutorio 23 de septiembre de 1958 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 23 de septiembre, 1958), *"No ha dicho la ley cuáles deban considerarse delitos atroces. Pero de acuerdo con el sentido natural y obvio de las palabras, son los que se cometen con crueldad, inhumanidad o fiereza. Para calificarlos así debe guiarse el juzgador por un criterio subjetivo. No basta que la infracción penal revista gravedad especialísima, bien sea por la importancia del derecho violado o por cualesquiera otras circunstancias de orden material, para que pueda considerarse atroz. Se requiere primordialmente que la actividad delictuosa, signo evidente de peligrosidad social, revele, además, por los motivos determinantes, las modalidades de ejecución. etc "una extrema insensibilidad moral"*

³³² Cfr., Sentencia 5 de diciembre de 2007 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 5 de diciembre, 2007), *"De acuerdo con la teoría subjetiva, que trata de los llamados delitos políticos relativos o concurrentes, lo que identificaba la índole del referido delito es el móvil político que determina su realización, esto es, que tenga una pretensión contraestatal -no paraestatal- en el sentido de subvertir la organización política, constitucional o legal del Estado en procura de conseguir el beneficio común, contando para ello con propósitos sociales y, en suma, que se trate de un poder altruista, con independencia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, caso en el cual, podrían tener tal connotación política delitos comunes por antonomasia como el homicidio, el hurto, el incendio, el daños, etc A la vez, la teoría ecléctica refunde en una sola fórmula las anteriores, pero en cuanto da preponderancia al criterio objetivo o al subjetivo, se subdivide en extensiva y estricta o restringida. En la teoría ecléctica extensiva son delitos políticos tanto las conductas que atentan contra la organización política o constitucional del Estado (delitos políticos puros), como aquellas que sin dirigirse contra dichos bienes jurídicos tienen una finalidad política (delitos políticos relativos o concurrentes). Para los partidarios de la teoría ecléctica estricta o restrictiva sólo tienen el carácter de delitos políticos aquellos actos que comportan un atentado a la organización política, constitucional o legal del Estado, siempre que se encuentren motivados por razones políticas (delitos políticos puros). Por tanto, en las teorías eclécticas sucintamente expuestas se encuentran excluidas de la noción de delito político las conductas que atenten contra el Estado en sus ámbitos organizacionales, constitucionales o legales, cuando sean producto de pretensiones no políticas, como el ánimo de lucro, el exclusivo beneficio personal o de un grupúsculo de individuos. Igualmente carecen de tal condición los delitos comunes realizados con finalidades diversas a la política (...) Tampoco es viable asumir que ciertos comportamientos, como por ejemplo el homicidio en combate, tienen la condición de hechos copenados con el delito político, pues en tal caso se trata también de un concurso material de delitos, frente al cual sólo el legislador, acatando la Carta Política y la normativa internacional, podrá ampliar el carácter de delito político por conexidad a dicho atentado contra la vida.";* La teoría oggettiva riguardo ai delitti relativi, era sià stata osservata dalla Corte Suprema dal 1987; Cfr., Corte Suprema de Justicia, (27 de mayo de 1987), *"Por un lado el criterio objetivo que acepta como delito político, únicamente aquellos que con variadas denominaciones están definidos y reprimidos en las normas sustantivas para la salvaguardia de la estructura y funciones del Estado como organismo político; por el otro la concepción subjetiva del delito político, que acepta como tales, no sólo los previstos en las normas enunciadas, sino aquellos hechos que siendo aparentemente comunes, por conexidad con los ilícitos políticos, pueden favorecer la comisión de ellos o permitir al autor escapar a la aplicación de la sanción pena"*

ma che siano commessi con fini economici o personali³³³. In questo senso, si rafforza l'idea che l'elemento soggettivo della condotta non deve essere assente al momento di determinare la qualifica del delitto. Si ricorda costantemente che le motivazioni del soggetto attivo devono essere altruistiche, e cioè mirate al raggiungimento del benessere sociale o al cambiamento del sistema politico.

Riguardo al precedente giurisprudenziale della Corte Costituzionale, si era già accennato che non è del tutto coerente nel tempo, e che sia noto il suo cambiamento soprattutto negli ultimi anni. Le prime pronunce del tribunale sembravano assumere criteri restrittivi riguardo alla possibilità di ampliare la categoria dei delitti relativi. Oltre agli argomenti giuridici, la posizione della Corte si può anche spiegare da un punto di vista sociale e politico.

In effetti, nei primi anni della sua esistenza, il Tribunale Costituzionale assunse la difesa dei meccanismi di partecipazione democratica come mezzo per mettere in discussione il potere sovrano³³⁴. Non si deve dimenticare che la Costituzione del 1991 fu proprio il risultato di un processo di pace che ebbe come spina dorsale un'amnistia ampia e generale per i delitti

³³³ Cfr., Sentencia 04 de noviembre de 2015 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 04 de noviembre, 2015), "*Asunto diferente, que eventualmente permitirá la doble imputación, estaría dado por aquellos eventos en donde el actor rebelde, por fuera de los fines políticos de derrocar al gobierno nacional o modificar el régimen constitucional legal, se dedique, por vía de ejemplos a vender armas o utilizarlas para cometer delitos comunes (...)* La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal se ha pronunciado en forma reiterada con esos alcances, esto es, que el delito de rebelión subsume el porte de armas (sean de defensa personal o de uso restringido de la fuerza pública), puesto que resulta inherente a este en aras de lograr el objetivo de derrocar las instituciones del Estado. Así puede leerse, por ejemplo, en las providencias del 12 de noviembre de 2003."; Cfr., Sentencia 24 de noviembre 2010 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 24 de noviembre, 2010), "*Entonces, es procedente concluir que carecen de la connotación de delitos políticos: (a) Las conductas que comporten un atentado contra el Estado en sus ámbitos organizacionales, constitucionales o legales, cuando sean producto de pretensiones no políticas, como el ánimo de lucro y el exclusivo beneficio personal, así como los delitos comunes realizados con finalidades diversas a la política. (b) Los comportamientos que por quebrantar el derecho internacional tienen la connotación de delitos internacionales y, por tanto, carecen de la condición de delitos políticos, en cuanto no pueden beneficiarse con indultos o amnistías.*"

³³⁴ Cfr., Corte Constitucional, sentencia C-241 de 1993, "*Resulta inaceptable que el Decreto aluda al delito de secuestro en forma exclusiva como si fuera el único que no tiene el carácter de conexo con delitos políticos. La conexidad no depende del tipo delictivo sino de las características del hecho punible en concreto. Para la Corte es claro que el homicidio que se comete fuera de combate y aprovechando la indefensión de la víctima, para traer a colación apenas uno de los muchos casos en los cuales no hay ni puede establecerse conexidad con el delito político, no es susceptible de ser favorecido con amnistía ni indulto dado su carácter atroz, ni podría por tanto ser materia de diálogos o acuerdos con los grupos guerrilleros para su eventual exclusión del ordenamiento jurídico penal ni de las sanciones establecidas en la ley.*"

commessi durante la guerra con il movimento M-19 ed altri. Un'interpretazione troppo flessibile nei confronti dei delitti relativi, avrebbe potuto essere intesa come un sintomo di debolezza del nuovo sistema costituzionale.

Malgrado ciò, la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha dovuto affrontare una sfida immensa con i processi di pace dei paramilitari e più recentemente con quello della guerriglia della FARC. Mantenere una posizione rigida nei confronti della portata e dello scopo dei delitti relativi, avrebbe potuto mettere a rischio il processo di pace con quei gruppi.³³⁵

Oggi, e considerando l'evoluzione della giurisprudenza come risultato delle circostanze legislative, politiche e sociali, è possibile sostenere che la Corte Costituzionale considera come delitti relativi, tutti i reati comuni che, motivati da un fine altruistico³³⁶, mantengono un vincolo soggettivo e materiale con un delitto politico. Questa posizione conferma l'idea che il Tribunale costituzionale applichi, al meno attualmente, un modello coincidente con quello misto o preponderante.

Determinare lo scopo e la portata dei delitti relativi, a giudizio del Tribunale, è una responsabilità del legislatore, il quale possiede un'ampia discrezionalità normativa. Tuttavia, questa libertà non è illimitata. La Corte Costituzionale ritiene che la decisione riguardo a quali reati possano essere considerati come relativi ad un delitto politico, deve

³³⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia, C-577 de 2014, *“Dado el contexto histórico del país, el ordenamiento colombiano debe permitir la conexidad de conductas punibles comunes dentro de la categoría de delitos políticos, para que en el escenario de un proceso de paz, los autores materiales e intelectuales puedan beneficiarse de las prerrogativas constitucionales que se reconocen al delito político, tales como la proscripción de la inhabilidad de acceder a cargos públicos o de elección popular. Esto, por cuanto la Constitución Política no puede ser en obstáculo insalvable para las decisiones políticas posteriores, por lo cual debe ajustarse a los fines fundamentales de la sociedad como la paz y el respeto de los derechos humanos.”*

³³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-695 de 2002, *“Sin embargo, existen ciertos tipos comunes que por su conexidad con los delitos políticos, podrían considerarse como tales, lo cual implica valorar la existencia de dos o más conductas autónomas ligadas o vinculadas por un factor subjetivo que se debe predicar en ambas acciones u omisiones punibles, es decir, el móvil o motivo altruista”*

basarsi su i criteri di razionalità e uguaglianza³³⁷. Questi parametri ermeneutici intendono prevenire che si crei all'interno del sistema penale una differenza ingiustificata tra le diverse condotte.

Un altro limite che impone la Corte Costituzionale si manifesta attraverso il principio di esclusione³³⁸, e cioè il fatto di determinare *ab initio* che una categoria di condotte, sia per espressa disposizione legislativa, sia per considerazioni riguardo al diritto internazionale, non possano considerarsi relative ai delitti politici. In questo esempio rientrano delitti come il genocidio, i crimini di guerra³³⁹ commessi in forma sistematica e i delitti di lesa umanità³⁴⁰.

³³⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-695 de 2002, “Cuando el constituyente determina el ámbito de aplicación de la amnistía y del indulto, lo circunscribe a los delitos políticos por oposición a los delitos comunes. No obstante, guarda silencio en relación con los delitos conexos. De este modo, si se tiene en cuenta que, como se lo expuso, al legislador le asiste una amplia capacidad de configuración normativa siempre que se ejerza dentro de los límites constitucionales, es claro que de esa capacidad hace parte la posibilidad de extender tales beneficios a los delitos conexos con los delitos políticos. No obstante, se trata de una facultad que, como cualquier otra, también está sometida a límites superiores, fundamentalmente los criterios de razonabilidad e igualdad. De acuerdo con estos criterios, el legislador no puede extender arbitrariamente esos beneficios a conductas ajenas a su naturaleza, ni tampoco realizar inclusiones o exclusiones que comporten un tratamiento diferenciado injustificado (...) Por otra parte, la prohibición de concesión de amnistías e indultos por los delitos de terrorismo, secuestro y extorsión es una decisión que hace parte del ámbito de definición del legislador y es legítima en cuanto ha respetado los límites impuestos por la Carta pues la norma demandada no ha concedido amnistías e indultos por delitos comunes, tampoco ha prohibido la concesión de amnistías e indultos por delitos políticos, menos ha irrespetado criterios de razonabilidad e igualdad en la extensión de la amnistía y el indulto a delitos conexos con delitos políticos y, finalmente, no ha desconocido el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas.”

³³⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C 577- de 2014, “La aproximación epistemológica de la Corte al tema, lejos de desarrollar una axiología en torno a su contenido o a la conexidad con el mismo, ha conllevado a determinar por vía de **exclusión**, las conductas delictivas que no pueden ser consideradas como delitos políticos, utilizando los criterios hermenéuticos de razonabilidad y proporcionalidad”

³³⁹ Cfr., Sentencia C-225 de 1995 (Corte Constitucional de Colombia mayo 18,1995), “si ha violado el derecho humanitario, entonces debería ser sancionado, como criminal de guerra, si se trata de infracciones graves, o podría recibir otros castigos por las otras infracciones que haya cometido, pero no podrá, en ningún caso, ser penado por haber sido combatiente”

³⁴⁰ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia, C-577 de 2014, “De lo anterior se sigue que el constituyente derivado previó una suerte de cláusula general de conexidad con el delito político. En efecto, podrá existir conexidad con el delito político para todos aquellos delitos que no sean delitos de lesa humanidad o genocidio cometidos de manera sistemática y, en consecuencia, no podrán participar en política solamente quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos de acuerdo con el inciso cuarto del artículo 1° del Acto examinado. Así, podrán tener conexidad con el delito político: (i) los crímenes de guerra sean cometidos o no de manera sistemática; (ii) los delitos de lesa humanidad o genocidio siempre que no sean cometidos de manera sistemática; y (iii) los demás delitos que no tengan necesariamente la connotación de delitos de lesa humanidad o de genocidio como el terrorismo o los delitos transnacionales. Así las cosas, los autores de estos delitos podrán participar en política dado que, por conexidad, adquieren la calidad de delitos políticos”

Finalmente, sebbene il Tribunale Costituzionale riconosca la discrezionalità del legislatore nella configurazione dei delitti relativi in periodi di tensione sociale³⁴¹, e cioè ammette che i criteri di interpretazione al riguardo possano essere altrettanto flessibili, stabilisce che il riconoscimento dell'elemento politico di un reato, non previene la responsabilità dello Stato nei confronti dei diritti delle vittime alla giustizia (intesa non nel senso retributivo necessariamente), alla verità e alla riparazione integrale³⁴².

Nella seconda parte di questa tesi si analizzeranno più a fondo le ultime due decisioni della Corte Costituzionale. Esse riguardano l'analisi di costituzionalità non soltanto della legge di amnistia, ma pure le facoltà che vennero attribuite al tribunale di pace per interpretare quando una condotta sia politica o meno.

³⁴¹ Questo riconoscimento non è palese se si tiene da conto che prima della Costituzione del 91, il Presidente della Repubblica, attraverso decreto solleva concedere amnistie e indulti facendo uso dell'estensione del delitto politico. A questo riguardo, una delle sentenze che dimostra che in un primo momento la Corte Costituzionale applicasse un modello oggettivo e stretto; Cfr., Sentencia C-179 de 1991 (Corte Constitucional de Colombia abril 13, 1994), *"En cuanto a concesión de facultades al Gobierno para decretar "amnistías o indultos generales" por delitos políticos y conexos, la Corte estima que esta norma es contraria a la Constitución, porque la facultad conferida al Congreso de la República por el numeral 17 del artículo 150, es exclusiva e indeleble. Conceder amnistías o indultos generales, por delitos políticos, es una medida eminentemente política, que implica interpretar la voluntad de la nación. Si el Congreso, con el voto de la mayoría exigida por la Constitución, dicta esta medida, será porque interpreta el sentimiento de la inmensa mayoría de los ciudadanos y si la niega, será porque no existe ese sentimiento. Por todo lo anterior, no tendría sentido sostener que lo que solamente puede hacer el Congreso de la República con esa mayoría especial, pueda decretarlo el Presidente de la República por su sola voluntad. La concesión de amnistías e indultos generales, es asunto de la mayor importancia para la República. Con razón la Constitución sólo las autoriza cuando existen "graves motivos de conveniencia pública". Esto hace pensar que la decisión del Congreso debe ser el fruto de un amplio debate a la luz de la opinión pública. Debate en el cual debe participar ésta última, a través de los medios de comunicación. No puede una decisión como ésta, adoptarse de la noche a la mañana por medio de un decreto, y ser fruto solamente de la voluntad del Presidente de la República. Existe una sola diferencia entre la Constitución anterior y la actual: la obligación impuesta ahora al Gobierno de informar al Congreso sobre los indultos que haya concedido."*

³⁴² Cfr., Sentencia C-577 (Corte Constitucional 6 de agosto, 2014), *"puede existir la posibilidad que el legislador confiera el carácter conexo del delito político a otros tipos penales, siempre y cuando se cumplan con condiciones de razonabilidad y proporcionalidad, criterios a los cuales se ha adicionado la obligación de "(...) deberes estatales de juzgamiento, sanción y satisfacción de los derechos de las víctimas de, entre otros, los denominados delitos atroces, al igual que de las conductas constitutivas de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, graves infracciones al derecho internacional humanitario o a los derechos humanos"*

Questa analisi non solo dovrà prendere in considerazione lo studio di costituzionalità che compie il Tribunale, ma richiederà anche un'analisi sistematica del modello di giustizia transizionale.

Agli effetti di questo capitolo, valga segnalare che la dottrina e la giurisprudenza, tanto quella Colombiana come quella straniera, riconoscono la necessità di determinare quando certi reati comuni possano essere considerati politici. Ciò risponde ad un fatto fenomenologico e ovvio: le tensioni sociali che giustificano le differenziazioni tra condotte ordinarie e politiche, di solito si manifestano attraverso condotte criminali di diverso tipo.

Una limitazione evidente della figura dei delitti relativi, sta nel fatto che generalmente vengono associati ai delitti politici. Nello studio della dottrina e della giurisprudenza, non si è stato trovato alcun riferimento alla possibilità che questa categoria, che non risulta altro che da una metodologia di associazione degli elementi soggettivi e materiali fra due o più condotte, possa essere estesa ad altri delitti come i delitti internazionali.

Intermezzo

Nella prima parte di questa tesi si sono studiati tre concetti che risultano di fondamentale importanza in qualsiasi processo di giustizia transizionale al mondo. Il primo, è quello delle amnistie; il secondo, quello dei delitti politici; e finalmente il terzo, quello riguardo ai principi e modelli dei delitti relativi.

Esiste un rapporto intimo fra i concetti appena menzionati, al meno per il caso Colombiano. L'amnistia è lo strumento più effettivo nei processi di giustizia transizionale, specialmente quelli dove non c'è un unico vincitore. Questo strumento permette evitare il prolungamento della violenza. Sebbene la sua applicazione porta insito un costo alto nei confronti della giustizia ordinaria, l'amnistia fino ai giorni nostri viene utilizzata ed accettata sia nell'ambito del diritto internazionale come nei sistemi giuridici della maggioranza dei paesi di occidente.

Malgrado ciò, si percepisce all'interno della comunità internazionale un progressivo restringimento della sua portata. Questo coincide con la messa in operazione della Corte Penale Internazionale, la cui missione principale radica giustamente nell'investigazione e sanzione delle condotte contrarie al diritto di genti. A questo punto, sebbene è questionabile affermare con certezza che esista una proibizione del diritto internazionale consuetudinario nei confronti della amnistia, è pure certo che nell'attualità le probabilità che le condotte più gravi vengano investigate sia da Tribunali internazionali come domestici (in virtù del principio de giurisdizione universale) è maggiore.

L'amnistia si connetta con il concetto di delitti politici, al meno in Colombia e nella maggior parte dei sistemi giuridici dell'America Latina, perché di solito agli unici reati a i quali può essere concesso suddetto beneficio, sono i delitti di carattere politico.

Si giustifica la clemenza sovrana per questo tipo di reati perché essi sono considerati come l'espressione altruista di un gruppo di persone in determinate circostanze. Si distinguono

dai delitti comuni per l'elemento soggettivo e il fine perseguito, perciò si predica da essi un valore diverso riguardo ai crimini che cercano un beneficio personale o economico.

I delitti politici si associano di solito a periodi di guerra o di grave tensione sociale, e dunque il loro riconoscimento deve essere considerato non solo eccezionale, ma anche funzionale e dipendente da circostanze esogene.

Finalmente, il concetto di delitti relativi si associa con entrambe le nozioni di amnistia e reati politici nel senso che nello sviluppo di una guerra o conflitto sociale, motivati da finalità altruiste, possono venire commessi delitti ordinari che tuttavia, viste le circostanze in cui accadono, meritano un trattamento attenuato. Dunque si richiede necessariamente sviluppare un metodo per definire, quando e come, certi delitti comuni possano essere considerati connessi ad uno politico.

In Colombia i delitti politici e connessi ad essi sono gli unici che possono essere amnistiati. Questo venne stabilito nella Costituzione Politica del 1991 e sostenuto nei due processi di pace che da quel momento hanno avuto luogo. L'ultima legge di amnistia, che sarà studiata in dettaglio nel prossimo capitolo, riafferma questo principio.

È possibile allora sostenere che da un punto di vista operativo, il processo di giustizia transizionale in Colombia, in gran misura si basa sulla possibilità di riconoscere amnistie, che a sua volta, e con base nei principi (o almeno considerazioni) del diritto internazionale, si limitano ai delitti politici e connessi.

L'importanza della prima parte di questa tesi, allora, risulta dal fatto che sia necessario da un punto di vista concettuale, comparatistico e descrittivo, comprendere i limiti e la portata di queste figure sia nel diritto domestico e in quello internazionale. Ciò servirà per multipli motivi: 1. Comprendere se il modello Colombiano si esprime dentro i limiti del diritto internazionale, e dunque l'interpretazione riguardo alla portata dei meccanismi di giustizia

transizionale è compatibile con i principi di questo diritto; 2. Come si è menzionato anteriormente, cercare una risposta per quei casi non coperti dalla legge, e cioè i casi di delitti comuni commessi con occasione del conflitto armato ma che non vengono considerati come politici o relativi ma nemmeno come reati internazionali.

Giustamente su questo ultimo punto si svilupperà la seconda parte della tesi. Se la prima era di carattere concettuale e descrittivo, la seconda pretende essere di carattere analitico e propositivo. Già con gli strumenti concettuali alla mano, sarà più facile analizzare il modello di giustizia transizionale in Colombia, capire la sua operatività, i meccanismi a sua disposizione e sopra tutto le circostanze sotto le quali possa venire concessa una amnistia.

Il primo capitolo tratterà la storia del conflitto armato e la necessità di portare avanti un processo di giustizia transizionale. Qua si riconfermerà un'idea già espressa dal Professor Trapani riguardo all'inesistenza di una proibizione del diritto internazionale nei confronti delle amnistie. E cioè, la validità del suo uso nel caso Colombiano viste le circostanze del conflitto e la necessità di porre fine ad esso.

Nel secondo capitolo, invece, ci si addenterà nel dettaglio di come funziona la giurisdizione speciale di pace e come essa debba interpretarsi alla luce della recentemente approvata legge di amnistia. Si potrà notare che la stessa architettura istituzionale del Tribunale di Pace invita a che siano soltanto investigati e puniti i delitti più gravi e i maggiori responsabili.

Finalmente, nel terzo capitolo della seconda parte, si avvanzerà in un modello prospettivo per risolvere casi difficili, e cioè quei casi che arriveranno alla giurisdizione di pace e che non sono coperti espressamente dalla legge. Si dimostrerà a partire dallo studio di due casi recenti, che il Tribunale si trova di fronte a una sfida enorme riguardo alla costruzione di pace in Colombia e che esso implica rilassare il paradigma della giustizia retributiva e assoluta, e favorire un modello transizionale flessibile. In questo senso si proporrà l'adozione della dottrina che denomino Trapani-Ferrajoli, dalla quale a sua volta si deriva la

proposta di implementazione di quello che chiamo il “principio di equivalenza funzionale di benefici penali per delitti connessi ai reati internazionali”.

I concetti di amnistia, delitti politici e delitti connessi, saranno allora nucleari nello sviluppo della seconda parte. Non soltanto perché essi rappresentano il nocciolo del modello di giustizia transizionale in Colombia; ma anche perché dalla comprensione dei loro limiti e della loro portata, si deriva la proposta dottorale accennata previamente.

II PARTE

**IL CASO COLOMBIANO. ANALISI DEL PROCESSO DI PACE, STRUTTURA DELLA
GIURISDIZIONE DI PACE, ED ANALISI PROSPETTICO. UNA PROPOSTA PER LA SOLUZIONE
DI CASI COMPLESSI**

Giustizia transizionale

Oltre cinquant'anni di guerra in Colombia hanno avuto un effetto devastante dal punto di vista sociale ma anche economico e politico. Si calcola che la guerra abbia lasciato più di otto milioni di vittime, che equivalgono al 15% del totale degli abitanti del Paese. La popolazione delle zone rurali in Colombia si è dimezzata; milioni di contadini hanno dovuto abbandonare la loro terra e cercare un futuro nelle grandi città. Oggigiorno ci sono cinquantamila famiglie che conservano la speranza di ritrovare le persone scomparse a causa della violenza, e altre duecentomila che hanno dovuto seppellire i loro morti. Se questo non bastasse la Colombia vive momenti di polarizzazione politica senza precedenti, paradossalmente conseguenza della firma del processo di pace con le Farc, il gruppo guerrigliero più antico dell'emisfero occidentale ed il responsabile di molte delle vittime della nostra guerra.

Coloro che si oppongono al processo di pace sostengono che il modello di giustizia transizionale rappresenta un pericolo per la Colombia, non soltanto dal punto di vista morale, ma anche dal punto di vista legale. Ritengono che l'accordo con le Farc si traduca in una amnistia generale, e che questo tipo di beneficio sia espressamente proibito dal diritto internazionale. Sostengono anche che uno dei rischi della soluzione pattuita, sia l'imminente attivazione della competenza della Corte Penale Internazionale. A loro giudizio i benefici penali offerti ai combattenti ignorano l'obbligo che ha la Colombia di indagare e punire proporzionalmente le violazioni gravi dei diritti umani.

È vero che il processo di pace della Colombia è unico ed il primo del suo genere dopo che la Corte Penale ha iniziato ad operare. Sebbene non esista un precedente che possa servire come punto di riferimento, l'unica cosa certa è che lo schema di transizione della Colombia prevede una soluzione integrale. Al centro del modello si sono posti i diritti delle vittime, ma anche quelli della società in generale. L'accordo propone soluzioni per i problemi dovuti alla guerra, guardando alle cause del conflitto.

È unico anche perché combina tutti i fattori dei processi di giustizia transizionale: una giurisdizione speciale a carico delle indagini riguardo ai gravi delitti internazionali per garantire che non ci sia impunità per i maggiori responsabili; una Commissione della Verità per ricostruire la narrazione storica del conflitto e garantire il diritto delle vittime alla verità e alla non ripetizione; una Unità di Ricerca per le persone scomparse durante la guerra; un modello di riparazione integrale senza precedenti al mondo; un sistema di demilitarizzazione e risocializzazione dei combattenti; e finalmente amnistie flessibili e condizionate per coloro che hanno partecipato direttamente o indirettamente al conflitto armato.

È proprio rispetto al modello di amnistie che esistono diverse obiezioni, alcune di tipo morale, altre di tipo pratico. Ma quelle su cui più si dibatte sono le obiezioni legali. L'accordo di pace ha previsto che si possa estinguere la pena o l'azione penale per i delitti politici e per i delitti relativi o connessi. Diverse sono le considerazioni al riguardo: da un lato, non è chiara la proibizione delle amnistie nel diritto internazionale, e dunque, si ritiene che lo scopo e la portata del modello Colombiano rientri nei parametri legali; d'altra parte, la stessa Corte Penale Internazionale ha ritenuto che, purchè esistano processi contro i maggiori responsabili e le vittime abbiano riparazione attraverso i processi di giustizia, verità e riparazione, il rischio di un processo davanti a quel Tribunale è minimo.

In questo capitolo si cominceranno ad associare i concetti teorici studiati nella prima parte della tesi. Prima, però, è necessario capire il contesto colombiano, la validità del suo modello di giustizia transizionale, e accertare l'inesistenza di limiti chiari che possano mettere a rischio il sistema di amnistie condizionate previsto dall'accordo di pace. È così che la prima sezione cercherà di rappresentare brevemente la realtà del nostro conflitto; la seconda e la terza sezione, serviranno per dimostrare che le obiezioni al modello di giustizia transizionale previsto dalla Colombia sono prive di ragione; infine, la quarta sezione,

ambisce a dimostrare, attraverso una metodologia di analisi quantitativa, che non risulta chiaro che esista nel diritto internazionale un divieto riguardo all'uso delle amnistie.

Il proposito di questo capitolo, sarà non solo quello di dimostrare la validità del processo di pace in Colombia dal punto di vista pratico e legale, ma anche quello di sostenere l'idea che pur essendoci consenso sui limiti che debbano esistere per meccanismi come l'amnistia, in contesti come quello Colombiano, lo Stato mantiene un'ampia discrezionalità a tal riguardo, discrezionalità che potrà usare quando lo consideri necessario per garantire la pace.

Contesto storico della violenza in Colombia

Per oltre cinquant'anni la Colombia ha sofferto un conflitto armato interno complesso, cui hanno partecipato diversi attori oltre alle forze dell'ordine. Da un lato, le guerriglie della Farc ed ELN, e dall'altro gruppi paramilitari.

Non è del tutto chiaro quando ebbe inizio il conflitto armato. Alcuni autori ritengono che la Colombia non abbia mai avuto un periodo di pace prolungata nella sua storia repubblicana. Nel corso degli ultimi due secoli, il nostro paese è stato testimone di oltre a ventitrè guerre civili, sia di dimensioni nazionali che regionali. Tuttavia, altri considerano che il conflitto armato attuale risalga all'epoca della violenza degli anni 40, dopo che il candidato alla presidenza Jorge Eliecer Gaitán venne ucciso³⁴³.

In effetti, dopo il suo omicidio scoppiò una lotta armata tra liberali e conservatori che sboccò nel "Frente Nacional", che per un sedici anni esclude dal potere i movimenti di

³⁴³ Cfr., Victims and Armed Conflict History Commission. [Online]. Recovered on 2018-06-26. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/index.html>

sinistra. Questa decisione politica sommata alla proliferazione di gruppi guerriglieri in tutta l'America Latina dopo la Rivoluzione Cubana, spiegano la nascita della Farc e l'ELN.

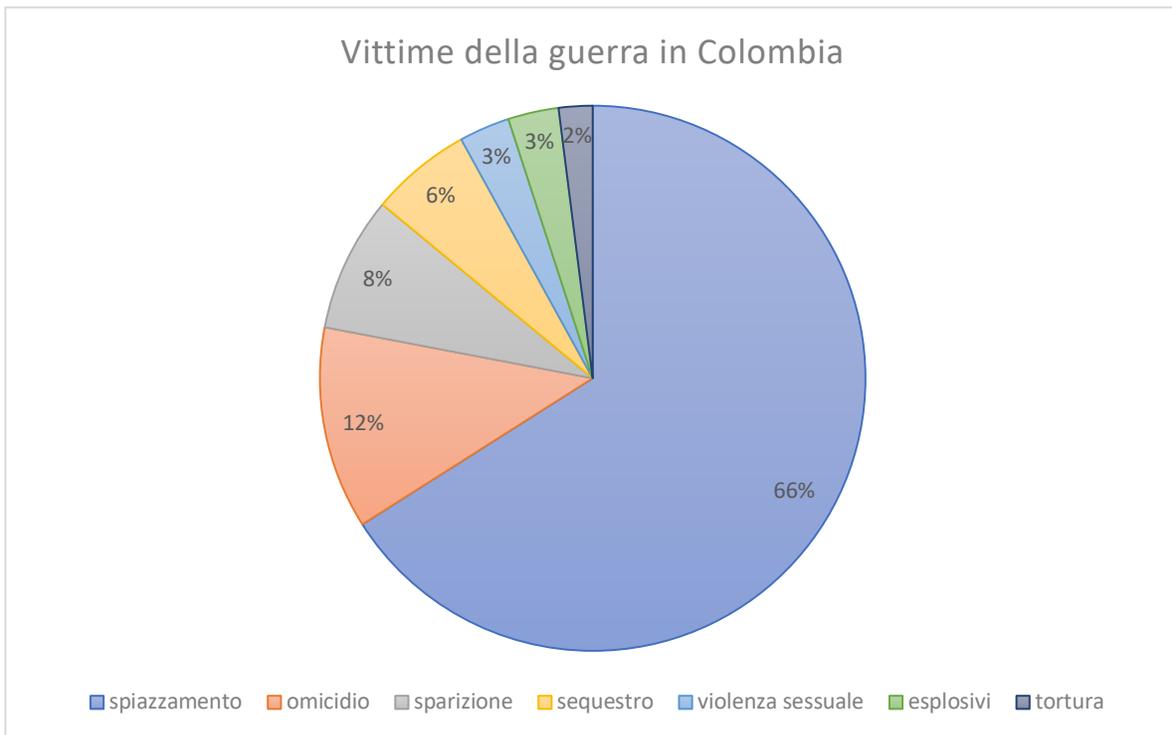
La violenza generata dalle guerriglie comuniste, unita all'incapacità dello Stato di garantire la pace, portò negli anni 80 alla formazione dei gruppi paramilitari che si finanziarono grazie ad una macabra alleanza con i differenti cartelli della droga (alleanza che esisteva pure con i gruppi guerriglieri sin dagli anni settanta), e con i grandi proprietari di terra che usavano il paramilitarismo come loro braccio armato per far fronte alla minaccia guerrigliera³⁴⁴.

La guerra in Colombia si è svolta principalmente nelle zone rurali, là dove lo Stato era assente. Quella che all'inizio poteva sembrare una lotta politica alimentata dalle divergenze ideologiche dei diversi attori, si trasformò in una sanguinaria guerra di controllo territoriale. La combinazione delle armi con il boom dei cartelli della droga degli anni ottanta, condusse a livelli di violenza insostenibili per decenni. Ancora oggi, dopo il processo di pace con i paramilitari e con la guerriglia della Farc, l'effetto del traffico di droga persiste. Dissidenze dei diversi gruppi armati, chiamate bande criminali o "Bacrim", motivate esclusivamente dai proventi dell'economia illecita della cocaina e del contrabbando³⁴⁵, minacciano la sicurezza e la stabilità in diverse regioni della Colombia.

³⁴⁴ Cfr., Revista Semana. Contrarreforma agraria [Agrarian counter-reform]. [Online]. Recovered on 2018-06-26. Available at: <https://www.semana.com/opinion/articulo/contrarreforma-agraria/73501-3>. See EL ESPECTADOR. La contrarreforma agraria [The agrarian counter-reform]. Recovered on 2018-06-26. Available at: <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/articulo128034-contrarreforma-agraria>

³⁴⁵ Cfr., Verdad Abierta. Disidencias de las Farc: problema en crecimiento [Farc's dissidents: growing problem]. [Online]. Recovered on 2018-06-26. Available at: <https://verdadabierta.com/disidencias-de-las-farc-problema-en-crecimiento/>; Cfr., Fundación Ideas Para La Paz. [Ideas For Peace Foundation]. Trayectorias y dinámicas territoriales de las disidencias de las FARC [FARC's dissidents trajectories and territorial dynamics]. [Online]. Recovered on 2018-06-28. Available at http://ideaspaz.org/media/website/FIP_Disidencias_Final.pdf; Cfr., Fundación Ideas Para La Paz [Ideas For Peace Foundation]. Disidencias de las FARC: ¿Cuáles son, dónde están, qué hacen? [FARC's dissidents: How many, where are they, and what do they do?]. [Online]. Recovered on 2018-06-28. Available at: <http://cdn.ideaspaz.org/media/website/document/5a567abca3064.pdf>

Soltanto per farsi un'idea degli effetti della guerra in Colombia, dal 1° Gennaio del 1985 fino al 1° Febbraio del 2018, sono state registrate circa nove milioni di vittime³⁴⁶ - un 15% della popolazione totale del nostro paese. Circa 7.5 milioni di persone sono state costrette ad abbandonare la loro terra³⁴⁷; oltre 260.000 uccise³⁴⁸; 50 mila scomparse³⁴⁹; 32 mila sequestrate³⁵⁰; 25 mila violentate³⁵¹; 13 mila ferite da esplosivi³⁵²; 10 mila torturate³⁵³; ed oltre 8 mila minorenni reclutati con la forza³⁵⁴.



³⁴⁶ Cfr., Unidad Para La Atención Y Reparación Integral A Las Víctimas [Unit For The Victims' Assistance And Reparation]. Registro Único de Víctimas actualizado a febrero 1 de 2018 [Unique victims database – February 1st, 2018]. [Online]. Recovered on 2018/03/25. Available at: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>

³⁴⁷ Unidad Para La Atención Y Reparación Integral A Las Víctimas [Unit For The Victims' Assistance And Reparation]. Registro Único de Víctimas actualizado a febrero 1 de 2018 [Unique victims database – February 1st, 2018]. [Online]. Recovered on 2018/03/25. Available at: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>

³⁴⁸ Cfr., Ibidem

³⁴⁹ Cfr., Ibidem

³⁵⁰ Cfr., Ibidem

³⁵¹ Cfr., Ibidem

³⁵² Cfr., Ibidem

³⁵³ Cfr., Ibidem

³⁵⁴ Cfr., Ibidem

Il Centro di Memoria Storica in Colombia sostiene che l'ottanta per cento delle vittime siano civili e che soltanto il venti per cento siano combattenti. La guerriglia è responsabile del 90% dei sequestri; dell'84% dei danni alla proprietà privata; del 17% dei massacri; del 16% degli omicidi individuali; e del 2% delle scomparse³⁵⁵. A sua volta i paramilitari sono considerati responsabili del 90% dei casi di violenza sessuale; del 63% delle torture; del 59% dei massacri; del 42% delle scomparse; del 39% degli omicidi individuali; del 10% dei sequestri; del 5% delle distruzioni della proprietà privata³⁵⁶. Infine, si deve anche considerare che la forza pubblica talvolta è considerata responsabile di delitti come la scomparsa (42%); omicidi individuali (10%); e massacri (8%)³⁵⁷.

Oltre alle vittime umane della guerra, il conflitto armato ebbe un effetto nefasto sull'economia e sullo sviluppo della Colombia. Secondo i dati del Banco Mondiale la popolazione che abitava nelle zone rurali si ridusse dal 55% al 23%, e questa cifra, per un paese in via di sviluppo con una dipendenza importante dai suoi prodotti agricoli, significa una perdita di opportunità immensa³⁵⁸.

È pure importante non dimenticare che un conflitto assai intenso e prolungato ha effetti nel sistema democratico, nel consolidamento del *rule of law*, e in generale nella idiosincrasia

³⁵⁵ Cfr., Centro Nacional De Memoria Histórica [National Center For Historical Memory]. ¡Basta ya! Colombia: Memories of War and Dignity. General Report. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2016/basta-ya-ingles/BASTA-YA-ingles.pdf> pp. 42-43.

³⁵⁶ Cfr., Centro Nacional De Memoria Histórica [National Center For Historical Memory]. ¡Basta ya! Colombia: Memories of War and Dignity. General Report. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2016/basta-ya-ingles/BASTA-YA-ingles.pdf> pp. 42-43.

³⁵⁷ Cfr., Centro Nacional De Memoria Histórica [National Center For Historical Memory]. ¡Basta ya! Colombia: Memories of War and Dignity. General Report. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2016/basta-ya-ingles/BASTA-YA-ingles.pdf> pp. 42-43.

³⁵⁸ Cfr., WORLD BANK. Rural population (% of total population). Colombia. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <https://data.worldbank.org/indicator/SP.RUR.TOTL.ZS>

nazionale³⁵⁹. Ancora oggi persiste una forte cultura dell'illegalità, dimostrata dalla permanenza di gruppi armati delinquenziali come le Bacrim.

Il processo di pace attuale della Colombia non è il primo. Come si era già accennato nel primo capitolo di questa tesi, si registrano ben oltre tredici processi di pace, la maggior parte dei quali non ha avuto successo. Malgrado ciò, negli ultimi trent'anni si sono portati avanti tre processi di pace molto importanti. Il primo con il movimento M-19, che si è concluso con un'amnistia totale di tutti i suoi combattenti nel 1994 ed il suo riconoscimento come partito politico. Il secondo, chiamato "Justicia y Paz", siglato tra il Governo di Alvaro Uribe e i gruppi paramilitari. E infine, il processo di pace con la guerriglia della Farc, conosciuto anche come l'accordo de L'Avana.

Nel processo di pace con i paramilitari si intendeva portare avanti un modello di amnistia totale e generale per oltre 35.000 combattenti, compresi i comandanti del gruppo armato. Nonostante ciò, la pressione internazionale che fu esercitata sul Parlamento fece che il modello approvato dal legislatore prevedesse un sistema di giustizia alternativa per i maggiori responsabili di reati contro il diritto internazionale umanitario ed in generale contro gravi violazioni dei diritti umani.

La Corte Costituzionale modificò la versione adottata dal Parlamento e sostenne che qualsiasi processo di giustizia transizionale deve vegliare sulla garanzia dei diritti delle vittime e sulla soddisfazione piena della verità, della giustizia e della riparazione. Di conseguenza, si interpretò che tutti i benefici previsti dal processo di "Justicia y Paz", dovessero essere condizionati al fatto che i maggiori responsabili rispondessero davanti ad un tribunale speciale con l'impegno di raccontare tutta la verità e dare riparazione alle vittime.

³⁵⁹ Cfr., WALDMANN PETER, Is there a culture of violence in Colombia? Terrorism and Political Violence. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://dx.doi.org/10.1080/09546550701626836>

Del totale di 35.000 paramilitari rientranti nell'accordo di pace, oltre 30 mila furono amnistiati *de facto*, nel senso che sebbene si mantenesse l'obbligo di comparire quando fossero chiamati dalla giustizia, di raccontare tutta la verità e di riparare alle loro vittime, nella pratica furono rilasciati in libertà.

Nel 2012 il Governo riconobbe l'impossibilità di portare avanti la totalità delle indagini dei restanti 5 mila paramilitari a cui non venne concessa l'amnistia a causa della loro responsabilità in delitti di carattere internazionale. È così che venne approvata la legge 1592 del 2012 che prevedeva una nuova modalità per lo svolgimento dei processi e delle indagini.

Si ritenne possibile dare priorità ai casi contro i maggiori responsabili, e si introdusse pure il concetto di macro criminalità; fu cioè abbandonata l'inchiesta sui casi concreti per piuttosto determinare la responsabilità penale sulla base del contesto generale di violenza. Nonostante la riduzione del numero di casi e di imputati, ad oggi persistono oltre 100.000 atti criminali senza nessun progresso nell'indagine.

Nel 2010, quando Juan Manuel Santos assunse la presidenza della Colombia, riconobbe l'esistenza di un conflitto armato, cosa che, pur potendo sembrare inverosimile, non era successa fino a quel momento. In effetti si riteneva che la guerriglia fosse un gruppo terrorista. Un altro aspetto che venne riconosciuto dal Presidente Santos fu l'impossibilità di vincere la guerra attraverso la forza. Sebbene la guerriglia fosse stata indebolita durante il governo di Uribe, la dinamica del conflitto non avrebbe mai permesso di raggiungere una vittoria militare.

Nel 2012, dopo oltre un anno di conversazioni segrete, il governo annunciò ufficialmente l'inizio delle trattative di pace³⁶⁰. Esse si portarono avanti per ben quattro anni. L'accordo finale ambiva a raggiungere diversi obiettivi: 1. La fine del conflitto armato; 2. Il

³⁶⁰ Cfr., Fundación Ideas Para La Paz [Ideas For Peace Foundation]. La Habana, paso a paso [Havana, step by step]. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://www.ideaspaz.org/especiales/dialogos-habana/>

riconoscimento e la soluzione dei problemi strutturali legati alla guerra; 3. Dare riparazione alle vittime e garantire l'esercizio dei loro diritti; e 4. Promuovere la riconciliazione nazionale per porre fine ai cicli di violenza sociale.

L'accordo de L'Avana si è formato da sei capitoli. Il primo si riferisce ad una riforma rurale integrale³⁶¹, che a sua volta mira al miglioramento delle condizioni dei contadini attraverso la promozione di progetti produttivi, il riconoscimento di sussidi, ed il compromesso di ridurre il tasso di povertà oltre il 50%. Questo punto riconosce anche che una delle cause della guerra è precisamente il conflitto agrario, e che la maggior parte delle vittime è stata cacciata via dalla sua terra con la forza. Dunque, insieme a questo punto si prevede la restituzione della terra illecitamente espropriata.

Il secondo capitolo dell'accordo prevede la necessità di rafforzare i meccanismi di partecipazione politica di tutti i cittadini³⁶², così come la promozione del diritto di associazione e la fissazione di regole chiare per fare opposizione al governo. Uno degli elementi più importanti di questo punto è il riconoscimento della partecipazione politica della guerriglia, che per due legislazioni avrà dieci seggi in Parlamento.

³⁶¹ Cfr., Gobierno De Colombia [Government Of Colombia]. Final Agreement to End the Armed Conflict. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/documentos-y-publicaciones/Documents/Acuerdo-Final-ing-web.pdf>. Cfr., Gobierno De Colombia [Government Of Colombia]. Summary of Colombia's Agreement to End Conflict and Build Peace. [Online]. Recovered on 2018-06-26. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/summary-of-colombias-peace-agreement.pdf>. See OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR PEACE. The Colombian Peace Agreement: The Opportunity to Build Peace. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/The Colombian Peace Agreement t the opportunity to build pace.pdf>

³⁶² Cfr., Gobierno De Colombia [Government Of Colombia]. Final Agreement to End the Armed Conflict. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/documentos-y-publicaciones/Documents/Acuerdo-Final-ing-web.pdf>. Cfr., Gobierno De Colombia [Government Of Colombia]. Summary of Colombia's Agreement to End Conflict and Build Peace. [Online]. Recovered on 2018-06-26. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/summary-of-colombias-peace-agreement.pdf>. See OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR PEACE. The Colombian Peace Agreement: The Opportunity to Build Peace. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/The Colombian Peace Agreement t the opportunity to build pace.pdf>

Il terzo capitolo si riferisce alla fine della guerra³⁶³. Esso si sviluppa in quattro parti: 1. Stop al fuoco bilaterale e cessazione di qualsiasi ostilità; 2. Reinserimento sociale ed economico dei combattenti della guerriglia; 3. Condizioni e garanzie di sicurezza per i guerriglieri; e 4. Politiche per combattere i gruppi paramilitari o la delinquenza organizzata ancora presente in diversi territori della Colombia.

Il quarto capitolo prevede la necessità di adottare una strategia efficace contro il traffico illecito di droga³⁶⁴.

Il sesto capitolo si riferisce alle regole di implementazione dell'accordo di pace così come ai meccanismi necessari per verificare l'adempimento degli accordi raggiunti³⁶⁵.

³⁶³ Cfr., Gobierno De Colombia [Government Of Colombia]. Final Agreement to End the Armed Conflict. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/documentos-y-publicaciones/Documents/Acuerdo-Final-ing-web.pdf>. Cfr., Gobierno De Colombia [Government Of Colombia]. Summary of Colombia's Agreement to End Conflict and Build Peace. [Online]. Recovered on 2018-06-26. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/summary-of-colombias-peace-agreement.pdf>. See OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR PEACE. The Colombian Peace Agreement: The Opportunity to Build Peace. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/The Colombian Peace Agreement t the opportunity to build pace.pdf>

³⁶⁴ Cfr., Gobierno De Colombia [Government Of Colombia]. Final Agreement to End the Armed Conflict. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/documentos-y-publicaciones/Documents/Acuerdo-Final-ing-web.pdf>. Cfr., Gobierno De Colombia [Government Of Colombia]. Summary of Colombia's Agreement to End Conflict and Build Peace. [Online]. Recovered on 2018-06-26. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/summary-of-colombias-peace-agreement.pdf>. See OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR PEACE. The Colombian Peace Agreement: The Opportunity to Build Peace. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/The Colombian Peace Agreement t the opportunity to build pace.pdf>

³⁶⁵ Cfr., Gobierno De Colombia [Government Of Colombia]. Final Agreement to End the Armed Conflict. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/documentos-y-publicaciones/Documents/Acuerdo-Final-ing-web.pdf>. Cfr., Gobierno De Colombia [Government Of Colombia]. Summary of Colombia's Agreement to End Conflict and Build Peace. [Online]. Recovered on 2018-06-26. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/summary-of-colombias-peace-agreement.pdf>. See OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR PEACE. The Colombian Peace Agreement: The Opportunity to Build Peace. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/The Colombian Peace Agreement t the opportunity to build pace.pdf>

Il quinto capitolo, che agli effetti della presente tesi risulta il più importante, prevede la creazione del sistema integrale di giustizia, verità, riparazione e garanzie di non ripetizione (SIJVR) o il “Sistema”³⁶⁶. Anche se la parte che riguarda la giustizia verrà studiato in profondità nel capitolo seguente, è importante notare che questo punto dell’accordo è il nocciolo della giustizia transizionale che si sta portando avanti in Colombia.

Nonostante il modello di giustizia transizionale in Colombia preveda l’amnistia e l’indulto, esso non si traduce in impunità nei confronti dei massimi responsabili delle violazioni dei diritti umani. Il Sistema contempla una Commissione della Verità, un’Unità per cercare le persone scomparse, e finalmente la creazione della Giurisdizione Speciale di Pace (JEP).

L’obiettivo principale del modello di giustizia transizionale previsto dall’accordo di pace riposa nel riconoscimento dei diritti delle vittime alla verità, alla giustizia e alla riparazione. È un modello fondamentalmente riparatorio e non considera l’impunità per i maggiori responsabili di delitti internazionali.

Malgrado le critiche al processo di pace con la Farc, in poco più di un anno dalla sua firma, è possibile scorgere già risultati che non si erano mai visti in Colombia e in nessun altro processo di pace al mondo.

³⁶⁶ Cfr., Gobierno De Colombia [Government Of Colombia]. Final Agreement to End the Armed Conflict. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/documentos-y-publicaciones/Documents/Acuerdo-Final-ing-web.pdf>. Cfr., Gobierno De Colombia [Government Of Colombia]. Summary of Colombia’s Agreement to End Conflict and Build Peace. [Online]. Recovered on 2018-06-26. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/summary-of-colombias-peace-agreement.pdf>. See OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR PEACE. The Colombian Peace Agreement: The Opportunity to Build Peace. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: [http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/The Colombian Peace Agreement t the opportunity to build pace.pdf](http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/The%20Colombian%20Peace%20Agreement%20the%20opportunity%20to%20build%20pace.pdf)

L'istituto Kroc dell'Università di Notre-Dame si incarica di verificare l'adempimento dei compromessi di corto e lungo termine espressi nell'accordo³⁶⁷. A Gennaio del 2018 si era già compiuto l'89% del cessate il fuoco bilaterale; le Farc avevano consegnato 8,994 armi³⁶⁸, e 7000 guerriglieri su un totale di 10.000 si trovavano nelle zone transitorie di pace. Nel 2018 la Colombia ha avuto il tasso di omicidi più basso in quarant'anni e l'ospedale militare non ha dovuto ricevere soldati feriti in guerra. Oltre 1000 guerriglieri sono già stati amnistiati e più di 900 agenti dello Stato hanno ricevuto la libertà condizionale.

Non è il proposito di questa tesi approfondire tutti gli aspetti dell'accordo de L'Avana. Ma è impossibile ignorare, come ben sostiene il Professor Mario Trapani, che in una guerra, lo stato di diritto viene soppresso, e dunque anche l'esercizio dei diritti fondamentali dei cittadini. La guerra, per Trapani, si traduce nella negazione del diritto e, dunque, qualsiasi soluzione che serva a ristabilire la pace (intesa tra l'altro come obbligo costituzionale) non potrà mai essere obiettata. Il processo di pace non è perfetto, ma l'effetto pratico della sua implementazione sta già cominciando a dare i primi risultati.

Diverse organizzazioni di diritti umani, paradossalmente, criticano fortemente l'accordo de l'Avana e sostengono che lo Stato non può rinunciare all'azione penale per cercare di ottenere la pace. Insistono nell'affermare che l'amnistia prevista nel modello di giustizia transizionale si traduce in impunità e che potrebbe significare l'attivazione della competenza della Corte Penale Internazionale.

Giustizia transizionale e diritto penale internazionale: limite all'amnistia?

³⁶⁷ Cfr., Kroc Institute For International Peace Studies. Informe sobre el estado efectivo de implementación del acuerdo de paz en Colombia [Report on Colombia's Peace Accord implementation]. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/informe-kroc.pdf>

³⁶⁸ Cfr., Alta Consejería Para El Posconflicto [Office Of The High Commissioner For Post-Conflict]. Balance general de la implementación del Acuerdo de Paz [Report on the Peace Accord's implementation]. January, 2018.

I modelli di giustizia transizionale tradizionali³⁶⁹ sono in crisi. Non perché non siano necessari oppure perché non vengano più implementati dagli Stati in guerra o in processi di democratizzazione. Oggigiorno, con lo sviluppo del sistema internazionale di diritti umani, nonché del diritto penale internazionale³⁷⁰ e specialmente con la creazione della Corte Penale Internazionale, la configurazione di questi modelli si è vista sensibilmente limitata. Processi come quello Sudafricano, per non parlare di quello Cileno o Argentino degli anni ottanta, sarebbero oggi impensabili.

³⁶⁹ Per processi di giustizia tradizionali si intendono quelli implementati negli anni ottanta e novanta consistenti in un modello di oblio generale. Leggi come quella di “punto finale” in Cile, o “auto amnistie”, come quelle in Argentina, persino amnistie generali come quelle del Sudafrica, rientrano in questa categoria. In contrapposizione si intendono processi transizionali odierni o contemporanee, quelli che tengono da conto gli standard internazionale di protezione e garanzia dei diritti delle vittime. Riguardo all’evoluzione dei processi di giustizia transizionale, Cfr., Mallinder, L. (2016). THE END OF AMNESTY OR REGIONAL OVERREACH? INTERPRETING THE EROSION OF SOUTH AMERICA'S AMNESTY LAWS. *The International and Comparative Law Quarterly*, 65(3), 645-680. doi:<http://dx.doi.org.ezp-prod1.hul.harvard.edu/10.1017/S0020589316000166>; Cfr., Roht-Arriaza, N. (2015). After amnesties are gone: Latin american national courts and the new contours of the fight against impunity. *Human Rights Quarterly*, 37(2), 341-382, 576. Retrieved from <http://search.proquest.com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/docview/1684204770?accountid=11311>

³⁷⁰ Cfr., Barboza, Julio, “International criminal law (Volume 278)”, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law. Consulted online on 28 July 2018 <http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789041113962.009_199> First published online: 1999, “we may try a characterization of international criminal law as the criminal law of the international community. This approach leads to a consideration of our discipline as something generally equivalent, on the international plane, to criminal law in the domestic legal order : a corpus of norms with the description of criminal conduct affecting the highest values of the international — instead of the national — community. In international law, such offences derive from conventions (genocide, for instance) or from customary law (piracy, slave trade). In final analysis, such norms may be characterized by the fact that they carry penalties, that is, sanctions going beyond the mere reparation of the damages resulting from the criminal conduct. Even if that trait, as we just saw, is mixed up in practice with other finalities of criminal law — like the re-insertion of the criminal in society — the final distinction with “civil”-type responsibility lies in the punitive character of the penal sanctions. The reason why such conduct is thus treated in law is that it goes against, or endangers, some fundamental community interests or values. Penal norms are designed to protect such interests or values: they are a sort of barbican, a construction found outside medieval fortresses in order to defend them, an outer trench that gives added protection to particularly cherished values of the community, such as life, property, health, public order. Penal norms play, then, the same role in international law as they do in domestic law, except that they protect interests and values of the international community. The field of human rights provides some examples; fundamental human rights need international protection for the simple reason that States are the principal violators. Sometimes a fundamental human right needs special protection; its violation then becomes an international crime. That was the case of genocide and of other international crimes, except that the responsibility falls on the individual, not on the State.”; Cfr., Alejandro Aponte Cardona, *Criminal Prosecution of International Crimes: The Colombian Case*, 10 *Int'l Crim. L. Rev.* 549 (2010); Cfr., Andrew Altman and Christopher Heath Wellman, *Ethics*, Vol. 115, No. 1 (October 2004), pp. 35-67 Published by: The University of Chicago Press; Cfr.,

Esiste un consenso generale sulla non convenienza delle amnistie in “bianco”, delle auto amnistie, ed in generale dei modelli di oblio che non prevedano un minimo di giustizia³⁷¹. Oltre ai limiti che si fanno derivare dal diritto penale internazionale, in seno agli organismi internazionali di protezione dei diritti umani, si stima che qualsiasi modello di transizione deve soddisfare i diritti delle vittime alla giustizia, alla verità ed alla riparazione³⁷².

Malgrado ciò, risulta ingenuo pensare che in situazioni di guerra o di tensione sociale, specialmente in contesti dove difficilmente una delle parti in conflitto si sovrappone all'altra, si possa arrivare ad una pace senza rinunciare all'idea di una giustizia retributiva.

³⁷¹ Cfr., UN A/HRC/RES/21/15, “Derechos humanos y justicia de transición”, “Toma nota con interés de la posición del Secretario General de que los acuerdos de paz respaldados por las Naciones Unidas no pueden permitir jamás la amnistía por actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones graves de los derechos humanos”, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G12/174/50/PDF/G1217450.pdf?OpenElement>

³⁷² Cfr., Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1 8 de febrero de 2005, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement>; Cfr., UN, A/RES/60/147 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/45/PDF/N0549645.pdf?OpenElement>; Cfr., E/CN.4/2004/88 27 février 2004, Impunité, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/113/56/PDF/G0411356.pdf?OpenElement>; Cfr., Joinet Principles, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1

2 de octubre de 1997, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G97/141/45/PDF/G9714145.pdf?OpenElement>; Cfr., UN A/HRC/RES/21/15, “Derechos humanos y justicia de transición”, “Toma nota con interés de la posición del Secretario General de que los acuerdos de paz respaldados por las Naciones Unidas no pueden permitir jamás la amnistía por actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones graves de los derechos humanos; 8. Reafirma que, entre los recursos contra las violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional: a) Acceso igual y efectivo a la justicia; b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación; 9. Pone de relieve que es preciso incorporar un enfoque de derechos humanos a los procesos de selección que forman parte de la reforma institucional destinada a impedir que vuelvan a ocurrir violaciones de los derechos humanos y a fomentar la confianza en las instituciones del Estado”. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G12/174/50/PDF/G1217450.pdf?OpenElement>

Risulta altrettanto inesatto affermare che oggi non si possano avanzare processi di giustizia transizionale, includendo modelli di amnistie flessibili o condizionate. Dunque, sebbene esista un consenso generale -che per alcuni si traduce persino in norma consuetudinaria di diritto internazionale- riguardo alla proibizione delle amnistie generali e delle auto amnistie per delitti internazionali³⁷³, esso non preclude altri tipi di amnistie. In effetti, il problema o il divieto non riposa nei modelli di clemenza in sè e per sè, ma nelle conseguenze che essi possano avere nei confronti dei diritti delle vittime³⁷⁴.

Persistono tuttavia tre tipi di obiezioni ai processi di giustizia transizionale flessibili, e cioè quelli che prevedono un qualche tipo di clemenza sovrana: obiezioni di tipo morale, di tipo pratico e di tipo giuridico. In seguito si farà un breve accenno ad ognuna di esse e si dimostrerà che: 1. l'amnistia dei processi transizionali odierni³⁷⁵ si fonda sull'idea che la

³⁷³ Cfr., Knoops, G. A. (2014). *An introduction to the law of international criminal tribunals: A comparative study*. Leiden: Brill Nijhoff, "The crime of genocide, crimes against humanity, war crimes, and the crime of aggression are the main categories of crimes to be tried by international criminal tribunals. The International Criminal Court (icc) has jurisdiction over these four categories of crimes and they are, according to the Preamble to the ICCSt., "the most serious crimes of concern to the international community as a whole." Notably, international terrorism was not included in the ICCSt. due to lack of agreement on the definition, whilst some states did not consider terrorism as serious as the four mentioned categories.1 It is striking that the STL's mandate does embrace "international" terrorism, albeit within the ambit of a specific situation, namely only in relation to extending to crimes committed in Lebanon pertaining to the attack on President Rafik Hariri."; Cfr., Edward M. Wise, *International Crimes and Domestic Criminal Law*, 38 DePaul L. Rev. 923 (1989); Imre A. Wiener, *Criminal Jurisdiction and International Crimes*, 35 Acta Jur. Hng. 33 (1993); Cfr., James Hartley, *The International Crimes and International Criminal Court Act 2000*, 9 Auckland U. L. Rev. 623 (2001); Cfr., Jelena Pejic, *Article 1F(a): The Notion of International Crimes*, 12 Int'l J. Refugee L. 11 (2000); Cfr., Malekian, F. (2011). *Principles of Islamic international criminal law: A comparative search*. Leiden: Brill; Cfr., H. Jescheck, 'International Crimes', in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume 11(1992), 1119, 1120; Cfr., Cryer, R., Wilmschurst, E., Friman, H., & Robinson, D. (2014). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*(3rd ed.). Cambridge: Cambridge University Press;

³⁷⁴ Cfr., UN A/HRC/RES/21/15, "Derechos humanos y justicia de transición", "(...)Reafirma que, entre los recursos contra las violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional: a) Acceso igual y efectivo a la justicia; b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación; 9. Pone de relieve que es preciso incorporar un enfoque de derechos humanos a los procesos de selección que forman parte de la reforma institucional destinada a impedir que vuelvan a ocurrir violaciones de los derechos humanos y a fomentar la confianza en las instituciones del Estado", <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G12/174/50/PDF/G1217450.pdf?OpenElement>

³⁷⁵ Si assumono come processi transizionali odierne quelle che prevedono la garanzia dei diritti alle vittime, e che sono stati implementati dopo l'entrata in operazioni della Corte Penale Internazionale, come ad esempio quello Colombiano. Questi processi possono prevedere amnistie flessibili ma non generali o auto amnistie. Riguardo all'evoluzione dei processi di giustizia transizionale, Cfr., Mallinder, L. (2016). *The End Of Amnesty*

pace sia un valore morale imprescindibile in una società; 2. L'amnistia è uno strumento pratico che serve ad una società per superare momenti di tensione sociale; 3. L'amnistia non è proibita dal diritto internazionale.

Per finire, questa sezione concluderà con alcuni accenni riguardo al rapporto della Corte Penale Internazionale con la Colombia, e le sue obiezioni riguardo al processo di pace. Qui si mostrerà come lo stesso Tribunale riconosce la validità del processo, e sebbene avverta che è necessario evitare l'impunità per i maggiori responsabili, la struttura, lo scopo e portata del modello di giustizia transizionale è in sintonia con le regole del diritto penale internazionale.

Coloro che obiettano modelli transizionali che prevedono amnistie, considerano che sia riprovevole da un punto di vista morale, quasi Kantiano, non punire i responsabili di certi delitti. D'altra parte si teme che perdonare gli atti più inumani possa creare la falsa credenza che essi siano meno gravi e, dunque, si corra il rischio che possano essere ripetuti. A loro giudizio, si dovrebbe imporre una giustizia severa che sia proporzionale alla gravità delle condotte illecite.

Ad esempio, Bolletino³⁷⁶ sostiene che delitti come quelli commessi dai gruppi paramilitari in Colombia debbano essere presentati davanti alla Corte Penale Internazionale, e che il governo Colombiano abbia mancato ai suoi doveri di indagare e punire proporzionalmente i responsabili di crimini come quelli commessi, ad esempio, contro la comunità indigena di Betoyes Gauahibo. In quella circostanza gruppi paramilitari violentarono tre minorenni e

Or Regional Overreach? Interpreting The Erosion Of South America's Amnesty Laws. *The International and Comparative Law Quarterly*, 65(3), 645-680. doi:<http://dx.doi.org.ezp-prod1.hul.harvard.edu/10.1017/S0020589316000166>; Cfr., Roht-Arriaza, N. (2015). After amnesties are gone: Latin american national courts and the new contours of the fight against impunity. *Human Rights Quarterly*, 37(2), 341-382,576. Retrieved from <http://search.proquest.com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/docview/1684204770?accountid=11311>

³⁷⁶ Cfr., Bolletino, A. (2008). Crimes against humanity in colombia: The international criminal court's jurisdiction over the may 2003 attack on the betoyes guahibo indigenous reserve and colombian accountability. *Human Rights Review*, 9(4), 491-511. doi:<http://dx.doi.org.ezp-prod1.hul.harvard.edu/10.1007/s12142-008-0066-2>

uccisero quattro membri della comunità. Questo atto di violenza fu commesso con l'aiuto della forza pubblica³⁷⁷.

Nessuno obietta la crudeltà dei crimini commessi in contesti di guerra. La violenza è riprovevole sotto qualsiasi punto di vista e abolirla deve essere un proposito di Stato. La pace è, come ritiene Trapani, un diritto fondamentale. La questione non si pone allora sul dovere morale di punire i responsabili di delitti atroci, ma bensì nell'obbligo dello Stato di garantire la pace come valore inerente a qualsiasi società.

In opposizione alle obiezioni precitate, Gary Bass sostiene che la costruzione di un "mondo migliore" (concetto puramente morale), deve guardare oltre i tribunali di guerra e i processi penali. Secondo lui, l'idea che i problemi derivanti da una guerra e che sono di interesse della comunità internazionale si risolvano attraverso l'attivazione della giurisdizione penale internazionale, è un atto di "indolenza politica". L'intromissione dei Tribunali internazionali non permette il raggiungimento della pace perché asfissiano la possibilità che la società stessa trovi una soluzione autonoma ai problemi che diedero origine al conflitto. Conclude dicendo che la proliferazione della giustizia penale internazionale non è un segnale di progresso, giacché il vero progresso dovrebbe essere evitare le gravi violazioni ai diritti umani, piuttosto che punirli dopo che esse sono state commesse³⁷⁸.

³⁷⁷ Cfr., Bolletino, A. (2008). Crimes against humanity in colombia: The international criminal court's jurisdiction over the may 2003 attack on the betoyes guahibo indigenous reserve and colombian accountability. *Human Rights Review*, 9(4), 491-511. doi:<http://dx.doi.org.ezp-prod1.hul.harvard.edu/10.1007/s12142-008-0066-2>, "The ICC also has jurisdiction over individuals that allegedly violate the Rome Statute in member state territory. The ICC's jurisdiction is complementary to the national jurisdiction of both the member state and the state of the citizenship of the accused. Complementary jurisdiction means that in cases where member states fail to prosecute the crimes listed in the Rome statute, the ICC has jurisdiction to prosecute those crimes (...) The Colombian government's failure to demobilize successfully the AUC casts doubt on the government's ability and willingness to prosecute crimes against its civilian population. The most recent effort to demobilize the AUC came in June 2005. The Colombian government signed into law the Justice and Peace Act (the Act) that defined the terms for the demobilization of paramilitary groups, including the AUC. The Act relies on war criminals and human rights violators to surrender voluntarily. In return for their surrender, criminals are granted amnesty, avoid prison through house arrest, and are allowed to keep their land and wealth", pp. 495-499; Cfr., Smoke and Mirrors: Colombia's Demobilization of Paramilitary Groups, *Hum. Rts. Watch*, (Vol. 17, No. 3(B)) Aug. 2005 at 2

³⁷⁸ Cfr., Bass, Gary, "War Crime Tribunals", *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Ed. Gregory A. Caldeira, R. Daniel Kelemen, and Keith E. Whittington, "Finally, anyone who is serious about building a better world will

Il dibattito dunque si riduce a un confronto tra i moralisti³⁷⁹ ed i pragmatici³⁸⁰, e cioè coloro che considerano un dovere punire le condotte che attentano contro l'ordine giuridico e sociale, e invece coloro che pensano che rinunciando alla sanzione si riesce ad ottenere la pace. L'argomento che si pone contro la visione moralista, è quello secondo il quale risulta altresì un obbligo morale salvare le vite che possano essere a rischio se non si rinuncia, anche se parzialmente, alla giustizia retributiva affinché si possa garantire la pace³⁸¹.

Giustamente la visione pragmatica dei modelli di giustizia transizionale, e qui entriamo nella seconda categoria di obiezioni, viene messa in dubbio da autori come Geoff Dancy. L'autore ritiene che le soluzioni di transizione basate sulla clemenza non necessariamente garantiscano la pace. Dopo un'analisi statistica, Dancy presenta tre conclusioni che intendono controvertere l'eccesso di entusiasmo ed ottimismo dei "pragmatici": 1. Le amnistie che vengono patteggiate durante lo sviluppo di un conflitto armato tendono ad essere meno efficaci; 2. Le amnistie che prevedono immunità riguardo a gravi violazioni dei diritti umani non garantiscono la non ripetizione di periodi di violenza o il ripresentarsi di

have to look beyond war crimes tribunals. As Shklar wisely wrote, "The idea that all international problems will dissolve with the establishment of an international court with compulsory jurisdiction is an invitation to political indolence. It allows one to make no alterations in domestic political action and thought, to change no attitudes, to try no new approaches and yet appear to be working for peace" (Shklar 1986, 134). The proliferation of war crimes tribunals is not really a sign of progress; real progress would be preventing the war crimes in the first place, rather than judging them afterward", p. 13, Sep 2009 DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199208425.003.0013

³⁷⁹ Cfr., Freeman and Pensky 2012; McEvoy and Mallinder 2012; Turnbull IV 2007; in, Cfr., Dancy, G. (2018). Deals with the Devil? Conflict Amnesties, Civil War, and Sustainable Peace. *International Organization*, 72(2), 387-421. doi:10.1017/S0020818318000012

³⁸⁰ Cfr., Pensky 2008; Snyder and Vinjamuri 2003, in, Cfr., Dancy, G. (2018). Deals with the Devil? Conflict Amnesties, Civil War, and Sustainable Peace. *International Organization*, 72(2), 387-421. doi:10.1017/S0020818318000012

³⁸¹ Cfr., Dancy, G. (2018). Deals with the Devil? Conflict Amnesties, Civil War, and Sustainable Peace. *International Organization*, 72(2), 387-421. doi:10.1017/S0020818318000012, "Human rights advocates worry that amnesties are immoral, interfering with a duty to prosecute crimes under international law. The debate thus turns on a difficult ethical confrontation between consequentialism and moralism. In this debate, consequentialists have an advantage. If amnesties help end the destruction of war, and save lives, they are worth the blow to justice."

un conflitto armato; 3. Le amnistie da sole, e cioè senza nessun altro meccanismo di giustizia transizionale, sono sostanzialmente meno efficaci nel raggiungimento della pace³⁸².

Al contrario di quello che suggerisce Dancy, autori come Andrew Reiter, considerano che la correlazione tra modelli di giustizia transizionale che prevedono qualche tipo di amnistia e la pace, è abbastanza alta. Reiter presenta uno studio di oltre 236³⁸³ atti di clemenza sovrana in conflitti armati interni, che sono stati concessi dal 1970. Sebbene avverta che l'amnistia non è di per sé, dal punto di vista qualitativo, il fattore determinante nella costruzione della pace, riconosce che come strumento di politica nell'ambito di un accordo che pretenda di porre fine ad una guerra, ha effetti strumentali importanti come, ad esempio, la demilitarizzazione e la consegna delle armi dei gruppi armati. È d'accordo con Dancy sul fatto che le amnistie devono far parte di un modello di giustizia transizionale che preveda oltre alla clemenza, altre misure rivolte al riconoscimento alla ricostruzione della fiducia sociale e la soddisfazione dei diritti delle vittime³⁸⁴.

³⁸² Cfr., Dancy, G. (2018). Deals with the Devil? Conflict Amnesties, Civil War, and Sustainable Peace. *International Organization*, 72(2), 387-421. doi:10.1017/S0020818318000012, "The first rule is that amnesties work better if they are enacted in the negotiation phase. During conflict, amid the prenegotiation phase, both sides face problems of adverse selection, or lack of information on their opponent's preferences for peace (...) The second finding is that amnesties with explicit immunities for serious violations are not associated with a lower risk of conflict recurrence. This challenges the conventional wisdom among peacemakers that forgiving human rights abuses may be a necessary element of war-ending bargains (...) The third finding is that amnesties are also more effective when they are embedded within larger processes of peace. If amnesties are disembodied from a larger framework, or haphazardly offered by governments in high-pressure moments, it might do little to produce trust on the other side. The offer simply will not be perceived as credible. However, when they are passed following lengthy and iterated processes of negotiation—often as part of larger postconflict deals to release political prisoners, forgive former soldiers of crimes against the state, or to help demobilize the opposition—they are sometimes successful"

³⁸³ Cfr., Reiter, A. (2014). Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict. *Israel Law Review*, 47(1), 133-147. doi:10.1017/S0021223713000290, "The use of amnesty for human rights violations has been heavily criticised on legal, ethical and political grounds. Yet amnesties have been the most popular transitional justice mechanisms over the past four decades, particularly in the context of internal armed conflict. States justify these amnesties by claiming they are important tools to secure peace. But how successful is amnesty in accomplishing these goals? This article seeks to answer this question by analysing the use and effectiveness of 236 amnesties used in internal armed conflicts worldwide since 1970."

³⁸⁴ Cfr., Reiter, A. (2014). Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict. *Israel Law Review*, 47(1), 133-147. doi:10.1017/S0021223713000290, "When extended as part of a peace process – granted during negotiations, as part of an actual peace agreement, or passed shortly after a comprehensive agreement is signed – amnesties correlate highly with lasting peace. While I do not show that these amnesties were crucial to the peace process in this study, existing research suggests that in many cases they are vital to securing peace (...) Finally, following conflict, states use amnesties as carrots to secure the

L'ultima categoria di obiezioni si riferisce al dubbio riguardo alla legalità dei modelli di giustizia transizionale che contengono misure come l'amnistia³⁸⁵. Dottrinali come Shabas³⁸⁶ e Cassese³⁸⁷ ritengono che esista un obbligo in capo agli Stati di indagare e punire condotte contrarie al diritto internazionale. Questo obbligo non deriva esclusivamente dalle disposizioni dello Statuto di Roma, ma dallo sviluppo del diritto internazionale consuetudinario, com'è stato sostenuto dal Tribunale per la ex Jugoslavia nella sentenza di Tadic³⁸⁸.

Autori come Portilla³⁸⁹ insistono nel dire che ovviare il dovere di investigare e punire le infrazioni al diritto internazionale umanitario implicherebbe l'intervento della Corte Penale Internazionale o persino di altre giurisdizioni domestiche in virtù del principio di giurisdizione universale³⁹⁰. L'autore ritiene che meccanismi di giustizia transizionale come

demobilisation of holdout rebels. They also pardon and release prisoners related to the terminated conflict. In most cases, these are political acts intended to increase public support for the government, though in some cases they can serve as important reconciliation efforts in divided societies. Finally, amnesties are often associated with large, societal efforts to bring closure to the past and move forward from violence. Amnesty thus appears to have the potential to play an important role in maintaining peace and striving towards reconciliation in the post-conflict environment", p. 147

³⁸⁵ Cfr., Yasmin Naqvi, "Amnesties and the ICC," e Peace and Justice Initiative, <<http://www.peaceandjusticeinitiative.org/implementation-resources/amnesties-and-the-icc>>

³⁸⁶ Cfr., William A. Schabas, *An Introduction To e International Criminal Court* (New York: Cambridge University Press, 2007), 195.

³⁸⁷ Cfr., Antonio Cassese, *International Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2003), 451

³⁸⁸ Cfr., *Prosecutor v. Tadić. Case No. IT94-1-T, Opinion and Judgment. (May 2, 1997)*, at para. 649.

³⁸⁹ Cfr., Portilla, J. C. (2014). *Amnesty: Evolving 21st century constraints under international law. The Fletcher Forum of World Affairs*, 38(1), 169-194. Retrieved from <http://search.proquest.com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/docview/1518881477?accountid=11311>

³⁹⁰ Cfr., Portilla, J. C. (2014). *Amnesty: Evolving 21st century constraints under international law. The Fletcher Forum of World Affairs*, 38(1), 169-194. Retrieved from <http://search.proquest.com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/docview/1518881477?accountid=11311>, "*Colombia's attorney general must prosecute state and non-state actors who have allegedly breached jus cogens norms, which are embedded within the corpus of international law. Peremptory norms preexist and give the impression of being part of a universal notion of justice in which derogation is not permitted. If state and non-state actors are found to be in breach of jus cogens norms, they must be held accountable before domestic courts. If Colombia proves unwilling to prosecute jus cogens crimes, international jurisdiction would be triggered (...) United Nations General Assembly (UNGA) issued Resolution 44/162 (1989), establishing a duty to bring perpetrators to court either by prosecuting or extraditing them. (...) By the same token, several international instruments from the UN mention the duty to prosecute serious violations of human rights, including the Draft Declaration on the Protection of All Persons from Enforced or Involuntary Disappearances (drafted under UN leadership) and*

l'amnistia non hanno nessun valore al di là delle frontiere dello Stato che le concede, dunque a livello internazionale non si presume necessariamente la loro legalità e nemmeno prevengono che possano essere ritenute invalide da altre giurisdizioni.

D'altro canto, esistono argomenti sostanziali che respingono le obiezioni riguardo alla legalità dei meccanismi di giustizia transizionale come l'amnistia. La stessa Corte Costituzionale della Colombia, al momento di studiare la costituzionalità dell'atto che introdusse le disposizioni dello Statuto di Roma nella legislazione interna, riconobbe che non esiste un divieto riguardo alla possibilità di concedere amnistie. Al contrario, il diritto internazionale riconosce la validità degli strumenti che ogni Stato ritenga necessari in questo tipo di processi, malgrado esistano limiti come ad esempio le amnistie di punto finale o di oblio generale. Finché si garantiscono i diritti delle vittime alla giustizia, alla verità e alla riparazione, si considerano legittimi tutti gli sforzi per raggiungere la pace, incluse le amnistie condizionate³⁹¹.

Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extralegal, Arbitrary and Summary Executions, supported by UNGA. us, international custom— state practice and opinio juris—mandates prosecution for international crimes (...) the constitutional order of Colombia only admits amnesties for political crimes with the payment of indemnities to victims. The Court, nevertheless, has stated that international law recognizes the non-derogability of peremptory norms since international law punishes the most serious crimes, which are important for the international community of states. For the Court, those norms of international law accepted by Colombia, including the Rome Statute, do not permit the adoption of “self-amnesties, blanket amnesties, laws or other instruments that impede victims’ effective access to judicial remedies (...) While the question of whether amnesties granted for war criminals would be accepted as a defense in proceedings before the ICC will not be definitively resolved until the Court settles it by its own jurisprudence, any domestically-granted amnesty is ultimately unenforceable internationally”, pp.181-190

³⁹¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, “No obstante lo anterior, y con el fin de hacer compatible la paz con la efectividad de los derechos humanos y el respeto al derecho internacional humanitario, el derecho internacional ha considerado que los instrumentos internos que utilicen los Estados para lograr la reconciliación deben garantizar a las víctimas y perjudicados de una conducta criminal, la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y obtener una protección judicial efectiva. Por ello, el Estatuto de Roma, al recoger el consenso internacional en la materia, no impide conceder amnistías que cumplan con estos requisitos mínimos, pero sí las que son producto de decisiones que no ofrezcan acceso efectivo a la justicia (...) Figuras como las leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las auto amnistías (es decir, los beneficios penales que los detentadores legítimos o ilegítimos del poder se conceden a sí mismos y a quienes fueron cómplices de los delitos cometidos), o cualquiera otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos, se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados de proveer recursos judiciales para la protección de los derechos humanos, consagrados en instrumentos como, por ejemplo, la Declaración Americana de Derechos del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, [la Convención Americana de Derechos Humanos y la “Declaración sobre los principios

Già non soltanto dal punto di vista costituzionale ma anche dalla prospettiva del diritto internazionale, autori come Werle e Stingen, ritengono che la proibizione riguardo alle amnistie per il caso Colombiano non sia del tutto chiara³⁹². In effetti, lo stesso Statuto di Roma preclude alla Corte di aprire un'indagine se ciò non risulta nell'interesse della giustizia³⁹³. Il fatto che la Colombia preveda all'interno dell'accordo di pace amnistie

fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (...) Entonces, los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia (artículo 9 CP.), el Estatuto de Roma, y nuestro ordenamiento constitucional, que sólo permite la amnistía o el indulto para delitos políticos y con el pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar (artículo 150. numeral 17 de la CP.), no admiten el otorgamiento de auto amnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) Por lo anterior, sin adelantar juicio alguno sobre eventuales leyes de amnistía o indulto, no encuentra la Corte que la ratificación del Estatuto de Roma pueda implicar un obstáculo para futuros procesos de paz y de reconciliación nacional en donde se consideren medidas como los indultos y las amnistías con sujeción a los parámetros establecidos en la constitución y en los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.”

³⁹² Persino Shabas che viene considerato come uno dei maggiori sostenitori dell'idea che gli Stati debbano punire i delitti internazionali, sostiene che non si può negare l'esistenza di una pratica statale nei confronti dell'amnistia, e che sebbene non necessariamente esse debbano essere riconosciute da altre giurisdizioni, sarebbe impensabile che un giudice sconoscesse l'amnistia del Sudafrica, ad esempio, Cfr., Schabas, W. A. (2010). *The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press, "There is some authority for the view that so-called "Blanket amnesties" are prohibited by customary international law, although the argument is not without flaws, and seems to be inconsistent with State practice. For example, all States seem prepared to respect amnesty for crimes against humanity of apartheid that has provides the underpinning for the democratic transition in South Africa. Although, theoretically many States are in position to prosecute former South African officials, on the basis of universal jurisdiction, there is simply no political willingness to upset the political compromises made by Nelson Mandela. In other word, some "blanket amnesties" seem to have been endorsed by the international community, and this suggests that the claims of a prohibitive customary norm are overstated.", p. 665

³⁹³ Cfr., Statuto di Roma, art. 53, "(...)Se, successivamente all'inchiesta, il Procuratore conclude che non vi sono motivi sufficienti per intentare un'azione giudiziaria: (...) c) in quanto un' azione giudiziaria non sarebbe nell'interesse della giustizia in considerazione di tutte le circostanze, ivi compresa la gravità del reato, gli interessi delle vittime, l'età o la deficienza del presunto autore ed il suo ruolo nel reato allegato", in, <http://www.cirpac.it/pdf/testi/Statuto%20di%20Roma%20della%20Corte%20Penale%20Internazionale.pdf>; Al riguardo Shabas suggerisce che l'ampiezza di questa figura sia stata intenzionale, Cfr., Schabas, W. A. (2010). *The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press, "The expressions "interests of justice" appears in many different legislative contexts, in various legal systems, where it is generally used to acknowledge the need for discretion and the inability of legal texts to codify answers to difficult issues. That is why the term is not defined. Participants at the Rome Conference could have never agreed on the circumstances under which the prosecutor might defer investigations. For example, there were widely varying views about whether the Court should be required to honour amnesties granted by national governments under certain circumstances or to respect the work of alternative justice mechanisms such as truth commissions. According to Darryl Robinson, "national programmes where by amnesties may be sought even by those persons most responsible for international crimes are most unlikely to garner deterrence, but it is at least conceivable that the ICC could conclude that it would not be in the "interests of justice" to interfere

condizionate non implica: 1. Che necessariamente stia violando le disposizioni del diritto internazionale e del diritto penale internazionale; 2. Che la Corte Penale debba riconoscere automaticamente la validità della misura; ma nemmeno che 3. Non debba rispettare le decisioni di uno Stato se esse sono necessarie per garantire la pace e la stabilità sociale³⁹⁴.

Detto questo non si deve confondere la non proibizione di certi meccanismi come l'amnistia con la proibizione di altri tipi di amnistia come quelle generali, "in bianco" o le auto-amnistie³⁹⁵. I delitti internazionali si devono indagare e punire³⁹⁶. Anche se si mettesse in

with a democratically adopted, good faith alternative programme that creatively advanced accountability objectives", p. 663

³⁹⁴ Cfr., Stigen, J. (2008). *The relationship between the International criminal court and national jurisdictions: The principle of complementarity*. Leiden: M. Nijhoff, "A collision between an international criminal jurisdiction and a national conditional amnesty has not yet occurred. It is, however, only a matter of time before it happens, and the question is then whether the existence of the amnesty may either make a case inadmissible or imply that interfering will not serve the interests of justice. In chapter 11 it was concluded that in order to ensure local and/or international peace and security it might, exceptionally, be required to sacrifice both victim's need for vindication and the world community's demand for a moral balance. The issue here is whether the existence of a national alternative non-prosecutorial mechanism can justify a finding that bringing a matter before the ICC will not serve the "interests of justice". "At the Rome Conference, the US delegation circulated an informal discussion paper suggesting that a decision by a democratic regime to grant an amnesty should be considered as part of the admissibility determination. It was argued that one would have to balance the need for prosecution of international crimes with the need to "close a door on the conflict of a past era" and "encourage the surrender or reincorporation of armed dissident groups, in order to facilitate the transition into democracy." (...) In the end no express provision on the relationship between the ICC and the national amnesties was adopted in the Rome Statute. The reason was probably twofold: First, the idea of an amnesty as an alternative to criminal proceedings did not fit well with prevailing ideas. While most of the states acknowledged that in exceptional circumstances it would be inappropriate for the ICC to interfere with national amnesty, the agenda was the fight against impunity. It was indisputable that the South African TRC had received wide support, but at the same time, most states and NGOs who played an important role in this matter viewed it as appropriate to suggest in the Statute that anything other than criminal proceedings might be acceptable.(...) Second, agreeing on proper wording of an "amnesty exception" would have been extremely difficult, and the Rome Conference was not short in supply of difficulties. (...) The fact that the Court's relationship with national amnesties is not expressly regulated does implies that the ICC must respect them nor that it cannot. When Colombia ratified the Statute, it declared: "None of the provisions of the Rome Statute concerning the exercise of jurisdiction by the ICC prevent the Colombian State from granting amnesties, reprieves or judicial pardons for political crimes, provided that they are in conformity with the Constitution and with the principles and norms of international law accepted by Colombia". (...) Strictly understood, the statement is obvious: the Statute does not prevent a state party from granting amnesty, pardoning, etc. The Statute merely provides that a case is admissible when there has been no criminal investigation, and it obliges the state to surrender a suspect upon request", pp. 418-426.

³⁹⁵ Cfr., Arvelo, José E, *International Law and Conflict Resolution In Colombia: Balancing Peace And Justice In The Paramilitary Demobilization Process*, Georgetown Journal of International Law; Winter 2006; 37, 2; Social Science Premium Collection pg. 411

³⁹⁶ Cfr., Werle, G. (2005). *Principles of international criminal law*. Hague: TMC Asser Press, "The scope of the duty to prosecute has great practical significance, especially because the duty to prosecute implies a

dubbio l'inesistenza di una norma di diritto internazionale che vieta le amnistie (come sarà studiato più avanti), paesi come la Colombia non possono esporsi ad un'indagine della Corte Penale Internazionale, che per espressa volontà dello Stato, potrebbe intervenire qualora non vengano rispettate le disposizioni dello Statuto.

Qua non si tratta allora di negare il diritto che ha uno Stato di configurare un modello di giustizia transizionale che serva ai suoi propositi considerate le circostanze politiche e sociali. Ma paesi come la Colombia, liberamente e volontariamente, accettano determinati limiti, e questo si vede rispecchiato nel processo di pace con la Farc. Non si negano strumenti come l'amnistia, ma ci si auto impingono dei limiti consapevoli degli obblighi che autonomamente si sono assunti, specialmente nei confronti delle vittime.

La Colombia non rifiuta le amnistie generali perché senta necessariamente l'obbligo di farlo, ma lo fa per una decisione morale di compromesso politico, storico, giuridico, economico e morale con le più di otto milioni di vittime del conflitto armato.

Il processo di pace Colombiano è unico e particolare al mondo. È il primo meccanismo di giustizia transizionale complesso che viene adottato dopo l'entrata in vigore dello Statuto

prohibition on amnesty. The decision not to punish crimes under international law is nevertheless a typical phenomenon in the transition from macro criminal systems to systems based on the rule of law (...) No clear position on this has yet emerged in international (criminal) law. It is certain, at least, that an across-the-board exemption from criminal responsibility is unacceptable, to the extent that international law creates a duty to prosecute and punish. This means general amnesties for crimes under international law are impermissible under customary international law. As a result, an amnesty in the contravention of international law does not prevent the prosecution by third states (...) On the other hand, international (criminal) law cannot completely block an amnesty that is necessary to restore peace. As a matter of fact, refraining from punishing crimes under international law can be necessary in individual cases to restore domestic peace and make national reconciliation possible. This is the case, for example, if a civil war can only be ended at the cost of forgoing punishment. In such situations, deciding not to punish can be legitimized from the point of view of necessity. Here the difficulty lies in finding sustainable criteria for the permissibility of an amnesty (...) The relationship between prosecution, on one hand, and amnesties and truth commissions, on the other, is not addressed in the ICC Statute. Whether a domestic Court amnesty stands in the way of a case's admissibility before the ICC is in dispute. One must correctly make a distinction here: a general amnesty for crimes under international law does not affect the admissibility of a case before the ICC. In all other cases, especially a nation's assignment of the task of "dealing with history" to a truth commission, the admissibility of a case to the ICC must be considered on case by case basis.", pp. 65-66

di Roma. D'altra parte, la sua regolamentazione, struttura e operazione rispecchia un profondo rispetto per il diritto internazionale. Il processo con le Farc dimostra pure che gli errori che vennero commessi nel passato, verbigrazia "Justicia y Paz", sono stati corretti. Tuttavia l'esito finale del modello non può essere giudicato *a priori* e si dovrà aspettare ancora tempo prima che possa essere considerato come un esempio per altri processi di pace al mondo.

Autori come Mallinder e Arriaza, considerano che questo processo faccia parte dell'ultima generazione di modelli di giustizia transizionale, e cioè quelli che noi abbiamo denominato come odierni. Si distingue dai modelli precedenti fundamentalmente per due aspetti: il primo, è la riduzione della portata di meccanismi come l'amnistia, escludendo da essa i delitti più gravi e i maggiori responsabili. Il secondo, riguarda il riconoscimento della centralità delle vittime e dunque, l'adozione di un modello di giustizia restaurativa.

Questo modello ibrido richiede un delicato bilanciamento fra la pace, la giustizia ed il riconoscimento delle vittime. La pace rappresenta un valore sociale; la giustizia risponde ad un obbligo di carattere internazionale; e il diritto delle vittime, risponde ad un compromesso con la garanzia dei diritti umani e fondamentali.

Non esiste formula perfetta, così come non esiste un modello di giustizia transizionale uguale ad un altro al mondo. Ognuno risponde alle circostanze politiche, sociali ed economiche del momento in cui si applicano. Nel caso Colombiano, il bilanciamento che si è proposto soddisfa i tre elementi appena enunciati: 1. L'accordo tra il governo e le Farc rappresenta il primo passo nella costruzione di una pace inclusiva e definitiva; 2. La creazione della JEP, riafferma l'impegno della Colombia nell'indagare e sanzionare i maggiori responsabili di delitti atroci; 3. L'implementazione della Commissione della Verità, dell'Unità di ricerca di persone scomparse, dell'Unità per la riparazione integrale alle vittime, fra altre politiche mirate alla soddisfazione e al riconoscimento dei diritti delle

vittime, rappresentano l'impegno del nostro paese di fronte al diritto internazionale dei diritti umani.

Non è oggetto della presente tesi approfondire i meccanismi di verità e di riparazione integrale, ma basta dire che non esiste processo di giustizia transizionale al mondo come quello Colombiano, non solo nella sua portata ma anche nel suo finanziamento.

Riguardo all'elemento di giustizia, lo Stato decise di promuovere un modello di amnistie condizionate ampie per delitti politici e delitti connessi o relativi. Ha inoltre stabilito che il Tribunale potrà selezionare e dare priorità a certi casi su altri. Questi due punti in particolare hanno allertato non solo i dottrinanti più scettici, ma anche la Corte Penale Internazionale.

Prima di analizzare brevemente la vera portata delle obiezioni della Corte Penale e della sua influenza nella configurazione dell'attuale modello di giustizia transizionale, risulta quanto mai illustrativo ricordare che dottrinanti come Louise Mallinder e Naomi Roth-Arriaza, riconoscono che sebbene il modello di amnistie si sia riconfigurato con il passare degli anni, rimane ancora un meccanismo spesso usato, e non necessariamente contrario al diritto internazionale³⁹⁷. In effetti, limitare le indagini ai maggiori responsabili è una pratica adoperata dalla stessa Corte Penale Internazionale³⁹⁸.

³⁹⁷ Cfr., Mallinder, L. (2016). The End Of Amnesty Or Regional Overreach? Interpreting The Erosion Of South America's Amnesty Laws. *The International and Comparative Law Quarterly*, 65(3), 645-680. doi:<http://dx.doi.org.ezp-prod1.hul.harvard.edu/10.1017/S0020589316000166>, "presenting the events in South America as illustrative of a normative shift away from amnesty may contribute to a 'compliance gap', 151 in which States are unwilling to adhere to norms asserted by international courts, UN human rights bodies or legal scholars. Outside of this region, the reluctance of States to include explicit treaty provisions prohibiting amnesties and the continued use of amnesties in other parts of the world indicates that States elsewhere are wary of endorsing a universal prohibition on amnesties for serious crimes. While it is acknowledged that complete compliance with international law, particularly with respect to human rights standards, 152 may be unobtainable, the assertion of rigid standards with which States are unlikely to comply risks undermining the effectiveness of international law. Instead, it is important to recognize that events in South America do not constitute a rejection of all forms of amnesty. Instead, the regional trend appears to be evolving towards a more nuanced position in which limited amnesties and alternative punishments may continue to be permissible. Acknowledging this enduring space for flexibility when grappling with amnesty laws may help to create standards with which States are more likely to comply.", p. 680

³⁹⁸ Cfr., Roht-Arriaza, N. (2015). *After amnesties are gone: Latin american national courts and the new contours of the fight against impunity*. *Human Rights Quarterly*, 37(2), 341-382, 576. Retrieved from

Anche se può sembrare paradossale, il riconoscimento di amnistie³⁹⁹ condizionate e la decisione di procedere selettivamente⁴⁰⁰ nelle indagini dei delitti commessi in un conflitto, può rappresentare una maggiore garanzia per i diritti delle vittime alla giustizia, alla verità e alla riparazione.

<http://search.proquest.com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/docview/1684204770?accountid=11311>, *“Colombia’s choice to direct the Prosecutor to focus on “those most responsible” is in part borrowed from the international and internationalized courts. The ICC’s Office of the Prosecutor has also declared that it will focus on those who bear the greatest responsibility, such as the leaders of the state or organization that committed the crimes. Focusing on the top leaders makes sense from both a resource-allocation and a moral perspective. However, it is not at all clear that simply adopting the criteria of international or hybrid courts with limited and specific mandates makes sense for national prosecutions”*, p. 371

³⁹⁹ Cfr., Roht-Arriaza, N. (2015). *After amnesties are gone: Latin american national courts and the new contours of the fight against impunity*. Human Rights Quarterly, 37(2), 341-382,576. Retrieved from <http://search.proquest.com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/docview/1684204770?accountid=11311>, *“With regard to amnesty, one way in which to view the evolution traced above is as a balloon: As one part of the balloon is pushed in, some other part pops out to compensate. By prohibiting pre-conviction amnesty, those seeking exibility will turn to post-conviction conditions of punishment. Whether this change in focus is acceptable depends in part on what is ex- acted in exchange, and in part on an evaluation of the proper purposes of prosecution and punishment. If prosecution is necessary to establish what happened and who was responsible, provide victims with the opportunity to confront their victimizers in court, establish norms for proper behavior, and inoculate against future denial, then a strict anti-amnesty norm coupled with a exible punishment policy—even for those most responsible—may be acceptable. In this regard, there is a clear difference between the re- gional human rights courts and the ICC. The regional courts, led by the Inter-American Court, have grounded the anti-amnesty norm in the rights of victims to judicial process and to the remedies found in Articles 8 and 25 of the American Convention on Human Rights. That grounding would seem to allow creative amnesties so long as the rights of victims are respected. This option represents the apparent direction of the Colombian Constitutional Court as well. This view holds that the important normative aspects of these types of trials are grounded in the information provided, the opportunity for survivors to confront the defendant, and the declaratory power of a judgment in (re)af rming essential social values.”*, p. 381

⁴⁰⁰ Cfr., Roht-Arriaza, N. (2015). *After amnesties are gone: Latin american national courts and the new contours of the fight against impunity*. Human Rights Quarterly, 37(2), 341-382,576. Retrieved from <http://search.proquest.com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/docview/1684204770?accountid=11311>, *“While the selection issue is problematic, the treatment of those not selected or prioritized has been even more contentious. If those who are “most responsible” are to be prosecuted and punished, what happens to those who are deemed not most responsible, and yet have been allegedly involved in serious violations of human rights and humanitarian law, when amnesty is not available? The Colombian framework law provides, and the Constitutional Court upheld by a 5-4 vote, alternative sentencing provisions for those who are not considered “most responsible” for a particular crime. To pass constitutional muster, the Court held that any alternative sentence would have to satisfy the rights of victims to truth, justice, reparation, and guarantees of non-repetition, and could be subject to conditions. Members of groups taking advantage of the law had to agree to turn over their arms, desist from engaging in further ghting, accept their responsibility, liberate kidnapping victims, and release child soldiers.”*, p. 374

La Corte Penale Internazionale e il Processo di Pace in Colombia. La Colombia ratificò lo Statuto di Roma nel 2002 per i delitti di genocidio⁴⁰¹ e delitti di lesa umanità⁴⁰². Per i crimini

⁴⁰¹ Cfr., Lemkin, R. (1944). *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, "A coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the groups themselves. The objective of such a plan would be disintegration of the political and social institutions of culture, language, national feelings, religion and the economic existence of national groups and the destruction of the personal security, liberty, health, dignity and even the lives of the individuals belonging to those groups. Genocide is directed against the national group as an entity, and the actions involved are directed against individuals, not their individual capacity, but as members of the national group"; Cfr., William Schabas, 'The Genocide Mystique', in *Unimaginable Atrocities*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 99-124; Cfr., Cassese, A. (2013). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press; Abellán Honrubia, Victoria, "La qualification des crimes de droit international (280)", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law. Consulted online on 25 June 2018; Cfr., Van del Wilt. Harmen (2012). War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict. *Journal of International Criminal Justice*, 10, 1113-1128. doi:doi:10.1093/jicj/mqs060; Feierstein, D. (2014). *Genocide as social practice: Reorganizing society under the Nazis and Argentina's military juntas*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press, "The term "genocide", as coined by Lemkin, is a hybrid between the Greek root *genos* (family, tribe, or race) and the Latin suffix *-cide* (killing), but its exact meaning and translation into other languages remain controversial. Does *genos* refer to a common tribal origin, to genetic characteristics transmitted from generation to generation, or simply to certain features shared by a group? All these meanings are present in the Greek word *genos* and its Latin derivative *gens* denoting a family clan (...) Reviewing the various legal, sociological, and historical definitions of genocide, M. Bjørnlund et al. found that the fundamental point of agreement was "the systematic annihilation of a population group as such," while the three main points of disagreement were the question of "intent," the nature of the groups included in these definitions, and the importance of actual physical annihilation, whether total or partial, as an essential element of genocide."; Cfr., Schabas, W. (2009). *Genocide in international law: The crime of crimes*. Cambridge: Cambridge University Press, "Winston Churchill called genocide "the crime without a name". A few years later, the term "genocide" was coined by Raphael Lemkin in his 1944 work, *Axis rule in Occupied Europe*. Rarely has a neologism had such a rapid success. Within little more than a year of its introduction to the English language, it was being used in the indictment of the International Military Tribunal, and within two, it was the subject of a United Nations General Assembly Resolution."; Riguardo al *dolus specialis*, Cfr., *Jelisić v Prosecutor* (International Criminal for Yugoslavia, Appeals Chamber July 5, 2001); Riguardo agli elementi del genocidio nella giurisprudenza, Cfr., *Akayesu vs Prosecutor* (International Criminal Tribunal for Rwanda, Appeals Chamber, 1 June 2001)

⁴⁰² Cfr., *History of the United Nations War Crimes Commission, and the Development of the Laws of War*, Published for the United Nations War Crimes Commission by H. M. Stationery Office, Londres, 1948, p. 179 (version française, dans le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire *Tadić*, no IT-94-1-T, chambre de première instance, jugement du 7 mai 1997, par. 644); Cfr., *Le Procureur c. Tihomir Blaskić, affaire no IT-95-14-T, chambre de première instance I, jugement du 3 mars 2000, par. 214*; Cfr., Chambre d'appel, jugement du 15 juillet 1999, *The Prosecutor v. Duski Tadić*, affaire no IT-94-1 - I, par. 288; Cfr., Chambre de première instance, jugement du 29 novembre 1996 portant condamnation, *Drazen Erdemović*, affaire no IT-96-22-T, par. 28; Cfr., Bassiouni, C. (2013). *Introduction to International Criminal Law* (Vol. 1). Leiden: Martinus Nijhoff; Cfr., A. Cassese, *International Criminal Law* (2nd edn., Oxford University Press, 2008); Cfr., Barboza, Julio, "The Nuremberg crimes and their evolution (278)", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law. Consulted online on 25 June 2018 <http://dx.doi.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789041113962.009_199.3> First published online: 1999; Cfr., Graven, Jean, "Les crimes contre l'humanité (Volume 076)", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law. Consulted online on 26 June 2018

di guerra⁴⁰³ stabilì una riserva di sette anni, dunque la competenza della Corte riguardo a questi delitti si applica dal 2009. L'apertura di un processo dipende dall'analisi di diversi fattori, ma principalmente dalla volontà e capacità di uno Stato membro riguardo all'obbligo di indagare e sanzionare la commissione di uno dei delitti appena menzionati. Questo principio prende il nome di "complementarietà"⁴⁰⁴.

Dal 2004 il Procuratore della Corte Penale Internazionale cominciò a ricevere informazioni riguardo alla possibile commissione di delitti internazionali nel contesto del conflitto armato in Colombia. Poco tempo dopo decise di aprire una inchiesta preliminare per approfondire lo studio dell'informazione ricevuta e tenere sotto controllo i processi investigativi che si svolgevano nel nostro paese riguardo alle denunce esistenti.

La Corte si pronunciò allora sul processo di "Justicia y Paz", manifestando che anche se il modello adottato dalla Colombia non si considerava contrario allo Statuto di Roma, certi delitti come gli omicidi fuori combattimento eseguiti dalle forze dell'ordine rappresentavano una preoccupazione per il Tribunale.

http://dx.doi.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/10.1163/1875-8096_pplrhc_ej.9789028611320.433_607;

Cfr., Charter of the International Military Tribunal, Nuremberg. 1945; Cfr., International Military Tribunal for the Far East. Tokyo. 1945; Riguardo agli elementi dei delitti di lesa umanità, Cfr., Blaskic v Prosecutor (International Criminal for Yugoslavia, Trial Chamber March 3, 2003); Tadic v Prosecutor (International Criminal for Yugoslavia, Trial Chamber ,May 7, 1997); Cfr., Tadic v Prosecutor (International Criminal for Yugoslavia, Appeals Chamber ,July 15, 1999); Kunarac v Prosecutor (International Criminal for Yugoslavia, Appeals Chamber ,June 3 12, 2002); Cfr., Kordic vs Prosecutor (International Criminal Tribunal for Yugoslavia. Trial Chamber. 26 February 2001); Kuperisic vs Prosecutor (International Criminal Tribunal for Yugoslavia. Trial Chamber. 14 January 2000)

⁴⁰³ Cfr., Judgment, Kunarac and others (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, 12 June 2002; Cfr., Judgment, Rutaganda (ICTR-96-3-A), Appeals Chamber, 26 May 2003; Cfr., A. Cassese, International Criminal Law (2nd edn., Oxford University Press, 2008); Cfr., Wright. War Crimes under International Law, 62 L. Q. Rev 40(1946);

⁴⁰⁴ Cfr., Elizabeth B. Ludwin King, Big Fish, Small Ponds: International Crimes in National Courts, 90 Ind. L.J. 829 (2015), "*The principle of complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court anticipates that perpetrators of genocide, war crimes, and crimes against humanity will be tried in domestic courts unless there is no state with jurisdiction willing or able to do so. This Article examines the situation where a state might be willing to engage in meaningful local justice but temporarily lacks the capability to do so due to the effects of the conflict. It argues that where the state submits a detailed proposal to the International Criminal Court (ICC) outlining the steps necessary to gain or regain the ability to prosecute those most responsible for the atrocities within two years, it should be allowed time to do so. The capacity building that occurs during this time is vital to promoting and ensuring stability throughout the region and beyond, and it will allow the Court to focus its efforts and resources on those cases for which there is no other forum*".

Nel 2012 si pubblicò un documento riguardo all'analisi della situazione della Colombia e si accertò la possibile commissione di delitti di lesa umanità e crimini di guerra. In quella circostanza la Corte Penale manifestò la sua preoccupazione di fronte a quattro categorie di condotte: 1. Omicidi fuori dal combattimento, fenomeno chiamato "falsi positivi"; 2. Spiazzamento; 3. Delitti sessuali; 4. Promozione ed espansione di gruppi paramilitari. Nel documento si indicò pure che si sarebbe fatta un'analisi riguardo allo sviluppo del processo di pace con le Farc.

Posteriormente, sempre riguardo al processo di pace, nel 2017 si pubblicò un altro documento che conteneva le considerazioni della Corte nei confronti del modello di giustizia pattuito tra il governo e la guerriglia. Il Tribunale si pronunciò sulla decisione di modificare la portata del concetto di responsabilità del superiore. A loro giudizio la modifica renderebbe più difficile condannare i generali ed altri alti agenti dello Stato che talvolta non abbiano avuto una responsabilità diretta su certi reati; la Corte si pronunciò pure sul fatto di aver introdotto i qualificativi "grave" e "sistematico" nella nozione dei crimini di guerra, e in quel modo ridurre il numero dei maggiori responsabili che sarebbero stati puniti dalla JEP.

La Corte Costituzionale ritenne valide le preoccupazioni riguardo ai qualificativi di "grave" e "sistematico" per descrivere i crimini di guerra che sarebbero stati indagati dalla JEP, ma non accettò gli argomenti riguardo alla responsabilità del superiore.

Nonostante ciò, il Vice Procuratore della Corte Penale Internazionale, così come la stessa Procuratrice Generale del Tribunale, in diverse opportunità manifestarono il loro appoggio al modello di giustizia transizionale, ritenendo che è legittimo che uno Stato adotti le misure necessarie per porre fine ad un conflitto armato⁴⁰⁵. Tuttavia, questo non si traduce in una

⁴⁰⁵ CC-OTP, Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the Conclusion of the Peace Negotiations Between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People's Army (Sept. 1, 2016), at <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=160901-otp-stat-colombia>

salvaguardia assoluta per la Colombia. L'intervento o l'astensione della Corte dipenderà da come procedano le indagini della JEP, e dal fatto che effettivamente i delitti più gravi e i maggiori responsabili, siano sanzionati.

Autori come René Urueña considerano che oltre agli argomenti legali che dimostrerebbero che il modello di giustizia transizionale della Colombia non è contrario al diritto internazionale⁴⁰⁶, la Corte Penale Internazionale deve astenersi dall'aprire un'indagine nel nostro paese per motivi politici e di convenienza.

In effetti, Urueña sostiene che l'intervento del Tribunale in Uganda si tradusse nell'impossibilità di mandare avanti il processo di pace che si cercava di realizzare attraverso la spedizione del "Ugandan Amnesty Act" del 2000⁴⁰⁷. Contrariamente a quello che sostiene la Corte Penale Internazionale, i risultati dell'indagine in Uganda non sembrano compensare gli effetti negativi che essa ebbe nel consolidamento di un modello transizionale in Uganda.

⁴⁰⁶ Cfr., Urueña, R. (2017). Prosecutorial politics: The ICC's influence in colombian peace processes, 2003-2017. *The American Journal of International Law*, 111(1), 104-125. doi:http://dx.doi.org.ezp-prod1.hul.harvard.edu/10.1017/ajil.2016.3 "The Special Jurisdiction was designed to comply with the OTP's position that amnesties, or wholly suspended sentences for crimes under ICC jurisdiction, are not acceptable. The OTP accepted the deal, at least in principle. In September 2016, it issued a press release celebrating the peace agreement. In the press release, the prosecutor accepted that the Special Jurisdiction for Peace would "focus on those most responsible for the most serious crimes committed during the armed conflict." Most importantly, Prosecutor Bensouda "note[d], with satisfaction, that the final text of the peace agreement excludes amnesties and pardons for crimes against humanity and war crimes under the Rome Statute," and underscores the need for "effective punishment." At no point in these comments, however, did the Prosecutor mention the requirement of actual prison time for war crimes or crimes against humanity—a marked departure from the OTP's prior stance.", p. 121

⁴⁰⁷ Cfr., Urueña, R. (2017). Prosecutorial politics: The ICC's influence in colombian peace processes, 2003-2017. *The American Journal of International Law*, 111(1), 104-125. doi:http://dx.doi.org.ezp-prod1.hul.harvard.edu/10.1017/ajil.2016.3, "The OTP may have been receptive to the Colombian pushback due to its previous experience in Uganda. Prosecutor Bensouda had argued that her office's intervention in that conflict was productive, as its arrest warrants brought the Lord's Resistance Army (LRA) to the Juba peace talks (2006–2008). This rationale had been made explicit in 2006,⁸⁷ in an OTP brief that also acknowledged the absolute prohibition of amnesties for war crimes or crimes against humanity.⁸⁸ Such a strict line, though, may have put the OTP in a collision course with local efforts to achieve peace—particularly with regard to the 2000 Ugandan Amnesty Act. For some Ugandans, the OTP was an obstacle for peace, and certain local commentators faulted the OTP's intervention as one of the causes behind the collapse of the talks.", p. 120

Risulta chiaro che sia dal punto di vista politico che legale, l'intervento della Corte Penale Internazionale in Colombia non è del tutto chiaro. Il rischio che corre la reputazione del Tribunale è alto, considerando tra l'altro che la comunità internazionale, incluso il Consiglio di Sicurezza, appoggiano il processo di pace attuale.

Nello sviluppo di questo lavoro, e con un'intenzione eminentemente accademica, si cerca di fare un'analisi sulla legalità delle amnistie nel diritto internazionale. Purché la Colombia si sia auto imposta un limite riguardo alla portata del modello di giustizia transizionale, e perciò sembra esclusa la possibilità di promuovere amnistie generali, questa analisi non risulta del tutto futile. Basti considerare che la dottrina maggioritaria assume che il diritto internazionale consuetudinario proibisce l'uso delle amnistie, e sulla base di questo argomento si fondano le obiezioni di tipo legale al modello di amnistia condizionata prevista dall'accordo di pace della Colombia. Affinché possa considerarsi come una obiezione valida sotto il profilo del diritto internazionale consuetudinario, deve prima provarsi l'esistenza di una prassi generalizzata e di una *opinio iuris* che lo dimostrino.

Nella prossima sezione, oltre a definire dal punto di vista teorico il concetto di "norma di diritto internazionale consuetudinario", si presenterà un'analisi quantitativa dei processi di giustizia transizionale nel mondo per dimostrare che non esiste una prassi generalizzata riguardo alla proibizione di questa figura, e che al contrario, fino al giorno d'oggi sia lo strumento più spesso adoperato nei processi di pace.

Esiste nel diritto internazionale consuetudinario un divieto alle amnistie?

L'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia contiene le fonti del diritto internazionale. La prima fonte sono i trattati e in seguito si trovano la consuetudine e i principi generali del diritto⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Cfr., Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, (1991), p. 35-37; Marti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, (2002); Wihelm Grewe, *The Epochs of International Law*, (2000), pp. 146,191, 211,414; Cfr., Lori Damrosch, Sean Murphy, *International Law, 6th ed.*, (2014), pp. 388, 433.

La consuetudine, a sua volta, si compone di due elementi: la prassi e l'*opinio iuris*⁴⁰⁹. Affinché una regola possa riconoscersi come consuetudine, è necessario che siano presenti ambedue le condizioni citate.

Per *opinio iuris*⁴¹⁰ si intende il riconoscimento da parte degli Stati della legalità di un atto. È la consapevolezza o convinzione che esso sia obbligatorio. D'altra parte, la pratica (che per autori come Hans Kelsen è l'elemento più importante del diritto consuetudinario)⁴¹¹, come lo stesso termine indica, si riferisce alla materializzazione di una o più azioni che possano dare conto dell'esistenza della regola in questione. Si ritiene che la prassi, a sua volta, debba essere generale⁴¹², uniforme e costante⁴¹³, altrimenti viene considerata semplicemente come un'usanza.

Identificare una norma di diritto internazionale consuetudinario è assai difficile e a volte prima che possa essere considerata come tale si richiede molto tempo. È un processo di consolidazione che può durare parecchi anni in quanto si deve provare che un numero rappresentativo di Stati accettano ed implementano quella norma.

Un esempio sono i delitti di lesa umanità. Sebbene non esista una convenzione o trattato internazionale che li definisca (ad eccezione dello Statuto di Roma che comunque vincola

⁴⁰⁹ Cfr., James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed. (2012), p. 23.

⁴¹⁰ Cfr., Lori Damrosch, Sean Murphy, *International Law*, 6th ed., (2014), p. 63; Cfr., International Court of Justice, *República de Guinea v. República del Congo, Ahmadou Diallo Case, Preliminary Objections Judgment*, 2007

⁴¹¹ Cfr., Hans Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd Ed. (1967), p. 450-51

⁴¹² Cfr., International Court of Justice, *Nicaragua v. The United States, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, International Court of Justice, *Judgement*, 1986, par. 186.

⁴¹³ Cfr., International Court of Justice, *United Kingdom v. Norway, Anglo-Norwegian Fisheries Case*, International Court of Justice, *Judgement*, (1951), "deems it necessary to point out that although the ten-mile rule has been adopted by certain States both in their national law and in their treaties and conventions, and although certain arbitral decisions have applied it as between these States, other States have adopted a different limit. Consequently, the ten-mile rule has not acquired the authority of a general rule of international law"; Cfr., *Federal Republic of Germany /Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands, North Sea Continental Shelf Cases*, *Judgement*, (1969); *Legality of the threat or use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, 1996; *Asylum Case, Colombia v. Perú*, 1950, par. 276-77

unicamente gli Stati membri), potrebbe affermarsi che questo delitto viene riconosciuto dalla comunità internazionale e che la sua proibizione sia una regola del diritto internazionale consuetudinario. Prova di esso è che la maggior parte delle giurisdizioni occidentali tipificano nelle loro leggi penali questa fattispecie.

Nel caso dell'amnistia, invece, l'esistenza di una norma di diritto internazionale che le proibisca non sembra del tutto chiara. Innanzitutto non c'è trattato che limiti il potere degli Stati a concedere benefici penali tali come l'amnistia. Dunque, si dovrebbe provare l'esistenza della norma nel diritto consuetudinario.

Riguardo al primo elemento, e cioè l'*opinio iuris*, si è visto che, almeno in seno agli organismi multilaterali, viene considerato contrario al diritto il riconoscimento di amnistie "in bianco", generali e le auto-amnistie. Rimane allora da provare se nel diritto internazionale esista una prassi ampia, uniforme e generalizzata riguardo a questo divieto⁴¹⁴.

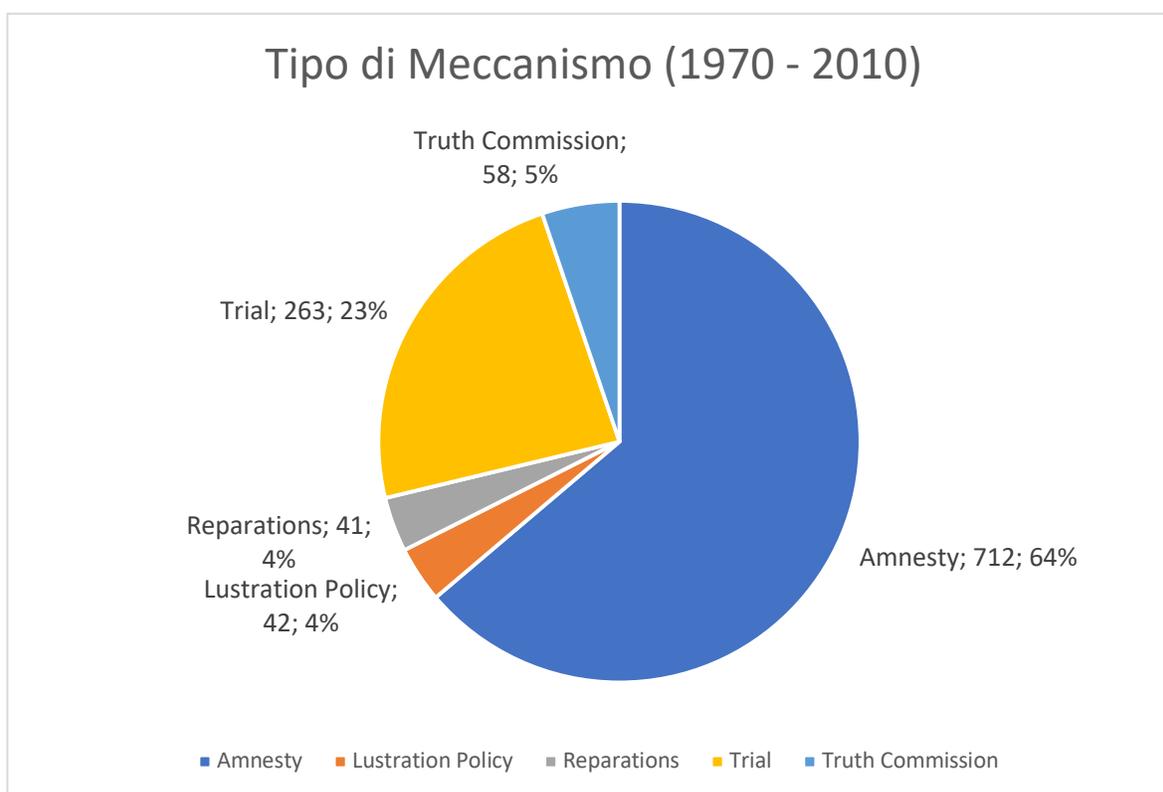
Più avanti, e con l'obiettivo di verificare l'esistenza di una prassi che permetta di confermare il divieto delle amnistie nel diritto internazionale, si presenterà un'analisi quantitativa⁴¹⁵ di oltre 1116 meccanismi di giustizia transizionale al mondo, impiegati da oltre cento Stati nei cinque continenti del globo, nel periodo compreso dal 1970 al 2010. L'informazione che si

⁴¹⁴ Su questo aspetto anche autori come William Shabas ritengono che non è del tutto chiaro che esista una prassi generalizzata riguardo al divieto all'uso delle amnistie, nemmeno per quelle generali, auto-amnistie ed "in bianco"; Cfr., Schabas, W. A. (2010). *The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press, "There is some authority for the view that so-called "Blanket amnesties" are prohibited by customary international law, although the argument is not without flaws, and seems to be inconsistent with State practice. For example, all States seem prepared to respect amnesty for crimes against humanity of apartheid that has provided the underpinning for the democratic transition in South Africa. Although, theoretically many States are in position to prosecute former South African officials, on the basis of universal jurisdiction, there is simply no political willingness to upset the political compromises made by Nelson Mandela. In other words, some "blanket amnesties" seem to have been endorsed by the international community, and this suggests that the claims of a prohibitive customary norm are overstated.", p. 665

⁴¹⁵ In questa analisi ebbi l'aiuto di Vinay Nagaraju, Professore di Metodi Quantitativi e Fellow Researcher dell'Istituto Ash di diritti umani dell'Università di Harvard. Il Professo Nagaraju mi aiutò in particolare a definire i criteri di selezione e di analisi del data base e anche a schematizzare i risultati nei grafici che vengono presentati nel testo. È per quello che parte dell'informazione si presenta in Inglese.

usa appartiene al “Transitional Justice Data Base Project”⁴¹⁶, un’iniziativa che si dedica all’analisi di tutti i processi di giustizia transizionale registrati fino al giorno d’oggi.

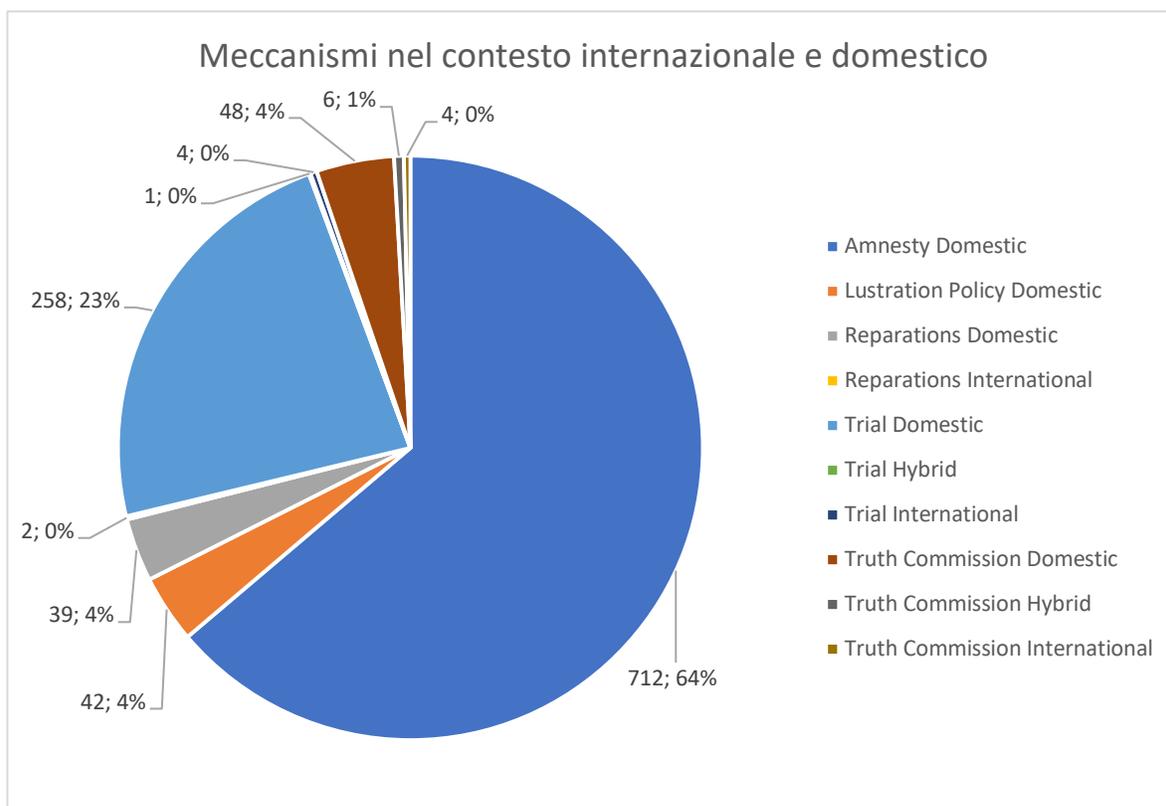
Il primo aspetto che venne analizzato è la proporzione delle amnistie sul totale dei meccanismi di giustizia transizionale registrati nel database durante il periodo compreso fra il 1970 e il 2010. Dal punto di vista quantitativo, è possibile concludere che in questo periodo il 64% dei meccanismi di giustizia transizionale usati è rappresentato dalle amnistie, e cioè 712 su un totale di 1116, mentre soltanto il 23% corrisponde a processi di tipo penale. Altri meccanismi come le commissioni della verità, la lustrazione e i modelli di riparazione sommano un 13% del totale. Dunque, da una prima approssimazione numerica è possibile determinare che l’uso delle amnistie doppia qualsiasi altro strumento transizionale.



⁴¹⁶ Cfr., Transitional Justice Data Base Project, <http://www.tjdbproject.com> È importante tenere da conto che questo Data Base riporta informazione di tipo quantitativo e che un’analisi più approfondito richiederebbe di informazione adizionale.

Un secondo livello di analisi riguarda il carattere domestico oppure internazionale dei diversi meccanismi di giustizia transizionale. Questa analisi è rilevante per poter identificare se esista una differenza tra la prassi in quei due livelli. Come si può osservare nel secondo grafico, non c'è nessuna differenza sostanziale che permetta di distinguere una prevalenza nell'uso di questi meccanismi nel livello locale o internazionale.

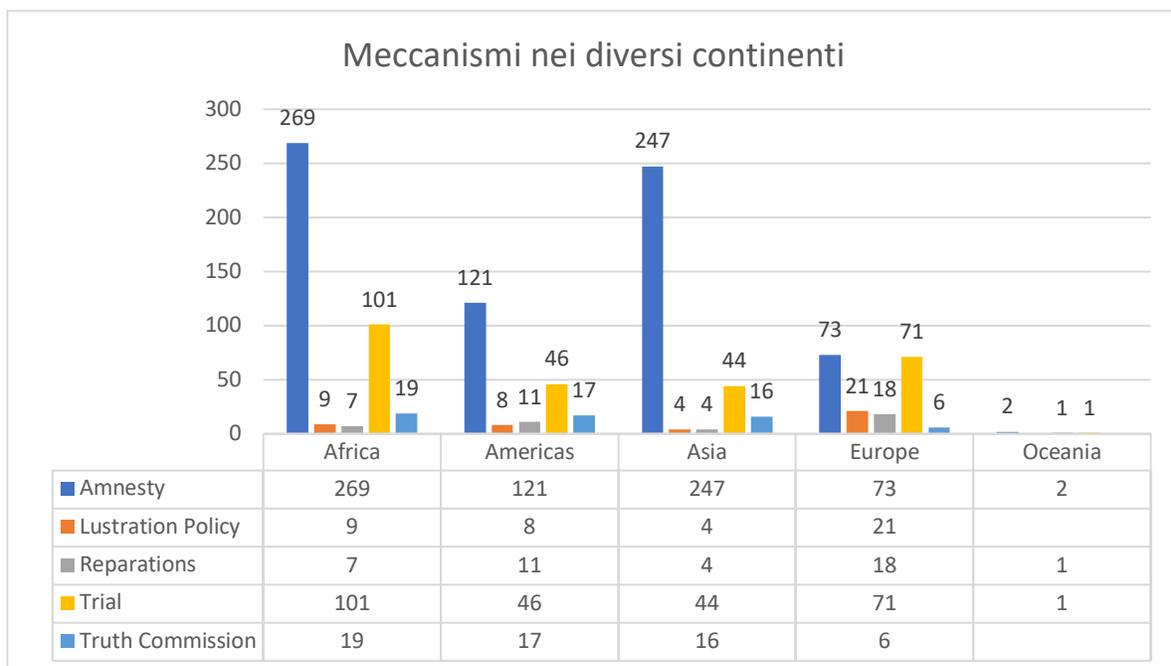
Un dato che può risultare interessante è che la totalità delle amnistie finora registrate al mondo, per lo meno dal 1970 in avanti, è di carattere domestico, così come la maggioranza dei processi penali.



Il terzo livello di analisi si proponeva di identificare l'esistenza di una differenza nell'uso dei diversi strumenti di giustizia transizionale secondo la regione. Si cercava altresì di indagare

se l'amnistia fosse un meccanismo usato, più o meno frequentemente, in base alla regione, cioè se esistesse un criterio distintivo di carattere geografico.

Diverse sono le conclusioni al riguardo: 1) l'amnistia è il meccanismo più usato in tutti i continenti, persino in Europa dove la dottrina al riguardo è più avversa a questo strumento. 2) L'Asia e L'Africa sono i continenti che con più frequenza ne hanno fatto uso. Coincide con il fatto che sono le regioni con più conflitti armati non internazionali al mondo. 3) In Africa l'uso dell'amnistia è il doppio di quello dei processi penali (cifra assai elevata considerando che si considerano i tribunali internazionali di Ruanda e Sierra Leona); in Asia il rapporto tra le amnistie e i processi penali si traduce ad una relazione di 1 a 6. 4) Persino in Europa, anche se con una differenza minima, le amnistie superano i processi penali. 5) In America, il rapporto tra amnistie e processi penali è di 1 a 3.

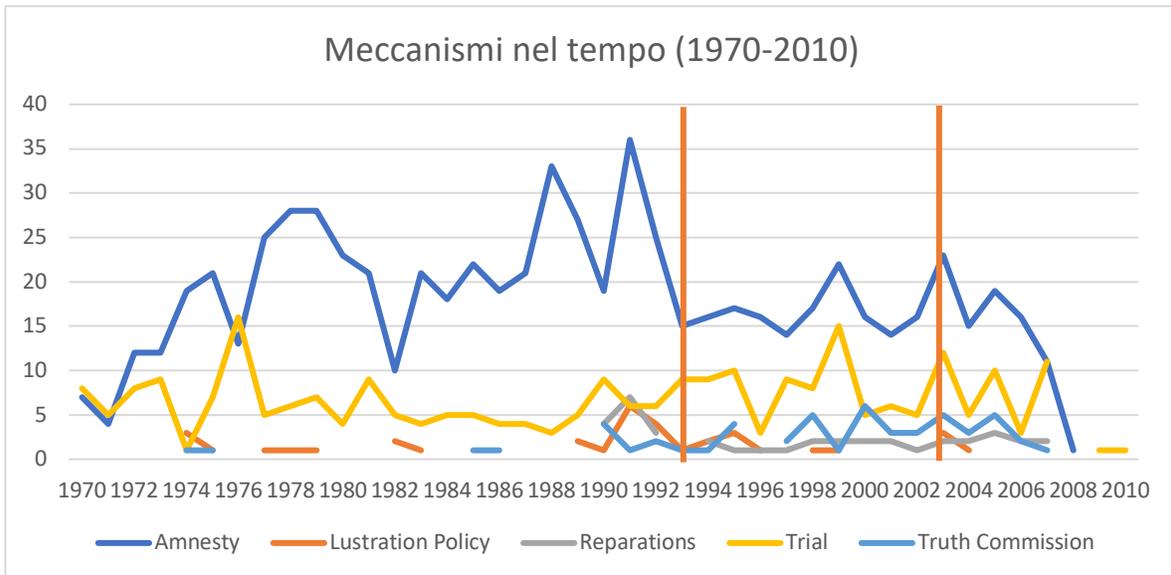


Uno degli argomenti della dottrina sull'amnistia è che essa, dopo i processi di Jugoslavia e Ruanda, e cioè dopo l'ultima grande amnistia del Sudafrica, entrò in disuso. Un secondo argomento di coloro che obiettano la legalità delle amnistie riguarda il fatto che con la

creazione della Corte Penale Internazionale, e dunque con il riconoscimento dell'obbligo degli Stati di indagare e punire le gravi violazioni dei diritti umani, si considera contrario al diritto internazionale l'uso di questa figura.

A questo punto, si propone che il quarto livello di studio tenga conto di un criterio temporale. Nel grafico che si presenta di seguito si evidenziano due date specificamente: il 1993 e il 2003. La prima coincide con l'insediamento dei Tribunali di Ruanda e Jugoslavia (relativamente); mentre la seconda con l'entrata in operazione della Corte Penale Internazionale.

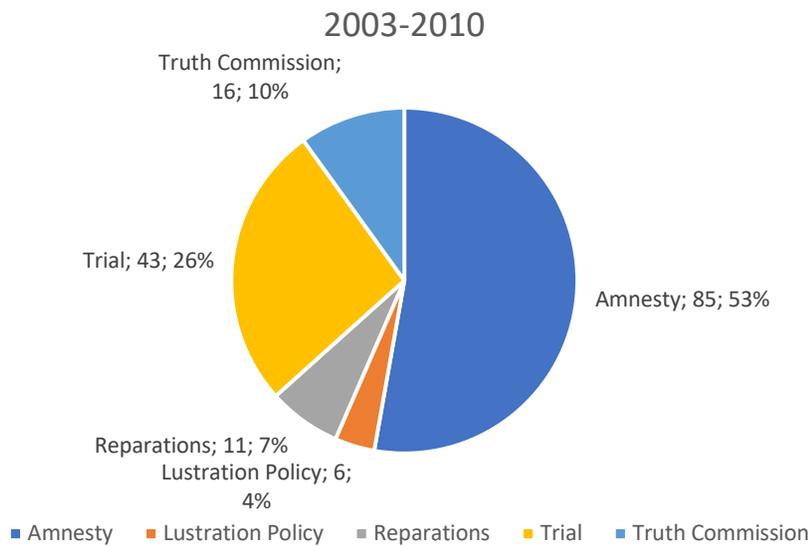
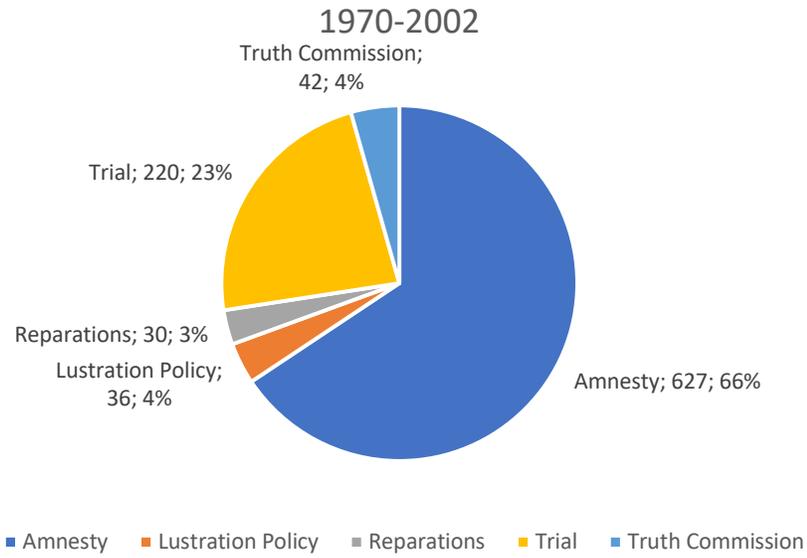
Da un'analisi quantitativa dell'informazione è possibile dedurre che: 1) Non è possibile tracciare una tendenza costante nell'uso di nessun meccanismo di giustizia transizionale fra il 1970 e il 2010; tuttavia, eccetto nel 1976 (che coincide con le data della dittatura del Khmer Rouge in Cambogia), in nessun altro periodo i processi penali o qualsiasi altro meccanismo transizionale, ha superato l'uso delle amnistie. 2) Dopo la creazione dei tribunali internazionali *ad hoc* di Ruanda e Jugoslavia non si verifica una tendenza sostanziale nella rinuncia alle amnistie come meccanismi di giustizia transizionale; al contrario, nel 1998 e nel 2002 si verifica un aumento. 3) Tra il 1993 e il 2003 sembra esserci un rapporto proporzionale nell'aumento e nella diminuzione delle amnistie e dei processi penali. In altre parole, la tendenza di ambedue i meccanismi sembra comportarsi nella stessa maniera. 4) Risulta plausibile affermare che dopo il 2003 il numero delle amnistie sia diminuito nei confronti del numero dei processi penali, confermando che l'entrata in azione della Corte Penale Internazionale possa avere qualche effetto nella decisione degli Stati riguardo a quali meccanismi utilizzare nei diversi processi di pace. Tuttavia, da un punto di vista metodologico, è importante tener conto delle limitazioni del database dopo il 2006. In effetti, dopo quella data, vengono soltanto registrati i processi dalla loro data di inizio ma non dalla data di termine dell'implementazione dei meccanismi. 5) Dal 1990, ma specialmente e con più intensità dal 2000, cominciano a prendere forza altri meccanismi come le commissioni della verità e le politiche di riparazione alle vittime.



Visto che uno degli elementi che si è potuto notare dal quarto livello di analisi, e cioè utilizzando un criterio di selezione temporale, è che l'entrata della Corte Penale Internazionale sembra aver avuto un effetto nell'uso delle amnistie, procediamo al quinto livello di studio: analisi della proporzione dei diversi meccanismi di giustizia transizionale, prima e dopo l'inizio dell'attività del Tribunale.

Si elaborarono due grafici, uno corrispondente al periodo 1970-2002, e un altro al periodo 2003-2010. L'analisi permette di dedurre: 1) Dopo che la Corte Penale è diventata operativa si verifica una riduzione di 13 punti percentuali riguardo al primo periodo (si passa dal 66% al 53% del totale). 2) Anche se si presenta una riduzione considerevole, l'amnistia continua ad essere il meccanismo di giustizia transizionale più usato al mondo. 3) Dopo il 2003 aumenta lievemente la proporzione dei processi penali, passando dal 23% al 26% del totale. 4) L'aumento percentuale dei processi penali non è inversamente proporzionale alla diminuzione delle amnistie, e cioè, non per ogni amnistia in meno aumenta nella stessa misura il numero di processi penali (che secondo la dottrina, dovrebbe rappresentare

l'adempimento dell'obbligo internazionale di indagare e punire certi delitti). 5) Gli altri strumenti di giustizia transizionale come le commissioni della verità, il modello di riparazione alle vittime raddoppiarono, passando dal 4% al 10% e dal 3% al 7% rispettivamente. 6) L'informazione analizzata permette di affermare, o almeno di proporre la seguente conclusione: le amnistie sono ancora il meccanismo più usato nei modelli di giustizia transizionale, anche se con lo sviluppo del diritto penale internazionale, la sua portata si è ridotta. In effetti, sono ogni volta meno frequenti le amnistie generali, "in bianco" o le auto-amnistie. Questo può spiegare l'incremento di altri meccanismi di giustizia transizionale come le commissioni della verità o le politiche di riparazione, e cioè, strumenti complementari ai modelli di amnistie condizionate. Dunque, non è vero che le amnistie siano entrate in disuso, ma si vanno trasformando: oltre ai benefici penali si riconoscono i diritti delle vittime. In conseguenza ci azzardiamo a supporre che il diritto internazionale consuetudinario non proibisce le amnistie, ma obbliga che queste non si oppongano ai diritti delle vittime.



Alcune conclusioni generali

A questo punto risultano utili alcune considerazioni riguardo a quello che si è presentato fino adesso:

1) La Colombia si trova in un conflitto armato da oltre cinquant'anni, il quale ha fatto in modo che circa il 15% del totale della popolazione possa essere considerata come vittima della guerra. Più di 8 milioni di Colombiani hanno dovuto patire gli effetti di un conflitto che non solo ha portato via vite umane ma che ha significato anche una barriera per il suo sviluppo sociale, politico ed economico. Dopo cinque decenni di guerra e 13 processi di pace falliti, il Governo Santos ha ritenuto che la soluzione al conflitto armato non sarebbe arrivata attraverso le armi e ha dato impulso a una trattativa di pace con le Farc. Come risultato di questo processo sono stati adottati gli accordi de L'Avana, i quali non solo contemplano benefici penali per coloro che hanno partecipato alla guerra ma anche un modello di giustizia transizionale integrale che cerca risolvere alla radice i problemi che sottostanno al conflitto.

2) Uno dei punti più critici riguarda la creazione di un Sistema Integrale di Giustizia, Verità, Riparazione e Garanzie di non Ripetizione, il quale, com'è stato dimostrato, risponde ai principi del diritto internazionale umanitario, del diritto penale internazionale e del diritto internazionale dei diritti umani. Lo schema del modello è stato scelto apposta per garantire al massimo i diritti delle vittime senza mettere a rischio la pace.

È stata creata la Giurisdizione Speciale di Pace (JEP) con l'obiettivo di investigare e sanzionare i maggiori responsabili dei delitti più gravi, ma anche per concedere le amnistie più ampie possibili. Le quali, contrariamente alla posizione di alcuni autori e difensori dei diritti umani, non vengono proibite dal diritto internazionale sempre a condizione che si garantisca la soddisfazione della giustizia, la verità e la riparazione delle vittime.

3) Una preoccupazione che si manifesta costantemente da una parte della dottrina è la possibilità di intervento della Corte Penale Internazionale. Tuttavia, non solo si è dimostrato che il diritto internazionale non comporta l'obbligo di adottare un unico modello di giustizia, ma che lo stesso Tribunale in diverse occasioni si è pronunciato favorevolmente riguardo al processo di giustizia transizionale in corso.

4) Il modello di amnistie che si è scelto di adottare in Colombia prevede che potranno essere condizionalmente perdonati i delitti politici e i delitti relativi. A nostro avviso, dopo aver studiato dal punto di vista teorico-concettuale le nozioni di amnistia, delitto politico e delitti relativi nella prima parte, persistono argomenti per indicare che i limiti che il governo Colombiano si è auto imposto, rispondono ad una decisione politica e non giuridica, lasciando nel limbo i delitti relativi ai delitti internazionali. Nel prossimo capitolo si studierà più in profondità la componente di giustizia prevista dal processo di pace in Colombia, e si dimostrerà che esistono ragioni strutturali di convenienza giuridica e politica (supportati tra l'altro dalla giurisprudenza e dall'analisi sistemica e teleologica delle norme che configurano il modello di giustizia transizionale) per estendere l'amnistia ai casi non previsti esplicitamente dalla legge, senza che ciò significhi rinunciare ad investigare e sanzionare i delitti più gravi ed i massimi responsabili.

5) La possibilità di concepire modelli di amnistia flessibili o morbidi può essere pure evidenziata dall'analisi quantitativa dei processi di giustizia transizionale nel mondo. Si è pure dimostrato che l'affermazione secondo la quale il diritto internazionale consuetudinario proibisce le amnistie non è supportata dalla prassi internazionale.

Amnistie e la Giurisdizione Speciale di Pace⁴¹⁷

Sebbene sia il Presidente della Repubblica ad avere il mandato legale di sottoscrivere accordi di pace, il Congresso, tramite l'Atto Legislativo n. 1 del 2012, ha stabilito una serie di criteri fondamentali per poter giungere ad un accordo di pace negoziato con la guerriglia delle FARC, e porre così fine a oltre 54 anni di guerra. Grazie a questa riforma, sono stati firmati gli accordi de La Avana. Essi, tra i vari punti dell'accordo, hanno previsto la creazione del sistema integrale di giustizia, verità, riparazione e garanzia di non ripetizione.

Nella parte dell'accordo siglato con la FARC che riguarda la giustizia, è stata convenuta la creazione della Giurisdizione Speciale per la Pace (JEP). Questo organismo è chiamato a processare i combattenti (FARC e membri dello Stato appartenenti alla forza pubblica) e civili (compresi i membri dello Stato non appartenenti alla forza pubblica) – questi si sottomettono alla JEP volontariamente – che abbiano partecipato direttamente o indirettamente al conflitto armato. Quanto alla JEP, essa potrà concedere amnistie e indulti, nel caso dei delitti politici; oppure indagare, giudicare e sanzionare i maggiori responsabili dei delitti internazionali.

Per poter garantire l'attività della JEP, il legislatore ha dovuto emanare due norme di trascendentale importanza. La prima è la legge sulle amnistie e gli indulti⁴¹⁸. La seconda è

⁴¹⁷ Questo capitolo studierà le diverse disposizioni costituzionali e legali riguardo alla giurisdizione speciale di pace, così come le decisioni della Corte Costituzionale Colombiana che diedero viabilità al modello di giustizia transizionale dopo essere stato firmato l'accordo di pace con la guerriglia della FARC. Le disposizioni di carattere legale e costituzionale sono: Acto Legislativo 01 di 2017; Progetto di legge statutaria della Giurisdizione Speciale di Pace (JEP); legge 1820 di 2016 (legge di amnistia). Riguardo alle provvidenze della Corte Costituzionale, Sentencia C-674 di 2017, la C-007 di 2018 e la C-080-2018 (al momento di scrivere questa tesi si conosce la decisione della Corte Costituzionale ma il testo completo non è stato ancora pubblicato). Come potrà notarsi dalla lettura di questo capitolo, l'analisi è meno teorico e l'utilizzo delle fonti si concentra negli strumenti appena menzionati.

⁴¹⁸ Colombia, Ley 1820 de 2016

la legge “statutaria” che regola l’attività e le funzioni dell’organo giudiziario⁴¹⁹. La Corte Costituzionale colombiana, con due decisioni del 2017⁴²⁰ e del 2018⁴²¹, rispettivamente, ha vagliato la costituzionalità di queste due leggi, riconoscendole costituzionali.

Il presente capitolo vuole dimostrare che il modello di amnistia adottato con gli accordi di pace in Colombia, risponde agli standard costituzionali e internazionali (e del diritto internazionale). A questo scopo, non è sufficiente soffermarsi sulle disposizioni espresse della legge che si riferiscono alle amnistie dei delitti politici, poiché tanto la legge che li disciplina, quanto lo statuto che definisce la struttura del Tribunale, le sue competenze e le sanzioni che può comminare, sono pensati affinché solo una piccola parte di tutti i delitti commessi nell’ambito del conflitto possano essere effettivamente oggetto di indagine e puniti.

Con questo non si intende dire che il risultato dell’aver incluso nell’accordo la parte sulla giustizia comporti l’impunità delle condotte più atroci. Basti pensare che qui si sta facendo riferimento solo a una delle tre parti del sistema; sussistono ancora i meccanismi di verità e riparazione, elaborati e pensati proprio per dare soddisfazione ai diritti delle vittime. Quello che si vuole dimostrare è che non si può comprendere il modello di amnistia, senza comprendere come questo opera nelle dinamiche e nei meccanismi del Tribunale.

È per questo che la prima parte di questo capitolo farà riferimento alla struttura, alle competenze e al modello sanzionatorio che la legge attribuisce alla JEP. Come si vedrà, prima che un caso possa giungere per competenza ad essere sanzionato dal Tribunale, deve superare una serie di “ostacoli” strutturali che faranno da filtro naturale a molte condotte che, pur potendo aver avuto grande risonanza nell’ambito del conflitto (come per esempio

⁴¹⁹ Colombia, Proyecto de Ley Estatutaria. Questa norma è stata approvata dal Parlamento. La Corte Costituzionale la ritenne costituzionale e al momento di scrivere questa tesi è in processo di sanzione dal Presidente della Repubblica.

⁴²⁰ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-674 del 2017

⁴²¹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-080 del 2018 (15 agosto del 2018)

delitti internazionali commessi in qualità di partecipante, o anche delitti connessi ai delitti internazionali), non saranno oggetto di sanzioni speciali previste dalla legge.

Una volta intesa la struttura e l'operatività dell'organo di giustizia, potrà essere analizzato il modello di amnistie da un punto di vista sostanziale, cioè comprendendo per quali delitti e in quali circostanze possono o non possono essere applicate.

Prima di concludere questo capitolo, si menzioneranno brevemente i criteri di selezione dei casi che la stessa JEP ha adottato. Ciò appare di estrema rilevanza, se si pensa che, così come la struttura organica del tribunale costituisce un filtro naturale dei casi che arrivano ad essere oggetto di indagine e giudicati, anche i criteri di selezione, da parte loro, rappresentano un setaccio.

Infine, e come si è già detto in diversi momenti della presente tesi, si dimostrerà che non esiste nella legge una previsione espressa che possa illuminare sul trattamento che deve essere riservato ai delitti connessi ai delitti di carattere internazionale.

La Giurisdizione Speciale per la Pace (JEP)

Senza dubbio la parte di maggior interesse dell'accordo di pace sottoscritto tra il governo colombiano e le FARC, ha a che vedere con la giurisdizione speciale per la pace, che è assunta a norma di rango costituzionale con l'approvazione dell' Atto Legislativo n. 1 del 2017.

La JEP rappresenta un meccanismo di giustizia di transizione e ha carattere eccezionale. Le esigenze della pace hanno imposto limitazioni severe ai diritti delle vittime dei crimini commessi dai combattenti delle FARC e dai membri dello Stato appartenenti alla forza pubblica. La giustizia applicata dalla JEP presenta necessariamente un carattere "diluito", se rapportata ai parametri della normalità, vale a dire con i procedimenti e le sanzioni propri

della giustizia ordinaria. In particolare, il massimo sacrificio che si può ammettere in uno scenario di transizione è stato una delle prime precisazioni che ha operato la Corte Costituzionale con la sentenza C – 674 del 2017, nella quale è stato esaminato tutto il corpo normativo della JEP.

Con questa sentenza la Corte Costituzionale afferma che risulta riservato alla Costituzione stabilire meccanismi di giustizia transizionale, nella misura in cui essi siano indirizzati, principalmente, alla soddisfazione dei diritti delle vittime del conflitto armato. Ciò implica che debbano essere garantiti il diritto alla giustizia, alla verità e alla riparazione delle persone che hanno subito un pregiudizio dagli scontri. In altre parole, il trattamento speciale per i combattenti e i civili che abbiano partecipato direttamente o indirettamente al conflitto, che cerca di ottenere la realizzazione di una pace stabile e duratura, si giustifica in quanto si vedano protetti anche i diritti delle vittime⁴²².

⁴²² Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, “(...) en el contexto de la revisión del marco jurídico para la paz, que estableció los instrumentos de justicia transicional para facilitar la terminación del conflicto armado y la consecución de una paz estable y duradera. La Corte consideró que en estos escenarios era constitucionalmente admisible fijar un tratamiento penal especial para los miembros de grupos armados ilegales que han hecho parte del conflicto y que optan por la desmovilización, y que, en este marco, era posible establecer criterios de priorización y selección para el ejercicio de la acción penal, para que este se concentrara en los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, establecer beneficios como la suspensión en la ejecución de la pena, la aplicación de sanciones extrajudiciales, penas alternativas y medidas especiales de ejecución y cumplimiento, la renuncia condicionada la persecución judicial en los casos no seleccionados, y el tratamiento penal especial condicionado al reconocimiento de la responsabilidad, la contribución a la consecución de la verdad, la reparación integral y la liberación de los secuestrados[881] (...) No obstante ello, este Tribunal condicionó la viabilidad de este esquema de flexibilización a que se preservaran los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, y, en este entendido, precisó que: (i) las víctimas tienen derecho a que, como mínimo, se enjuicien a los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; (ii) la renuncia condicionada a la persecución penal para quienes no son los máximos responsables de los delitos anteriores, se encuentra sujeta, como mínimo, a la dejación de las armas, al reconocimiento de la responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de menores; (iii) el proceso de selección y priorización debe tener garantías de transparencia e imparcialidad, y debe contar con un sistema de recursos para impugnar las decisiones de selección y priorización; (iv) se debe garantizar el derecho a la verdad de las víctimas de delitos no seleccionados, para que este se materialice a través de mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales; (v) la aplicación de un régimen penal especial para los miembros de un grupo armado supone la desmovilización y la entrega de las armas; (vi) los mecanismos de suspensión total de ejecución de la pena, no pueden operar para los condenados como máximos responsable de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática[882].”

Tale posizione era già stata avallata dalla Corte in altre sentenze, in particolare nella C – 370 del 2006⁴²³. Per mezzo di essa sono state stabilite le condizioni minime che dovevano essere compiute nel processo di pace che è stato intrapreso con i paramilitari nell’ambito della Legge di Giustizia e Pace del 2005.

Qui di seguito si presenterà una sintesi della struttura della JEP, dei suoi organi, delle sue funzioni e degli elementi specifici che la caratterizzano, nonché dei trattamenti speciali che può riservare. Questo sistema di giustizia non può essere compreso senza riflettere sulle limitazioni politiche originarie. La prima: lo Stato colombiano non ha sconfitto le FARC e, pertanto, è stato ben lontano dal poter imporre una pace da vincitore. La seconda: dopo l’entrata in funzione della Corte Penale Internazionale e, nel caso colombiano, la costante giurisprudenza della Corte Interamericana di Giustizia, i meccanismi delle amnistie e degli indulti forti e estesi, capaci di portare a reciproche capitolazioni in un conflitto armato interno, devono affrontare ostacoli impossibili da superare per uno Stato come la Colombia.

Il risultato è stato quello di introdurre una pletora di strumenti e meccanismi di esclusione ed estinzione dell’azione penale, ai quali si sono aggiunti surrogati penali e, certamente, per i delitti politici e connessi, una larghissima politica di amnistia e indulto. L’obiettivo finale non è altro che quello di generare, attraverso le sale e le sezioni della JEP e dei suoi procedimenti, un filtro che assicuri che alla fine risultino giudicabili solo i maggiori responsabili.

⁴²³ Cfr., Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006; nella providenza C-647 del 2017, la Corte sostiene: “(...) la Corte también ha entendido que incluso en escenarios de transición debe preservarse el núcleo básico de los derechos de las víctimas. En este orden de ideas, este Tribunal aclaró, por ejemplo, que el acceso al sistema de alternatividad penal contemplado en la Ley de Justicia y Paz debía estar condicionado no solo a que se efectuara una colaboración con la justicia, sino a que esta colaboración garantizara los derechos de las víctimas[879], y que los beneficios penales debían estar condicionados con la contribución a la reparación de las víctimas (...) Asimismo, en la Sentencia C-370 de 2006[883] la Corte estableció una serie de directrices sobre los derechos de las víctimas frente a los victimarios, tanto en escenarios de normalidad como en escenarios de transición, especialmente en materia de reparación integral, todo bajo la premisa de que la construcción de escenarios de paz no se puede traducir en una anulación de los derechos de las víctimas.”

D'altra parte, il diritto penale che aspetta i maggiori responsabili nello scenario della transizione, siano essi i membri delle FARC o i membri dello Stato appartenenti alla forza pubblica, risulta essere un diritto molto blando. Gli elementi relativi alla responsabilità del comando, inoltre, sono stati deliberatamente ridimensionati. Nonostante la complessità del conflitto armato, al quale hanno partecipato diversi membri dello Stato non armati e terzi civili responsabili, per decisione della Corte Costituzionale, la competenza della JEP su questi ultimi rimane sussistente solo sulla base della volontà personale degli stessi.

Più avanti si illustreranno la struttura della JEP e le funzioni di ognuno dei suoi organi⁴²⁴. Questo esercizio descrittivo sarà di fondamentale importanza per poter capire le dinamiche e il processo all'interno del Tribunale. Questo risulta rilevante nella misura in cui tanto le amnistie come i processi che si sottomettono all'indagine e al giudizio, non stiano a capo di un'unica sala o sezione.

La Sala per il Riconoscimento della verità e della responsabilità e per la definizione dei fatti e delle condotte (SRV).

Si può affermare che questa Sala rappresenta la porta di entrata della JEP, dato che tutti i fatti che si sono verificati nell'ambito del conflitto e che siano stati denunciati, devono essere sottoposti all'esame di questa Sala. Ciò detto, si può affermare che il primo compito di questo organo è quello di stabilire le competenze della JEP. In altre parole, è compito della SRV, in relazione ai fatti e alle condotte, stabilire se essi siano o meno soggetti alla competenza della JEP, valutando se essi siano stati commessi per causa, in occasione o in relazione diretta o indiretta con il conflitto armato interno.

⁴²⁴ Risulta fondamentale chiarificare che la JEP si compone di tre tipi di organismi. 1. "Las Salas", che bensì fanno parte della JEP non hanno funzioni di investigare e punire i delitti più gravi; 2. la "Unidad de Investigación"; e 3. "Las Secciones", che appartengono alla struttura del Tribunale e che dovrà, in base alle sanzioni che prevede la legge, investigare i delitti che sono competenza della JEP, e cioè tutti quei reati gravi contro i diritti umani, il diritto internazionale umanitario, ed in generale i delitti internazionali.

La seconda funzione della Sala è quella di ricevere informative. Tutti gli organi e i soggetti giudiziari, pertanto, tanto nel campo delle indagini quanto nell'ambito giudicante dei fatti punibili rientranti nella competenza della JEP, devono redigere informative che devono essere inviate a quest'ultima. In queste informative i fatti sono riuniti e classificati in base alle differenti condotte, così come in base ai presunti autori. Copie delle sentenze e delle decisioni, a cui fanno riferimento le informative, devono accompagnare le informative stesse.

Oltre alle informative della Procura e dei giudici, anche altri organismi di controllo e di vigilanza (Procura Generale della Nazione e Contraloria Generale della Repubblica) devono, allo stesso modo, fornire le loro informative che abbiano relazione alle loro funzioni, riferite a indagini disciplinari e fiscali. Le condotte che sono oggetto delle informative sono quelle poste in essere fino al 1° dicembre 2016.

Le autorità tenute a trasmettere le informative continueranno, in ogni modo, a svolgere il loro compito di indagare sulle condotte – senza pronunciare sentenze, imporre misure di sicurezza, emettere ordini di cattura o eseguire quelli precedentemente emessi, *“fino al giorno in cui la Sala (...) annunci pubblicamente che, entro tre mesi, presenterà davanti al Tribunale di Pace le sue conclusioni”*.

Come previsto dalla legge statutaria, le informative devono essere presentate entro il termine di sei mesi decorrenti dall'entrata in vigore di questa legge, ma la loro consegna potrà essere prorogata per periodi successivi di sei mesi, fino a raggiungere il periodo massimo di tre anni.

La Sala potrà anche ricevere informative da parte delle organizzazioni delle vittime, di indigeni, comunità afrocolombiane, comunità “palenquere”, Rom, e in generale tutte le organizzazioni in difesa dei diritti umani. Si tratta di rapporti relativi a fatti e condotte del conflitto, ma elaborati dal punto di vista delle vittime.

Una volta che la SRV abbia ricevuto le informative, le dovrà notificare alle persone coinvolte affinché esse possano dare la loro libera versione dei fatti. La comparizione a seguito di questa citazione è volontaria e cerca di fare in modo che le possibili persone coinvolte possano ammettere le proprie responsabilità, nel caso che ne abbiano, e così poter confutare i fatti o il loro coinvolgimento nel conflitto armato.

In questa stessa direzione va, tra le altre, la funzione della Sala di facilitare la comparizione delle persone condannate dalla giustizia ordinaria che, nel caso di delitti di competenza della Sala stessa, intendano volontariamente riconoscere la verità completa, dettagliata ed esaustiva. Questa funzione è molto importante riguardo alle indagini in corso per delitti che posso essere amnistiati che, come si potrà vedere più avanti, quando si affronteranno le condizioni disposte dalla legge n. 1820 del 2016, sono state ampliate in modo considerevole.

Oltre al compito di fissare le date e i termini per la trasmissione delle informative e quello di metterle a disposizione delle persone e delle organizzazioni citate in esse, e di stabilire un termine ragionevole entro il quale dovranno essere prodotte le dichiarazioni di contributo alla verità e riconoscimento o meno della responsabilità, una delle funzioni più rilevanti della SRV ha a che vedere con l'analisi delle informative allegate.

In questo modo la Sala risulta incaricata di verificare le informative ricevute con il corredo probatorio disponibile. Svolta tale attività, quando sia accertata la sussistenza di sufficienti motivi per ritenere esistente la condotta criminale non amnistiabile e la partecipazione del presunto responsabile, le relative informative dovranno essere messe a sua disposizione in modo che egli possa decidere se comparire e ammettere la sua responsabilità e dare il suo contributo alla verità o, diversamente, procedere a difendersi dalle imputazioni formulate contro di lui.

Questo è precisamente un primo filtro in relazione all'analisi dei fatti e alla possibilità che un caso possa o non possa essere sottoposto ad amnistia. Si può osservare, circa la funzione appena illustrata, che la Sala ha la competenza di verificare che le informative su determinati fatti corrispondano ai casi espressamente esclusi dalla legge n. 1820 del 2016 e che, pertanto, non possono ottenere la massima clemenza. Questa analisi dimostra che, dal momento in cui un processo viene assunto dalla JEP, si iniziano ad attivare i filtri per individuare quali sono i casi che eventualmente saranno oggetto di un trattamento non conflittuale e che saranno risolti con una risoluzione preparata dalla SRV e approvata dalla Sezione di riconoscimento della verità e responsabilità del Tribunale di Pace, in quanto situazioni e persone non considerate in questa risoluzione vengono inviate alle altre Sale per essere assoggettate ad altri tipi di trattamento, dalla concessione dell'amnistia fino alla rinuncia all'azione penale. Sia ben chiaro che all'organo della JEP con funzioni di indagine e sanzione, vengono assegnati solo i casi che non siano considerati direttamente dalle sale e rispetto ai quali non risulti che i presunti responsabili abbiano la volontà di collaborare con il loro contributo alla verità.

Andando avanti con la descrizione delle funzioni di questa Sala, risulta che altri compiti, più di carattere operativo, hanno a che vedere con quello di ordinare all'autorità giudiziaria ordinaria il confronto di documenti originali con le loro copie, ogni volta che sospetti un indizio di falsità delle denunce e delle accuse contenute nelle informative.

Allo stesso modo la SRV dovrà ricevere le dichiarazioni di contributo alla verità e di riconoscimento di non responsabilità, tanto individuali quanto collettive. Queste dichiarazioni di riconoscimento *“dovranno sempre essere successive alla ricezione da parte della Sala della totalità delle indagini effettuate sulla condotta imputata”*⁴²⁵. La legge indica che il riconoscimento dalla verità e della responsabilità potrà essere effettuata a titolo individuale o collettivo, in forma orale o scritta e, se del caso, si potrà concedere un'udienza

⁴²⁵ Proyecto de ley estatutaria, aprobada por el Congreso de la República y avalada por sentencia C-080 de 2018

pubblica davanti alle vittime. Orunque, se il riconoscimento si svolge in maniera collettiva, l'individuazione successiva dovrà essere svolta in capo ai singoli componenti dell'organizzazione o del collettivo ma, in ogni caso, le persone potranno rifiutare l'individuazione di cui siano state oggetto.

Nello svolgimento della sua funzione di analisi e valutazione dei fatti sottoposti alla sua conoscenza, la *Sala* potrà sollecitare l'appoggio della Procura Generale della Nazione, così come degli altri organi investigativi dell'ordinamento giudiziario, e in generale di qualsiasi soggetto dello Stato che possieda un'informazione che gli permetta di stabilire la natura dei fatti riferiti e, di conseguenza, determinarne l'invio alle altre istanze della JEP.

Non è superfluo ricordare che, così come alle altre istanze della JEP, la SRV potrà ricorrere in qualsiasi momento all'Unità di Indagine e Accusa (di cui si parlerà più avanti) con l'obiettivo di dar inizio, se del caso, ai contraddittori davanti alla Sala di Prima Istanza del Tribunale. Questo, si ripete, accade generalmente quando i metodi non conflittuali di contributo completo alla verità e di assunzione della corrispondente responsabilità non danno esito positivo e, anche in questo caso, su una base di selezione e di priorità in modo tale che risultino condannabili solo i maggiori responsabili.

Così, al termine di questa analisi, dovranno essere presentate le conclusioni alla Sezione di prima istanza del Tribunale di Pace, nelle ipotesi di riconoscimento di verità e responsabilità. In queste risoluzioni saranno trattati i casi più gravi e le condotte e i fatti più rappresentativi, con particolare attenzione ai suoi diversi impatti in particolare sulle vittime che siano popoli indigeni o loro componenti; saranno individuate le responsabilità, soprattutto di coloro che hanno avuto una partecipazione determinante; si procederà alla qualificazione giuridica delle condotte; saranno espressi i riconoscimenti di verità e di responsabilità e, infine, si discuterà sulla sanzione. Quando una stessa persona sia stata imputata di diversi fatti punibili, le conclusioni saranno incorporate in un'unica risoluzione.

Una funzione cruciale della SRV, infine, è proprio quella di rimettere alla Sala delle Situazioni Giuridiche due tipi di relazioni sui soggetti su cui si è riferito. La prima comprenderà le persone o condotte che non saranno oggetto di amnistia e indulto, e non saranno coperte dalla risoluzione delle conclusioni. La seconda comprenderà le persone dalle quali *“non si esigeranno ammissioni di responsabilità davanti al tribunale per qualsiasi motivo”*⁴²⁶. Vale a dire che, di tutti i casi che giungano davanti alla JEP, questa Sala potrà, tramite la sola valutazione dei fatti, delle informative degli organismi di controllo e a partire dalle dichiarazioni dei soggetti coinvolti, determinare per quali casi si debba procedere affinché siano considerati oggetto dell’amnistia consacrata dalla legge.

È interessante notare come questa decisione, insieme a un metodo e a un approccio non conflittuale, costituisce un primo filtro rispetto alla conoscenza che possano avere le altre Sale e Sezioni della JEP in relazione alle condotte poste in essere nell’ambito del conflitto armato.

Sala delle Amnistie degli Indulti (SAI)

Questa Sala si occupa di concedere o negare le amnistie o gli indulti prevista dalla legge⁴²⁷. Come conseguenza della fine delle ostilità è stata prevista la concessione della più ampia amnistia e dell’indulto dei delitti politici collegati. Conformemente a quanto previsto dall’Accordo di Pace, si è deciso di applicare l’articolo 6.5 del Protocollo II degli accordi di Ginevra, in quanto stabilisce che *“Al momento della cessazione delle ostilità, le autorità faranno in modo di concedere la più ampia amnistia possibile alle persone che hanno preso parte al conflitto armato o che si trovino in condizione di privazione della libertà, internati o detenuti per motivi che abbiano relazione con il conflitto armato”*⁴²⁸. La JEP, esclusi questi delitti, si assume lo svolgimento delle indagini e del giudizio dei delitti non amnestiabili e per

⁴²⁶ Proyecto de ley estatutaria, aprobada por el Congreso de la República y avalada por sentencia C-080 de 2018

⁴²⁷ Si fa riferimento alla legge 1820 del 2016

⁴²⁸ Protocollo Addizionale delle Convenzioni di Ginevra (1977), art. 6(5)

i quali non può essere concesso l'indulto. Si considerano delitti connessi a quelli politici, quelli enunciati dalla legge n. 1820 del 2016, così come quelli che la SAI definisca come tali.

La funzione principale di questa Sala è quella di concedere amnistie e indulti, nei termini previsti dalla legge n. 1820 del 2016, che è la legge statutaria in questa materia. Queste decisioni vengono adottate d'ufficio, su richiesta di parte o in virtù delle raccomandazioni della SRV. La SAI, rispondendo alle esigenze della legge n. 1820 del 2016, deve stabilire la relazione di ognuna delle condotte esaminate con l'esercizio della ribellione e di altri delitti politici. L'amnistia e l'indulto possono essere concessi solo ai componenti dei gruppi ribelli con i quali sia stato sottoscritto un accordo di pace; a questo fine sarà consegnata una lista che sarà oggetto di verifica.

Questo punto è assolutamente rilevante. Rappresenta un secondo filtro per la valutazione delle condotte che possono o non possono essere amnistrate. Una lettura impreparata della legge farebbe intendere che ogni volta che si parli di delitti politici e connessi, la SAI potrebbe concedere l'indulto o l'amnistia corrispondenti. Questo non succede, però, con i delitti di carattere internazionale. La difficoltà su cui qui si vuole riflettere, e che è stata evidenziata nel corso della presente tesi, è che esistono delitti non inclusi nella lista come crimini connessi al delitto politico e che sono stati usati come mezzo per concretizzare condotte di carattere internazionale.

In altre parole, si pensi ai delitti contro l'ambiente (ambientali) come a un delitto connesso ad uno più grave come possono essere i delitti di lesa umanità o i crimini di guerra. Le condotte contro l'ambiente non si trovano nella lista dei delitti politici, così come non si trovano in quella dei delitti connessi. Pertanto non potranno essere amnistiati, in quanto mancano dei requisiti che la legge esige per poter applicare i differenti tipi di surrogati penali. Come si spiegherà più avanti, il problema consiste nel fatto che il Tribunale (e qui mi riferisco alla Sezione di non riconoscimento che è quella incaricata di giudicare), vanta una

competenza materiale tassativa davanti a taluni delitti, che sono per la precisione quelli che attentano al diritto internazionale.

I delitti connessi ai delitti internazionali, per lo meno fino a questo momento e considerando le disposizioni normative attuali, rimarrebbero sprovvisti di qualsiasi trattamento, sia come delitti connessi a un delitto politico, sia come connessi a un delitto internazionale. Più avanti, sviluppando le varie teorie e modelli che sono stati studiati fino a questo momento, si cercherà di proporre una soluzione per questo tipo di casi. Per ora è importante continuare a descrivere la struttura e le funzioni della JEP.

Una volta studiate le conclusioni, e dopo aver preso la decisione sulla concessione di un'amnistia o di un indulto, la Sala dovrà di nuovo trasmettere questi casi alla SRV e in questo modo disporre la libertà provvisoria per il beneficiario dei provvedimenti di amnistia, indulto o rinuncia all'azione penale, dopo aver concesso questi benefici e previa firma dell'atto di impegno. Si ricordi, in merito a questo punto, che il modello dei benefici penali previsti dalla legge è di natura condizionata, vale a dire che la loro effettiva applicazione dipende dagli impegni assunti dai combattenti davanti al loro dovere di dire la verità, di sottomettersi alla JEP per lo studio dei loro casi, di dare riparazione alle vittime ed impegnarsi a non tornare a porre in essere condotte criminali.

Ora, agli effetti di questa tesi, la funzione più importante della SAI è quella di determinare quali delitti sono connessi al delitto politico, considerando un criterio inclusivo (che si estende 1) ai delitti "che abbiano relazione specifica con lo svolgimento della ribellione commessi in occasione del conflitto armato, come per esempio la cattura di combattenti effettuata in operazioni militari"; 2) ai delitti nei quali il soggetto passivo della condotta è lo Stato e il suo regime costituzionale vigente; 3) alle condotte rivolte a facilitare, appoggiare, finanziare o nascondere lo svolgimento della ribellione; a tal fine dovrà essere definito ciascuno dei contenuti delle precedenti condotte) e un altro criterio restrittivo (rispetto al quale si escludono i crimini internazionali).

Così, e decidendo caso per caso sulla connessione con il delitto politico, questa Sala potrà determinare in base ai criteri sopra esposti (inclusivo e restrittivo), quali condotte possono essere intese come connesse al delitto politico. Questa facoltà è di straordinaria importanza, non solo perché la legge ha ampliato considerevolmente lo spettro dei delitti connessi al delitto politico, ma anche perché attraverso un procedimento sommario (che non è la stessa cosa di un processo), si concretizza la facoltà sovrana di uno Stato di perdonare condotte e delitti comuni associati al conflitto armato.

Resta il limite per i delitti internazionali, ma non si dice alcunché riguardo ai delitti connessi o relativi a tali crimini. Sarà possibile, eventualmente, dedurre che l'analisi caso per caso sia sufficiente ad estendere tale beneficio anche ai delitti non necessariamente connessi ai delitti politici? È probabile che sia proprio in questa istanza che si debba stabilire la sorte giuridica delle condotte non previste dalla legge, che risultino associate a un delitto internazionale, e che tuttavia non rientrano nella competenza materiale della JEP.

Va riconosciuto, dunque, che, de facto, la SAI rivestirà non solo un ruolo giudiziario nell'applicazione sillogistica della norma. Potrà assumere anche decisioni di carattere politico (in termini di convenienza ed economicità del sistema), soprattutto quando affronti casi difficili. È impossibile pensare che il mero dettato normativo risulti sufficiente per poter filtrare facilmente le condotte poste in essere in un conflitto durato più di mezzo secolo, con attori di varia natura, vittime diverse e un paese la cui geografia rende ogni scenario del conflitto un mondo totalmente differente dall'altro.

Questa Sala si dovrà confrontare con enormi sfide, se non si rende immediatamente conto che, così come il processo di pace e di riconciliazione nazionale sono il risultato di una decisione politica, allo stesso modo lo è la gestione dei processi.

Sala di definizione di Situazioni Giuridiche (SDSJ)

Questa Sala è incaricata della definizione della situazione giuridica dei comparenti. In particolare in riferimento a due categorie di persone: 1. Persone che non saranno oggetto di amnistia né di indulto, e che tanto meno saranno incluse nelle conclusioni della SRV. 2. Persone a cui non si attribuiranno responsabilità davanti al Tribunale, in quanto meritevoli di amnistia e indulto, e che, per questo motivo, saranno rimesse alla SAI.

Allo stesso modo dovrà stabilire il trattamento che deve essere riservato alle sentenze pronunciate precedentemente dalla giustizia ordinaria. La SDSJ, rispetto alle persone sottoposte alla sua giurisdizione e ai requisiti del sistema, potrà adeguare le sentenze già pronunciate alla nuova cornice normativa della giustizia transizionale e ai suoi parametri più benevoli per coloro che siano oggetto di indagine, o che siano stati precedentemente sanzionati, potendo decretare l'estinzione della responsabilità per aver compiuto la pena. Affinché ciò possa accadere, però, la persona interessata – condannata dalla giustizia ordinaria - deve naturalmente comparire volontariamente e riconoscere la verità in modo completo, dettagliato ed esaustivo.

Per quanto riguarda quelli che non riconoscano la verità e la responsabilità, si dovranno stabilire i meccanismi di selezione e di priorità. Potranno sempre essere fissate priorità, cumulare processi e adottare ogni misura per evitare che le condotte gravi e rappresentative restino impunte; e quando sia necessario, e nell'ambito delle proprie competenze, evidenziare se i fatti e le condotte hanno relazione con il conflitto armato, e precisare il loro impatto sui gruppi colpiti.

Il processo di selezione e priorità, dunque, può essere inteso come un filtro ulteriore rispetto ai due precedentemente analizzati relativamente alle funzioni della SVR e della SAI. In questo ordine di idee, potrà inoltre adottare le decisioni che siano, a suo giudizio, opportune per definire la situazione giuridica delle persone non beneficiarie di amnistia o di indulto, e che non sono rientrate nelle conclusioni.

La competenza della SDSJ si applica anche nei confronti dei singoli che, pur non appartenendo a un'organizzazione ribelle, siano oggetto di indagini ancora aperte per delitti di competenza della JEP, ma sempre che sia l'indagato a richiederlo. Questa competenza si estende anche ai terzi che si presentino volontariamente nel termine dei tre anni successivi alla creazione e messa in funzione della JEP. Sarà decisione della Sala pronunciarsi sulla rinuncia all'esercizio dell'azione penale o su un'altra ipotesi di estinzione anticipata del processo o se rimettere il caso ad altre Sale, la SRV o la SAI, in base al fatto che il terzo collabora con le finalità del sistema, ossia la ricostruzione della verità e la determinazione delle situazioni giuridiche conseguenti.

Una funzione importante di questa Sala, soprattutto agli effetti del problema posto in relazione al trattamento giuridico che si deve riservare ai delitti connessi ai crimini internazionali, è quella di esaminare la situazione delle persone che non hanno avuto una partecipazione determinante nei casi più gravi e rappresentativi. In questi casi, la SDSJ potrà adottare decisioni di rinuncia all'azione penale, o estinzione anticipata del processo, mediando sempre la necessaria collaborazione tra processati e condannati.

La rinuncia a perseguire penalmente copre anche i membri dello Stato, per i quali, come si vedrà più avanti, è previsto un trattamento differenziato.

Or dunque, oltre alle Sale anche la JEP ha un organo autonomo di indagine e di accusa. Questa istanza viene chiamata Unità di Indagine e Sanzione. Qui appresso, molto brevemente, saranno illustrate le principali funzioni di questo organo.

Unità di Indagine e Accusa (UIA)

La JEP dispone di un organo indipendente e autonomo che svolge le funzioni di Procura e, naturalmente, ha un ruolo importante nei procedimenti e nelle procedure di tipo

conflittuale, che si impongono nel caso di assenza di riconoscimento della verità e della responsabilità o quando questo metodo, per qualche ragione, fallisce. Davanti al Tribunale di Pace, la UIA esercita l'azione penale.

Può contare sull'appoggio della Procura Generale della Nazione, del Difensore del Popolo e delle altre istanze di indagine dello Stato. È la legge statutaria a definire la competenza della UIA e a disporre che questo è l'organo che *“soddisfa il diritto alla giustizia delle vittime quando non vi sia riconoscimento collettivo o individuale di responsabilità. Sotto la guida del Direttore dell'Unità, il gruppo di procuratori, investigatori e funzionari della stessa, è soggetto al principio di unità di gestione e di gerarchia”*⁴²⁹.

Sono pertanto funzioni della UIA quelle di indagare e accusare, sempre conformemente alla legge, le persone i cui casi le siano stati trasmessi dalle sale e sezioni del Tribunale di Pace, così come stabilire per esse le misure di sicurezza e cautelari quando sia dovuto. Questa funzione viene esercitata su richiesta da parte del Tribunale delle misure di sicurezza e cautelari che si ritengano necessarie per salvaguardare il processo e il suo svolgimento.

Inoltre l'Unità potrà richiedere misure di protezione per le vittime, per i testimoni e altri che intervengano nel processo, per assicurarsi che non corrano rischi e così ottenere la maggior quantità possibile di informazioni in merito alle indagini in corso.

Come la SDSJ, l'Unità di Indagine potrà stabilire criteri di priorità e cumulo di processi al fine di aumentare l'efficienza nello svolgimento della sua attività. Questa funzione comprende la competenza di selezione e trattamento sequenziale delle questioni e, in generale, quella di adottare misure per evitare la congestione e garantire che le condotte gravi e rappresentative siano indagate e giudicate nel modo dovuto.

⁴²⁹ Proyecto de ley estatutaria, aprobada por el Congreso de la República y avalada por sentencia C-080 de 2018

Al contrario, quando ritenga che non sia necessario indagare o accusare una determinata persona o gruppo di persone, i casi che risultino da questa esclusione, dovranno essere da essa trasmessi alla SAI e alla SDSJ. Di nuovo, esistono criteri di interpretazione relativamente flessibili per poter stabilire quando una condotta sia rilevante agli effetti della JEP, intendendosi con questo l'indagine sui delitti oggetto di competenza materiale del Tribunale.

Nell'ambito delle funzioni di indagine, la UIA è inoltre chiamata a realizzare perquisizioni, sequestri e intercettazioni di comunicazioni. Questi compiti, in virtù del principio di legalità, saranno soggette in ogni caso a un controllo successivo da parte di un magistrato della Sezione di prima Istanza del Tribunale.

Potrà inoltre agire per assicurare gli elementi probatori materiali. Per svolgere questa funzione e garantire la custodia, così come per adottare misure aggiuntive che possano ledere diritti fondamentali, si dovrà ottenere la rispettiva autorizzazione da parte della sezione di prima istanza del tribunale, nei casi di assenza di riconoscimento della verità e della responsabilità.

L'Unità porterà inoltre avanti tutti i compiti di polizia giudiziaria nello svolgimento delle funzioni della JEP. Questo significa che sulla UAI incomberà l'obbligo di dirigere e coordinare le funzioni di polizia giudiziaria. Il direttore dell'Unità, nella JEP, sarà il massimo direttore della polizia giudiziaria. In via di principio, avranno anche funzioni di polizia giudiziaria gli analisti e gli investigatori dell'Unità, e i funzionari designati dalle sale e dalle sezioni.

Infine, l'Unità potrà richiedere ai vari organi dello Stato e alle varie organizzazioni delle vittime, l'informazione che consideri mancante o pertinente per lo svolgimento delle indagini. Queste competenze possono essere estese anche nell'ambito della collaborazione armonica e della coordinazione con la Giurisdizione Speciale degli Indigeni.

Per concludere lo studio della struttura della JEP, si passerà a considerare la composizione e le funzioni del Tribunale, cioè l'istanza più squisitamente giudiziaria di questo organismo, che dovrà indagare, giudicare e sanzionare i maggiori responsabili delle gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario nello svolgimento di scontri armati.

Il Tribunale di Pace è l'organo di ultima istanza della JEP. È composto da due sezioni di prima istanza. Una per il caso di riconoscimento della verità e della responsabilità (sezione A). L'altra per i casi di assenza di riconoscimento della verità e della responsabilità (sezione B), e che imporrà sanzioni ordinarie o alternative. Allo stesso modo il Tribunale conta su una Sezione di revisione delle sentenze, la quale, su richiesta del sanzionato, rivede i casi già giudicati dalla giustizia ordinaria o da organismi come la Procura e la "Controloria"⁴³⁰, e lo fa nell'ambito della giustizia transizionale e a partire dal repertorio delle sue misure di sicurezza e dei suoi meccanismi di qualificazione delle condotte.

D'altra parte, il Tribunale è formato da una Sezione di Appello, che ha la funzione principale di decidere le impugnazioni delle sentenze pronunciate dalle varie Sezioni.

Infine, una volta conclusesi le funzioni del Tribunale, potrà essere costituita la Sezione di Stabilità, purché sia necessario per garantire la stabilità e la efficacia delle risoluzioni e delle sentenze pronunciate, o per indagare e giudicare situazioni sopravvenienti, nel qual caso si potrà disporre, se necessario, la ricostituzione degli organi della JEP che si debbano avocare i compiti di indagine, giudizio o soluzione della situazione emergente.

Sezione di Prima Istanza per i casi di Riconoscimento (Sezione di Riconoscimento)

Nell'ambito delle sue funzioni, questa Sezione dovrà pronunciare sentenze a partire dalla decisione che sottoponga alla sua conoscenza la SRV, nei casi di riconoscimento della verità; a tal fine dovrà verificare se la decisione che le viene sottoposta per quanto concerne le

⁴³⁰ La "Contraloria" corrisponde all'organo di indagine su i processi di responsabilità fiscale in Colombia.

condotte esaminate e riconosciute corrisponde o no a quelle che non potranno essere oggetto di amnistia o indulto o di esclusione di responsabilità penale.

Il quarto filtro che si individua nell'ambito dei procedimenti e della struttura della JEP risiede proprio qui. La Sezione potrà stabilire se le condotte ammesse dal beneficiario rientrano nell'ambito delle competenze del Tribunale, o se al contrario le condotte accertate durante il processo davanti alla SRV, possono essere amnistrate. È importante evidenziare che i criteri di interpretazione, apparentemente regolamentati dalla norma, non sono sufficienti per quei casi che si trovano in una zona grigia, come per esempio quelli trattati sino ad ora. Vale a dire che i delitti che non sono compresi nella lista delle condotte connesse ai delitti politici, o quelli che siano servite come mezzo per commettere delitti internazionali, cioè quelli che non possono essere soggetti ad indulto e amnistia.

Ora, proseguendo con lo sviluppo dello studio sulle funzioni della Sezione di Riconoscimento, un'altra delle responsabilità a suo carico ha a che vedere con l'effettiva comminazione delle sanzioni previste dalla legge, così come con le condizioni e le modalità di esecuzione.

Compete, infine, a questa Sezione, la supervisione e l'esecuzione della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria e basata anche sulle raccomandazioni proposte dalla SRV.

Sezione di Prima Istanza per i Casi di Assenza di Riconoscimento della Verità e Responsabilità (Sezione di Riconoscimento).

Questa Sezione avrà il compito di sottomettere le persone accusate a un giudizio in contraddittorio e, al termine del processo, pronunciare una sentenza di condanna o di

assoluzione, così come dovrà stabilire le sanzioni ordinarie⁴³¹ nel caso che non ci sia stato un riconoscimento completo della verità e della responsabilità. Imporrà, invece, sanzioni alternative quando l'imputato riconosca e ammetta la sua responsabilità nei fatti su cui si indaga, prima che si pronunci la sentenza di prima istanza. A tali fini, la Sezione potrà imporre misure di sicurezza e cautelari quando lo consideri necessario. La funzione sanzionatoria, così come quella procedimentale, dovrà certamente rispondere anche alle richieste o informative che le giungano da parte della UIA, la quale, a sua volta, dovrà appoggiare tutti i procedimenti che richiedano funzioni di polizia giudiziaria.

Oltre ai compiti di indagine e sanzionatori, la Sezione di non Riconoscimento ha anche l'importante compito di iscrivere, o meglio interpretare, le condotte sanzionate nel contesto del conflitto armato. Questo esercizio assume rilevanza ogni volta che contribuisce in modo eccezionale alla ricostruzione della verità storica dal punto di vista giudiziario⁴³². In questo senso la Sezione, oltre che sanzionare i colpevoli dei delitti di sua competenza, potrà imporre allo Stato obbligazioni riparatorie simboliche, ogni volta che ritenga che la sua condotta sia stata omissiva.

Una delle funzioni più rilevanti ai fini della presente tesi, si riferisce alla potestà della Sezione di rimettere alla Sala delle Amnistie e degli Indulti i casi nei quali consideri che si debba ricorrere alla clemenza sovrana. Si materializza qui, pertanto, un quinto filtro alle condotte che possono o non essere amnistrate, la loro portata e, perché no, la valutazione della pertinenza di quelle che pur non essendo di carattere politico, possano ottenere gli stessi benefici rispetto ai delitti connessi. Al termine di questa tesi, si cercherà di affermare proprio che la Sezione gode delle piene capacità, senza ignorare le disposizioni di legge e giurisprudenziali, di riconoscere un trattamento analogo alle condotte connesse al delitto politico rispetto a quelle che invece risultano connesse a un delitto internazionale.

⁴³¹ La JEP potrà imporre sanzioni proprie, alternative ed ordinarie. Più avanti si studierà ognuna di esse, così come i suoi effetti.

⁴³² Si parla di ricostruzione storica della verità dal punto di vista giudiziario per distinguerlo da quelle che saranno le funzioni della Commissione della Verità.

Sezione di Appello (SA)

Questa Sezione dovrà pronunciarsi sulle impugnazioni delle sentenze di prima istanza pronunciate dalle sezioni, così come decidere sui ricorsi in appello contro le decisioni delle Sale e delle sezioni. Ha, infine, il dovere di agire come seconda istanza nei processi di “tutela”⁴³³ instaurati contro le decisioni di qualsiasi organo della JEP.

Sezione di Revisione (SR)

La Sezione di Revisione dovrà decidere sulla sostituzione della sanzione penale imposta dalla giustizia ordinaria. Quanto detto, sempre a condizione che non intervenga la rinuncia a perseguire penalmente e lo richieda la SDSJ. In questo caso, la sezione invierà il richiedente alla SRV, così che essa possa procedere previamente al riconoscimento completo della verità e della responsabilità, caso in cui imporrà una sanzione propria. Se, invece, il riconoscimento si svolge davanti alla Sezione di Revisione, verrà imposta una sanzione alternativa. Se la parte che riguarda la limitazione delle libertà e dei diritti è stata già eseguita, sarà dichiarato nella sentenza. Diversamente, verrà ordinata l’esecuzione della sanzione imposta.

Inoltre, su richiesta del condannato, potrà procedere a revisione delle sentenze pronunciate da altri giudici, la Procura o la “Contraloría”, quando sia giuridicamente possibile per una modificazione della qualificazione giuridica, o per una nuova prova non considerata prima. Ciononostante, trattandosi di sentenze pronunciate dalla Corte Suprema, la revisione sarà di sua competenza. In questo ultimo caso, se la Corte Suprema confermasse la sentenza di condanna, la SR potrà operare la sostituzione.

⁴³³ La “tutela” è un meccanismo di protezione costituzionale riguardo all’esercizio dei diritti fondamentali dei cittadini. Venne creata dalla Costituzione del 1991 ed è una delle figure più efficaci del sistema giuridico Colombiano. Nella provvidenza C-080 del 2018, la Corte Costituzionale ritenne che essa non perde la competenza di revisione riguardo a questo meccanismo.

Il sesto filtro che si osserva in questa struttura complessa, articolata e unica, si manifesta attraverso le competenze della SR in ordine al definire se le condotte, come per esempio il finanziamento dei gruppi armati, possono o non possono essere considerate come delitti politici. In altre parole, anche dopo essere state sottoposte alla conoscenza della Sala delle Amnistie, questa Sezione può procedere alla revisione dell'elemento della connessione tra condotte punibili associate con i delitti politici. Si fa presente, tuttavia, che non si dice nulla riguardo ai delitti connessi ai delitti internazionali.

Una volta vista la struttura della JEP è facile poter arrivare alla conclusione che per come è stata disegnata e per come opera, la totalità dei delitti commessi durante il conflitto armato, così come il totale delle persone coinvolte, si riducono ad una minima quantità quando arrivano ad essa. In pratica questo modello, sebbene conforme ai presupposti del diritto internazionale, conferma l'idea avanzata dal professor Mario Trapani, per cui la pace, come valore fondamentale, non può essere sottomessa a un processo di giustizia ordinario che comporti l'impossibilità di realizzare questa aspirazione sociale. In altre parole, quanto si propone con il modello di giustizia transizionale, è ideare un modello di amnistie blande (comunque permesse dal diritto internazionale, come dimostrato nel capitolo precedente), che riconosca e garantisca i diritti delle vittime.

La natura blanda dell'amnistia, dunque, non deriva solo dall'ampliamento legale dell'ambito di grazia conseguente all'accordo di pace, ma anche dal disegno e dall'architettura istituzionale che è stata proposta per portare avanti le indagini e i giudizi sulle condotte più vergognose del conflitto.

Sarebbe controproducente, oltre che illogico da un punto di vista concettuale e sistematico, ritenere che l'omissione del legislatore riguardo alla possibilità di concedere l'amnistia per i delitti connessi ai delitti internazionali, sia stata intenzionale e non piuttosto prodotto di un errore di tecnica legislativa. Anche se nel successivo capitolo di proporrà un modello per

giustificare l'applicazione equivalente dei benefici penali anche alle citate condotte, è importante considerare che la stessa legge, nel definire le competenze della JEP, specialmente quelle del Tribunale, non ha previsto condotte che tradizionalmente potrebbero essere associate ai delitti internazionali e che non necessariamente si riferiscono ad essi.

Se così è, e la Sala delle Amnistie non potesse concedere benefici penali come l'amnistia a condotte connesse ai delitti internazionali, non espressamente previste nell'elenco dei delitti associati ai delitti politici, si manifesterebbe, in questa zona grigia, un chiaro conflitto di competenze tra la giustizia ordinaria e la giurisdizione speciale di pace.

Or dunque, quanto sopra sarà oggetto di più approfondita analisi più avanti; per ora è fondamentale a tali effetti, comprendere quali sono le competenze della JEP da un punto di vista materiale, personale e temporale.

Competenze materiali

La creazione della JEP ha carattere costituzionale poiché, come spiegato anteriormente, è stata costituita mediante Atto Legislativo⁴³⁴. Nella Costituzione sono state indicate le sue finalità o obiettivi (C.P. art. A.L. 01 del 2017, articolo transitorio 5°): dare soddisfazione al diritto delle vittime alla giustizia (1); far conoscere la verità alla società colombiana (2); proteggere i diritti delle vittime (3); contribuire a raggiungere una pace stabile e duratura (4); e adottare decisioni che conferiscano piena certezza giuridica a quanti abbiano partecipato in maniera diretta o indiretta al conflitto armato interno mediante la commissione delle citate condotte (5).

Per raggiungere questi obiettivi o fini, la Costituzione stabilisce direttamente i limiti della sua competenza per materia: *“conoscerà prioritariamente su tutte le altre giurisdizioni e in*

⁴³⁴ In Colombia le leggi di riforma costituzionale si denominano Atti Legislativi

via esclusiva le condotte poste in essere prima del 1° dicembre 2016 per causa, in occasione o in relazione diretta o indiretta con il conflitto armato, per quanti hanno partecipato allo stesso, specialmente in riferimento alle condotte considerate gravi infrazioni al Diritto Internazionale Umanitario o a gravi violazioni dei diritti umani”⁴³⁵.

Nonostante l’articolo transitorio n. 23 dello stesso atto legislativo si riferisca a delitti commessi da membri della forza pubblica, i seguenti criteri, che a nostro giudizio hanno carattere generale, rendono più facile stabilire quali siano i fatti punibili che rientrino nella competenza della JEP: *“1. Che il conflitto armato sia stato causa diretta o indiretta della condotta punibile, o b) che l’esistenza del conflitto armato abbia influito sull’autore, partecipante o su chi abbia dato copertura alla condotta punibile commessa per causa, in occasione o in relazione diretta o indiretta con il conflitto in quanto a: la sua capacità di commetterla, vale a dire che in ragione del conflitto armato colui che ha perpetrato la condotta abbia acquisito abilità maggiori che gli sono servite per porre in essere la condotta stessa; la sua decisione di commetterla, vale a dire all’essersi risolto o disposto l’individuo alla commissione della condotta; il modo in cui è stata commessa, cioè che come prodotto del conflitto armato chi ha posto in essere la condotta abbia avuto l’opportunità di disporre di mezzi che gli sono stati utili per consumarla; la scelta dell’obiettivo che si proponeva di raggiungere con la commissione del delitto”⁴³⁶.*

⁴³⁵ Colombia, Acto Legislativo 01 de 2017, traduzione dalla lingua originale: *“conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto de conductas consideradas graves infracciones al Derecho internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos”*

⁴³⁶ Colombia, Acto Legislativo 01 de 2017, traduzione dalla lingua originale: *“1. Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la conducta punible, o b) que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a: su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta; su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla; la manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla; la selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito”*

È a questo punto possibile osservare che da un'analisi della competenza per materia, tra le competenze della JEP, si possono comprendere tutte le condotte che in modo diretto o indiretto hanno avuto relazione con il conflitto armato. In altre parole, l'elenco delle fattispecie penali che potranno essere oggetto di amnistia, lontano dall'essere un elenco tassativo, potrà essere ampliato sulla base di un'analisi obiettiva che tenga conto del contesto, e allo stesso tempo di un'analisi di carattere soggettivo di tali condotte. Questo sembra essere coerente con la tesi che questo lavoro sta maturando nel corso della sua esposizione, vale a dire che si richiede di interpretare con flessibilità i modelli per stabilire quali siano le condotte relative non solo ai delitti politici, ma anche in generale a qualsiasi delitto che sia oggetto di revisione da parte del Tribunale, inclusi, ovviamente, i delitti che possono essere commessi per mezzo della consumazione di condotte prescritte dal diritto internazionale.

Conformemente a quanto sopra esposto, il loro trattamento dovrà essere considerato caso per caso, nelle differenti istanze della JEP, in modo che arrivino davanti al Tribunale per essere da esso conosciuti, solo i delitti commessi dai maggiori responsabili e che sono di sua competenza per materia. A tutti gli altri, compresi i delitti connessi di carattere non politico, si dovranno dunque riconoscere per via analogica i benefici dell'amnistia e dell'indulto, o l'applicazione di altri meccanismi come quello della rinuncia all'azione penale, quello dell'estinzione della responsabilità, la preclusione ecc. (vedere i meccanismi della SDSJ).

Or dunque, la competenza per materia della JEP si estende anche alle condotte strettamente legate al processo di deposizione delle armi. Rispetto ai delitti di conservazione e finanziamento di piantagioni, traffico, produzione o porto di stupefacenti e destinazione illecita di beni mobili o immobili, la JEP sarà competente quando siano stati commessi prima del 1° dicembre del 2016, purché i presunti responsabili siano stati, alla data della commissione, membri di gruppi armati che abbiano sottoscritto un accordo di pace. Sarà competenza, invece, della giustizia ordinaria, conoscere tali delitti, quando si tratti di condotte commesse successivamente al 1° dicembre 2016.

Per quanto concerne i delitti permanenti, competeranno alla giustizia ordinaria, se la JEP stabilisce che non sono state rispettate le condizioni del sistema, vale a dire quelle che hanno a che fare con la verità e l'ammissione di tali condotte.

Altre condotte che saranno competenza della JEP e che sono state poste in essere prima del 1° dicembre del 2016, sono quei delitti riferiti ai disturbi pubblici e all'esercizio della protesta sociale, come per esempio l'utilizzo e il lancio di sostanze o oggetti pericolosi; la violazione dei diritti di riunione e associazione; la violenza contro un servitore dello Stato; la chiusura di pubbliche vie; la turbativa del servizio di trasporto; radunata sediziosa e lesioni personali.

Competenza Personale

La competenza della JEP si applica in modo inscindibile, simultaneo e integrale a tutte le persone che hanno partecipato direttamente o indirettamente al conflitto armato.

I combattenti dei gruppi armati al limite della legge, restano assoggettati alla competenza della JEP, purché le loro organizzazioni sottoscrivano un accordo di pace con il governo e, naturalmente, relativamente ai delitti commessi prima del 1° dicembre del 2016 e che siano collegati al conflitto armato in quanto in esso ne risiede la causa, o in quanto commessi in occasione o in relazione diretta o indiretta con esso.

A tal fine, le FARC hanno consegnato ufficialmente una lista dei membri di tale organizzazione. Tuttavia, indipendentemente dalla lista, rientrano nella competenza della JEP tutte le persone che siano state condannate, processate o indagate per l'appartenenza a tale gruppo, per delitti commessi prima del 1° dicembre del 2016.

La competenza della JEP si estende anche agli agenti dello Stato non appartenenti alla forza pubblica che abbiano manifestato la loro volontà di farlo, e si applica ai delitti commessi per causa, con occasione o in relazione diretta o indiretta con il conflitto armato. Questa competenza si applica ai membri dello Stato che appartengono alla forza pubblica e, in questo caso, la competenza è piena e imperativa.

Ora, trattandosi degli agenti dello Stato, appartenenti o no alla forza pubblica, le azioni o le omissioni che sono materia di competenza della JEP, sono solo quelle che hanno una relazione con il conflitto armato e che sono state commesse senza animus di un arricchimento personale illecito.

Le norme dichiarano ripetutamente che il trattamento per i componenti delle FARC, i membri o agenti dello Stato e altri civili, siano o non siano combattenti, sarà inscindibile, simmetrico in alcuni aspetti, differenziato in altri, però, in ogni caso, equo, equilibrato e simultaneo.

La competenza della JEP comprende i civili che, senza formare parte delle organizzazioni o gruppi armati, abbiano partecipato, facilitato o contribuito in maniera diretta o indiretta alla commissione di delitti associati al conflitto armato, sempre nella misura in cui la loro sottomissione sia volontaria.

La sentenza C – 674 del 2017 della Corte Costituzionale, trattandosi di terzi civili responsabili e membri dello Stato non appartenenti alla forza pubblica, ha stabilito di mantenere la competenza della JEP solo nel caso che questi due soggetti, liberamente e volontariamente, decidessero di sottomettersi a questa giurisdizione. A giudizio della Corte la garanzia e il diritto al giudice naturale, obbligano a distinguere gli schemi della giustizia transizionale che sono ad hoc e eccezionali, da quelli della giustizia ordinaria. Queste sono le parole della Corte:

“La Corte conclude che l’Atto Legislativo n. 1 del 2017, non solo ha alterato ex post lo schema regolare di assegnazione delle competenze giurisdizionali, ma ha anche, facendo questo, trasferito le sue competenze a un organismo creato ex post e ad hoc, separato dal potere giudiziario, e strutturato sulla base di obiettivi e principi diversi da quelli che hanno fatto nascere il Ramo Giudiziario nella Costituzione (...). Insomma, si tratta anche di un organismo ad hoc, perché risponde alla direttrici fissate nell’Accordo Finale di Pace sottoscritto tra il Governo Nazionale e le Farc. Di fatto, tramite il già citato accordo, esso si è impegnato a presentare davanti al Congresso Nazionale un progetto di atto legislativo per la creazione della Giurisdizione Speciale per la Pace, concepita come una “giurisdizione speciale che opera in modo autonomo e preferenziale riguardo a tutte le questioni di sua competenza, in particolar modo rispetto a condotte considerate gravi infrazioni al Diritto Internazionale Umanitario o gravi violazioni dei diritti umani”. I lineamenti di questo accordo sono state recepite, precisamente, nell’Atto Legislativo 1 del 2017, in punti tanto decisivi e cruciali come la sua composizione, lo schema per la sua formazione, la portata delle sue competenze, la struttura interna degli organismi, gli strumenti per svolgere le indagini, per giudicare e sanzionare i delitti commessi nell’ambito del conflitto armato, lo schema per la decisione sulle azioni di tutela e sui conflitti di competenza, tra molte altre questioni. Questa coincidenza materiale è stata accertata pienamente in questa stessa decisione nel momento in cui si è valutata la relazione tra l’Atto Legislativo n. 1 del 2016 e l’Accordo Finale”⁴³⁷.

⁴³⁷ Colombia, Corte Constitucional sentencia C-674 de 2017, traduzione dalla lingua originale: *“la Corte concluye que el Acto Legislativo 01 de 2017 no solo alteró ex post el esquema regular de distribución de competencias jurisdiccionales, sino que además, al hacerlo, traslado sus competencias a un organismo creado ex post y ad hoc, separado del poder judicial, y estructurado a partir de objetivos y principios diferentes de los que dieron lugar a la Rama Judicial en la Constitución (...) Y finalmente, se trata también de un organismo ad hoc, porque responde a las directrices fijadas en el Acuerdo Final de Paz suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC. De hecho, mediante el referido acuerdo, aquel se comprometió a presentar ante el Congreso Nacional un proyecto de acto legislativo para la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz, concebida como una “jurisdicción especial que ejerce de manera autónoma y preferente sobre todos los asuntos de su competencia, en especial con respecto a conductas consideradas como graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos”. Los lineamientos de dicho acuerdo fueron recogidos, precisamente, en el Acto Legislativo 01 de 2017, en puntos tan decisivos y cruciales como su composición, el esquema para su conformación, el alcance de sus competencias, la estructura interna del organismos, los instrumentos de operación para la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado, el esquema para la resolución de las acciones de tutela y los conflictos de competencia, entre muchos otros. Esta coincidencia material fue verificada exhaustivamente en este mismo fallo al evaluar la conexidad entre el Acto Legislativo 01 de 2017 y el Acuerdo Final.”*

Ora, rispetto alla competenza personale della JEP, la Corte Costituzionale, in questa stessa pronuncia, ha considerato che, sebbene il suo carattere *ad hoc* non comporti la sua illegittimità, e sebbene la sua esistenza si fondi sulla necessità di mandare avanti un processo di giustizia transizionale, il fatto stesso che il procedimento e la struttura del tribunale siano stati concordati nell'ambito degli accordi de La Avana, riduce le garanzie per gli attori che non hanno fatto parte delle negoziazioni. Tali garanzie, che risultano essere fondamentali nel corso del processo penale, si possono trovare meglio riconosciute davanti al giudice naturale, vale a dire davanti alla giurisdizione ordinaria⁴³⁸.

⁴³⁸ Cfr., Colombia, Corte Constitucional sentencia C-674 de 2017, "El que el diseño de este organismo jurisdiccional haya respondido a los requerimientos del proceso de paz, y en especial a las demandas de algunos de los actores que participaron en el mismo, no es una circunstancia que invalide a la Jurisdicción Especial para la Paz. Sin embargo, desde la perspectiva de la garantía del juez natural, el hecho de que la creación de dicha jurisdicción sea el resultado de un proceso de negociación entre uno de los combatientes del conflicto y el gobierno nacional, para juzgar no solo a los miembros de las FARC, sino también a los demás actores, directos e indirectos del conflicto, incluidas las personas que gozan de fuero constitucional, no ofrece las garantías de independencia e imparcialidad que subyacen al principio de juez natural. En otras palabras, aunque en principio la creación de una instancia *ad hoc* y *ex post* según las directrices de un acuerdo de paz suscrito entre el gobierno nacional y uno de los combatientes en el conflicto armado podría ser admisible en el presente escenario de transición de cara a la garantía del juez natural, lo es únicamente en relación con los combatientes, pero no para someter de manera forzosa a los demás actores, y en particular, a los no combatientes, como los terceros civiles, los agentes del Estado que no integran la fuerza pública, y los propios aforados constitucionales (...) Así las cosas, la creación de tribunales *ex post*, la inexistencia de un marco o referente preciso para cumplir su rol de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, y la configuración *ad hoc* de tales instancias que las expone a ser estructuralmente tendenciosas y parciales, si bien puede justificarse en un escenario transicional orientado a la consecución de la paz, impide extender su competencia a los terceros civiles, por los delitos cometidos en el marco del conflicto armado(...) 5.5.2.11. Ahora bien. Algunos de los intervinientes en el proceso judicial argumentaron que la creación la JEP se explicaba y justificaba por el escenario transicional en el que se inscribe el Acto Legislativo 01 de 2017, tal como ha ocurrido en otros países en los que la terminación del conflicto armado da lugar a la creación de tribunales *ad hoc*. La Corte precisa, sin embargo, que la existencia de un escenario orientado a dar por terminado el conflicto armado mediante el sometimiento de los actores del conflicto a la justicia podría invocarse para justificar la creación de instancias jurisdiccionales transicionales, pero sobre la base de que de hecho ha desaparecido la institucionalidad existente y cuando, por tanto, la necesidad de evitar la impunidad hace imprescindible la creación de nuevos organismos encargados de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario. En estas hipótesis, la desaparición de facto de los poderes públicos ha obligado, por la misma fuerza de los hechos y de los acontecimientos, a diseñar una nueva institucionalidad encargada de operar los instrumentos de verdad, justicia, reparación y no repetición, pero no porque esto constituya una alternativa frente a la preservación de las competencias ordinarias del poder judicial, sino porque no existen otras opciones".

I civili e i funzionari non combattenti che abbiano preso parte direttamente o indirettamente al conflitto armato, pertanto, non potranno essere obbligati a comparire davanti alla JEP. Lo potranno fare volontariamente. Questo, di certo, non preclude la possibilità, per la giustizia ordinaria, tenendo conto dei principi del modello della giustizia transizionale, di considerarlo al momento di indagare, giudicare e sanzionare dette condotte. Non implica neanche che non rimanga l'obbligazione per questi soggetti di indennizzare e risarcire le vittime del conflitto armato⁴³⁹.

Qualcosa di simile ha stabilito la Corte Costituzionale in merito a quei soggetti che per disposizione della Costituzione e in virtù delle funzioni da essi svolte nell'ambito dello Stato, godono di un foro speciale. Nella sentenza citata, si stabilisce che pur dovendosi applicare le disposizioni contenute nella riforma posta in essere dal Sistema Integrale di Giustizia,

⁴³⁹ Cfr., Colombia, Corte Constitucional sentencia C-674 de 2017, "(...)En efecto, la Jurisdicción Especial para la Paz responde a un particular entendimiento y a una particular sensibilidad acerca del conflicto armado, de sus causas, de las dinámicas que lo atravesaron, y de las fórmulas para su terminación. Con arreglo a esta particular sensibilidad y comprensión se diseñó no solo la JEP sino en general, el modelo de justicia que se plasmó en la reforma constitucional, de modo que los terceros civiles cuyas actuaciones son investigadas y juzgadas por la JEP, también se encuentran sometidos a este nuevo entramado de ideas, y en general, a este nuevo paradigma de justicia (...) Lo anterior conduce a que los operadores de justicia cuenten con un muy amplio margen de apreciación y de discrecionalidad en el tratamiento punitivo de las personas que se encuentran sometidas a la JEP, ya que, antes que una codificación cerrada y precisa en la que a cada tipo penal se le adscribe una pena concreta y determinada, se fijaron unos criterios punitivos generales establecidos en función de la necesidad de reparar a las víctimas, y en función de la contribución del procesado a la consecución de la verdad, de la reparación a las víctimas y de la no repetición. De hecho, aunque el artículo transitorio 5º establece que la calificación jurídica de los delitos debe sustentarse en el Código Penal, en el DIDH, en el DIH y en el DPI, con sujeción al principio de favorabilidad, el esquema sancionatorio se estableció a partir de una remisión general al Acuerdo Final, en cuanto a la existencia de sanciones propias, alternativas u ordinarias, y el artículo transitorio 16 dispuso que los terceros pueden recibir "el tratamiento especial que las normas determinen", normas que, a la fecha, aún no existen. Incluso, desde el punto de vista procesal también se produce un ajuste normativo importante, ya que la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos se rige, no por la Ley 906 de 2004 ni por la Ley 600 de 2000, dado que según el artículo transitorio 12 el régimen procedimental de los trámites que se surten en la JEP debe ser expedido por el Congreso de la República, previa presentación del proyecto por el gobierno nacional, teniendo en cuenta la iniciativa que para el efecto se le confirió a la propia JEP en esta materia. En este orden de ideas, el cambio competencial no solo implica que los terceros se encuentran sometidos a una instancia jurisdiccional ex post y ad hoc, sino también a un régimen sustantivo diferente, y en general, a un paradigma de justicia distinto, también ex post y ad hoc, y hoy en día, parcialmente indeterminado."

Verità, Riparazione e Garanzie di non Ripetizione, non si può intendere che tale atto abbia modificato le competenze del giudice naturale⁴⁴⁰.

Vale la pena ricordare che non rientrano nella competenza soggettiva della JEP i minori di 18 anni i quali, *de plano*, sono esclusi da qualsiasi indagine e giudizio da parte del Tribunale.

Infine, per quanto concerne i principi di competenza soggettiva della JEP, è fondamentale osservare che, per quanto abbia a che vedere con la responsabilità della comando delle FARC, questa stabilirà e graduerà secondo il criterio del controllo effettivo della condotta del subordinato; ai fini di ciò si deve prendere in considerazione la conoscenza basata sull'informazione disponibile prima, durante e dopo il fatto punibile; i mezzi a disposizione del superiore per prevenire la condotta o evitare che si continuasse a compierla; i mezzi a sua disposizione per promuovere le relative indagini. La responsabilità del comando non potrà essere fondata esclusivamente – come dice espressamente la Costituzione – sul rango, sulla gerarchia o sull'ambito di giurisdizione.

⁴⁴⁰ Cfr., Colombia, Corte Constitucional sentencia C-674 de 2017, “5.5.2.10. Asimismo, la Sala Plena estima que la asignación de competencias a la JEP para investigar, juzgar y sancionar a los aforados constitucionales, también sustituye la garantía del juez natural (...) Según se explicó anteriormente, el parágrafo 1º del artículo transitorio 5º precisa que la creación de la JEP no modifica las normas aplicables a quienes han ejercido la Presidencia, según lo determinar el artículo 174 de la Constitución Política, y que, cuando “ante la JEP obre una información que comprometa a una persona que haya ejercido la Presidencia de la República, dicha información se remitirá a la Cámara de Representantes para lo de su competencia, remisión que se efectuará en el momento que se considere adecuado por la JEP, después de haber realizado las verificaciones pertinentes”. Como puede advertirse, la norma anterior contiene dos tipos de restricciones: por un lado, aunque formal y nominalmente reconoce el fuero del Presidente de la República, diluye su contenido material porque habilita a la Jurisdicción Especial para la Paz para retener discrecionalmente la información que pueda comprometer la responsabilidad de quienes han ejercido el cargo de Presidente de la República, antes de remitirla a la Cámara de Representantes, y también para efectuar labores investigativas que según la Constitución Política corresponden al citado órgano. Y por otro, únicamente reconoce el fuero del Presidente y no los demás funcionarios que gozan de fuero constitucional (...) Estas restricciones, a juicio de la Sala, suprimen la garantía del juez natural. Primero, porque al igual que lo que sucede con los terceros civiles, en relación con estos sujetos también se habría cambiado ex post el régimen de competencias, y estarían sometidos a un órgano y a un régimen normativo, y en general a un modelo de justicia creado ex post y ad hoc. De esta manera, las mismas consideraciones por las que la competencia forzosa de la JEP frente a terceros civiles suprime en su integridad la garantía del juez natural, son las mismas por las que la atribución de la JEP para investigar, juzgar y sancionar a los aforados constitucionales anula esta misma garantía propia del derecho al debido proceso”.

D'altro canto, rispetto alla responsabilità del comando dei membri della forza pubblica, nell'articolo n. 24 transitorio della Costituzione Politica, si stabilisce espressamente nei termini seguenti che: *“si intenderà esistente il comando e il controllo effettivo del superiore militare o di polizia sugli atti dei subordinati, quando si dimostri la sussistenza delle seguenti condizioni concorrenti: a) che la condotta o le condotte punibili siano state commesse nell'area di responsabilità assegnata all'unità sotto il suo comando secondo il livello corrispondente e che abbiano relazione con attività sotto la sua responsabilità; b) che il superiore abbia la capacità legale e materiale di dare ordini, di modificarli o di farli eseguire; c) che il superiore abbia la capacità effettiva di svolgere e eseguire operazioni nell'area in cui sono stati commessi i fatti punibili, conformemente al livello di comando corrispondente; d) che il superiore abbia la capacità materiale e diretta di adottare le misure adeguate per evitare o reprimere la condotta o le condotte punibili dei suoi subordinati, nella misura in cui ci sia, da parte sua, conoscenza attuale e atualizzabile della loro commissione”*.

Questa disposizione in particolare è stata duramente criticata da varie direzioni in Colombia. Tra gli argomenti dei suoi detrattori, si sosteneva che non solo va contro i precetti legali e giurisprudenziali vigenti in Colombia, ma anche contraddice quanto stabilito dallo Statuto di Roma. La responsabilità del comando diluita, secondo loro, rende virtualmente impossibile l'imputabilità dei delitti degli alti ranghi militari.

Ciononostante, la Corte Costituzionale ha respinto tali argomenti, basandosi sul carattere transizionale delle disposizioni e evidenziando che il sistema legale colombiano dispone dei meccanismi necessari per individuare questo tipo di responsabilità⁴⁴¹.

⁴⁴¹ Cfr., Colombia, Corte Constitucional sentencia C-674 de 2017, *“(…) el Acto Legislativo 01 de 2017 se inscribe en un escenario transicional, el examen sobre la eventual sustitución de la prohibición de la impunidad no se orienta a determinar si el nuevo marco normativo garantiza la criminalización de todas las infracciones penales cometidas en el contexto del conflicto armado, sino si el artículo transitorio 24 tiene por objeto o efecto impedir la criminalización de los máximos responsables de los delitos más graves y representativos cometidos en dicho escenario. Tal como se explicó anteriormente, en la sentencia C-577 de 2014[1014] este tribunal sostuvo que en contextos de transición la prohibición de la impunidad exige al menos la investigación, juzgamiento y sanción de los máximos responsables de las peores formas de criminalidad, y en particular, de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, por lo cual, debe ser este el referente del juicio de sustitución. Asimismo, la revisión judicial debe partir del reconocimiento del especial margen de apreciación*

Competenza temporale

La competenza temporale della JEP sui delitti che sono soggetti alla sua competenza soggettiva, si circoscrive alle condotte punibili commesse prima del 1° dicembre del 2016. Quanto ai delitti permanenti, la cui commissione abbia avuto inizio prima di questa data, la sua competenza continuerà a sussistere se successivamente a questa data non sono cessati i loro effetti. Per il resto, è stato previsto per la JEP un termine di durata di 15 anni, che possono essere estesi ad ulteriori 5 anni.

Orbene, il terzo elemento di analisi in rapporto alla JEP, ha a che vedere con le condizioni che si esigono dai partecipanti. Si ricorda che il modello di giustizia transizionale e i benefici che ne derivano, sono condizionati al compimento dei requisiti stabiliti nell'accordo. Tali requisiti, a loro volta, hanno a che vedere con la garanzia e la soddisfazione dei diritti delle vittime.

Così, come requisito generale per beneficiare di un trattamento speciale, nell'ambito della JEP, il comparsante deve fornire la piena verità, dare riparazione alle vittime e garantire la non ripetizione. Nonostante il dovere di offrire piena verità non implichi l'obbligo di accettare responsabilità – non ha, cioè, carattere autoaccusatorio – in ogni modo deve essere esaustivo e dettagliato sulle condotte commesse e sulle circostanze di tempo, di

con el que contaba el constituyente secundario para diseñar las estructuras de imputación penal en escenarios transicionales, así como de la necesidad de efectuar un análisis holístico e integral en el que las consideraciones sobre la eventual supresión del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar se articulen con las consideraciones sobre contribución de las medidas analizadas, consideradas en conjunto, a la consecución de la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición (...) Así las cosas, el punto relevante y decisivo desde la perspectiva del juicio de sustitución no es si la figura de la responsabilidad de mando fue delineada en los términos más estrictos posibles, si amplió los dispositivos de la responsabilidad penal a sus más amplias posibilidades, o si reprodujo la fórmula del Estatuto de Roma, sino si alguna de estas circunstancias deviene en la anulación de la prohibición general de la impunidad, que constituye precisamente el elemento definitorio de la Carta Política que le corresponde preservar a este tribunal, y dentro del cual el constituyente secundario contaba con un amplio margen de maniobra para configurar las estructuras de imputación penal (...) Partiendo de estas premisas de análisis, la Corte descarta los señalamientos de algunos de los intervinientes sobre la sustitución de los elementos definitorios del ordenamiento constitucional".

modo e di luogo della loro commissione, aggiungendo le informazioni e i dati che permettono di attribuire responsabilità.

L'informazione sarà estesa alla rivelazione di dati indispensabili per conoscere i beni acquisiti in modo illegale e sulle persone coinvolte nella acquisizione, nel possesso e nella gestione di essi.

Queste condizioni si estendono anche ai benefici di partecipazione politica. In altre parole, l'imposizione di "sanzioni alternative" e "ordinarie" da parte del Tribunale di Pace, risulta incompatibile con lo svolgimento di un incarico di elezione popolare. Circa le chiamate "sanzioni proprie", spetta alla JEP stabilire, in ogni caso, la compatibilità tra l'esecuzione della condanna e la partecipazione politica.

Quanto alla estinzione delle indagini e delle sanzioni penali, disciplinari e amministrative, questa giurisdizione potrà annullare o estinguere la responsabilità o la sanzione penale, disciplinare, fiscale o amministrativa comminata per condotte collegate direttamente o indirettamente al conflitto armato. Le corrispondenti istanze presentate alla JEP da parte delle persone sanzionate o indagate, non danno luogo alla riapertura della relativa indagine penale, disciplinare, fiscale o amministrativa per gli stessi fatti. In questo senso, la sezione di revisione del Tribunale avrà la competenza di conoscere le istanze di revisione della sanzione già imposta o di estinzione della stessa e della responsabilità. A sua volta la SDSJ sarà competente sulle istanze che abbiano per oggetto indagini in corso.

Allo stesso modo, quando intervengano i trattamenti di amnistia, indulto o estinzione della azione penale e della rinuncia a perseguire penalmente, si avrà l'estinzione delle indagini in corso, così come delle sanzioni penali, disciplinari, fiscali e amministrative.

Come già detto, tanto i benefici politici che quelli giuridici appena spiegati, saranno sottoposti a condizione che si soddisfino i diritti delle vittime. Uno di questi diritti consiste

nella riparazione. Agli atti di ammissione di responsabilità consegue la necessità che il responsabile partecipi ad azioni concrete di riparazione, e lo faccia nell'ambito del programma di riparazione di ordine individuale o collettivo.

Ora, per quello che ha a che vedere con le amnistie, che sono l'oggetto della presente tesi, è importante tener conto del fatto che a partire dalla riforma costituzionale n. 1 del 2017, sono stati messi a disposizione diversi strumenti per stabilire le condizioni, i beneficiari e la portata delle stesse. Si è già parlato della legge n. 1820 del 2016, che sarà oggetto di analisi nel presente capitolo. Tuttavia, sono stati emanati anche i decreti n. 277 e 1252 del 2017, i quali hanno favorito i ribelli appartenenti alla guerriglia, e le altre persone la cui situazione può rientrare nei presupposti di queste norme.

L'amnistia – come fatto presente in un'altra parte di questo lavoro – si riferisce unicamente ai delitti politici e connessi. La legge precisa che l'amnistia, l'indulto o la concessione di qualsiasi trattamento speciale, non esime il beneficiario dal dover contribuire al chiarimento della verità, né, tantomeno, implica l'estinzione del diritto delle vittime a ricevere una riparazione. In quest'ultimo caso, rimane il dovere dello Stato di soddisfare il diritto delle vittime alla riparazione integrale, senza pregiudizio degli obblighi specifici di riparazione che si arrivi ad imporre.

Ad ogni modo, l'amnistia ha un effetto di massima importanza e beneficio per il suo destinatario: estingue l'azione e la sanzione penale e quelle accessorie, così come le indagini disciplinari o fiscali in corso e le sanzioni comminate. Se il beneficiario ha ricoperto funzioni pubbliche, porta con sé anche l'estinzione dell'azione di ripetizione.

Nonostante quanto appena detto, restano esclusi da ogni possibilità di amnistia e indulto: i delitti di lesa umanità, i crimini di guerra, la presa di ostaggi, la tortura, le esecuzioni extragiudiziali, la scomparsa forzata, la violenza carnale e altre forme di violenza sessuale,

la sottrazione di minori, la migrazione forzata, il reclutamento di minori e, di certo, i delitti comuni che non hanno alcuna relazione con la ribellione.

È dentro questo ambito di competenze che deve essere svolta l'analisi di cui si è parlato sino ad ora. A nostro giudizio, sebbene siano state create due categorie chiaramente definite, vale a dire quella dei delitti non amnistiabili e quella dei delitti amnistiabili, tanto la riforma costituzionale quanto la distribuzione delle competenze e funzioni della JEP, non risolvono il problema dei delitti connessi a quelli internazionali.

Si ribadisce che, una volta analizzate la dottrina e la giurisprudenza internazionali riguardo l'amnistia, i delitti politici e i modelli di connessione e, ancor più, avendo studiato la struttura e le competenze della JEP, è necessario affermare che esiste un vuoto normativo. Questo, come suggerito nel prossimo capitolo, può essere risolto attraverso l'applicazione del principio di equivalenza funzionale, cioè dando lo stesso trattamento ai delitti connessi ai delitti politici e ai delitti connessi ai delitti internazionali. Questa proposta risulta coerente da un punto di vista teleologico, assiologico e sistematico, tanto con il modello di giustizia transizionale Colombiano, quanto con i presupposti del diritto internazionale⁴⁴².

Sebbene non esista un riferimento legale espresso, quello che si è potuto sin qui dimostrare è che, tanto lo spirito dell'accordo, quanto il mandato restrittivo e per esclusione del Tribunale, e la struttura della JEP, potranno concedere amnistie e indulti, così come altre tipologie di benefici penali, ai delitti comuni connessi ai delitti politici.

⁴⁴² Cfr., Colombia, Corte Constitucional sentencia C-674 de 2017, "(...) la Sala concluyó que el modelo sancionatorio previsto en el Acto Legislativo 01 de 2017 no desconoce el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, por dos razones fundamentales. Primero, porque justamente la reforma constitucional preserva expresamente el deber de criminalizar a los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, y únicamente permite la renuncia a la persecución de los delitos que no tienen esta connotación. Y adicionalmente, porque la renuncia a la persecución penal y el acceso y la conservación de los tratamientos penales especiales se encuentra supeditada al cumplimiento de las exigencias inherentes al sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición, establecidas en función del sistema de condicionalidades"

Ora, una delle particolarità dell'accordo, che senza dubbio non toglie fondamento a quanto dimostrato sino ad ora, è la figura della "rinuncia a perseguire penalmente". Si tratta di un meccanismo di trattamento speciale differenziato per gli agenti o membri dello Stato, in virtù del quale si estinguono l'azione penale, la responsabilità penale e la sanzione penale. Non si applica nel caso dei delitti di lesa umanità, genocidio, gravi crimini di guerra, presa di ostaggi o privazioni gravi della libertà, tortura, esecuzioni extragiudiziali, scomparsa forzata, violenza carnale o altre forme di violenza sessuale, sottrazione di minori, migrazione forzata e reclutamento di minori, delitti che non abbiano relazione con il conflitto armato e delitti contro il servizio, la disciplina, gli interessi della forza pubblica, l'onore e la sicurezza della forza pubblica. La rinuncia a perseguire penalmente, implica il dovere dei suoi beneficiari di compiere quanto richiesto dalla JEP di contribuire tanto alla riparazione delle vittime come di collaborare individualmente o collettivamente al chiarimento della verità, pena la perdita di tale beneficio.

Si sostiene che l'analisi avente ad oggetto la connessione dei delitti e la sua equivalente applicazione tanto ai crimini politici come a quelli internazionali, si estende anche ai membri dello Stato. Tali benefici devono essere estesi non solo agli effetti della rinuncia a perseguire penalmente, ma anche al riconoscimento della libertà provvisoria.

La libertà provvisoria, condizionata e anticipata, si applica esclusivamente ai membri dello Stato, detenuti o condannati, che dichiarino o accettino di sottomettersi alla JEP (SDSJ), al fine di rientrare nel meccanismo di rinuncia a perseguire penalmente. La concessione di questa libertà condizionata e anticipata, di per sé non anticipa la definizione della situazione giuridica definitiva. Corrisponde al Ministero della Difesa procedere all'integrazione degli elenchi dei membri della forza pubblica che in via di principio rispettano i requisiti della libertà provvisoria, condizionata e anticipata, che si sottopongono alla JEP per l'accertamento che si possa dar luogo all'atto di impegno.

Per poter ottenere questo beneficio devono essere posseduti i seguenti requisiti: 1. Che le condotte punibili abbiano relazione con il conflitto armato interno. 2. Che non si tratti di delitti di lesa umanità, genocidio, gravi crimini di guerra, presa di ostaggi o privazioni gravi di libertà, tortura, esecuzioni extragiudiziali, scomparsa forzata, violenza carnale o altre forme di violenza sessuale, sottrazione di minori, migrazione forzata e reclutamento di minori, salvo che il beneficiario sia stato privato della libertà per un tempo uguale o superiore a cinque anni. 3. Che l'interessato accetti liberamente e volontariamente l'intenzione di entrare a far parte del sistema della JEP e sottoscriva a questo scopo l'atto di sottomissione. 4. Che il beneficiario si impegni a contribuire alla verità, alla non reiterazione, alla riparazione immateriale delle vittime, e a eseguire quanto richiesto dai diversi organi del sistema. L'atto di impegno che il beneficiario deve sottoscrivere è il mezzo mediante il quale si fa risultare la volontà senza riserve di sottomettersi alla JEP; in questo atto si indica l'autorità giudiziaria che ha conoscenza del processo penale, del suo stato, del delitto e del numero di protocollo corrispondente.

Infine, e unicamente a titolo illustrativo, va ricordato che esistono differenze tra le sanzioni che possono essere comminate ai membri della forza pubblica e quelle che possono essere comminate agli altri combattenti e terzi civili responsabili. In effetti, per i militari e per i poliziotti, è stato previsto che scontino la loro condanna in centri militari o di polizia.

Ora, per quanto riguarda le sanzioni per gli altri attori, vale a dire i membri della guerriglia e altri terzi, la riforma costituzionale n. 1 del 2017, ha previsto tre tipi di sanzioni. Prima di descriverle brevemente, si può anticipare che la loro natura dimostra che il modello di giustizia transizionale in Colombia è un modello di amnistie blande condizionate alla garanzia dei diritti delle vittime⁴⁴³. In altre parole, di carattere flessibile e aperto. Questo,

⁴⁴³ Cfr., Colombia, Corte Constitucional sentencia C-674 de 2017, “ *El sistema proporciona una respuesta integral a la sociedad y a las víctimas en un escenario de vulneración masiva y sistemática de derechos, proveyéndoles de herramientas concretas para garantizar el conocimiento de lo ocurrido en el marco del conflicto armado, la sanción de los crímenes más graves cometidos en este contexto, la reparación a las víctimas, y la adopción de medidas para evitar la repetición de los hechos (...)* Adicionalmente, este modelo se encuentra blindado y protegido por un sistema de condicionalidades, de suerte que las concesiones que el Estado hace en el componente de justicia, flexibilizando su deber de investigar, juzgar y sancionar a los

permette di continuare a verificare la validità delle ipotesi di indagine di questa tesi. Il non aver previsto espressamente benefici penali analoghi per i delitti connessi ai delitti internazionali rispetto a quelli politici, non è d'ostacolo al fatto che la JEP possa concederli.

La finalità del modello sanzionatorio della JEP è pensato in prima istanza per dare soddisfazione al diritto delle vittime e così dare solidità ad una pace stabile e duratura. La componente retributiva non scompare, e acquisisce maggior rilevanza quando spunta l'orizzonte del non riconoscimento della verità e della responsabilità, cioè quando si instaura il procedimento conflittuale.

Tuttavia, l'aspetto che caratterizza il diritto transizionale colombiano è in sostanza restauratore e riparatore del danno causato. Per questo le sanzioni e i loro componenti interni vengono graduati in proporzione al riconoscimento della verità e della responsabilità svolto davanti alla JEP, tanto in maniera individuale che collettiva. La materia delle sanzioni occupa lo spazio lasciato libero dall'amnistia, l'indulto o la rinuncia a perseguire

responsables de las violaciones de derechos humanos y de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, tiene como contrapartida unas ganancias proporcionales y efectivas en los demás componentes del sistema transicional, esto es, en la consecución y difusión de la verdad, en la reparación a las víctimas, y en el diseño e implementación de garantías de no repetición (...) En este orden de ideas, el sistema de condicionalidades presenta las siguientes particularidades: (i) primero, tiene un carácter integral y comprensivo, de modo que el acceso a todos y cada uno de los componentes del régimen sancionatorio especial previsto en el Acto Legislativo 01 de 2017, así como su mantenimiento, incluidos los tratamientos penales especiales, los beneficios, las renunciaciones, los derechos y las garantías previstas en dicho instrumento, están supeditados al aporte efectivo y proporcional en los demás componentes del sistema: la verdad, la reparación y la no repetición; (ii) segundo, la condicionalidad se extiende tanto al acceso como al mantenimiento de todos los elementos del régimen penal especial, de modo que las contribuciones a la verdad, a la reparación y a la no repetición son condición no solo para obtener el tratamiento sancionatorio especial, sino también para conservarlo, y de modo que el incumplimiento de las condiciones no solo impide acceder a este régimen, sino que también puede implicar su pérdida; (iii) tercero, el régimen se estructura en función de los principios de gradualidad y proporcionalidad, en el sentido de que el nivel de contribución a la verdad, a la reparación y a la no repetición determina la magnitud de los beneficios, y en el sentido de que la dimensión y gravedad del incumplimiento de las condiciones determina el alcance de la pérdida del régimen sancionatorio especial; (iv) cuarto, la verificación de este cumplimiento se encuentra a cargo de la Jurisdicción Especial para la Paz; (v) finalmente, cada uno de los tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías previstas en el Acto Legislativo 01 de 2017 está sujeto a la verificación por parte de la JEP de todas las obligaciones derivadas del sistema transicional, y en particular: la dejación de armas, la obligación de contribuir activamente a garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral, la obligación de aportar verdad plena, la obligación de garantizar la no repetición y en especial la de abstenerse de cometer nuevos delitos, el deber de contribuir a la reparación de las víctimas y a permitir inventariar todo tipo de bienes y activos de los grupos armados, y la obligación de entregar los menores de edad".

penalmente. Secondo le finalità della sanzione da imporre, questa sarà fissata tenendo conto del grado di verità riferito, della gravità del fatto punibile, del livello di partecipazione e responsabilità e degli impegni che vengano assunti per riparare le vittime e assicurare la non reiterazione.

Il modello di giustizia transizionale prevede tre tipi di sanzioni: quelle proprie, quelle alternative e quelle ordinarie.

Sanzioni proprie

Queste sanzioni vengono comminate alle persone che accettino la propria responsabilità e la verità piena, dettagliata e esaustiva davanti alla SRV, per i fatti punibili che gli vengono attribuiti. La sanzione ha un termine che va da cinque a otto anni, durante i quali si realizzeranno le funzioni riparatorie e restauratrici. Questa sanzione non comporta pena privativa della libertà in un istituto carcerario, ma restrizioni di fatto (vale a dire soggette a meccanismi idonei di monitoraggio e supervisione) delle libertà e dei diritti (residenza, movimento) che siano necessarie per la sua esecuzione e per garantire la non reiterazione.

Il termine massimo di otto anni comprenderà la totalità delle sanzioni che possono essere imposte a un individuo, compresi i casi di concorso in un delitto. Le sanzioni, allo scopo di assicurare la restrizione effettiva delle libertà e dei diritti, disporranno, tra l'altro, le seguenti misure: spazi territoriali di esecuzione delle sanzioni; orari in cui devono essere svolte le sanzioni restauratrici; autorizzazioni e condizioni per trasferirsi; luogo di residenza della persona sanzionata; progetti da realizzare e condizioni degli stessi; presenza di un organo chiamato a controllare il compimento della sanzione e rapporti periodici di supervisione.

Sanzioni alternative

Si applicano a quanti riconoscano tardivamente la verità e la responsabilità, ma prima che sia stata pronunciata una sentenza e, pertanto, questa sanzione avrà una funzione retributiva come la pena privativa della libertà da cinque a otto anni. Il termine di otto anni sarà inteso come il massimo della pena per la totalità dei delitti imputati, includendo il concorso di reati.

Sanzioni ordinarie

Poiché ci si riferisce qui a quanti non riconoscano la verità né la responsabilità, verranno applicate sanzioni ordinarie privative della libertà che non saranno inferiori a quindici anni, né superiori a venti anni. La sanzione massima sarà di venti anni, per tutti i delitti di cui una persona sia stata imputata, compresi i casi di concorso in un delitto.

Le sanzioni inferiori a cinque anni, rientrano tanto nelle sanzioni proprie che in quelle alternative, e si applicano a quelli che, pur essendo intervenuti nella commissione dei delitti, non hanno avuto una partecipazione determinante.

Studio della Legge n. 1820 del 2016 o legge sulle amnistie e gli indulti e della sentenza C-007 del 2018

Una volta studiata la struttura della JEP, le sue competenze e il modello delle sanzioni che può imporre, è indispensabile realizzare anche un'analisi della legge n. 1820 del 2016, o legge sulle amnistie.

La cosiddetta *Legge sull'Amnistia e sull'indulto* nasce come uno degli sviluppi normativi richiesti dall' *"Accordo Finale per la fine del Conflitto armato e la Costruzione di una Pace Stabile e Duratura"* in Colombia, nel rispetto dei procedimenti stabiliti nell'Atto Legislativo n. 1 del 2016 che ha incorporato nella Carta i termini del suddetto accordo.

La norma di legge in questione concretizza, mediante i meccanismi dell'indulto, dell'amnistia e altri trattamenti speciali, formule di giustizia transizionale definite come *“un ampio insieme di processi e meccanismi, giudiziali o non giudiziali, di carattere eccezionale e transitorio, che rispondono a lunghi periodi di violenza generalizzata, nei quali sono state commesse costanti violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario”*⁴⁴⁴.

La giustizia transizionale, in questo caso, fornisce una risposta istituzionale alla violenza generalizzata con l'obiettivo di assicurare: i) il diritto alla pace, ii) la garanzia dei diritti delle vittime alla verità, alla giustizia, alla riparazione e alla non ripetizione dei fatti violenti e iii) il rafforzamento dello Stato di diritto e della democrazia mediante la promozione della riconciliazione sociale.

La Legge contiene due grandi questioni centrali. Da una parte, le amnistie e gli indulti riservati principalmente ai membri insorti della Farc, che prima dell'Accordo Finale erano al margine del sistema costituzionale e legale vigente, e che, grazie alla sua celebrazione, intendono unirsi allo stesso; d'altra parte, rappresenta un insieme di misure speciali disegnate, in particolare, per i membri dello Stato che, nell'ambito del conflitto armato interno, per causa, in occasione o in relazione diretta o indiretta con esso, sono incorsi in numerose condotte punibili.

In effetti, l'articolo 2 della norma, stabilisce che questa disciplina le amnistie e gli indulti per i delitti politici e connessi che hanno chiara relazione con l'insurrezione, così come i trattamenti penali differenziati, in specie, per i membri dello Stato indicati, processati o condannati per condotte punibili avvenute *“per causa, in occasione o in relazione diretta o indiretta con il conflitto armato”*⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, traduzione dalla lingua originale: *“un conjunto amplio de procesos y mecanismos, judiciales y no judiciales, de carácter excepcional y transitorio, que responden a largos periodos de violencia generalizada, en los que se han cometido constantes violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario”*

⁴⁴⁵ Colombia, Ley 1820 de 2016

La Corte Costituzionale ha sottolineato l'importanza del fattore della prevalenza di queste misure come *“garanzia di stabilità, riconciliazione e sicurezza giuridica”* in quanto è destinato a offrire fiducia agli altri partecipanti al conflitto poiché, se non fosse così, sarebbe a rischio l'efficacia della transizione.

La prospettiva transizionale, dice la sentenza già indicata, permette uno sguardo con *“prospettiva integrale, che contribuisca a conoscere le cause profonde del conflitto, e a conseguire la verità, diritto delle vittime e aspirazione generale della società colombiana. Per questo è necessario che le sue decisioni prevalgano su quelle di altre giurisdizioni, in cui in cui il processo si indirizza a conoscere il fatto, ma non da una prospettiva olistica del Sistema Integrale di Verità, Giustizia, Riparazione, non Ripetizione”*⁴⁴⁶.

Per quanto sopra esposto, le decisioni e le risoluzioni adottate in applicazione alla cosiddetta *“Legge sull'amnistia”* hanno effetto di cosa *giudicata materiale* come presupposto della sicurezza giuridica. Saranno immutabili come elemento necessario per ottenere la pace stabile e duratura, e potranno essere riviste solo dal Tribunale di Pace.

L'amnistia prevista nella legge n. 1820 del 2016 viene considerata un mezzo per facilitare e rendere più agevole l'implementazione e lo sviluppo normativo dell'accordo finale per porre fine al conflitto e per la costruzione di una pace stabile e duratura; sarà un meccanismo di estinzione dell'azione penale, disciplinaria, amministrativa e fiscale, il cui scopo è quello di conferire sicurezza giuridica ai componenti delle FARC o alle persone accusate di esserlo, dopo la firma dell'Accordo Finale di Pace con il Governo nazionale e la fine delle ostilità.

⁴⁴⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C- 007 de 2018, traduzione dalla lingua originale: *“perspectiva integral, que contribuya a conocer las causas profundas del conflicto, y a la consecución de la verdad, derecho de las víctimas y aspiración general de la sociedad colombiana. Por ello, es necesario que sus decisiones prevalezcan sobre las de otras jurisdicciones, en las que el proceso se dirige a conocer el hecho, pero no desde el enfoque holístico del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”*

Per quanto concerne la sanzione disciplinare o amministrativa, l'amnistia, intesa come elemento di un sistema integrale di Verità, Giustizia, Riparazione e Non Ripetizione, avrà anche l'effetto di annullare o estinguere la responsabilità o la sanzione disciplinare o amministrativa comminata per condotte che abbiano una relazione diretta o indiretta con il conflitto armato.

Ai membri dello Stato non saranno concessi né amnistia né indulto, ma avranno benefici equivalenti, in quanto non sarebbe accettabile che ci sia un trattamento di giustizia speciale per le FARC, senza che esista un regime speciale per i membri dello Stato che hanno commesso delitti nel contesto e in ragione del conflitto armato. Per questo stesso motivo, i membri dello Stato che avessero commesso delitti in occasione, per causa, in relazione diretta o indiretta con il conflitto armato prima dell'entrata in vigore dell'Accordo Finale di Pace, riceveranno un trattamento penale speciale differenziato, simmetrico, equitativo, equilibrato e simultaneo conformemente a quanto previsto da questa legge.

È importante evidenziare che la concessione di questi benefici non esclude il dovere, in capo allo Stato colombiano, di indagare, chiarire, perseguire e sanzionare le gravi violazioni dei diritti umani e le gravi infrazioni contro il Diritto Internazionale Umanitario.

Allo stesso modo, la concessione di amnistie o indulti o di qualsiasi trattamento speciale, simmetrico, simultaneo, equilibrato e equitativo, non esime i beneficiari dal dovere di contribuire individualmente o collettivamente a chiarire la verità o dar compimento agli obblighi di riparazione che vengano imposti dalla Giurisdizione Speciale per la Pace.

In definitiva, qualsiasi beneficio penale che sia concesso sulla base della legge oggetto di analisi, è condizionato al fatto che i suoi destinatari diano contributi sostanziali quanto a verità, riparazione e non ripetizione.

Per questo stesso motivo, il Congresso della repubblica ha emanato la legge che contiene le norme processuali che disciplineranno l'attuazione della Giustizia Speciale per la Pace, inclusi *“i parametri che devono essere utilizzati dalla stessa per valutare se siano o no occorsi inadempimenti delle condizioni del sistema, così come il modo di graduare in ogni caso le conseguenze che questi inadempimenti comportano, sempre nell'ambito dei parametri fissati nell'Accordo Finale”*. In merito a questa disposizione, la Corte ha affermato che questa analisi deve essere svolta caso per caso in modo rigoroso.

Inoltre “i vari componenti e misure del Sistema Integrale sono interconnessi tramite meccanismi, garanzie, requisiti per accedere e conservare i trattamenti speciali di giustizia nell'ambito della Giurisdizione Speciale per la Pace (...) Il grado di contribuzione volontaria di ogni persona o gruppo alla verità avrà relazione con il trattamento da ricevere sotto l'aspetto giudiziario”⁴⁴⁷.

La verifica dell'inadempimento delle richieste avanzate da questa giurisdizione ai beneficiari delle misure speciali qui contemplate, è determinata dal rifiuto di qualunque di essi a rispondere agli inviti a partecipare al programma di riparazione alle vittime o agli inviti a presentarsi davanti alla Commissione per il Chiarimento della Verità, della Convivenza e non ripetizione o davanti all'Unità di Ricerca delle Persone date per Scomparse.

Il regime di condizioni richieste necessariamente per giustificare l'accesso e la conservazione dei benefici giuridico-penali previsti dalla legge n. 1820 del 2016, parte dai seguenti propositi stabiliti dalla norma e rinforzati dalla Corte: (i) la necessità di consolidare la sicurezza giuridica degli ex combattenti e di altri destinatari, (ii) la volontà di contribuire alla stabilità della pace; e (iii) la soddisfazione dei diritti delle vittime.

⁴⁴⁷ Acto Legislativo 01 de 2017, Art. 1º transitorio, traduzione dalla lingua originale: *“los distintos componentes y medidas del Sistema Integral están interconectados a través de mecanismos, garantías, requisitos para acceder y mantener los tratamientos especiales de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz [...] El grado de contribución voluntaria de cada persona o colectivo a la verdad estará en relación con el tratamiento a recibir en el componente de justicia.”*

Qui di seguito ci soffermeremo sull'analisi dei benefici specifici previsti dalla Legge n. 1820 del 2016, in particolare per quanto abbia a che vedere con l'amnistia e le sue diverse modalità e con l'estensione di questo beneficio ai delitti politici.

Benefici specifici

Nel proposito di conseguire una pace stabile e duratura (dopo aver previamente assicurato la verità e la certezza della non ripetizione), la legge ha stabilito come benefici speciali le amnistie "de iure", le amnistie "di sala", e altri trattamenti speciali⁴⁴⁸. È importante notare che la stessa legge, allo scopo di garantire la sicurezza giuridica dei processati da questa giurisdizione, indica come uno dei principi che reggono la norma, il principio di prevalenza già citato anteriormente. In altre parole, le decisioni sui benefici giuridici che siano adottati nell'ambito dei procedimenti della JEP, prevarranno su qualsiasi altra decisione di tipo giudiziario, disciplinare e anche amministrativo⁴⁴⁹.

È proprio agli effetti della presente tesi che non si deve confondere il principio di prevalenza con l'idea che lo Stato stia rinunciando al suo obbligo di indagare, giudicare e sanzionare le condotte contrarie al diritto internazionale umanitario. La stessa disposizione di legge afferma che nonostante i benefici che possono essere concessi (che inoltre sono soggetti alla condizione che si soddisfino i diritti delle vittime) lo Stato non potrà rinunciare al suo

⁴⁴⁸ Colombia, Ley 1820 de 2016, *"Las amnistías e indultos, y los tratamientos penales especiales, incluidos los diferenciados para agentes del Estado, son medidas del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, cuyos fines esenciales son facilitar la terminación del conflicto armado interno, contribuir al logro de la paz estable y duradera con garantías de no repetición, adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica para todos y satisfacer los derechos de las víctimas."*

⁴⁴⁹ Cfr., Colombia, Ley 1820 de 2016, *"Las amnistías, indultos y los tratamientos penales tales como la extinción de responsabilidades y sanciones penales y administrativas o renuncia del Estado a la persecución penal establecidos en el acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz, incluidos los diferenciados para agentes del Estado, prevalecerán sobre las actuaciones de cualquier jurisdicción o procedimiento, en especial sobre actuaciones penales, disciplinarias, administrativas, fiscales o de cualquier otro tipo, por conductas ocurridas en el marco del conflicto interno, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta a este"*.

dovere di indagare sulla commissione di delitti internazionali o gravi infrazioni contro i diritti umani.

Orbene, l'amnistia è il primo dei benefici previsti dalla legge. Si intende per amnistia l'estinzione del processo penale o della pena in caso che esista. Sono previste due modalità: amnistie "de iure" e amnistie "di sala".

Le amnistie "de iure" sono concesse per delitti politici di "ribellione", "sedizione", "radunata sediziosa", "cospirazione", "usurpazione o detenzione illegale del comando" e dei delitti che sono connessi a questi conformemente all'articolo n. 16 della legge n. 1820 del 2016⁴⁵⁰. Ora, è la stessa norma a segnalare che la Sala di Amnistie potrà concedere il beneficio per un altro tipo di delitti che non sono stati previsti dalla legge, che per però siano stati commessi in connessione con i delitti politici descritti.

La particolarità di questo tipo di amnistie, è che si applicano in modo automatico ai combattenti della guerriglia, sempre purché abbiano consegnato le armi e sottoscritto l'atto di impegno con il Governo in relazione alla cessazione delle attività criminali e alla sottomissione alla giurisdizione della JEP.

La legge prevede poi le amnistie "di sala", vale a dire il beneficio per condotte non rientranti nell'amnistia "de iure". Nonostante quanto detto, la SAI dovrà realizzare un'analisi circa tali

⁴⁵⁰ Cfr., Colombia, Ley 1820 de 2016 , "Para los efectos de esta ley son conexos con los delitos políticos los siguientes: apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo cuando no hay concurso con secuestro; constreñimiento para delinquir; violación de habitación ajena; violación ilícita de comunicaciones; ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; utilización ilícita de redes de comunicaciones; violación de la libertad de trabajo; injuria; calumnia; injuria y calumnia indirectas; daño en bien ajeno; falsedad personal; falsedad material de particular en documento público; obtención de documento público falso; concierto para delinquir; utilización ilegal de uniformes e insignias; amenazas; instigación a delinquir; incendios; perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial; tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; fabricación, porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; perturbación de certamen democrático; constreñimiento al sufragante; fraude al sufragante; fraude en inscripción de cédulas; corrupción al sufragante; voto fraudulento; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; violencia contra servidor público; fuga; y espionaje."

condotte caso per caso, e verificare la loro relazione con il conflitto armato. La portata di questa disposizione è grande e potrebbe in linea di principio portare a pensare che essa consenta alla JEP di perdonare condotte che vanno oltre a quelle tassativamente definite dal già citato articolo 16.

Agli effetti della presente tesi, questa disposizione legislativa non va sottovalutata, in quanto, in linea di principio, attribuisce alla JEP facoltà di amnistiare delitti connessi ai delitti internazionali. Ciononostante, è giusto ricordare anche che l'articolo 23 della legge fa riferimento ai criteri generali di connessione e nella sua espressione letterale li limita chiaramente ai delitti di carattere politico⁴⁵¹.

A nostro giudizio, l'articolo 23 della legge n. 1820 del 2016, va letto in modo sistematico con le altre disposizioni lì contenute e, pertanto, si deve intendere che non avrebbe senso realizzare una distinzione tra le amnistie "de iure" e "de sala", se non fosse perché lo stesso spirito della norma (che anela a un modello di amnistia più ampio possibile) cerca proprio

⁴⁵¹ Cfr., Colombia, Ley 1820 de 2016, "La Sala de Amnistía e Indulto concederá las amnistías **por los delitos políticos o conexos**. En todo caso, se entienden conexos con el delito político los delitos que reúnan alguno de los siguientes criterios: a) Aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares, o b) Aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, o c) Aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión. La Sala de Amnistía e Indulto determinará la conexidad con el delito político caso a caso. **PARÁGRAFO.** En ningún caso serán objeto de amnistía o indulto los delitos que correspondan a las conductas siguientes: a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma. En el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiables; b) Los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es decir aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero. Lo establecido en este artículo no obsta para que se consideren delitos conexos con los delitos políticos aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hubieran cometido en función del delito político y de la rebelión."

di beneficiare con queste misure altri tipi di condotte che da un punto di vista teleologico posso essere legate in maniera diretta o indiretta al conflitto armato.

Questa interpretazione non risulta infondata se si analizza nel complesso delle disposizioni dell'Atto Legislativo n. 1 del 2012 (con il quale è stato autorizzata e avallata la "Cornice Giuridica per la Pace" o "Marco Jurídico para la Paz"), relative alla potestà che si assegna all'organo giudicante, nell'ambito del processo di pace, di selezionare e stabilire la priorità dei casi. Con la sentenza C – 579 del 2013, la Corte Costituzionale ha considerato conforme ai precetti costituzionali e internazionali, la possibilità di implementare politiche di selezione e di priorità di casi, purché questo non comporti smettere di indagare i maggiori responsabili dei delitti internazionali.

Allo stesso modo, la Corte ha ritenuto che questa disposizione permetteva di rinunciare all'azione penale in tre ordini di circostanza: 1. Persone che non essendo i maggiori responsabili abbiano partecipato alla commissione di delitti internazionali; 2. Delitti comuni che non siano considerati delitti internazionali; 3. Crimini di guerra che non siano stati perpetrati in modo sistematico, vale a dire che manchino di un vincolo diretto con il conflitto armato⁴⁵².

⁴⁵² Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, "El elemento de la renuncia condicionada a la persecución penal está plenamente vinculado con toda la estrategia penal contemplada en el Acto Legislativo 01 de 2012, pues éste autoriza la renuncia condicionada de todos los casos no seleccionados. En este sentido, los casos no seleccionados serán aquellos que incluyan una de tres categorías: **(i)** Personas que no siendo máximos responsables hayan participado en la comisión de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. **(ii)** Personas que hayan cometido delitos que no sean considerados como crímenes de lesa humanidad, genocidio ni crímenes de guerra. Se encuentran en esta categoría por ejemplo las lesiones personales, el hurto, la extorsión, la falsedad en documento, las falsedades personales, la interceptación de comunicaciones, el allanamiento de domicilio, la utilización de prendas de uso privativo de las fuerzas armadas, la rebelión, el irrespeto a cadáveres, la estafa, la usurpación (invasión) de inmuebles, la falsedad de moneda, el contrabando, el lavado de activos, las amenazas, el concierto para delinquir, los delitos contra la propiedad intelectual, el apoderamiento de hidrocarburos, el daño en bien ajeno, el incendio, el porte ilegal de armas, el enriquecimiento ilícito, la usurpación de funciones públicas, el encubrimiento, la fuga de presos, el fraude procesal, la traición a la patria, la injuria y calumnia, entre otros. **(iii)** Crímenes de guerra que no sean cometidos de manera sistemática es decir sin un nexo con el conflicto. En todo caso, el carácter condicionado de la renuncia implica que la misma no puede operar de manera automática respecto de todos los casos que no sean seleccionados, sino que exige el cumplimiento de una serie de requisitos objetivos y subjetivos que deberán ser determinados de manera muy clara en la ley estatutaria. Por otro lado, cabe señalar que la expresión "renuncia condicionada" tiene una consecuencia muy importante

Riguardo a questo punto, vale la pena indicare come le disposizioni di legge conferiscano ampia potestà alla Sala delle Amnistie, affinché realizzi, caso per caso, l'analisi delle condotte che, avendo un vincolo con il conflitto armato, possano essere beneficiate da amnistie e indulti. L'unica limitazione alla concessione di questi benefici, ricade tanto sui delitti di carattere internazionale o quelli definiti dalla Legge Statutaria come competenza del Tribunale, quanto sui maggiori responsabili di dette condotte.

Da quanto sopra si potrebbe dedurre che quei delitti che servano come mezzo per la realizzazione di crimini internazionali e che non siano stati commessi dai maggiori responsabili degli stessi, anche quando non siano espressamente qualificati come delitti politici, potrebbero essere considerati dalla Sala delle Amnistie e ottenere i relativi benefici.

Andando avanti con gli elementi più rilevanti della legge delle amnistie, e a margine dell'interpretazione che nel corso di questa tesi è stata proposta quanto alla portata dei meccanismi di clemenza sovrana, va segnalato che la legge n. 1820 del 2016 riprende i concetti di delitti politici e il principio di connessione. Quanto a ciò è chiaro che il legislatore ha allargato in modo considerevole l'ambito di applicazione dei delitti politici. È evidente che la stessa legge ha stabilito che i delitti ordinari possono essere considerati connessi ai delitti politici e, pertanto, essere amnistiati.

Il legislatore, almeno per le amnistie "de iure", non richiede neanche l'analisi dell'elemento soggettivo della condotta. È sufficiente verificare l'appartenenza del combattente al gruppo in armi per presumere la natura politica dei delitti che commetta (certo, quelli che siano

y es que de no cumplirse los requisitos señalados en la ley estatutaria, se podrá revocar inmediatamente la renuncia a la persecución y el Estado recobrará toda su potestad para investigar, juzgar y sancionar a los responsables por todos los delitos cometido en el marco de la justicia ordinaria".

descritti in modo tassativo nella stessa legge⁴⁵³; per gli altri sarà la Sala a dover procedere all'analisi dell'amnistia).

Eppure, la Corte Costituzionale, per determinare la connessione con il delitto politico, ritiene necessario fare appello al cosiddetto *indicatore di funzionalità*, che si traduce nelle azioni di *“facilitare, appoggiare, finanziare o nascondere lo svolgimento della ribellione”*. Questo criterio, evidentemente coincidente con il modello preponderante o misto studiato nei capitoli anteriori, suppone quindi che il criterio di connessione deve essere determinato dalla relazione mezzo – fine che deve esistere tra i delitti comuni e i delitti politici oggetto di amnistie. Tocca agli operatori del sistema, quindi, nell'esercizio della loro autonomia, e applicando criteri di razionalità e proporzionalità, stabilire se, da una parte, vi sia relazione funzionale della condotta con il delitto politico, e se, dall'altra, la condizione della condotta, il suo livello di danno, va oltre l'origine politica delle aspirazioni di giustizia sociale che vengono riconosciute all'insorto.

La Corte ribadisce, in ogni caso, che si deve considerare esclusa la connessione quando si tratta di condotte che costituiscano gravi violazioni dei diritti umani, gravi infrazioni al diritto internazionale umanitario e che riflettano “particolare insensibilità e crudeltà” e che, per queste ragioni, non hanno più a che vedere con le intenzioni altruiste che giustificano l'estensione del trattamento differenziato proprio del delitto politico.

⁴⁵³ Cfr., Colombia, Ley 1820 de 2016, “*“Apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo cuando no hay concurso con secuestro; constreñimiento para delinquir; violación de habitación ajena; violación ilícita de comunicaciones; ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; utilización ilícita de redes de comunicaciones; violación de la libertad de trabajo; injuria; calumnia; injuria y calumnia indirectas; daño en bien ajeno; falsedad personal; falsedad material de particular en documento público; obtención de documento público falso; concierto para delinquir; utilización ilegal de uniformes e insignias; amenazas; instigación a delinquir; incendios; perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial; tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; fabricación, porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; perturbación de certamen democrático; constreñimiento al sufragante; fraude al sufragante; fraude en inscripción de cédulas; corrupción al sufragante; voto fraudulento; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; violencia contra servidor público; fuga; y espionaje”*”

Così, in attesa di poter concedere le amnistie, soprattutto quelle della Sala, la Corte ritiene che gli operatori della giustizia dovranno: motivare l'esistenza di un vincolo funzionale tra i delitti politici e i relativi; verificare che le condotte non siano soggette alle esclusioni espresse dalla Legge (cioè i delitti internazionali); infine, accertare che la motivazione sia altruista e non ricerchi alcun beneficio economico. Proprio come era stato detto nella prima parte di questa tesi, il modello attuale di connessione per i delitti relativi è stato reso più flessibile e si avvicina a quello "misto o preponderante".

L'adozione di un modello più flessibile nel momento di individuare i criteri di connessione non è qualcosa senza rilevanza. In effetti, rende conto di quanto veramente importi nel momento di determinare la relazione tra due condotte, e, nel caso colombiano, la possibilità di concedere amnistie, si basa sulla relazione funzionale tra mezzo e fine, e sull'intenzione dell'autore, più che sull'aspetto meramente e oggettivamente nominale delle condotte punibili⁴⁵⁴.

Circa l'esame di costituzionalità delle disposizioni relative alle amnistie e agli indulti, la Corte ha anche indicato che la loro concessione non lede assolutamente il principio di legalità. Le amnistie "de iure" e "di Sala" ricadranno, in ogni caso, nelle condotte la cui proibizione (e la conseguente sanzione penale) era determinata precedentemente al momento della loro realizzazione. Il maggior margine di apprezzamento che va applicato alle amnistie di carattere giudiziario, non lede il principio di legalità in quanto il compito della Sala è quello di "verificare la portata di un beneficio e non di una sanzione"⁴⁵⁵, sempre nei limiti già menzionati.

⁴⁵⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia 007 de 2018, "(i) motivar la relación funcional existente entre el delito originalmente calificado como común y el delito político, esto es, determinar que se cometió en el contexto y en relación con la rebelión durante el conflicto armado (Art. 23, Parágrafo c); (ii) acreditar que la conducta no se encuentra prevista en la regla de exclusión contemplada en el parágrafo del artículo 23; y (iii) que no se trata de conductas ilícitas cometidas con ánimo de lucro personal, en beneficio propio o de un tercero".

⁴⁵⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia 007 de 2018

Orbene, il secondo tipo di benefici previsti dalla legge, si riferisce ai meccanismi di trattamento speciale differenziato. Questi benefici sono esclusivi per i membri dello Stato, più specificamente per i membri della forza pubblica. Come il modello delle amnistie, questo meccanismo prevede la rinuncia a perseguire penalmente, purché non si tratti di delitti internazionali o delitti commessi senza relazione diretta o indiretta con il conflitto armato. Vengono esclusi da questo beneficio anche i delitti contro il servizio e la disciplina militare⁴⁵⁶.

Per concludere, per quanto ha a che vedere con le amnistie, gli indulti e i meccanismi speciali differenziati, è possibile affermare che la Legge n. 1820 del 2016 ha ampliato l'ambito dei benefici penali in Colombia in occasione del processo di pace sottoscritto con le Farc. Questo ampliamento va inteso come straordinario, temporale e inserito strettamente nell'attuale processo di giustizia transizionale.

Tuttavia, è importante ribadire alcuni aspetti che derivano dall'interpretazione sistematica delle differenti norme che sono state emanate per poter implementare il modello di giustizia transizionale in Colombia. In questo ordine di idee, e in modo molto generale, si considera fondamentale avanzare alcune considerazioni che permettano di comprendere integralmente l'attuale modello di giustizia in Colombia. La seguente analisi non si concentra solo sulle riforme costituzionali e legali, ma anche sulle sentenze della Corte Costituzionale.

⁴⁵⁶ Cfr., Colombia, Ley 1820 de 2016, *“La renuncia a la persecución penal es un mecanismo de tratamiento penal especial diferenciado para agentes del Estado propio del sistema integral mediante el cual se extingue la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal, necesario para la construcción de confianza y facilitar la terminación del conflicto armado interno, debiendo ser aplicado de manera preferente en el sistema penal colombiano, como contribución al logro de la paz estable y duradera. Este mecanismo no procede cuando se trate de: 1. Delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma. 2. Delitos que no fueron cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. 3. Delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la Fuerza Pública, el honor y la seguridad de la Fuerza Pública, contemplados en el Código Penal Militar.”*

1) Il marco giuridico per la pace (Atto Legislativo n. 1 del 2012) costituisce la pietra angolare del sistema di giustizia transizionale. Una volta approvate le condizioni per mandare avanti una negoziazione con la guerriglia per porre fine al conflitto, è stato possibile sottoscrivere gli accordi de La Avana. Una delle disposizioni lì contenute, e anteriore al sistema di giustizia speciale, è stata proprio quella che prevede la possibilità che lo Stato, allo scopo di ottenere una pace stabile e duratura, potesse selezionare e stabilire delle priorità, in via eccezionale, circa i casi da sottoporre alla giustizia. Questa potestà ha ovviamente un limite nell'obbligo di indagare sopra i maggiori responsabili dei delitti internazionali. Tuttavia, e agli affetti di questa tesi, nell'interpretazione operata dalla Corte Costituzionale nella sentenza C – 579 del 2013, risulta ben chiaro che altri tipi di delitti possono essere oggetto di benefici penali, sia per non aver avuto priorità, sia per la possibilità di considerarli connessi ai delitti politici, che a loro volta sono suscettibili di essere amnistiati⁴⁵⁷.

2) Uno dei punti più cruciali dell'accordo di pace è stato l'instaurazione di un modello di giustizia speciale. Sorge qui l'idea della JEP, che nasce con l'Atto Legislativo n. 1 del 2017 nell'ambito del Sistema Integrale di Verità, Giustizia, Riparazione e Garanzia di non

⁴⁵⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, “*El elemento de la renuncia condicionada a la persecución penal está plenamente vinculado con toda la estrategia penal contemplada en el Acto Legislativo 01 de 2012, pues éste autoriza la renuncia condicionada de todos los casos no seleccionados. En este sentido, los casos no seleccionados serán aquellos que incluyan una de tres categorías: (i) Personas que no siendo máximos responsables hayan participado en la comisión de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. (ii) Personas que hayan cometido delitos que no sean considerados como crímenes de lesa humanidad, genocidio ni crímenes de guerra. Se encuentran en esta categoría por ejemplo las lesiones personales, el hurto, la extorsión, la falsedad en documento, las falsedades personales, la interceptación de comunicaciones, el allanamiento de domicilio, la utilización de prendas de uso privativo de las fuerzas armadas, la rebelión, el irrespeto a cadáveres, la estafa, la usurpación (invasión) de inmuebles, la falsedad de moneda, el contrabando, el lavado de activos, las amenazas, el concierto para delinquir, los delitos contra la propiedad intelectual, el apoderamiento de hidrocarburos, el daño en bien ajeno, el incendio, el porte ilegal de armas, el enriquecimiento ilícito, la usurpación de funciones públicas, el encubrimiento, la fuga de presos, el fraude procesal, la traición a la patria, la injuria y calumnia, entre otros. (iii) Crímenes de guerra que no sean cometidos de manera sistemática es decir sin un nexo con el conflicto. En todo caso, el carácter condicionado de la renuncia implica que la misma no puede operar de manera automática respecto de todos los casos que no sean seleccionados, sino que exige el cumplimiento de una serie de requisitos objetivos y subjetivos que deberán ser determinados de manera muy clara en la ley estatutaria. Por otro lado, cabe señalar que la expresión “renuncia condicionada” tiene una consecuencia muy importante y es que de no cumplirse los requisitos señalados en la ley estatutaria, se podrá revocar inmediatamente la renuncia a la persecución y el Estado recobrará toda su potestad para investigar, juzgar y sancionar a los responsables por todos los delitos cometido en el marco de la justicia ordinaria*”

Ripetizione. Insieme alla Commissione per la Verità e l'Unità di Ricerca degli Scomparsi, questo sistema rappresenta il modello di giustizia transizionale adottato in Colombia: un modello dal taglio riparatorio, in cui i diritti delle vittime sono il centro del suo sviluppo e in cui i doveri internazionali di indagare, giudicare, sanzionare i maggiori responsabili non si vedono disattesi.

3) Lo sviluppo della JEP ha richiesto, tra le altre, due norme fondamentali: la Legge Statutaria della JEP e la Legge sulle Amnistie. La prima, esaminata nella prima parte di questo capitolo, detta le regole per l'operatività e per il funzionamento della Giurisdizione Speciale di Pace, così come le competenze delle Sale e delle Sezioni che la compongono; comprende anche i principi della sua competenza per materia, personale e temporale; infine, stabilisce il tipo di sanzioni e l'opportunità per applicarle.

La seconda disposizione legale di grande importanza è la legge n. 1820 del 2016. In essa sono descritti i tipi di benefici penali e le regole per la sospensione delle indagini e dei procedimenti, tanto dei combattenti quanto dei membri della forza pubblica. Un aspetto chiave di questa norma è la definizione dei delitti politici e di quelli connessi a questi. È importante perché è sulla base dei delitti politici che la JEP potrà implementare le amnistie, gli indulti e gli altri benefici e surrogati penali. Altri, al contrario, dovranno essere considerati dalla Sala delle Amnistie, e dovranno rispettare quello che la Corte Costituzionale ha chiamato principio di funzionalità, cioè la valutazione della relazione mezzo – fine tra un delitto comune e un delitto politico.

4) La Corte Costituzionale, in diverse sentenze, ha considerato che le disposizioni legali e costituzionali che regolano il modello di giustizia transizionale sono conformi alla Carta Politica e agli standard internazionali. Inoltre, uno dei timori che si avevano al momento di sviluppare il modello di giustizia transizionale, e di cui si è trattato nel capitolo precedente, era la possibilità che si attivasse la competenza della Corte Penale Internazionale. In modo chiaro, l'organo Costituzionale ha stabilito che il modello di giustizia transizionale in

Colombia, sempre a condizione che si rispettino le norme che gli hanno dato origine, è conforme ai più alti standard internazionali⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ Data la rilevanza della precisione che fa la Corte Costituzionale, si cita in extenso, Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, “367. En el marco del Derecho Penal Internacional, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es un referente imprescindible. Este Instrumento, desde su preámbulo deja en claro que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional (...) no deben quedar sin castigo” y declara que, por lo tanto, los Estados están decididos a “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y contribuir a la prevención de nuevos crímenes”, siendo “deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. 368. La relevancia de los bienes jurídicos protegidos, a través de la configuración de las conductas más reprochables, agrupadas bajo las categorías de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, explica y justifica la precisión que el Estatuto realiza sobre aspectos tales como la imprescriptibilidad de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional (artículo 29) y las circunstancias eximentes de responsabilidad (artículo 31); así como del principio de complementariedad (artículo 1), cuya aplicación se armoniza con el principio de jurisdicción universal, e implica el compromiso de todos los estados por impedir la configuración de escenarios de impunidad. Aunado a lo anterior, los artículos 68 y 75 de Estatuto se refieren a la protección de las víctimas y los testigos, y su participación en las actuaciones ante la Corte Penal, así como la reparación a las víctimas, respectivamente. 369. Ahora bien, aunque el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no prevé disposición expresa sobre la posibilidad, o imposibilidad, jurídica de conceder amnistías, este asunto sí ha sido objeto de discusión en diversos escenarios, por ejemplo, al analizar la inadmisibilidad de casos al tenor de lo dispuesto en el artículo 17 del Instrumento. Al depositar el instrumento de ratificación respectivo, el Estado colombiano también se refirió a dicho punto al efectuar una declaración interpretativa relacionada con la posibilidad de conceder amnistías bajo su vigencia (punto primero de la declaración), en los siguientes términos: “Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.” 370. Aunado a lo anterior, doctrina especializada ha sostenido que ante amnistías generalizadas no se opondría, en principio, la competencia de la Corte Penal, pero que, por fuera de ese supuesto, deberá efectuarse el análisis pertinente caso por caso, y se ha agregado: “[h]ay muchas razones a favor de admitir por principio la posibilidad de una persecución penal a través de la Corte Penal Internacional en el caso de amnistías concedidas por graves violaciones a los derechos humanos. En tales casos, sin embargo, el art. 53 del Estatuto de la CPI permite a la Fiscalía, a pesar de la gravedad del crimen y de los intereses de las víctimas, prescindir de la investigación sí [E]xisten razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.” 371. En conclusión, una lectura integral del Estatuto de Roma, al amparo además de lo que el Estado colombiano consideró oportuno precisar al depositar la ratificación de su adhesión, permite afirmar que dicha normativa no se opone a la posibilidad de que se concedan amnistías e indultos, no obstante, los delitos allí regulados constituyen un criterio determinante con el objeto de establecer el límite de lo negociable y que involucra el deber de los estados de investigar, juzgar y sancionar. 372. También es de advertir que algunos tribunales penales internacionales se han referido a las limitaciones que deben tenerse en cuenta para efectos de conceder amnistías. Tal es el caso del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, que en una decisión de 1998 manifestó la incompatibilidad con el derecho internacional de tal beneficio sobre el delito de tortura. El Tribunal Especial para Sierra Leona, también ha afirmado que el otorgamiento de amnistías como mecanismo para evitar el juicio sobre crímenes internacionales graves e impedir el ejercicio de la jurisdicción universal no se aviene al derecho internacional”.

5) Sebbene nei capitolo anteriore si sia dimostrato che le amnistie non sono prescritte dal diritto internazionale, e che si potrebbe anche mettere in dubbio l'esistenza di una pratica generalizzata che ritenga il contrario, la comunità internazionale sembra rifiutare decisamente i modelli delle amnistie generali, in quanto esse non riconoscono i diritti delle vittime. Questi diritti sono al centro di ogni processo di giustizia transizionale. In quest'ordine di idee, e tenendo conto che la Colombia ha optato per un modello di giustizia che rispondesse ai più alti standard internazionali, sono stati stabiliti limiti alla possibilità di concedere benefici penali. Un limite chiaro si riferisce esattamente al non indagare i maggiori responsabili dei delitti internazionali e delle gravi violazioni dei diritti umani. Sotto questo aspetto, e sebbene l'ambito delle amnistie promosse dagli accordi de La Avana sia de facto e de iure amplissimo, rimane l'obbligo di indagare, giudicare e sanzionare tali condotte. La Corte Costituzionale, analizzando i principi del diritto internazionale, così come le obbligazioni della Colombia derivanti dalla sottoscrizione di vari accordi sul tema dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, ha concluso che, nella misura in cui si rispettino i diritti delle vittime e si garantisca che non ci sarà impunità per i maggiori responsabili, il modello di giustizia transizionale sarà conforme alla Costituzione Politica e al diritto internazionale⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ Il provvedimento della Corte Costituzionale non ha precedenti in Colombia e sarà punto di riferimento per futuri processi di pace al Mondo. Vista la sua importanza ci si permette di citare in extenso, Cfr., Corte Costitucional, Sentencia C-007 de 2018, "391. *En el marco constitucional vigente existe un claro deber de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, que se configura a partir de disposiciones previstas directamente en la Carta Política, y de otras que vinculan al Estado por virtud del bloque de constitucionalidad y que pertenecen a Tratados o Convenciones del DIDH, tanto del ámbito universal como regional (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros). 392. El deber de garantía, para efectos del estudio de la Ley 1820 de 2016, se concreta en dos obligaciones positivas: el deber de investigar, juzgar y sancionar, y, de otro lado, el deber de garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad. Éstas, por su parte, son predicables tanto en escenarios de paz (bajo el imperio del DIDH), como de aquellos de conflicto armado internacional y no internacional en los que el DIH es norma especial, y bajo el cual se ha previsto la posibilidad de que el Estado, al cese de hostilidades, conceda la amnistía más amplia posible (artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra). Bajo el marco normativo vinculante y, se insiste, en un momento de transición, el deber de investigar, juzgar y sancionar y los derechos de las víctimas sufren tensiones con facetas de otros principios y derechos constitucionales, que deben ser debidamente ponderadas con miras a lograr una paz estable y duradera. 393. Sobre el deber de investigar, juzgar y sancionar caben las siguientes precisiones en el actual contexto de transición: (i) la obligación de investigar recae de manera innegociable sobre el Estado y frente a las graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, que se remiten, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a los crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y genocidio en los términos del Estatuto de Roma; y (ii) la amnistía, indulto o, la renuncia a la persecución penal constituyen*

6) Come suggerisce il Professor Mario Trapani, la Pace è un diritto fondamentale, necessario per l'esercizio di qualsiasi altro diritto. Questo modello di giustizia transizionale coincide con questo precetto, e sebbene non ne derivi un'amnistia generale, si traduce tuttavia in un'amnistia abbastanza estesa e con un profondo rispetto per i diritti delle vittime del conflitto armato colombiano.

instrumentos válidos, siempre y cuando se sujeten a las exigencias previstas en la Constitución (frente a amnistías e indultos, que se atienda a su procedencia solamente frente a la categoría de delitos políticos y conexos), no se desconozca el mínimo reductible del deber de investigar, juzgar y sancionar, y se garanticen al máximo los derechos interdependientes, inalienables y universales de las víctimas. 394. El juzgamiento y la sanción pueden dirigirse a los máximos responsables. Aunado a lo anterior, (iii) se ha admitido la posibilidad de adoptar criterios de priorización y selección en la investigación y juzgamiento, con el fin de cumplir objetivos tales como desvelar estructuras y patrones de macrocriminalidad. 395. Los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición de las más graves violaciones (crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y genocidio) y de las violaciones menos graves (que por lo tanto pueden admitir la aplicación de amnistías, indultos o, en términos generales renuncia a la persecución penal), deben ser garantizados por el Estado, aunque en escenarios de transición es válido que en este último caso se flexibilicen algunas facetas, como la justicia retributiva (a través del recurso a la acción penal) y la verdad individual judicial; no obstante, en estos eventos deben potencializarse las otras facetas. 396. Finalmente, las cesiones que el Estado haga en materia de su deber de investigar, juzgar y sancionar no pueden ser incondicionadas, por lo tanto, solo serán válidas constitucionalmente en tanto aporten de manera relevante a la superación del conflicto, a la consecución de una paz estable y duradera, y en la medida en que potencialicen los derechos de todas las víctimas del conflicto, y de la sociedad en general, especialmente en materia de verdad, reparación y no repetición. El contenido de este bloque temático será de especial relevancia al momento de estudiar la constitucionalidad de los artículos 14, 33, 35 y 50 de la Ley 1820 de 2016, en los que se define el deber de contribución de los beneficiarios de esta Ley a los derechos de las víctimas del conflicto armado interno; estos estándares constituyen el reflejo de otra premisa esencial del control de constitucionalidad de una normativa de esta naturaleza, la cual ha sido definida también en las sentencias C-579 de 2013 (sobre el Marco Jurídico para la Paz, Acto Legislativo 01 de 2012) y C-674 de 2017 (sobre el Acto Legislativo 01 de 2017): los beneficios previstos en esta Ley sólo tienen sentido como parte del conjunto de mecanismos de justicia transicional y, por lo tanto, dentro de un enfoque holístico destinado a lograr el máximo de eficacia a las distintas facetas de los derechos de las víctimas, permitiendo a la vez la reconciliación y la confianza entre las partes. Pero, además, lo expresado en este capítulo se proyectará sobre la interpretación de las normas que se refieren a la reparación de las víctimas (también el artículo 14, así como las relativas a la exclusión de la acción de repetición y la de indemnización de perjuicios, o la remisión a la Ley 1448 de 2014). Por último, será tenido en cuenta, con especial consideración, el derecho de las víctimas a la verdad (plano individual) y el papel de la JEP para, en conjunto con la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, lograr una visión panorámica sobre las causas profundas del conflicto, que sirva como la primera garantía de no repetición”

La Pace come valore sociale supremo: l'amnistia, un'alternativa per la pacificazione

In questo ultimo capitolo si tornerà su un'idea cui si è accennato in diverse parti della tesi, e cioè che la pace è un valore ed un diritto fondamentale di importanza nazionale e internazionale. Senza di essa nessun diritto può essere pienamente garantito. La guerra si oppone al diritto, come suggerisce il Professor Trapani, e cioè al concetto del *rule of law*.

Concepire la pace come un diritto comporta riconoscere l'obbligo dello Stato di prendere qualsiasi misura al fine di raggiungerla. La pace è una pre-condizione sociale che deve essere garantita dallo Stato. D'altra parte, la guerra è la negazione della pace, dunque del diritto stesso, e conseguentemente della possibilità di garantire il godimento dei diritti fondamentali dei cittadini.

Ma la guerra suppone anche periodi di tensione sociale e politica che obbligano, affinché si possa ottenere la pace, a rinunciare all'assolutezza di concetti come giustizia e sanzione. Qualsiasi processo di pace, qualunque modello di giustizia transizionale, ha dunque insita in sé l'abdicazione dei valori estremi di giustizia e sanzione, e cioè, l'impossibilità che i responsabili vengano puniti proporzionalmente alla gravità delle loro condotte. Benché questo rappresenti un'aspirazione morale di qualsiasi società, nella pratica, soprattutto in conflitti asimmetrici come quello Colombiano dove non c'è un chiaro vincitore, risulta controproducente.

La giustizia transizionale suppone dunque un bilancio fra diversi valori, principi e diritti. A volte rinunciare parzialmente alla giustizia può comportare il raggiungimento di una pace stabile, alla ricostruzione della narrazione storica di una società, nonché alla riparazione delle vittime. Questo esercizio, come ben proposto da Trapani e sostenuto da Ferrajoli, richiede una trasformazione semantica e dialettica dei concetti di sanzione, retribuzione, punizione. L'unico concetto che importa è quello della pace.

Tuttavia, non si possono ignorare certi limiti riguardo alle dosi da allocare da ogni parte dell'equazione transizionale. Come è appena menzionato, una dose troppo forte di giustizia potrebbe implicare il fallimento di un processo di pace. Ma una dose smisurata di impunità potrebbe anche condurre al fallimento del progetto di pacificazione.

Nel primo capitolo della seconda parte di questa tesi si è stabilito che malgrado non esista nel diritto internazionale consuetudinario una proibizione chiara ed espressa riguardo alle amnistie, è possibile identificare una tendenza marcata riguardo alla necessità che i processi di giustizia transizionale comportino un equilibrio che tenga conto dei diritti delle vittime alla giustizia (anche se non retributiva), alla verità e alla riparazione.

Recentemente la Colombia ha messo fine ad oltre cinquant'anni di guerra con le Farc. Nell'accordo è stata prevista la creazione di un sistema integrale di giustizia, verità, riparazione e garanzie di non ripetizione (capitolo 2 parte 2). Questo modello transizionale ha cercato di rispondere alla necessità di mettere fine al conflitto armato, ma allo stesso tempo, di garantire i diritti delle più di otto milioni di vittime. La configurazione del sistema integrale di giustizia, oltre a considerare il contesto particolare del nostro paese, ha tenuto conto dei principi fondamentali del diritto internazionale umanitario, del diritto penale internazionale e del diritto internazionale dei diritti umani.

Il risultato del processo comprende la creazione della giurisdizione speciale di pace (JEP), la quale ha la funzione di investigare e sanzionare i maggiori responsabili dei delitti più gravi. Inoltre, essa deve determinare quali casi possono essere amnistiati. In effetti, si può concludere che il modello di giustizia transizionale Colombiano si fonda su un sistema di amnistie condizionate.

Il fatto che le amnistie siano condizionate si deduce da due principi: il primo, è che la clemenza sovrana viene concessa purché il beneficiario dica la verità su tutti i delitti

commessi e allo stesso tempo ripari le vittime per suoi crimini. Il secondo principio, riguarda il fatto che il ricorso a questo strumento è previsto solo per i delitti politici e i delitti connessi (o relativi) ad essi.

La domanda che ci si pone a questo punto è: qual è l'importanza del riconoscimento della pace come pre-condizione del diritto, come affermato da Trapani e Ferrajoli per il caso Colombiano? Se comunque il processo di pace ha già definito i limiti e la portata del modello di giustizia transizionale basato su un sistema di amnistie condizionate, qual è il valore aggregato di tale argomento?

Bene, l'amnistia condizionata in Colombia, e dunque il nocciolo del modello di giustizia transizionale, si basa fondamentalmente sui concetti del delitto politico e dei delitti relativi ad esso, come si è appena accennato. Ma questa clemenza sovrana condizionata può in certi casi particolari essere troppo restrittiva. Una zona grigia non chiarita dalla legge di amnistia è il trattamento che debba essere dato a delitti comuni connessi con i delitti internazionali, e perciò quelli che secondo il criterio della condizione materiale non rientrano nella categoria dei delitti amnistiabili.

Se non si trova una soluzione per questo tipo di casi si corre il rischio di affrontare un conflitto di competenza tra la giustizia speciale e la giustizia ordinaria. Mi spiego: la giustizia speciale può amnistiare delitti politici e connessi, oppure indagare e sanzionare delitti internazionali, ma non è chiara la competenza e nemmeno la sanzione riguardo ai reati ordinari che non rientrino in nessuna delle due categorie appena menzionate, pur essendo commessi in occasione del conflitto armato.

Il caso Ashton e il caso Char, sono i casi più recentemente esaminati dalla JEP. Dal loro studio si intravede già la difficoltà appena accennata. Dunque, rispondendo alle domande sulla validità della dottrina Trapani-Ferrajoli, è necessario sviluppare una soluzione che serva alla giurisdizione speciale di fronte a questo tipo di casi complessi. Capire il valore della pace

come obbligo costituzionale supremo di ogni Stato aiuterà a giustificare il principio di “equivalenza funzionale dei benefici penali” che si pretende di coniare nella presente tesi dottorale.

Di conseguenza, la prima sezione di questo capitolo si riferirà alla dottrina Trapani-Ferrajoli. La seconda sezione presenterà il caso Ashton ed il caso Char come esempi di casi complessi non coperti dal modello di giustizia transizionale. E infine, l’ultima sezione del capitolo, svilupperà brevemente l’idea del “principio di equivalenza funzionale dei benefici penali per delitti connessi o relativi ai delitti internazionali”.

La pace come valore e diritto assoluto: dottrina Trapani-Ferrajoli

Nel 2015 il Professor Mario Trapani fu invitato a svolgere una conferenza in Colombia sul processo di giustizia transizionale con le Farc. L’obbiettivo della sua presentazione era stabilire i limiti del diritto penale di cui si doveva tener conto affinché si potesse garantire la pace nel nostro paese. La tesi esposta da Trapani venne pubblicata qualche tempo dopo⁴⁶⁰ e rimane ancora oggi uno strumento di analisi fondamentale per capire dal punto di vista teorico, dogmatico e dottrinale, la validità dell’accordo raggiunto tra il Governo e quel gruppo guerrigliero. D’altra parte, nel 2016 venne pubblicato il testo di un’altra conferenza molto importante, quella del Professor Luigi Ferrajoli⁴⁶¹ sempre sul nostro processo di pace.

⁴⁶⁰ Cfr., Trapani Mario, Derecho Penal Y Postconflicto, Pocas palabras, pero claras, en tema de recurso al derecho y al proceso penal como instrumentos para resolver las problemáticas del postconflicto en Colombia, Texto revisado y ampliado de la ponencia presentada con ocasión del Congreso Internacional de Justicia, Derecho y Posconflicto ‘Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia’, celebrado en la Universidad Santo Tomás de Tunja, Colombia, los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2015.

⁴⁶¹ Cfr., Ferrajoli Luigi, La Justicia Penal Transicional Para La Colombia Del Posconflicto Y Las Garantías Para La Paz Interna, Revista Crítica Penal y Poder, 2016, no 10 Marzo (pp.146-161), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona

Entrambi gli interventi coincidono su diversi aspetti dell'analisi del processo di giustizia in Colombia, ma forse il più importante riguarda la nozione della pace come valore fondamentale; come una pre-condizione per la garanzia dei diritti fondamentali in qualsiasi società.

Questa idea diventa ineludibile al momento di analizzare il sistema di amnistie condizionate previste dal processo di pace. Contrariamente a quello che sostengono i dottrinanti che si oppongono al processo di pace sulla base di argomenti legali di dubbia tecnicità, la dottrina Trapani-Ferrajoli (così mi permetto, umilmente, di chiamarla), dimostra che la pace è un imperativo e che la giustizia debba essere interpretata da una prospettiva non convenzionale. In altre parole, la giustizia non si risolve nella sanzione penale. Questo falso dilemma alimenta le voci dei sostenitori della sanzione penale come unico meccanismo per ottenere una vera pace in Colombia.

In questo testo, si ritiene che la dottrina Trapani-Ferrajoli concordi con la tesi di Katrin Gierhake⁴⁶², la quale oltre agli argomenti di tipo costituzionale, propone che l'analisi della amnistia del processo di pace Colombiano sia pure interpretata nell'ottica della filosofia morale del diritto penale, reinterpreta la teoria di Hegel sull'ingiusto e la negazione del delitto attraverso la pena.

Come si è già accennato, questa dottrina non solo risulta contundente nella difesa del modello delle amnistie condizionate in Colombia; ma è inoltre necessaria per introdurre quello che in questa tesi si denomina il "principio di equivalenza funzionale dei benefici penali per delitti connessi ai reati internazionali", che a nostro avviso servirà come riferimento obbligato per giudici della JEP nei casi più complessi.

⁴⁶² Cfr., Katrin Gierhake, *Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal El significado del concepto liberal del derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – www.zis-online.com

Più avanti si presenteranno le più rilevanti premesse della dottrina Trapani-Ferrajoli, soffermandoci in particolare su quelle che hanno un'incidenza diretta con il proposito della presente tesi.

La prima premessa è probabilmente una delle più rilevanti: si devono precisare i termini "pace" e "guerra" come punto di partenza. Un parentesi: questa premessa è stata coniata dal Professor Trapani ed esposta nel 2015, quando ancora esisteva un forte dibattito di tipo politico e giuridico riguardo alle trattative di pace. La configurazione finale del modello di giustizia transizionale che si adottò per la JEP nel 2016, non dista dalla tesi proposta da Trapani.

Secondo la tale premessa, la pace rappresenta il presupposto ma anche il fine ultimo di qualsiasi ordinamento giuridico, includendo quello internazionale. Lo Stato ha l'obbligo di garantire la pace, che si deve tra l'altro intendere come diritto fondamentale dei cittadini. Se la pace si concepisce come presupposto del "diritto", contrario senso, la guerra si deve intendere come la negazione di esso. Dunque, un conflitto armato suppone dal punto di vista teorico-costituzionale, una situazione antiggiuridica che deve essere corretta affinché si garantisca il "diritto" e conseguentemente, la soddisfazione dei diritti fondamentali dei cittadini⁴⁶³.

⁴⁶³ Cfr., Trapani Mario, Derecho Penal Y Postconflicto, Pocas palabras, pero claras, en tema de recurso al derecho y al proceso penal como instrumentos para resolver las problemáticas del postconflicto en Colombia, *"A su vez, eso significa que la "guerra", en cuanto uso "no regulado" de la fuerza para resolver los conflictos – como ha sido confirmado últimamente por Ferrajoli en la línea de pensamiento trazada por Hobbes–, es la "negación del derecho", o sea una situación de hecho de por sí no solo simplemente "extraña" a la dimensión jurídica, sino que constituye exactamente su "opuesto", por lo cual no puede, lógicamente, existir ningún ordenamiento jurídico que no prohíba como "ilícito" la guerra. Entonces, si la paz constituye presupuesto y fin último para la "existencia" de cualquier ordenamiento jurídico –interno pero también internacional–, ello significa, lógicamente, que la "paz" constituye ante todo el "contenido" de un verdadero y propio "derecho fundamental" de cualquier ciudadano frente al Estado; Estado que tiene por lo tanto el "deber", en cuanto "garante" del derecho fundamental de todos los ciudadanos a la paz y a la seguridad personal, de intervenir con todos los medios necesarios –también eventualmente con el uso de las armas– cuando la paz y la seguridad interna sean, de cualquier modo, puestas en peligro por comportamientos ilícitos* Texto revisado y ampliado de la ponencia presentada con ocasión del Congreso Internacional de Justicia, Derecho y Posconflicto 'Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia', celebrado en la Universidad Santo Tomás de Tunja, Colombia, los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2015.

In questo stesso verso, Ferrajoli ci ricorda che la cessazione del *“bellum omnium contra omnes”* propria dello stato di natura, e che significa la transizione dalla guerra civile allo Stato civile, è la base fondamentale del contratto sociale come espresso da Hobbes⁴⁶⁴. In altre parole, la cessazione della guerra civile è il presupposto fondamentale per la garanzia dei diritti fondamentali⁴⁶⁵.

Da un altro punto di vista, Gierthake considera che il diritto penale dipende dall'esistenza di uno Stato che operi sotto l'imperio della legge⁴⁶⁶. Cioè, e riprendendo gli argomenti anteriormente esposti, non può esserci diritto penale reale in una condizione di negazione del diritto, o *“non-diritto”*, il che necessariamente obbliga ad abbandonare le categorie giuridico-penali tradizionali per qualificare l'ingiusto che avvenga in quella circostanza eccezionale di annullamento giuridico⁴⁶⁷, che non è altro che la guerra stessa.

⁴⁶⁴ Cfr., T. Hobbes, *Elementos filosóficos sobre el ciudadano* (1642, trad. it. en Id., *Obras políticas*, a cargo de N. Bobbio, Utet, Turín, 2da ed., 1959, Prefacio a los lectores, p.69; in, Ferrajoli Luigi, *La Justicia Penal Transicional Para La Colombia Del Posconflicto Y Las Garantías Para La Paz Interna*, Revista Crítica Penal y Poder, 2016, no 10 Marzo (pp.146-161), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona

⁴⁶⁵ Cfr., Ferrajoli Luigi, *La Justicia Penal Transicional Para La Colombia Del Posconflicto Y Las Garantías Para La Paz Interna*, *“Es más: la paz - el cese de bellum omnium contra omnes propia del estado de la naturaleza y la transición de la guerra civil al estado civil – representa, como escribió Thomas Hobbes, el fundamento principal del contrato social y la razón misma del artificio jurídico e institucional, que consiste precisamente en la garantía de vida contra la ley de la selva del más fuerte que rige en el estado de la naturaleza”*, Revista Crítica Penal y Poder, 2016, no 10 Marzo (pp.146-161), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona

⁴⁶⁶ Cfr., Katrin Gierhake, *Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal El significado del concepto liberal del derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano*, *“Las reflexiones realizadas hasta el momento han dejado a un lado el problema sobre qué significado tendrían las estructuras jurídicas, que han sido constituidas de una forma concreta, esto es, el Estado, para la fundamentación de la pena. Si bien también el plano de la lesión de la juridicidad concreta que trae consigo el delito, ya ha sido mencionada en el Estado; para referirse, no obstante, a las dificultades que se producen para la fundamentación de la pena cuando las relaciones estatales entran en crisis, esto es, cuando la realidad del derecho se encuentra en un momento de inseguridad fundamental, las relaciones de paz jurídica que se han consolidado se muestran frágiles de forma generalizada y una vida en injusto pareciera ser la regla, tienen entonces que integrarse estos planos precisamente en el proceso de fundamentación (...) La justicia penal real está ligada a la existencia de un estado jurídico constituido, o bien, en un sentido contrario: En el estado de naturaleza no puede haber derecho penal”*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com

⁴⁶⁷ Cfr., Katrin Gierhake, *Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal*

El significado del concepto liberal del derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano, *“Una superación penal de la violencia con efectos retroactivos para el tiempo anterior a la Constitución no se puede, por consiguiente, concebir; en ese sentido, un reinicio de la comunidad jurídica está ligado al reinicio de la justicia. Esta ausencia de confrontación penal podría describirse de manera provisional con el concepto de “amnistía”*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com

Una volta d'accordo sul fatto che la pace è il presupposto fondamentale del diritto, bisogna dunque definire la sua portata. Su questo punto in particolare, un'altra premessa che suggerisce Trapani, riguarda proprio il fatto che non si può intendere come pace l'accordo politico fra due parti di un conflitto. La pace deve essere il risultato del consenso nazionale di tutti gli strati sociali. Essi devono accettare che la "pace" non equivale ad una "ingiustizia", e a sua volta che la "giustizia", non necessariamente coincide con l'applicazione del diritto penale⁴⁶⁸.

Ciò significa obbiettare la posizione di coloro che sostengono che non ci possa essere pace senza una giustizia assoluta. Essi ritengono che i delitti commessi durante la guerra devono essere puniti penalmente. Ma, come dimostra Trapani, questa idea non è altro che un falso dilemma, a mio avviso derivante da una posizione moralista, che pretende di equiparare l'idea di giustizia con la sanzione penale.

L'ideale di una giustizia assoluta, e dunque di tipo retributivo e basata sulla punizione di tutti i delitti commessi durante la guerra, è virtualmente irrealizzabile. L'autore prende in considerazione l'esempio del processo di pace con i paramilitari, "Justicia y Paz", dove si è dimostrata l'incapacità strutturale del sistema di giustizia di sanzionare i responsabili delle gravi violazioni dei diritti umani⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ Cfr., Trapani Mario, Derecho Penal Y Postconflicto, Pocas palabras, pero claras, en tema de recurso al derecho y al proceso penal como instrumentos para resolver las problemáticas del postconflicto en Colombia, *"eso que se está intentando lograr mediante las negociaciones en la Habana no es un mero interés político de una sola parte, sino el bien futuro máximo de la entera sociedad colombiana, o sea, una paz social efectiva y duradera, que favorezca a todos y que por tanto, siendo "bien común", puede ser alcanzada solo con el concurso y el consentimiento, principalmente, de todos los actores del conflicto, cada uno de los cuales debe "ceder en algo" para alcanzar la paz; procurando del mismo modo hacer comprender –se trata de un punto fundamental– que "paz" no significa "injusticia", pero además que "justicia" no significa necesariamente "pena criminal" aplicada y ejecutada"*, Texto revisado y ampliado de la ponencia presentada con ocasión del Congreso Internacional de Justicia, Derecho y Posconflicto 'Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia', celebrado en la Universidad Santo Tomás de Tunja, Colombia, los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2015.

⁴⁶⁹ Cfr., Trapani Mario, Derecho Penal Y Postconflicto, Pocas palabras, pero claras, en tema de recurso al derecho y al proceso penal como instrumentos para resolver las problemáticas del postconflicto en Colombia, *"A parte de toda consideración sobre su legitimidad en un Estado "garantista", la aspiración a una "justicia absoluta", en el sentido de la inderogable persecución y punición de, indistintamente, todos los autores –al menos– de todos los crímenes internacionales cometidos en el curso del conflicto, sería prácticamente*

Il costo di assumere come necessaria la giustizia assoluta per poter concepire la pace, risulta nella rinuncia della componente riparatoria del processo penale, e cioè alla verità e alla riparazione delle vittime. L'idea morale di giustizia assoluta, produce paradossalmente un risultato assai più riprovevole moralmente, e cioè la mancata soddisfazione dei diritti delle vittime, che sono quelle che hanno sopportato il maggior peso della guerra⁴⁷⁰.

L'idea che non ci possa essere una pace senza giustizia, e cioè senza una sanzione, contiene l'ulteriore e non meno sbagliata presunzione che per sanzione si debba intendere necessariamente quella penale. La seguente premessa del Professor Trapani considera che nel diritto positivo esistono diversi tipi di sanzioni, come risulta, ad esempio da quelle esecutive. *“Se quello che si desidera è identificare il concetto di “giustizia” con la necessaria ed effettiva applicazione ed esecuzione di una “sanzione” come conseguenza della commissione di un illecito, è necessario pure ricordare come -già dalla prospettiva della teoria generale del diritto (Thon, Kelsen)- il concetto delle “sanzioni” non si identifica in assoluto, ne si limita, in quello di “sanzioni punitive”. In effetti, assieme alle sanzioni “punitive”, dalle quali la specie più rilevante viene rappresentata dalle “criminali”, esistono, in tutti i sistemi giuridici positivi, la categoria delle sanzioni chiamate “esecutive” di tipo*

irrealizable (como históricamente quedó demostrado con el fracaso de la Ley de Justicia y Paz)”, Texto revisado y ampliado de la ponencia presentada con ocasión del Congreso Internacional de Justicia, Derecho y Posconflicto 'Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia', celebrado en la Universidad Santo Tomás de Tunja, Colombia, los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2015

⁴⁷⁰ Cfr., Trapani Mario, Derecho Penal Y Postconflicto, Pocas palabras, pero claras, en tema de recurso al derecho y al proceso penal como instrumentos para resolver las problemáticas del postconflicto en Colombia, *“una de las afirmaciones siempre repetidas, cualquiera que sea la forma concreta de actuación del modelo de justicia transitoria adoptado, es que no puede haber “ninguna paz sin justicia”. Esta fórmula viene comúnmente entendida en el sentido que ninguna paz podría ser obtenida sin una “verdadera”, o sea “efectiva”, “punición” de los autores –al menos– de los crímenes más graves y atroces cometidos en el curso del conflicto, como aquellos de guerra y de lesa humanidad, en función de una tutela incondicionada de las víctimas, identificando así el concepto de “justicia” con “justicia punitiva” necesariamente “retributiva” e “inderogable”; aunque dicha punición –así sea en presencia de ciertos presupuestos de colaboración procesal, de contribución a la búsqueda de la verdad y de reparación de las víctimas– podría incluso ser “parcial” (como en el caso de penas detentivas “disminuidas” o directamente “alternativas” a la cárcel, pero en todo caso incidentes sobre la libertad personal).”,* Texto revisado y ampliado de la ponencia presentada con ocasión del Congreso Internacional de Justicia, Derecho y Posconflicto 'Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia', celebrado en la Universidad Santo Tomás de Tunja, Colombia, los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2015.

*restitutivo-reintegrativo, costituite in particolare dalla cessazione della condotta illecita, quando si tratta di un illecito di struttura "permanente", e dalla eliminazione delle conseguenze nocive o pericolose derivate dalla commissione del delitto."*⁴⁷¹

Si assume pure che le sanzioni di tipo esecutivo possano essere applicate nei confronti di delitti di carattere internazionale, sempre che esse siano adeguate al raggiungimento della pace che, come si è accennato anteriormente, non è solo un diritto ed obbligo degli Stati, ma pure della comunità internazionale in generale.

L'ipotesi delle sanzioni esecutive persino riguardo ai delitti internazionali, potrebbe essere assimilata al sistema sanzionatorio della JEP che, come si è visto nel capitolo precedente, per questo tipo di condotte, potranno imporre sanzioni proprie, alternative e ordinarie.

È necessario tuttavia chiarire che l'idea di sanzionare con pene esecutive gli illeciti penali è circoscritta esclusivamente a contesti particolarissimi, come può essere un processo di giustizia transizionale. Non si deve far conseguire da questa posizione che le sanzioni punitive possano essere sostituite da quelle esecutive in tutti i casi. In effetti, e come sostengono Trapani e Ferrajoli, i modelli di giustizia transizionale sono eccezionali, e a sua volta l'eccezionalità dei meccanismi e delle sanzioni adottati nella loro applicazione, si giustificano soltanto perché si pretende di garantire con esse la pace, intesa come valore

⁴⁷¹ Cfr., Trapani Mario, *Derecho Penal Y Postconflicto*, Pocas palabras, pero claras, en tema de recurso al derecho y al proceso penal como instrumentos para resolver las problemáticas del postconflicto en Colombia, Texto revisado y ampliado de la ponencia presentada con ocasión del Congreso Internacional de Justicia, Derecho y Posconflicto 'Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia', celebrado en la Universidad Santo Tomás de Tunja, Colombia, los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2015. Traduzione propria dalla versione originale in Spagnolo: "De hecho, si se quiere identificar el concepto de "justicia" con la necesaria y efectiva aplicación y ejecución de una "sanción" como consecuencia de la comisión de un "ilícito", es necesario también recordar como –ya desde la perspectiva de la teoría general de derecho (Thon, Kelsen)– el concepto de "sanción" no se identifica en absoluto, ni se agota, en aquello de "sanción punitiva". En efecto, al lado de las sanciones llamadas "punitivas", de las cuales la especie más relevante es dada por las "penas criminales", existe, en todos los ordenamientos jurídicos positivos, la categoría de las sanciones llamadas "ejecutivas" de tipo restitutivo-reintegrativo, constituidas en particular por la cesación de la conducta ilícita, cuando se trate de ilícito de estructura "permanente", y por la eliminación de las consecuencias dañosas o peligrosas derivadas de la comisión del delito".

supremo di qualsiasi società⁴⁷². Di fronte a questa idea, Kelsen considerava che la *“guerra fosse un assassinio in massa, la maggior disgrazia della nostra cultura; e garantire la pace deve essere il nostro obiettivo politico principale, un obiettivo che risulta molto più importante della scelta tra democrazia e dittatura o tra capitalismo e socialismo.”*⁴⁷³

Dunque, almeno dal punto di vista teorico, si potrebbe persino accettare un modello di amnistie totali e generali (in termini del Professor Trapani “tombali”)⁴⁷⁴. D’accordo con l’autore esse costituirebbero la miglior e più efficace soluzione per raggiungere la pace in Colombia. Fra i diversi vantaggi di questo modello, si contano: il trattamento paritario dei diversi attori del conflitto, che a sua volta implicherebbe il riconoscimento del beneficio penale a tutti coloro che vi hanno partecipato e non soltanto ad un gruppo in particolare; evitare la formazione di tribunali per identificare le responsabilità individuali dei

⁴⁷² Cfr., Ferrajoli Luigi, *La Justicia Penal Transicional Para La Colombia Del Posconflicto Y Las Garantías Para La Paz Interna*, “Antes de discutir sobre estas dos cuestiones, me parece necesaria una premisa, que creo es bastante obvia y que, sin embargo, se debe tener siempre en cuenta cualquier reflexión sobre la “justicia transicional”, como ha sido llamada a la justicia requerida desde la transición a la paz, y más en general sobre las políticas necesarias para la consolidación de la paz tiene que partir de una idea básica: la idea de que la paz es el valor supremo, representando la premisa misma de la convivencia civil y por lo tanto de cualquier otro valor político”, *Revista Crítica Penal y Poder*, 2016, no 10 Marzo (pp.146-161), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona

⁴⁷³ Cfr., H. Kelsen, *La paz por medio del derecho* (1944), trad. it. a cargo de L. Ciaurro, Giappichelli, Turín 1990, pp. 35-36; Traduzione dall’originale in Spagnolo: “que se hace necesario proclamarlas repetidamente para evitar que terminen en el olvido. La verdad es que la guerra es un asesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura; y garantizar la paz debe ser nuestro principal objetivo político, un objetivo mucho más importante que la elección entre democracia y dictadura, o entre el capitalismo y el socialismo”, in, Cfr., Ferrajoli Luigi, *La Justicia Penal Transicional Para La Colombia Del Posconflicto Y Las Garantías Para La Paz Interna*, *Revista Crítica Penal y Poder*, 2016, no 10 Marzo (pp.146-161), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona

⁴⁷⁴ Cfr., Trapani Mario, *Derecho Penal Y Postconflicto*, Pocas palabras, pero claras, en tema de recurso al derecho y al proceso penal como instrumentos para resolver las problemáticas del postconflicto en Colombia, “el único “medio” realmente adecuado y funcional al perseguimiento del “fin” –en todo caso incluso jurídicamente prevalente– de la obtención de una “paz social” en Colombia efectiva y duradera es una “amnistía”. Amnistía “general y total” (o sea “tumbal”) como “renuncia absoluta a la pena criminal” en relación, indistintamente, con todos los actores, combatientes pero también políticos, del conflicto armado (carácter “general” de la amnistía) y para todos los delitos de todas formas cometidos durante y con ocasión del conflicto armado, comprendidos los crímenes internacionales (carácter “abstracto” y “tumbal” de la amnistía).”, Texto revisado y ampliado de la ponencia presentada con ocasión del Congreso Internacional de Justicia, Derecho y Posconflicto ‘Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia’, celebrado en la Universidad Santo Tomás de Tunja, Colombia, los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2015

responsabili, senza compromettere le azioni di responsabilità civili per i danni cagionati alle vittime⁴⁷⁵.

Dal punto di vista della teoria giuridico-penale, e nella stessa linea del Professor Trapani, Gierthake ritiene che nel caso dei processi di giustizia transizionale, sia necessario reinterpretare il concetto Hegeliano sull'ingiusto. In effetti, Hegel considerava che la sanzione corrisponde alla negazione del delitto, e perciò al ristabilimento del diritto cagionato. Aggiungeva che la rinuncia alla pena poteva mettere a rischio il diritto come tale. Malgrado ciò, Gierthake sostiene che l'amnistia, intesa come l'estinzione della sanzione penale, si deve interpretare come una sospensione eccezionale e temporale che avviene non all'interno del diritto penale ma al di fuori di esso, e dunque, al meno agli occhi della teoria Hegeliana, non dovrebbe rappresentare la negazione del diritto come tale⁴⁷⁶. Inoltre,

⁴⁷⁵ Cfr., Trapani Mario, Derecho Penal Y Postconflicto, Pocas palabras, pero claras, en tema de recurso al derecho y al proceso penal como instrumentos para resolver las problemáticas del postconflicto en Colombia, "Las "ventajas", jurídicas y políticas, de una ley de amnistía "tumbal" después de concluido un conflicto armado, y funcionales a la obtención de una efectiva y duradera paz social en el postconflicto, son numerosas: 1) ante todo, como se ha dicho, tratándose de una disposición general y abstracta, como todas las leyes, garantiza la paridad de tratamiento penal de todos los actores del conflicto indistintamente; 2) la amnistia tiene como destinatarios a las personas, singularmente consideradas, y no a grupos o colectividades más o menos organizadas y/o consistentes; 3) ello comporta como consecuencia –importantísima en la perspectiva de una paz social que involucre la entera sociedad– la no necesidad de algún "reconocimiento político", explícito o implícito, sólo de una parte de los protagonistas del conflicto, específicamente: las FARC, como "grupo organizado" portador de instancias políticas propias (cualquier grupo armado debería constituir un interlocutor político solo antes del acuerdo, en la fase de las negociaciones de paz); 4) extinguiendo la amnistia la acción penal, no necesita ninguna verificación judicial de cada uno de los ilícitos, siempre que caigan bajo la ley de amnistia (que sin embargo, para garantizar la paz en el postconflicto, debe ser lógicamente "total" y "tumbal"), sin necesidad por lo tanto de recurrir a los tribunales, que jamás terminarían – visto el número de los participantes en el conflicto interno y el número de crímenes perpetrados– su tarea en tiempos razonables y según una lógica "no selectiva" y por tanto "no discriminatoria"; 5) la extinción de la punibilidad como consecuencia de la amnistia deja intacta la responsabilidad civil –patrimonial y no patrimonial– por los crímenes cometidos por cada persona participante al conflicto", Texto revisado y ampliado de la ponencia presentada con ocasión del Congreso Internacional de Justicia, Derecho y Posconflicto 'Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia', celebrado en la Universidad Santo Tomás de Tunja, Colombia, los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2015

⁴⁷⁶ Cfr., Katrin Gierhake, Pena y amnistia en tiempos de fragilidad estatal El significado del concepto liberal del derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano, "Si, teniendo en cuenta la ya evocada tradición teórico penal de Hegel, se entiende la sucesión del injusto criminal y de la consecuencia jurídica de la pena como algo apoyado en un sentido intelectualmente necesario dentro del concepto del delito, esto es, la pena como negación del delito y, con ello, como institución del restablecimiento del derecho, entonces es claro que la persecución penal del injusto criminal no puede suspenderse discrecionalmente sin poner en peligro el "derecho en cuanto derecho (...). La amnistia opera de tal modo que mediante ella la relación del derecho con el injusto, la culpabilidad y la pena no sea fundamentalmente negada, sino que sólo

affinché si possa consolidare un modello di giustizia come quello pensato da Hegel, bisogna come prima misura garantire le condizioni per la sua funzionalità, condizione che si può realizzare soltanto con il ristabilimento della pace.

La possibilità di implementare un modello di amnistie generali, persino riguardo a delitti internazionali, oltre che problematico nei confronti delle disposizioni costituzionali della Colombia che le limitano espressamente ai delitti politici e relativi, non è stata presa in considerazione nell'accordo di pace. Ciò ha comportato, per motivi politici, che fossero imposte condizioni che garantissero che la Colombia non venisse indagata dalla Corte Penale Internazionale. Questo però non significa che si è rinunciato alla figura dell'amnistia, perché in effetti, come si è dimostrato finora, il processo transizionale Colombiano prevede un sistema di clemenza sovrana abbastanza ampio.

Il nostro modello attuale risponde, in un certo modo, a quello che Trapani denomina amnistia condizionata⁴⁷⁷. Sebbene non in proporzioni e portata identiche, la legge di amnistia derivante dal processo di pace, coincide con l'idea espressa dalla dottrina Trapani-Ferrajoli, secondo la quale la pace è un valore supremo che deve essere raggiunto dallo Stato come preconditione per garantire i diritti fondamentali, non solo delle vittime, ma della società in generale.

sea excepcionalmente suspendida en su aplicación. Esto es: No se niega, en principio, ni el injusto y tampoco el merecimiento de la pena, pero, dadas las "circunstancias especiales", no se suspende estrictamente conforme a leyes generales mediante la persecución penal y la imposición de la pena. Es necesario ver, por consiguiente, qué "circunstancias especiales" entran en consideración y si ellas sirven para fundamentar esa ruptura de la legislación general que se exige por sí.", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com

⁴⁷⁷ Cfr., Trapani Mario, Derecho Penal Y Postconflicto, Pocas palabras, pero claras, en tema de recurso al derecho y al proceso penal como instrumentos para resolver las problemáticas del postconflicto en Colombia, "La "amnistía condicionada", entonces, constituye en realidad el "medio jurídico" más adecuado para lograr un efectivo "equilibrio", y, por tanto, un verdadero y propio "compromiso", entre la "razón de Estado", que está detrás de un instrumento "excepcional" de "renuncia total" a la pena criminal, y la lógica "ordinaria" ("común") del derecho que pretende de todas formas, en presencia de un ilícito, la aplicación de una "sanción" para satisfacer las exigencias de "justicia"; sanción sin embargo no necesariamente "punitiva", siempre que en concreto sea "funcional" a la "reintegración del orden jurídico violado" y por lo tanto a la obtención de la "paz social"", Texto revisado y ampliado de la ponencia presentada con ocasión del Congreso Internacional de Justicia, Derecho y Posconflicto 'Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia', celebrado en la Universidad Santo Tomás de Tunja, Colombia, los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2015

Inoltre, si potrebbe interpretare che il modello di transizione della Colombia non vuole imporre una giustizia retributiva, ma al contrario una riparatoria, le cui sanzioni non sono punitive per loro natura, ma piuttosto esecutive. In questo senso, la dottrina esposta fino ad ora mantiene, dal punto di vista teorico e concettuale, un'enorme identità con il sistema di amnistie del nostro paese.

Riguardo ai modelli di amnistie condizionate, Ferrajoli reitera che essi debbono essere eccezionali e mirati esclusivamente al consolidamento della pace. Allo stesso tempo considera che sono necessarie due condizioni: la prima, è che deve includere la totalità dei combattenti (considerazione previamente espressa da Trapani); la seconda, che sia intesa come uno strumento di riconciliazione nazionale⁴⁷⁸.

Ferrajoli ritiene inoltre che queste due condizioni non possano realizzarsi attraverso i processi penali ordinari. Esistono due argomenti per sostenere questa affermazione. Uno di tipo giuridico e l'altro di tipo politico. Dal punto di vista giuridico, ritiene non conveniente che si possa ponderare l'illecito penale derivato dalla violenza in un contesto di guerra. Esso non è pragonabile con l'illecito che viene commesso in circostanze di normalità. Persino autori come Cicerone persino consideravano che nella guerra non si potesse parlare di giusto o ingiusto: "*Silente nim leges inter armas*", posizione che sosteneva pure Hobbes⁴⁷⁹. Dal

⁴⁷⁸ Cfr., Ferrajoli Luigi, La Justicia Penal Transicional Para La Colombia Del Posconflicto Y Las Garantías Para La Paz Interna, Revista Crítica Penal y Poder, 2016, no 10 Marzo (pp.146-161), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona

⁴⁷⁹ Cfr., T.Hobbes, *Leviathan, or the Matter, Formas and Power of Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill*, trad. it., *Leviatán*, con texto inglés de 1651 al frente y texto latino del 1668, a cargo de R. Santi, Bompiani, Milán 2001, cap.XIII, § 11, p.210: "*To this war of every man against every man, this also is consequent: that nothing can be unjust. The notions of right and wrong, justice and justice have there no place*"; trad latina, ivi: "*Praeterea bello omnium contra omnes consequens est, ut nihil dicendum sit injustum. Nomina justi et injusti locum in hac conditione no habent*"; trad. it., ivi, p.211; in, Cfr., Ferrajoli Luigi, La Justicia Penal Transicional Para La Colombia Del Posconflicto Y Las Garantías Para La Paz Interna, Revista Crítica Penal y Poder, 2016, no 10 Marzo (pp.146-161), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona

punto de vista político, resulta sconveniente che siano considerati criminali i combattenti per aver fatto parte dello scontro armato⁴⁸⁰.

La premessa riguardo al bisogno di implementare un modello di amnistie condizionate per il caso Colombiano, come proposto da Trapani, prevede che il processo di giustizia transizionale si applichi a tutti i combattenti e non soltanto ad un gruppo, e che includa anche i delitti contro il diritto internazionale umanitario. Benché Ferrajoli sembri coincidere su queste condizioni, esistono limiti materiali e soggettivi che si possono considerare discendere dalla stessa configurazione del processo di pace Colombiano: non possono essere coperti dall'amnistia i delitti più gravi ed i maggiori responsabili⁴⁸¹. Si esige la riparazione alle vittime e la scoperta della verità, così come la garanzia della non ripetizione.

⁴⁸⁰ Cfr., Ferrajoli Luigi, *La Justicia Penal Transicional Para La Colombia Del Posconflicto Y Las Garantías Para La Paz Interna*, Revista Crítica Penal y Poder, 2016, no 10 Marzo (pp.146-161), "La primera razón es de orden jurídico: la violencia entre los alzados en armas, realizada en el estado de guerra, no puede ser valorada y calificada con el criterio del derecho penal ordinario. "Silent enim leges inter armas", escribió Cicerón con referencia a la Roma de su tiempo, atormentada y también afligida como la Colombia actual, por la guerra civil. En el estado de guerra, añadió Thomas Hobbes, nada puede decirse injusto, no habiendo en ello espacio para las nociones de justo y de injusto. La segunda razón es de carácter político: una efectiva pacificación nacional no puede alcanzarse tratando a los combatientes como delincuentes solo porque son combatientes, y castigando a los vencidos como criminales. Las acciones de guerra, los choques bélicos - las violencias inter arma - no pueden ser luego configuradas como crímenes sobre la base de las leyes penales ordinarias. Pueden serlo, con base en el derecho bélico humanitario, solamente si consisten en crímenes de guerra o en crímenes contra la humanidad." Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona

⁴⁸¹ Cfr., Ferrajoli Luigi, *La Justicia Penal Transicional Para La Colombia Del Posconflicto Y Las Garantías Para La Paz Interna*, Revista Crítica Penal y Poder, 2016, no 10 Marzo (pp.146-161), "un primer límite, de carácter objetivo, *ratione materiae*, de la justicia transicional. Tienen que formar parte de tal justicia todos y sólo los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, ante todo los que atentan contra la población civil - las masacres, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas, los secuestros, las violaciones y las torturas, en resumen todos los crímenes previstos en el art. 5 del estatuto de la Corte penal internacional aprobada en Roma el 17 de julio de 1998 - cometidos por todos los actores del conflicto, no sólo de la guerrilla sino también de contra guerrilla. A este límite objetivo se puede añadir un límite ulterior, de carácter subjetivo: sólo los máximos responsables de tales crímenes deben ser sometidos a este tipo de justicia penal (...) Es claro que esta clase de justicia transicional - tendiente a la comprobación de la verdad y por tanto de las responsabilidades de los autores de las atrocidades cometidas y, juntas, al resarcimiento de las víctimas - no equivale para nada a la impunidad que provendría de una amnistía política generalizada e incondicional. Una amnistía parecida, además de ser moralmente inaceptable, estaría en contraste con los principios del derecho internacional humanitario, comenzando con la exclusión de la impunidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad y de la afirmación de su imprescriptibilidad establecida, respectivamente, en el preámbulo y el art. 29 del estatuto de la Corte Penal Internacional.", Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona

Queste condizioni somigliano a quello che Gierthake⁴⁸² definisce come amnistie di pacificazione⁴⁸³.

Ritengo che oltre alle considerazioni per quanto riguarda i limiti giuridici e legali dei processi di giustizia transizionale accennati da Ferrajoli, vada considerato un altro limite che è quello pragmatico. In capitoli precedenti si è dimostrato che autori come Dancy e Reiter, sostengono che l'efficacia di questo tipo di processi, soprattutto quando vengono concesse amnistie, diminuisce ogni qualvolta non si includano altri tipi di meccanismi come quelli che mirano alla garanzia dei diritti delle vittime alla verità e alla riparazione⁴⁸⁴.

L'apparente dibattito che allora sorge, riguarda la possibilità di amnistiare o meno i maggiori responsabili di delitti internazionali. Trapani considera che essi possano essere considerati delitti oggettivamente politici⁴⁸⁵, mentre Ferrajoli sostiene che esiste un divieto nel diritto

⁴⁸² Cfr., Katrin Gierhake, Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal El significado del concepto liberal del derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano, "Respecto del proceso de paz colombiano, que es de interés del presente escrito, sólo pueden ser tenidas en cuenta aquellas formas de la amnistía que son impuestas en el marco de la justicia transicional, especialmente, aquellas que han sido denominadas por Frank Süß como "amnistías de paz internas", las cuales cuentan como parte del grupo de las "amnistías pacificadoras" (internas). Estas se caracterizan por ser expedidas con ocasión de unos diálogos de paz, esto es, de un acuerdo de paz, que finalizan un conflicto armado no-internacional.119 Los hechos punibles cometidos son, por lo tanto, típicamente aquellos que han sido realizados con ocasión de acciones recíprocas de guerra (al interior de un Estado).En las amnistías de paz internas es, además, típico que se restrinjan al caso de los "delitos políticos" – como está previsto en el momento también en Colombia. La particularidad de las situaciones de cambios radicales y de crisis estatal fue ya mencionada en la sección anterior: La inseguridad del estado jurídico es su característica esencial", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com

⁴⁸³ Cfr. ya Schmidt, en: Anschütz/Thoma (eds.), Handbuch des Staatsrechts, tomo 2, 1932, § 100, p. 563; también Mickisch, Die Gnade im Rechtsstaat, 1996, p. 21; Birkhoff/ Müller-Jacobsen, en: Widmaier (ed.), Münchener Anwalts- handbuch Strafverteidigung, 2006, Parte D., § 23 nm. 3. Delineación de la gracia a la amnistía ya la precipitación, nm. 9; Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts, 2. ed. 1992, p.208; Köhler, en: Schmidt (ed.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, p. 59. Cfr. sobre la dificultad de una definición general de "amnistía", no obstante, también Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung, 2001, pp. 74 ss; in, Cfr., Katrin Gierhake, Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal El significado del concepto liberal del derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com

⁴⁸⁴ Cfr., Dancy, G. (2018). Deals with the Devil? Conflict Amnesties, Civil War, and Sustainable Peace. International Organization, 72(2), 387-421. doi:10.1017/S0020818318000012; Cfr., Reiter, A. (2014). Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict. Israel Law Review, 47(1), 133-147. doi:10.1017/S0021223713000290

⁴⁸⁵ Cfr., Trapani Mario, Derecho Penal Y Postconflicto, Pocas palabras, pero claras, en tema de recurso al derecho y al proceso penal como instrumentos para resolver las problemáticas del postconflicto en Colombia,

internazionale di fronte a questa possibilità⁴⁸⁶. A nostro avviso, più che una differenza sostanziale di criteri, quello che si presenta è una divergenza semantica. In che senso? I due autori sono d'accordo sul fatto che si non possa far discendere da un processo di giustizia transizionale come quello Colombiano un modello penale retributivo; entrambi ritengono che il modello di amnistie condizionate, e cioè uno che riconosca i diritti delle vittime e garantisca che venga scoperta la verità, si adatta al contesto Colombiano; infine, tanto Trapani come Ferrajoli, in parole diverse, considerano necessario che un qualche tipo di sanzione venga imposta ai massimi responsabili. Per Trapani ciò corrisponderebbe alle sanzioni esecutive, per Ferrajoli alle sanzioni levi⁴⁸⁷.

“La solución al problema podría ser ante todo dar, a través de la ley de amnistía, una suerte de “interpretación auténtica” al concepto de “delito político” haciendo, de manera explícita, entrar ahí, solamente a los fines y para los efectos de esta particular y “excepcional” ley de clemencia soberana, indistintamente todos los delitos, cualquiera que sea su “originaria” naturaleza jurídica, cometidos de todas formas con ocasión y para las finalidades, directas o indirectas, conexas al conflicto armado, comprendidos los crímenes internacionales, “derogando” la común interpretación jurisprudencial y doctrinaria que los excluye en modo absoluto de la posibilidad de una amnistía”, Texto revisado y ampliado de la ponencia presentada con ocasión del Congreso Internacional de Justicia, Derecho y Posconflicto ‘Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia’, celebrado en la Universidad Santo Tomás de Tunja, Colombia, los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2015

⁴⁸⁶ Cfr., Ferrajoli Luigi, La Justicia Penal Transicional Para La Colombia Del Posconflicto Y Las Garantías Para La Paz Interna, Revista Crítica Penal y Poder, 2016, no 10 Marzo (pp.146-161), “Es claro que esta clase de justicia transicional - tendiente a la comprobación de la verdad y por tanto de las responsabilidades de los autores de las atrocidades cometidas y, juntas, al resarcimiento de las víctimas - no equivale para nada a la impunidad que provendría de una amnistía política generalizada e incondicional. Una amnistía parecida, además de ser moralmente inaceptable, estaría en contraste con los principios del derecho internacional humanitario, comenzando con la exclusión de la impunidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad y de la afirmación de su imprescriptibilidad establecida, respectivamente, en el preámbulo y el art. 29 del estatuto de la Corte Penal Internacional.”, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona

⁴⁸⁷ Cfr., Ferrajoli Luigi, La Justicia Penal Transicional Para La Colombia Del Posconflicto Y Las Garantías Para La Paz Interna, Revista Crítica Penal y Poder, 2016, no 10 Marzo (pp.146-161), “En cuanto a las penas destinadas a ser aplicadas por la justicia transicional, esas pueden ser muy leves, incluso simbólicas. Para que esa clase de justicia alternativa sea aceptada por todos los contendores y sea por lo tanto un factor de paz, ellas tienen que consistir, en vez de un encierro, en penas alternativas a la prisión como las detenciones domiciliarias, la estadía obligatoria o la prohibición de estar en determinadas localidades, la destitución de los funcionarios públicos implicados en los crímenes comprobados y similares. En todos los casos - hasta en el caso de una posible amnistía así llamada “impropia”, es decir después del juicio y la condena, o de un amplio indulto de las penas -, si concurrieran la comprobación de la verdad y el resarcimiento de las víctimas, no podrá hablarse de “impunidad”. Una pena a cargo de los responsables, en efecto, es representada en todo caso por la comprobación pública de sus responsabilidades y por tanto por la condena y la estigmatización moral y política sus acciones. A esta condena pública, si y sólo si la verdad será comprobada, se sumará luego aquella, inflexible y cierta, de la historia”, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona

Considerando gli ultimi provvedimenti della Corte Costituzionale della Colombia, così come le norme che regolano il modello di giustizia transizionale, sembra che il dibattito sui limiti materiali e soggettivi del sistema di amnistie condizionate si sia risolto. Tuttavia, si deve ricorrere alla dottrina Trapani-Ferrajoli nei casi più complessi, e cioè quei in casi non coperti dalla legge. In precedenza si è messo in evidenza che l'amnistia, sebbene ampia, è condizionata materialmente ai delitti politici e relativi. Malgrado ciò, come si vedrà nella seguente sezione, esiste una *lacuna legis* di fronte ai reati connessi o relativi ai delitti internazionali.

Se non viene concessa l'amnistia ai delitti connessi o relativi, ci si può trovare davanti ad una delle seguenti situazioni: 1. Nullità del processo speciale per l'indagine e condanna di delitti che escono dalla competenza materiale della JEP; 2. Conflitto di competenze fra la giustizia ordinaria e quella speciale; 3. Duplicità di processi nella giustizia ordinaria e quella speciale; 4. Imposizione di sanzioni riservate ai maggiori responsabili a persone che non ostentano detta qualità; 5. Possibile fallimento della giustizia transizionale in quei casi specifici; 6. Disconoscimento del carattere eccezionale del processo e della particolarità dei delitti commessi in relazione o in occasione del conflitto armato.

Nell'ultima parte di questo capitolo, e dopo aver presentato due esempi di casi complessi, ci si propone di progredire nell'adozione di quello che chiamo "il principio di equivalenza funzionale dei benefici penali per i delitti connessi ai delitti relativi", che non è altro che l'estensione dei benefici penali riconosciuti ai reati comuni connessi al delitto politico anche per le condotte connesse ai delitti internazionali. La dottrina Trapani-Ferrajoli risulta allora fondamentale, per giustificare almeno dal punto di vista teorico, la necessità di risolvere un problema che potrebbe mettere a rischio il modello di giustizia transizionale in Colombia.

Il caso Ashton e Char, primo campanello di avviso alle sfide della JEP

A poco più di sei mesi dall'inizio dell'attività della JEP si cominciano ad intravedere possibili sfide di fronte alla portata della sua competenza materiale e alla necessità di stabilire criteri certi e chiari riguardo all'ambito di applicabilità del modello di amnistie.

Nel corso di questa tesi si è dimostrato che alcuni concetti sottostanno ai fondamenti di base del sistema di giustizia transizionale in Colombia. L'amnistia, i delitti politici ed i delitti connessi o relativi ad essi, fanno parte della sua colonna vertebrale. Questo avviene in quanto si è deciso che la JEP avrà competenza per conoscere tutti i reati commessi in relazione, diretta o indiretta, con il conflitto armato. A sua volta, come accennato nel capitolo precedente, la struttura istituzionale pensata per la giurisdizione speciale, risponde alla necessità di filtrare tutti gli illeciti e individuare quali debbano essere sottoposti al giudizio del Tribunale e quali invece, possano essere amnistiati.

Dunque, oltre ai criteri materiali espressamente definiti dalla legge -e cioè sanzioni proprie, alternative e ordinarie per i massimi responsabili di delitti internazionali, oppure amnistie per delitti politici e connessi-, esistono criteri operativi che permettono ad ogni istanza processuale, di selezionare i casi che dovranno essere oggetto di una'indagine e la successiva sanzione da parte della JEP.

Malgrado ciò, come si sta via via dimostrando in questo documento, esistono situazioni in cui non è chiaro come operi la competenza materiale della JEP, e dunque quale debba essere la sanzione di certe condotte. Un esempio che salta agli occhi, riguarda i reati che non si classificano come delitti connessi o relativi ai delitti politici e nemmeno si configurano come delitti internazionali, ma che comunque sono stati commessi nel contesto o in relazione più o meno diretta con il conflitto armato.

Questo è il caso dei delitti connessi con i delitti internazionali. Si pensi ad esempio a un caso ipotetico non infrequente in Colombia: l'uso di artefatti esplosivi in una raffineria di petrolio con l'obiettivo di causare la contaminazione di un fiume che a sua volta provochi

l'intossicazione o la morte di un gruppo di contadini o comunità indigene. L'intenzione iniziale poteva essere uccidere o far emigrare la popolazione colpita, ma la condotta materiale implica anche la commissione di altri reati, verbigrazia il danno di proprietà privata e delitti ambientali. Non si può negare l'esistenza di un concorso di reati (non apparente, certamente), e nemmeno che essi siano stati funzionali o connessi al risultato finale voluto dal gruppo armato. Tuttavia, la configurazione attuale della JEP non permetterebbe di considerare politici i delitti ambientali, e dunque amnistiarli, ma nemmeno riconosce la competenza materiale del Tribunale per sanzionarli, visto che non rientrano nella la categoria dei delitti internazionali.

Si pensi ad un altro esempio: il traffico di armi da parte di civili non combattenti, posto che una delle armi procurate (consapevoli della finalità) sia stata specificamente usata per commettere un delitto di lesa umanità. I trafficanti non sono i maggiori responsabili dell'illecito internazionale e dunque escono dalla competenza del Tribunale, ma il loro reato non rientra nemmeno nella categoria dei delitti connessi a delitti politici come la ribellione.

Questi sono alcuni esempi di situazioni che possono arrivare alla JEP e sulle quali esiste un vuoto legale. Le conseguenze dell'assenza di disposizioni che regolino espressamente la materia, come si è suggerito nella sezione precedente, variano da: un possibile conflitto di competenze fra la giustizia speciale e quella ordinaria; un frazionamento processuale; nullità dell'indagine e il possibile fallimento, almeno parziale, del proposito della giustizia transizionale.

Prima di suggerire una possibile soluzione a questo tipo di situazioni, risulta fondamentale presentare i casi Ashton e Char. Dalla loro analisi si potranno trarre diverse conclusioni riguardo alla portata della giustizia transizionale, al concetto di conflitto armato, ai limiti della competenza materiale della JEP e all'importanza del sistema strutturale di filtri (come presentato nel capitolo precedente).

Alvaro Ashton⁴⁸⁸ e David Char⁴⁸⁹ furono eletti al parlamento nel 2002. Anni dopo la Corte Suprema di Giustizia li condannò ritenendo che avevano fatto parte dello scandalo conosciuto come la “parapolitica”. La “parapolitica” consisteva nella associazione macabra fra paramilitari e politici. I primi aiutavano i secondi a venire eletti in parlamento; mentre i secondi aiutavano i primi a presentare progetti di legge che rispondevano alla loro dottrina.

Nel caso Char si considerò che il parlamentare aveva commesso i delitti di associazione a delinquere (“concierto para delinquir”⁴⁹⁰), traffico d’armi e omicidio. Una volta iniziata la sua attività, la JEP chiese che il suo processo passasse alla giurisdizione speciale ritenendo che i reati a lui incriminati fossero stati commessi in occasione del conflitto armato. La Sala di riconoscimento di situazioni giuridiche (SRSJ) negò la richiesta sostenendo che i motivi del reo fossero personali ed economici e che dunque non risultava possibile dedurre un vincolo fra la sua condotta e il conflitto armato.

Il caso Ashton assomiglia al caso Char in quanto egli fu condannato per il delitto di associazione a delinquere con l’intenzione di formare gruppi paramilitari. Ma a differenza del processo Char, Ashton chiese alla JEP di essere giudicato non soltanto per il delitto di “concierto para delinquir”, ma anche per il delitto di corruzione (“cohecho”) per il pagamento di una somma di denaro al procuratore assegnato al suo processo affinché Ashton venisse assolto. Anche in questo caso la SRSJ negò la richiesta argomentando che i

⁴⁸⁸ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Ashton, Auto TP-SA 020 de 2018, Rad., 10-000009-2018 (21 agosto de 2018)

⁴⁸⁹ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Char, Auto TP-SA 019 de 2018, Rad., No. 20181510021592 (21 agosto 2018)

⁴⁹⁰ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Char, Auto TP-SA 019 de 2018, Rad., No. 20181510021592 (21 agosto 2018), “10.3. El concierto para delinquir, tipificado en el artículo 340 del Código Penal¹⁵⁸, corresponde a un tipo penal encaminado a tutelar la seguridad pública y consiste en la asociación, acuerdo o convenio entre varias personas para realizar delitos. Se trata de un delito de mera conducta “[...] que sanciona el simple acuerdo, la decisión común de varias personas que se proponen cometer indeterminados delitos con la idea de crear un estado delictivo entre los asociados, de forma tal que su comportamiento constituye una amenaza para la seguridad colectiva”¹⁵⁹. En este delito se criminaliza el hecho de reunir voluntades para desarrollar conductas punibles, así no llegue a materializarse ninguna de las que fueron objeto del acuerdo. El concertarse “[...] para una finalidad genérica específica influirá respecto de los ‘conciertos especiales’, que agravan la conducta, pero que en momento alguno modifican la existencia de la figura”

fini perseguiti fossero personali ed economici, e riguardo al delitto di corruzione, trovò che non aveva niente a che vedere con il conflitto armato.

In due provvedimenti recentissimi della Sezione di Appello del Tribunale di Pace, si è tornati sulla la decisione della SRSJ e si è tornati ad accettare l'ingresso nella JEP dei due casi appena menzionati. Sebbene ognuno di essi si sia risolto separatamente, gli argomenti della Sezione sono identici in ambedue i casi; dunque, per effetti pratici si procederà a rappresentare gli argomenti più importanti delle due decisioni.

Il primo aspetto considerato dal Tribunale riguarda la funzione della JEP nel processo di giustizia transizionale. Su questo aspetto la Sezione di Appello ritiene che l'obiettivo della giurisdizione speciale sia fondamentalmente la pace. Questa idea, riafferma una delle premesse della dottrina Trapani-Ferrajoli riguardo alla pace come presupposto di diritto, idea che necessariamente separa il concetto di pace da quello di giustizia assoluta. La JEP sembra essere d'accordo con tale premessa ritenendo, costantemente, che il valore della giustizia transizionale sia la costruzione della pace attraverso il riconoscimento dei diritti delle vittime.

In effetti, nel caso Char il Tribunale considerò che *“il proposito medolare della JEP consiste nel facilitare la transizione del paese (Colombia) verso la pace, intesa in due sensi. Da un lato, si concepisce la pace negativa, il cui significato riposa nell'assenza di violenza. D'altro lato, si prevede la pace positiva, che deve essere capita come integrazione sociale (...) Lo Stato si rivela incapace di trovare la pace tramite la concertazione se mantiene la rigidità delle sue regole penali, e simultaneamente, si propone di indagare e sanzionare l'universo delle gravi violazioni dei diritti umani”*⁴⁹¹.

⁴⁹¹ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Char, Auto TP-SA 019 de 2018, Rad., No. 20181510021592 (21 agosto 2018), traduzione dalla lingua originale: *“La paz como meta final 6.4. El propósito medular de la JEP consiste en facilitar la transición del país hacia la paz, entendida esta como un estado binario⁷³. Por un lado, se visualiza la paz negativa, que descansa en la ausencia de violencia. Por el otro, se contempla la paz positiva, a ser vivida como integración social (...) El Estado se revela incapaz de encontrar la paz por la vía de la negociación si mantiene la rigidez de sus regulaciones penales y, simultáneamente, si se propone investigar, juzgar y sancionar el universo de las graves violaciones a los derechos humanos.”*

Il Tribunale prosegue dicendo che nel processo di transizione dalla violenza verso la pace, la responsabilità di questa enorme sfida non può ricadere sulle spalle del diritto penale ordinario. Le sue istituzioni affrontano due ostacoli fondamentali: da un lato, il carattere massivo dei delitti commessi durante oltre cinquant'anni di conflitto armato presuppongono una carica insostenibile per l'amministrazione della giustizia, che tra l'altro si trova già al suo limite con l'indagine dei processi ordinari. La seconda sfida, riguarda la qualità degli elementi di prova del processo penale⁴⁹². Non è facile ricostruire la prova nel caso di gravi violazioni dei diritti umani, si pensi soltanto alle difficoltà della Corte Penale Internazionale o di qualsiasi tribunale a carico dell'indagine di delitti internazionali.

Di fronte alla necessità di bilanciare la pace e la giustizia, si rinunciò al modello retributivo sanzionatorio e si optò per una giustizia molto più "concreta", incentrata sulle violazioni più gravi ed sui maggiori responsabili. Questo, insieme ad un modello di pene flessibili, rappresentò un importante incentivo per i combattenti. Il risultato, come tutti sanno, è stato la consegna di oltre 8000 armi e la risocializzazione di 10.000 guerriglieri⁴⁹³.

⁴⁹² Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Char, Auto TP-SA 019 de 2018, Rad., No. 20181510021592 (21 agosto 2018), "6.8. En el tránsito desde conflictos extensos y violentos hacia la paz, la sociedad no puede descargar toda la responsabilidad de alcanzar estos cometidos en las instituciones penales ordinarias, toda vez que estas suelen experimentar al menos dos obstáculos extraordinarios para hacerlo. Por una parte, el carácter masivo de los crímenes relacionados con el conflicto puede suponer una carga abrumadora para una administración de justicia ya ocupada con un número considerable de delitos comunes. Por otra, la guerra y la criminalidad a menudo han erosionado profundamente las fuentes de prueba y esto incrementa las dificultades inherentes a la persecución penal ordinaria."

⁴⁹³ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Char, Auto TP-SA 019 de 2018, Rad., No. 20181510021592 (21 agosto 2018), " 6.13. Ante la necesidad de ponderar la paz y la justicia, se optó por moderar al despliegue de la función persecutoria y represiva del crimen en su máxima intensidad y en todas sus manifestaciones. La opción elevada a norma de paz y de justicia se concreta en la necesaria judicialización de los máximos responsables de los crímenes más graves. De otro lado, se diseñó un régimen penal más flexible para incentivar la entrega de armas por parte de las FARC-EP y su reintegración a la vida civil; se procedió a establecer condiciones equitativas, equilibradas, simultáneas, diferenciadas y simétricas para los agentes del Estado, y se ofrecieron las condiciones para facilitar el sometimiento de otros actores⁷⁵. Esto se ha traducido en un sistema de beneficios y tratamientos especiales para los presuntos responsables de los delitos relacionados con el conflicto, más favorables que los ordinarios, a cambio de contribución efectiva y suficiente al esclarecimiento de la verdad, a los programas de reparación integral de las víctimas y a la no repetición de los abusos."; Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Ashton, Auto TP-SA 020 de 2018, Rad., 10-000009-2018 (21 agosto de 2018), "21.2. La especialidad de la JEP, sin embargo, impone una visión particular de la competencia, a partir de los objetivos principales del SIVJRN al que pertenece la jurisdicción. Tales objetivos tienen como eje central las víctimas. Las aspiraciones del sistema de obtener

Considerate le precedenti valutazioni, il Tribunale ritiene che la JEP non deve essere intesa soltanto come l'organismo incaricato della funzione investigativa e sanzionatoria, ma anche e soprattutto, come un'istanza per scoprire la verità, nonché per contribuire alla costruzione di una pace sostenibile attraverso il riconoscimento della dignità delle vittime⁴⁹⁴. Questa funzione, ci ricorda il Tribunale, è di carattere collettivo, ogni qualvolta il sistema dipenda dalla partecipazione di tutti coloro che fecero parte del conflitto e condizioni i loro benefici penali alla effettiva collaborazione con il processo speciale⁴⁹⁵.

Un secondo argomento del Tribunale riguarda la sua competenza materiale. Nel provvedimento si definisce che la JEP potrà conoscere di tutti i reati che abbiano un vincolo con il conflitto armato. Ciò comporta l'esigenza di verificare una delle seguenti circostanze: *“(i) che il conflitto armato abbia dato al delinquente l'abilità di commettere il reato; (ii) il conflitto armato abbia influito sostanzialmente sulla decisione di commettere il delitto; (iii) il conflitto abbia determinato o permesso la commissione dell'illecito; (iv) il conflitto armato ha determinato l'obbiettivo del reo; (v) il delinquente ha commesso il reato con l'unico fine di aumentare il suo patrimonio”*⁴⁹⁶ (questa ultima circostanza deve essere intesa come un fattore di esclusione).

verdad, justicia, reparación, con miras a no repetir la tragedia del conflicto armado, tienen sentido en función de ellas.”

⁴⁹⁴ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Char, Auto TP-SA 019 de 2018, Rad., No. 20181510021592 (21 agosto 2018), “En aplicación de este principio, en consecuencia, la JEP debe verse a sí misma no solo como un mecanismo para ejercer la función investigativa, acusatoria y sancionatoria del Estado, sino como un escenario de esclarecimiento de la verdad y de construcción de la memoria colectiva y como un instrumento para la dignificación de las víctimas y para la construcción de una paz estable y duradera, labor que necesariamente es colectiva y colaborativa.”

⁴⁹⁵ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Char, Auto TP-SA 019 de 2018, Rad., No. 20181510021592 (21 agosto 2018), “Queda así planteado el escenario como debe entenderse el derecho constitucional de acceso a la justicia en esta jurisdicción especial: mientras los aspirantes a ser juzgados por la JEP pueden tener como principal incentivo los beneficios diferenciados que provee el sistema, la jurisdicción espera que, como contrapartida, coadyuven con la obtención de la verdad.”

⁴⁹⁶ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Ashton, Auto TP-SA 020 de 2018, Rad., 10-000009-2018 (21 agosto de 2018), traducción dalla lingua originale: “2.1.La competencia material de la JEP se circunscribe a delitos que tengan alguna conexidad con el conflicto armado, lo cual requiere verificar si se presenta alguna de las siguientes circunstancias: (i) el conflicto armado le dio la habilidad al perpetrador para cometer el ilícito; (ii) el conflicto armado influyó sustancialmente en la decisión de cometer el ilícito; (iii) el conflicto determinó

Le circostanze appena descritte devono inoltre essere considerate sotto il secondo profilo della competenza materiale, e cioè che i delitti commessi rientrino nella lista delle condotte previste dalla legge. Questi delitti sono descritti nell'articolo 23 della legge 1820 di 2016 o legge di amnistia. Come si è accennato in precedenza, i reati si classificano tra quelli politici e connessi, e quelli di carattere internazionale⁴⁹⁷.

Riguardo a questo punto, il Tribunale sembra suggerire che a differenza del diritto penale ordinario, nel caso della giurisdizione speciale di pace, la lista di delitti non vada considerata tassativa. L'argomento sostiene che la competenza materiale deve interpretarsi anche dal contesto in cui certi delitti vengono commessi. In altre parole, non si esclude la possibilità che illeciti comuni, non previsti espressamente dalla legge, possano rientrare nella competenza della JEP, sempre che sia verificato il vincolo o la "connessione" tra essi ed il conflitto armato⁴⁹⁸.

o permitió la comisión del delito; (iv) el conflicto armado estableció el objetivo que se proponía el perpetrador; (v) el perpetrador incurrió en el delito con el único fin de enriquecerse a sí mismo."

⁴⁹⁷ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Ashton, Auto TP-SA 020 de 2018, Rad., 10-000009-2018 (21 agosto de 2018), "16. Finalmente, en el ámbito material, la JEP tiene una competencia que, de una parte, se encuentra limitada a un conjunto taxativo de conductas, p.e. las señaladas en el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, esto es, los delitos políticos o conexos, y de otra, demarcada por una regla de textura abierta: los delitos cometidos "por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado". Esto incluye "las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario" (artículo 5 transitorio del artículo 1 del A.L. 01 de 2017), pero se extiende a otro tipo de conductas que, aunque no pueden ser calificadas como tales, si guardan un nexo mediato o inmediato con el conflicto armado no internacional."

⁴⁹⁸ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Ashton, Auto TP-SA 020 de 2018, Rad., 10-000009-2018 (21 agosto de 2018), "17. Determinar qué conductas específicas caben dentro de su ámbito de competencia material es tarea de la JEP, pues el A.L. 01 de 2017 no las enlista ni tipifica, así como tampoco define qué debe entenderse por "delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto". Por ello, es válido afirmar que el carácter taxativo de la competencia se expresa de manera diferente en la JEP que en la justicia ordinaria. En esta última suele tener un carácter cerrado, como cuando se afirma que el competente para conocer de los delitos de homicidio es un determinado juez. En cambio, cuando el artículo 5 transitorio del artículo 1 del A.L. 01 de 2017 afirma que la JEP es competente para conocer de los "delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado", se está igualmente ante una taxatividad, pero más abierta, lo que impone que tal expresión deba ser analizada a la luz de pautas que permitan definir su correcto significado, teniendo en cuenta los distintos momentos procesales en que se haga la evaluación y el material probatorio disponible."

La definizione di conflitto armato e i requisiti per capire quando una condotta mantiene una relazione diretta o indiretta con esso, rappresenta il terzo argomento che si vuole ricavare dai provvedimenti oggetto di studio.

Il Tribunale definisce il conflitto armato come un fenomeno di alta complessità dove si esercita violenza. Esso non si limita al teatro operativo dei combattimenti, alle armi adoperate dai gruppi coinvolti o ad un'area geografica specifica⁴⁹⁹. Deve allora intendersi che una guerra e i suoi effetti possono estendersi oltre le zone di combattimento⁵⁰⁰. Si dovranno considerare anche le motivazioni dell'autore materiale, la finalità perseguita e il vantaggio militare dell'illecito⁵⁰¹.

Questa definizione ampia di conflitto armato, tra l'altro adoperata anche dalla giustizia internazionale⁵⁰², richiede però la definizione di criteri di connessione affinché si possano determinare i delitti che ne fanno parte.

⁴⁹⁹ Cfr., Corte Penal Internacional, Caso Germain Katanga, decisión de confirmación de cargos, documento ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, párrafo 380 y ss

⁵⁰⁰ Cfr., Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Char, Auto TP-SA 019 de 2018, Rad., No. 20181510021592 (21 agosto 2018), "11.5. De conformidad con lo expuesto, y amparándose en su propia jurisprudencia, así como en pronunciamientos del poder ejecutivo, del Congreso y de otros órganos jurisdiccionales, el alto tribunal señaló que el conflicto armado es "[...] un fenómeno complejo que no se agota en la ocurrencia de confrontaciones armadas, en las acciones violentas de un determinado actor armado, en el uso de precisos medios de combate, o en la ocurrencia del hecho en un espacio geográfico específico"

⁵⁰¹ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Ashton, Auto TP-SA 020 de 2018, Rad., 10-000009-2018 (21 agosto de 2018), "63. A juicio de la Sección de Apelación, no importa que aisladamente considerada la conducta no haya ocurrido en el marco de un combate o de una campaña militar. Según ya se vio, para que ésta se entienda cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado tal circunstancia no resulta indispensable. Para esos efectos, es pertinente estudiar, entre otros elementos, las motivaciones del perpetrador a fin de determinar si ellas encuentran sentido o explicación en la dinámica de la guerra. Si ello ocurre y el delito sirve a los intereses políticos, militares, económicos o ideológicos de alguno de los actores armados, entendidos como grupo y no como personas individualmente consideradas, la relación con el conflicto armado podrá tenerse por acreditada."

⁵⁰² Cfr., Caso del Fiscal v. Duško Tadić, No. IT-94-1- AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995, párrafo 70. Cfr., Caso del Fiscal vs. Aleksovsky, No. IT-95-14/1. Sala de Juicio. Sentencia del 25 de junio de 1999, párrafo 43; Caso del Fiscal vs. Blagojević y Jokić, No. IT-02-60-T. Sala de Juicio. Sentencia del 17 de enero de 2005, párrafo 536; Cfr., Caso del Fiscal vs. Tihomir Blaškić, No. IT-95-14-T. Sala de Juicio. Sentencia del 3 de marzo del 2000, párrafo 64; Caso del Fiscal vs. Radoslav Brđanin, No. IT-99-36-T. Sala de Juicio. Sentencia del 1o de septiembre de 2004, párrafo 122; Cfr., Caso del Fiscal vs. Anto Furundžija, No. IT-95-17/1-T. Sala de Juicio. Sentencia del 10 de diciembre de 1998, párrafo 59; Cfr., Caso del Fiscal vs. Stanislav Galić, No. IT-98-29-T. Sala de Juicio. Sentencia del 5 de diciembre de 2003, párrafo 9; Cfr., Caso del Fiscal vs. Hadžihasanović y Kubura, No. IT-01-47-T. Sala de Juicio)

Sotto questo aspetto, il Tribunale riproduce i criteri usati dalla Corte Costituzionale in diversi provvedimenti, specialmente quello che ha studiato la costituzionalità del sistema integrale di giustizia transizionale⁵⁰³. Qui di seguito si descriveranno brevemente questi criteri, tenendo conto che la loro applicazione è fondamentale per capire la portata della competenza materiale della JEP.

Il primo criterio si riferisce a tutte le condotte commesse in occasione del conflitto armato, il che significa che non soltanto si prendono in considerazione i delitti che hanno un nesso causale con azioni militari, ma anche i reati che mantengono un rapporto “vicino e sufficiente” con il conflitto armato in generale⁵⁰⁴.

Il secondo criterio si riferisce a tutte le condotte che si commettono a causa del conflitto armato. Qua non si richiede altro che la mera causalità tra il reato e la guerra. In altre parole, si deve verificare che il delitto abbia avuto origine nello svolgimento del conflitto⁵⁰⁵. Da questo criterio si potrebbe anche far derivare un altro, e cioè quello per cui si ritiene che gli

⁵⁰³ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 2018

⁵⁰⁴ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Char, Auto TP-SA 019 de 2018, Rad., No. 20181510021592 (21 agosto 2018); Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 2018. “11.10. La Corte Constitucional se refirió al criterio *con ocasión del conflicto armado* en el análisis de constitucionalidad que hizo sobre el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011. En esa oportunidad, señaló que, bajo el entendido de un concepto amplio del conflicto armado en Colombia, atendiendo a las circunstancias de su desarrollo, los actores involucrados y las múltiples causas que dieron lugar a la confrontación armada, cuando se hace referencia a la expresión *con ocasión del conflicto armado* no se alude solamente a un nexo causal entre la conducta bajo estudio y el conflicto armado, circunscrito a acciones militares. Por el contrario, se cobijan eventos que se presentan en su contexto 11.11. Para el alto tribunal, el sentido al que se alude con la expresión *con ocasión del conflicto armado* es el de, “[...] [U]na relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado, la cual, lejos de entenderse bajo una óptica restrictiva que la limite a las confrontaciones estrictamente militares, o a un grupo específico de actores armados con exclusión de otros, ha sido interpretada en un sentido amplio que incluye toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto armado interno colombiano. 11.12. En consecuencia, apelando a las definiciones de la Corte Constitucional, cuando se analice el nexo de una conducta con el conflicto armado no internacional bajo el criterio *con ocasión*, debe comprenderse como una relación cercana y suficiente con su desarrollo

⁵⁰⁵ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Char, Auto TP-SA 019 de 2018, Rad., No. 20181510021592 (21 agosto 2018), “11.13. En cuanto a la expresión por causa del conflicto armado, literalmente se traduce en un juicio de causalidad que establezca si la conducta tuvo origen o no en el conflicto.

illeciti che abbiano un rapporto diretto con lo svolgimento della guerra rientrano nella competenza della JEP. Questi due criteri sono relativamente semplici da giustificare.

Il terzo criterio, invece, permette di ritenere che anche i delitti che abbiano un rapporto indiretto con il conflitto armato possano rientrare nella competenza della JEP in virtù del principio di integralità. Ciò risponde al fatto che il conflitto armato si deve intendere da un punto di vista ampio, che si estende non soltanto ai combattenti ma anche a tutti coloro che hanno facilitato o promosso l'uso della violenza⁵⁰⁶. Questi potrebbero anche non aver partecipato direttamente alle ostilità, ma le loro condotte sono potute in qualche modo servire ai propositi della guerra⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 2018, “538. La Sala considera que el uso de esta expresión no es incompatible con la Carta Política por cuatro razones. Primera, porque surge a partir de la complejidad del conflicto interno armado colombiano, un hecho que ha sido constatado por este Tribunal y que justifica el uso de expresiones amplias, como el adjetivo señalado, al momento de definir el ámbito de aplicación de las normas y políticas diseñadas para su superación (C-781 de 2012). || 539. Segunda, porque esta expresión también fue utilizada en el artículo 23 Transitorio del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017, es decir, una norma de jerarquía constitucional, cuya reproducción en la Ley no puede considerarse inconstitucional, especialmente, si se toma en cuenta que la disposición citada del acto reformativo de la Carta fue declarada executable en la sentencia C-674 de 2017. || 540. Tercera, debido a que la misma norma (es decir, el artículo 23 Transitorio del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017) prevé un conjunto de criterios que disminuyen su indeterminación, ya que operan como elementos que orientan la función de apreciación de los hechos por parte de los órganos de la JEP. || 541. Y, cuarta, en atención a que el uso de esta palabra tiene que ver con la integralidad a la que aspira el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición; es decir, con la posibilidad de evaluar todos los hechos del conflicto -incluidos los que guardan una relación indirecta con el mismo- para así construir, en el ámbito de los procesos que se sigan ante la Jurisdicción Especial para la Paz, una verdad judicial que, en conjunto con la que se construirá en la Comisión Especial para el Esclarecimiento de la Verdad, contribuya a la comprensión de las causas profundas del conflicto armado interno, y, por esa vía, al diseño de garantías de no repetición para las víctimas y la sociedad en su conjunto. || [...] 558. La expresión relación indirecta es válida pues, como se explicó al estudiar el artículo 2 de esta misma ley, obedece al interés porque la Jurisdicción Especial para la Paz, conforme a los principios de inescindibilidad e integralidad; y al enfoque holístico de la justicia transicional, pueda acceder a la mayor cantidad posible de hechos ocurridos en el conflicto armado interno, especialmente, tomando en cuenta su complejidad, extensión en el tiempo, número de participantes y víctimas, y nivel de degradación, en función de los métodos de guerra utilizados”

⁵⁰⁷ Cfr., Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Char, Auto TP-SA 019 de 2018, Rad., No. 20181510021592 (21 agosto 2018), “11.25. Entre otros ejemplos de acciones reputadas como de participación indirecta suele mencionarse la participación en actividades de apoyo a la guerra o al esfuerzo militar de una de las partes en conflicto, la venta de bienes a una de las partes, las manifestaciones de simpatía por la causa de una de ellas, la falla para actuar en la prevención de una incursión, el acompañamiento y aprovisionamiento de comida a uno de los combatientes, la transmisión de información militar, transporte de armas (...)”

Dopo le considerazioni appena esposte, la Sezione di Appello ritenne che tanto Ashton come Char, dovevano essere ammessi nella JEP e che la SRSJ aveva torto nel considerare che l'associazione a delinquere per formare gruppi paramilitari non avesse un vincolo con il conflitto armato. Sicuramente il vincolo non è diretto, ma rientra nella categoria dei criteri 1 e 2 appena esposti.

Persino nei confronti dell'indagine riguardo al delitto di corruzione di Ashton il Tribunale riassunse la competenza materiale⁵⁰⁸. La Sala considerò che attraverso quella condotta il detenuto cercava di nascondere la verità riguardo al delitto di associazione a delinquere per formare gruppi paramilitari, e dunque, purché il vincolo con il conflitto armato sembrasse indiretto, doveva essere considerato dalla JEP in virtù del principio dell'integralità dell'indagine⁵⁰⁹. L'argomento della Sala sembra anche esprimere una decisione di tipo politico, visto che rinunciare ad assumere la competenza per il delitto di corruzione avrebbe significato rinunciare pure ad un'indagine che sicuramente avrebbe contribuito alla ricostruzione della verità sul paramilitarismo in Colombia.

Analizzando i provvedimenti dei casi Char e Ashton, risulta chiaro che la JEP abbia ridefinito la portata della propria competenza materiale, includendo la possibilità di indagare e

⁵⁰⁸ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Ashton, Auto TP-SA 020 de 2018, Rad., 10-000009-2018 (21 agosto de 2018), "83. Por último, en relación con el delito de cohecho por dar u ofrecer que también se le imputa al solicitante, la Sección de Apelación considera, en aplicación de un análisis de baja intensidad, que es el correspondiente a este momento procesal, que si bien se trata de un delito común cuyo conocimiento no ha sido expresamente atribuido a la JEP, la relación con el conflicto armado en este caso podría derivarse del móvil que determinó la intención del solicitante para tratar de encubrir con un manto de impunidad las alianzas delictivas celebradas entre políticos, empresarios y paramilitares del departamento del Atlántico. Ello, en principio, evidenciaría una eventual o probable conexidad consecuencial entre los delitos de concierto para delinquir y el cohecho"

⁵⁰⁹ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Char, Auto TP-SA 019 de 2018, Rad., No. 20181510021592 (21 agosto 2018), "22.1. Así entendido, el principio de integralidad es funcional al enfoque holístico del funcionamiento de la JEP en cuanto órgano especial encargado de juzgar todo lo ocurrido en el conflicto armado colombiano en el más comprehensivo sentido de la expresión, pues habrá de dispensar justicia no solo respecto de las conductas relacionadas directamente con la confrontación bélica, sino también sobre las indirectas e incluso las motivadas por la guerra interna, tal como se expresa en la norma al hablar de situaciones generadas por causa o con ocasión de la misma confrontación. Igualmente puede considerarse parte del principio de integralidad, "la complejidad del contexto, la extensión en el tiempo, el número de participantes y víctimas, así como el nivel de degradación, en función de los métodos de guerra utilizados"

sanzionare delitti comuni che mantengano direttamente o indirettamente qualche vincolo con il conflitto armato. Nel caso Ashton, in particolare, il Tribunale suggerì l'esistenza di una connessione funzionale tra i reati studiati, lasciando intravedere che il criterio per determinare i delitti che possano essere amnistiati o sanzionati dalla JEP non si limiti ad una lista tassativa di condotte come si potrebbe supporre dalla lettura della legge 1820 del 2016, nota come la legge di amnistia e indulto per il processo di pace con le Farc.

La questione che allora rimane non è se i delitti comuni non previsti dalla legge possano o no essere studiati dalla JEP ma, piuttosto, quale debba essere il loro trattamento. Il Tribunale non ha risolto, e a mio avviso dovrà farlo quando questi processi arriveranno ad un'istanza di decisione sulla colpevolezza degli imputati, se essi possano o no essere amnistiati⁵¹⁰. Se si ritiene che non possono essere perdonati, si dovrà dimostrare: 1. Che quelli sono delitti gravi; 2. Che sono stati commessi dai maggiori responsabili; o 3. Che rientrano nella categoria dei delitti internazionali.

Sembra che questa soluzione non sia la più appropriata, non solo perché l'applicazione di una sanzione, in esercizio dello *ius puniendi*, e in virtù del principio di legalità, deve vertere sulle condotte espressamente previste dalla legge; ma anche perché difficilmente questi

⁵¹⁰ Lo stesso Tribunale riconosce che esistono diversi gradi di intensità riguardo all'analisi di una condotta prima di determinare la sanzione che corrisponda. Esso significa, fra le altre cose, che ancora c'è da risolvere il problema della connettività al momento della punibilità. Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Ashton, Auto TP-SA 020 de 2018, Rad., 10-000009-2018 (21 agosto de 2018), "19. Esta situación impone considerar el estudio de la relación con el conflicto armado a partir de distintas intensidades, según el momento procesal y también acorde con los elementos de prueba disponibles. Así, tal análisis debe hacerse con una intensidad baja, media o alta, según el caso se encuentre en la etapa inicial –como cuando se define la competencia de la JEP–, intermedia –como cuando se estudia la concesión de beneficios de menor entidad del sistema– o final –como cuando se falla de fondo en relación con el otorgamiento de los beneficios de mayor entidad– 20. Un análisis de baja intensidad de la competencia material para conocer de los "delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado" –que es la situación de la que en este caso se ocupa la Sección–, se puede fundamentar en la naturaleza del SIVJNR y, particularmente, a) en el estudio de cuatro principios orientadores del componente de justicia del sistema: la especialidad, la integralidad, la prevalencia y la complementariedad; y b) considerando el estado de cosas en materia de positivización del derecho aplicable que existe a nivel nacional e internacional 21. El carácter especial de la JEP se refleja en todos los aspectos propios de su función: desde la definición de su competencia hasta la imposición de sanciones a los responsables¹² y la posterior vigilancia del cumplimiento de sus decisiones, pasando por el régimen de beneficios previos. En esta oportunidad, la Sección analizará solo el primer aspecto."

casi possono costituire gravi violazioni al diritto internazionale, oppure vengono commessi dai maggiori responsabili.

D'altro canto, la possibilità che vengano amnistiati, implica il ricorso a quello che io denomino il "principio di equivalenza funzionale dei benefici penali per i delitti connessi ai delitti internazionali".

Una proposta azzardata: l'equivalenza funzionale dei benefici penali

La JEP non ha soltanto una funzione sanzionatoria. Su essa grava l'enorme responsabilità di garantire la sostenibilità della pace e il riconoscimento dei diritti delle vittime. La dottrina Trapani-Ferrajoli vede la pace come valore supremo, come preconditione per la ricostruzione del *rule of law*; essa stessa costituisce un argomento sufficiente per accettare che nei casi difficili e non coperti dalla legge, deve prevalere l'interesse della società, che non è altro che la fine della guerra.

La giustizia si intende allora come un veicolo e non un ostacolo per il raggiungimento di questo obiettivo. Il modello adottato dalla Colombia deriva da una decisione politica, così come è politica anche la posizione assunta riguardo ai limiti della giustizia speciale di pace. Sebbene non esista nel diritto internazionale una proibizione espressa nei confronti delle amnistie, si è previsto che questo tipo di misure possa essere applicato unicamente ai delitti politici e connessi. Ciò risponde all'idea secondo la quale risulterebbero sconvenienti l'oblio totale dei delitti più gravi, così come l'impunità assoluta per i maggiori responsabili, giacché questo potrebbe comportare la violazione dei diritti delle vittime alla giustizia, alla verità e alla riparazione.

Il legislatore ha previsto che la JEP possa rappresentare un modello di giustizia transizionale condizionata alla soddisfazione delle vittime, e questo comporta il fatto di dover stabilire

una struttura compartimentale che garantisca che ad ogni passo del processo si possano effettuare i filtri necessari affinché le sanzioni previste dalla legge vengano imposte esclusivamente ai maggiori responsabili dei delitti più gravi. In altre parole, si prevede un modello di amnistia condizionata morbido e flessibile, molto simile a quello proposto dal Professor Trapani.

Perché potesse compiere la sua funzione, è stata determinata la competenza materiale della JEP. Questa competenza si estende alla lista di delitti oggetto d'indagine e sanzione, ma anche a tutti gli altri reati che sono stati commessi in occasione o a causa del conflitto armato, così come alle condotte che mantengano un vincolo diretto o indiretto con lo svolgimento della guerra.

Pretendere che la legge abbia potuto prevedere tutti i fatti oggetto della competenza della JEP è ingenuo e ignora la complessità di una guerra di oltre mezzo secolo. È per questo che risulta necessario, come la stessa Sezione di Appello ha osservato nel caso Ashton, abbandonare il rigore dogmatico proprio del diritto penale per determinare quali delitti possano essere presi in considerazione dalla JEP⁵¹¹. Il Tribunale ha riconosciuto che usare criteri restrittivi si oppone alla sua missione e può persino limitare il raggiungimento

⁵¹¹ Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Ashton, Auto TP-SA 020 de 2018, Rad., 10-000009-2018 (21 agosto de 2018), “28. Al imponer de entrada un alto rigor dogmático y probatorio relacionado con el entendimiento que debe darse a la conexión de la conducta con el conflicto armado por quien manifiesta voluntariamente su intención de someterse a la JEP, esto es, de acceder a ella y de acogerse al procedimiento de reconocimiento de verdad y de aceptación de responsabilidades, se estaría cercenando irremediabilmente la posibilidad de conocer hechos o situaciones que pueden haber permanecido ocultas hasta el momento y que resultan relevantes a efectos de reconstruir y develar los crímenes del pasado, y de desvertebrar las redes y estructuras delictuales responsables de haberlos cometido con miras a garantizar su no repetición (...) 48. Los órganos de la JEP tienen, entonces, el reto enorme de construir una dogmática propia que complemente y expanda el aporte que han hecho los tribunales penales internacionales a la construcción del corpus iuris de Derechos Humanos, Derecho internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. Para ello deben empezar por reconocer que algunas de las construcciones dogmáticas que emanan de su jurisprudencia tienen una utilidad limitada en un conflicto armado como el colombiano, caracterizado –en los términos de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas⁴⁷– por su complejidad, irregularidad, prolongación y degradación. De lo contrario, se corre el riesgo de excluir del ámbito de competencia material de la JEP un sinnúmero de conductas que no pueden ser legalmente catalogadas como crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, pero que sí guardan una relación directa o indirecta con el conflicto armado.”

dell'obiettivo ultimo che è garantire la pace attraverso la verità e la riparazione delle vittime⁵¹².

Il concetto di integralità e specialità cui si è fatto ricorso nelle decisioni di Ashton e Char, significano che la competenza della JEP deve estendersi assolutamente su tutte le condotte commesse durante il conflitto. Quest'idea, interpretata in un altro senso, implica che: 1. Nella misura delle possibilità si deve evitare un conflitto di competenza con la giurisdizione ordinaria; 2. Si deve evitare il frazionamento processuale qualora si verificano delitti comuni che pur avendo un rapporto indiretto con il conflitto non vengono previsti dalla norma che determina la competenza materiale della JEP; 3. Si devono evitare interpretazioni restrittive sulla portata delle funzioni del Tribunale.

Come si è potuto accennare in vari capitoli della presente tesi, si è identificato un vuoto legislativo riguardo ad una certa categoria di delitti, e cioè i delitti comuni connessi ai delitti internazionali che non possono essere considerati come politici. Il Tribunale non li potrebbe amnistiare ma nemmeno li potrebbe punire. Questo porterebbe a possibili conflitti di competenza, nullità processuali, frazionamento dei processi e sicuramente all'impossibilità di materializzare il principio di integralità che si pone alla base della funzione della JEP.

⁵¹² Cfr., Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Ashton, Auto TP-SA 020 de 2018, Rad., 10-000009-2018 (21 agosto de 2018), "49. Dicho en otros términos, la evaluación del nexo de una determinada conducta con el conflicto armado no internacional no puede hacerse únicamente con los presupuestos de los crímenes mencionados, pues esto imprime a la noción un alcance en extremo restrictivo y limitado a las confrontaciones estrictamente militares, que en principio solo resultan atribuibles quienes participan directamente en las hostilidades, y no a otro grupo de actores relevantes, como es el caso de los terceros y los agentes del Estado que no son miembros de la Fuerza Pública, cuya participación puede considerarse, prima facie, que tiene un carácter indirecto (...) 52. De todas formas es preciso insistir en que la regla que define la competencia material de la JEP debe interpretarse de modo que cumpla con los principios de especificidad, integralidad, prevalencia y complementariedad del SIVJNR, que buscan que todos los participantes del conflicto armado – incluidos aquellos cuya responsabilidad ha permanecido oculta a lo largo de los años– rindan cuentas de sus actos, develen la estructura y el funcionamiento de sus respectivas redes criminales y contribuyan al esclarecimiento de los crímenes cometidos."

Il caso Ashton e il caso Char sono il primo esempio del problema che si avverte. Quando l'indagine procederà, la JEP non potrà contare legalmente sugli strumenti per adottare una decisione riguardo alla punibilità o al perdono dei delitti da loro commessi.

Qua si propone l'adozione di quello che chiamo il "principio di equivalenza funzionale dei benefici penali per i delitti connessi ai reati internazionali", che non è niente di diverso dall'estendere ai delitti comuni di carattere non politico ma comunque commessi a causa o in relazione al conflitto armato e che non costituiscono delitti internazionali e nemmeno coinvolgono i maggiori responsabili, il beneficio dell'amnistia.

La validità di questa proposta si fonda su quattro elementi: 1. Criterio di flessibilità ricavato dalla costituzionalità del modello di selezione introdotto dalla riforma costituzionale 01 del 2012; 2. Adozione del concetto di pace come valore sociale supremo affermato dalla dottrina Trapani-Ferrajoli; 3. Principio di connessione funzionale e principio di integralità derivato dalle decisioni della JEP; 4. Adattamento dei Principi Norgaard.

1) Mediante provvedimento C-579 di 2013 la Corte Costituzionale ha determinato la costituzionalità dell'atto legislativo 01 del 2012 ("Marco Jurídico para la Paz"), attraverso il quale è stata stabilita, fra le altre cose, la possibilità di rinunciare condizionatamente alla persecuzione penale. La rinuncia risulta dalla possibilità di selezionare i casi che possano essere indagati e sanzionati. In questa circostanza si è ritenuto:

"L'elemento della rinuncia condizionata alla persecuzione penale è vincolato alla totalità della strategia che prevede l'Atto Legislativo 01 di 2012, benché esso autorizzi la rinuncia condizionata di tutti i casi che non vengano selezionati. In questo stesso senso i casi non selezionati saranno quelli che possono includersi in una di queste tre categorie: (i) persone che non essendo i maggiori responsabili abbiano partecipato alla commissione di delitti di lesa umanità, genocidio o crimini di guerra commessi sistematicamente; (ii) Persone che abbiano commesso delitti che non siano considerati come delitti di lesa umanità, genocidio

e nemmeno crimini di guerra (...), (iii) crimini di guerra che non siano commessi in modo sistematico e cioè senza un vincolo con il conflitto. In tutti i casi, il carattere condizionato della rinuncia significa che la stessa non possa operare automaticamente rispetto a tutti i casi che non vengano selezionati, ma al contrario esige l'adempimento di una serie di requisiti oggettivi e soggettivi che dovranno essere determinati chiaramente dalla legge statutaria. D'altro canto, si deve segnalare che l'espressione "rinuncia condizionata" ha un effetto molto importante e cioè che all'inadempimento dei requisiti stabiliti dalla legge statutaria, consegnerà la revoca immediata della rinuncia e lo Stato potrà recuperare la sua potestà per investigare e sanzionare i responsabili di tutti i delitti commessi nell'ambito della giustizia ordinaria"⁵¹³

La Corte Costituzionale ha dato l'interpretazione per cui persone che non siano massimi responsabili di delitti internazionali possono ricevere il beneficio della rinuncia condizionata alla persecuzione penale. Sembra dunque che possano estendersi i benefici penali nel processo di giustizia transizionale ad altri delitti di carattere comune, purchè mantengano un vincolo con il conflitto armato e si verifichino le condizioni previste dalla legge.

La restrizione dell'amnistia ai delitti politici risulta contraria all'analisi teleologica dell'accordo di pace, ma anche dello stesso contesto costituzionale quando si riferisce a situazioni eccezionali come un processo di giustizia transizionale. Talvolta risulterebbe

⁵¹³ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, "8.2.7.1.El elemento de la renuncia condicionada a la persecución penal está plenamente vinculado con toda la estrategia penal contemplada en el Acto Legislativo 01 de 2012, pues éste autoriza la renuncia condicionada de todos los casos no seleccionados. En este sentido, los casos no seleccionados serán aquellos que incluyan una de tres categorías: (i) Personas que no siendo máximos responsables hayan participado en la comisión de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. (ii) Personas que hayan cometido delitos que no sean considerados como crímenes de lesa humanidad, genocidio ni crímenes de guerra. (...), (iii) Crímenes de guerra que no sean cometidos de manera sistemática es decir sin un nexo con el conflicto. En todo caso, el carácter condicionado de la renuncia implica que la misma no puede operar de manera automática respecto de todos los casos que no sean seleccionados, sino que exige el cumplimiento de una serie de requisitos objetivos y subjetivos que deberán ser determinados de manera muy clara en la ley estatutaria. Por otro lado, cabe señalar que la expresión "renuncia condicionada" tiene una consecuencia muy importante y es que de no cumplirse los requisitos señalados en la ley estatutaria, se podrá revocar inmediatamente la renuncia a la persecución y el Estado recobrará toda su potestad para investigar, juzgar y sancionar a los responsables por todos los delitos cometido en el marco de la justicia ordinaria."

assurdo permettere la rinuncia alla persecuzione penale per persone che non essendo maggiori responsabili abbiano commesso delitti internazionali, e negare lo stesso beneficio a tutti coloro che hanno commesso delitti meno gravi ma che non rientrino nella categoria di delitti politici o connessi ad essi.

Nel capitolo precedente si è studiata la struttura della JEP. L'architettura istituzionale e un'interpretazione flessibile e sistematica dell'articolo 23 della legge 1820 di 2016, permetterebbe alla SAI di studiare caso per caso la possibilità di concedere "amnistie di Sala", anche per delitti comuni non politici o connessi ad un reato internazionale.

2) La dottrina che chiamo Trapani-Ferrajoli dimostra come la pace sia una preconditione per il godimento dei diritti fondamentali. Si dimostra pure come lo Stato sia obbligato a garantirla e che questo compito non possa essere portato a termine attraverso una nozione di giustizia assoluta e retributiva. Occorre dunque trovare meccanismi per raggiungere la pace che di solito non si associano a punizioni ordinarie. L'amnistia condizionata o l'imposizione di sanzioni "esecutive" o "lievi" diventa allora la soluzione più appropriata per operare il bilanciamento tra pace e giustizia.

Se la pace è un valore fondamentale che non si ottiene attraverso un modello di giustizia penale assoluto, sarebbe un controsenso non riconoscere che tutti i reati che vengono commessi nel contesto di un conflitto armato debbano essere interpretati e puniti dalla giustizia speciale. Risulta altrettanto assurdo escludere la possibilità di concedere benefici penali a coloro che non sono i maggiori responsabili oppure per delitti che non essendo gravi violazioni dei diritti umani hanno contribuito allo svolgimento della guerra. Da questo si presume la legittimità di estendere i benefici come l'amnistia ad altre condotte comuni (che non siano considerate reati internazionali) anche se non rientrano nelle categorie di delitti politici o connessi ad essi.

3. La Sezione d'Appello, riproducendo le considerazioni della Corte Costituzionale, sostiene che una delle principali caratteristiche della funzione della JEP, sia il suo carattere integrale, e cioè, inclusivo di tutti i reati commessi in occasione o a causa del conflitto armato, siano essi diretti o indiretti. Il principio di integralità estende la competenza materiale del Tribunale anche a reati che in apparenza non sembrano avere nessun rapporto con la guerra. Il caso Ashton, dimostra che esistono reati con una connessione funzionale, e proprio per questo, non possono essere esclusi dalla competenza della giurisdizione di pace.

La JEP aggiunge che negare il vincolo funzionale, oltre che negare il principio di integralità, implica il rischio di escludere dal processo un individuo che può contribuire alla verità e alla ricostruzione della narrazione storica. La dogmatica penale in questi casi può essere controproducente e si avverte che la JEP non è soltanto un organismo creato per punire, ma anche un'istanza di riconciliazione sociale.

Negare un beneficio penale a delitti comuni può condurre all'esclusione dalla giurisdizione speciale di frammenti di una verità necessaria nel processo di costruzione della pace. Un'interpretazione del principio di integralità assieme a quello della connessione funzionale di delitti, sembra sopportare l'idea che l'amnistia possa essere riconosciuta pure a delitti comuni non connessi con i delitti politici, sempre che esista un vincolo causale o indiretto con il conflitto armato.

4. Carl Norgaard fu un professore Danese chiamato a definire una serie di criteri per identificare chi poteva essere considerato o menoprigioniero politico in Namibia. L'intenzione di questo processo era decidere chi si potesse lasciare in libertà nel contesto del processo di pacificazione Sudafricano. Fino a quel momento, il diritto internazionale non aveva ancora definito il concetto di delitto politico o di prigioniero politico.

Il risultato di questo esercizio, che tra l'altro poi divenne punto di riferimento, fu l'identificazione di una serie di domande che possono servire come orientamento per

qualificare la natura della condotta illecita. Affinché si potesse definire il carattere politico di un prigioniero, Norgaard proponeva chiarire: a) il motivo o l'intenzione dei reati commessi; b) le circostanze nelle quali vennero commessi i delitti; c) la natura del bene giuridico leso; d) la natura politica o meno dell'elemento soggettivo della condotta; e) l'esistenza di un ordine o comando dato da un superiore; e infine, f) il rapporto fra il delitto e l'obbiettivo politico perseguito.

I principi di Norgaard rappresentano soltanto un esempio metodologico per differenziare una categoria di delitti da altri. Quello che qui si propone è adottare un modello all'interno della JEP che faciliti l'identificazione dei reati che possano essere amnistiati anche quando non siano definiti come politici, ma che abbiano una relazione con una causa politica o con lo sviluppo del conflitto. Se il risultato dell'analisi conferma il vincolo diretto o indiretto della condotta, si deve estendere il beneficio penale dell'amnistia anche ai delitti comuni non connessi ai delitti politici.

La Colombia si trova in un momento decisivo della sua storia. Per la prima volta abbiamo la possibilità di raggiungere la pace. La JEP sembra essere uno dei veicoli scelti per garantire le condizioni necessarie affinché quel sogno si realizzi. Il Tribunale deve operare pensando al futuro del nostro paese ma senza smettere di guardare indietro e riconoscere che altri processi di pace sono falliti a causa dell'incapacità di armonizzare la pace e la giustizia. Creare un'aspettativa e deluderla è peggio che non averla avuta mai. È impossibile che la JEP possa soddisfare la sete di giustizia retributiva che esigono ortodossi e moralisti. Risulta preferibile assumere i limiti del modello di giustizia transizionale e cercare di ottimizzarne i risultati.

Una misura di successo sarà garantire la ricostruzione della narrazione storica e la sanzione dei maggiori responsabili. Ma affinché questo succeda è necessario che si accetti un modello di amnistia condizionata ampio, morbido e flessibile. Uno che coinvolga tutti gli attori e non soltanto i combattenti; un sistema che accetti e riconosca che il conflitto armato

è complesso e che non si è svolto soltanto nella selva Colombiana ma anche nelle corti, nell'amministrazione pubblica, nella politica. Si deve pure riconoscere che non tutti coloro che vi hanno partecipato furono motivati da un senso altruistico di cambiamento sociale, ma, piuttosto, da interessi oscuri, corrotti, riprovevoli. Ma negare la loro partecipazione e l'incidenza che ebbero nella guerra equivale a chiudere un occhio e rinunciare ad una parte importante della verità.

Se si vuole una verità completa, una verità integrale, una vera ricostruzione della narrazione della guerra è necessario prevedere gli incentivi necessari. Negare benefici penali soltanto perché la legge non ha previsto una risposta per i casi difficili è cadere nella trappola della dogmatica penale tradizionale.

Una possibile soluzione, è quella proposta in questa tesi. Di sicuro non risolverà tutti i problemi operativi ed ermeneutici della JEP, ma sicuramente potrà costituirsi come uno strumento utile cui ricorrere nei casi difficili.

Conclusioni

Oltre alle conclusioni esposte nell'ultimo capitolo di questa tesi, si presenteranno alcune idee concrete che cercano aprire un dibattito su quanto è stato detto fino ad ora.

1) Il modello di giustizia transizionale in Colombia riposa sui concetti di amnistia, delitto politico e delitti connessi. Questo tripode concettuale determina la competenza della JEP, la quale dovrà amnistiare tutti i reati di natura politica e quelli che siano considerati connessi ai delitti politici. Invece, avrà la responsabilità di indagare e sanzionare ai massimi responsabili di delitti internazionali. Un primo problema che si pone riguardo ai concetti appena espressi è l'indeterminatezza della loro portata. Una interpretazione restrittiva riguardo alla possibilità di concedere amnistie più o meno ampie, così come alla tassatività delle condotte che possono essere intese come politiche, può mettere a rischio il processo di pace in Colombia. Si è visto come non esiste nel diritto internazionale una proibizione espressa alla possibilità di riconoscere amnistie e nemmeno uno sviluppo riguardo ai limiti dei delitti politici. La decisione di restringere la competenza materiale della giurisdizione di pace è di tipo politico e non giuridico. Risulta necessario reinterpretare la portata della competenza della JEP affinché possa assumere la competenza su reati non previsti espressamente dalla legge.

2) Dall'analisi quantitativo dei processi di giustizia transizionale registrati nel Transitional Justice Data Base Project, si è potuto ribadire l'idea che esista una pratica generalizzata nel diritto internazionale che proibisca concedere amnistie. Si è pure determinato che il modello di giustizia transizionale in Colombia garantisce i diritti delle vittime e perciò qualsiasi decisione riguardo alla portata del modello sanzionatorio della giurisdizione speciale di pace non dovrebbe essere considerato contrario al diritto internazionale.

3) La complessità del conflitto armato in Colombia obbliga all'adozione di un modello di giustizia transizionale flessibile e condizionato. Questo modello deve essere ampio e deve includere tutti gli illeciti che siano stati commessi con occasione diretta o indiretta con la guerra, altrimenti si può mettere a rischio il processo di pace. La determinazione della competenza materiale della JEP a partire da una lista tassativa di condotte che potranno essere indagate o amnistrate, non rispecchia la dinamica della violenza in Colombia, la quale non si limitò ai delitti commessi soltanto dai combattenti, ma dove al contrario, parteciparono altri attori.

4) L'architettura della JEP, di fatto, risponde alla necessità di filtrare i casi che devono essere oggetto di indagine e sanzione. Tuttavia risulta necessario che oltre ai filtri naturali della sua operazione, venga riconosciuta la validità di un principio di rinuncia all'esercizio della azione penale al di fuori dei casi previsti dalla legge, e cioè i reati politici e connessi. È necessario che altri delitti, come quelli connessi ai crimini internazionali, sempre che non siano stati commessi dai maggiori responsabili o che non si configurino essi stessi come delitti internazionali, vengano amnistiati.

5) La pace è un imperativo morale e legale, e dunque si deve accettare un modello di giustizia flessibile che permetta garantire i diritti alla verità, giustizia e riparazione delle vittime. Si deve rinunciare all'idea di una giustizia assoluta e retributiva. La dottrina Trapani-Ferrajoli può servire come fondamento teorico-giuridico del modello di giustizia transizionale adottato negli accordi della Avana. Da questa dottrina si assume la validità della proposta della presente tesi di adottare il "principio di equivalenza funzionale dei benefici penali per delitti connessi ai reati internazionali".

6) L'esito del processo di pace in Colombia dipenderà dalla JEP. I casi Ashton e Char dimostrano che a meno di sei mesi della sua messa in operazione, il Tribunale affronta sfide enormi riguardo alla determinazione della sua competenza e la portata della sua giurisdizione.

Bibliografia

Aleo Salvatore, *I Delitti contro lo Stato*, in *Diritto Penale – Parte Speciale, I*, a cura di Salvatore Aleo e Giorgio Picca, Ed. Cedam, Milano 2012

Aleo Salvatore, *Istituzioni di diritto penale, parte speciale – I*, Giuffrè Editore, Milano, 2017

Aloisi, *Delitto politico nel più recente pensiero giuridico internazionale*, in *Riv. pen.* 1935

Alpha Connelly, Ireland and the Political Offence: Exception to Extradition, 12 *J.L. & Soc'y* 153 (1985)

Altman Andrew and Christopher Heath Wellman, *Ethics*, Vol. 115, No. 1 (October 2004), published by: The University of Chicago Press

Amerasinghe C. F., The Schtraks Case, Defining Political Offences and Extradition, 28 *Mod. L. Rev.* 27 (1965)

Antolisei Francesco, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, Sedicesima Edizione (a cura di Luigi Conti), Giuffrè Editore, Milano, 2003

Antonio Fiorella, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappachelli Editore, Torino, 2012

Aponte Cardona Alejandro, Criminal Prosecution of International Crimes: The Colombian Case, 10 *Int'l Crim. L. Rev.* 549 (2010)

Arvelo, José E, *International Law and Conflict Resolution In Colombia: Balancing Peace And Justice In The Paramilitary Demobilization Process*, Georgetown Journal of International Law; Winter 2006

Barboza, Julio, "International criminal law (Volume 278)", in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law. (1999)

Barboza, Julio, "The Nuremberg crimes and their evolution (278)", in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law

Bass, Gary, "War Crime Tribunals", The Oxford Handbook of Law and Politics, Ed. Gregory A. Caldeira, R. Daniel Kelemen, and Keith E. Whittington(2013)

Bassiouni M Cherif, 'International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes' (1996) 59 Law and Contemporary Problems 63

Bassiouni, C. (2013). *Introduction to International Criminal Law*(Vol. 1). Leiden: Martinus Nijhoff

Bifulco Raffaele e Alfonso Celotto e Marco Olivetti, *Commentario alla costituzione*, v. II, Utet Editore, Milano, 2006

Black, H. C., Nolan, J. R., & Nolan-Haley, J. M. (1990). *Black's law dictionary: Definitions of the terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern by Henry Campbell Black. 6th ed.* St. Paul, MN: West

Blakesley Christopher L., The Evisceration of the Political Offense Exception to Extradition, 15 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 109 (1986)

Bodin J., *Les six livres de la république*, I, VIII, Parigi, 1576

Bolletino, A. (2008). Crimes against humanity in colombia: The international criminal court's jurisdiction over the may 2003 attack on the betoyes guahibo indigenous reserve and colombian accountability. *Human Rights Review*, 9(4)

Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in, *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari-A. Melchionda, I, tomo II, Milano, 1997

Bubenzer, O. (2009). *Post-TRC prosecutions in South Africa accountability for political crimes after the Truth and Reconciliation Commissions amnesty process*. Leiden: Nijhoff

Cadoppi, Canestari, Manna, Papa, *Trattato di diritto penale- parte speciale I- I delitti contro la personalità dello Stato*, Utet Editori, Milano, 2014

Cadoppi Alberto e Paolo Veneziani, *Elementi di diritto penale, parte speciale*, quinta edizione, Editore Cedam, Milano, 2016

Capalozza, *Appunti per una sistemazione scientifica del concetto di "politicalità" del reato*, in *Scritti giuridico-penali*, Padova 1962

Caringella Francesco, Michele De Palma, Sara Farini, Alessandro Trinci, *Manuale di diritto penale- parte speciale*, VII edizione, Dike Editore, Roma, 2015

Carullo Vincenzo, *La costituzione della Repubblica Italiana*, Cesare Ruffi Editore, Bologna, 1950

Carrara, Francesco. (1996). *Programa de derecho criminal*(Vol. III). Santa Fe de Bogotá

Carrara Francesco, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, 4° ed., vol.VII, Giachetti, Prato, 1883

Cassese A., *Commento all'art 10*, in *Commentario della Costituzione a cura di Branca*, Bologna 1975

Cassese Antonio, *International Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2003)

Cassese Antonio, *International Criminal Law* (2nd edn., Oxford University Press, 2008)

Cassese, Antonio. (2013). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press

Centro Nacional De Memoria Histórica [National Center For Historical Memory]. ¡Basta ya! Colombia: Memories of War and Dignity. General Report. [Online]

Clark J. Reuben Jr. JR, Frederic R. Coudert and Julian W mack. *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1907-1917)*, Vol. 3

Colao, *La ricostruzione dogmatica del reato politico attraverso le amnistie*, in *Studi senesi* 1982

Crawford James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed. (2012)

Cryer, R., Wilmschurst, E., Friman, H., & Robinson, D. (2014). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*(3rd ed.). Cambridge: Cambridge University Press

Damrosch Lori, Sean Murphy, *International Law, 6th ed.*, (2014)

Dancy, G. (2018). *Deals with the devil? conflict amnesties, civil war, and sustainable peace. International Organization*, 72(2)

De Francesco, *Reato in generale: Reato politico*, in *Enciclopedia del diritto*, v. XXXVIII, Milano 1987

Defensor-Santiago Miriam, Identifying the Political Offender, 56 Phil. L.J. 395 (1981)

Dell'Andro, *Amnistia*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, v.II, 1958

Del Re, *Limiti costituzionali e di ragione ai provvedimenti di amnistia*, in *Indice. pen.* 1986

Del Tufo, *Delitto Politico*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988

Evans Alona E., Reflections upon the Political Offense in International Practice, 57 Am. J. Int'l L. 1(1963)

Ewell, J. (1977). The Extradition of Marcos Perez Jimenez, 1959-63: Practical Precedent for Enforcement of Administrative Honesty? *Journal of Latin American Studies*, Vol. 9(2)

Fassone, *Amnistia e indulto (profili processuali)*, in *Digesto pen.*, vol. IV, 1990

Feierstein, D. (2014). *Genocide as social practice: Reorganizing society under the Nazis and Argentina's military juntas*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press

Ferrajoli Luigi, La Justicia Penal Transicional Para La Colombia Del Posconflicto Y Las Garantías Para La Paz Interna, *Revista Crítica Penal y Poder*, 2016, no 10 Marzo

Ferrari, Robert. *Columbia Law Review*, Vol. 20, No. 3 (Mar., 1920)

Fernández, J. C. (1998). *Derecho penal fundamental*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis

Ferri, E. (1933). *Principios del derecho criminal, delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*. Madrid: Reus

Fiandaca Giovanni ed Enzo Musco, *Diritto Penale Parte Speciale*, Quinta Edizione, v.I, Zanichelli Editore, Bologna 2016

Fiore C., *Ordine Pubblico (dir. Pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980

Forti Gabrio e Sergio Seminara e Giuseppe Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Cedam Editore, Milano, 2017

Freeman Mark, *Necessary Evils: Amnesty and the Search for Justice* (Cambridge University Press 2009)

Frisoli, *Amnistia e indulto nella vigente legislazione penale*, Milano 1933

Fundación Ideas Para La Paz. [Ideas For Peace Foundation]. Trayectorias y dinámicas territoriales de las disidencias de las FARC [FARC's dissidents trajectories and territorial dynamics]. [Online]

Galante Garrone, *Delitti politici e delitti contro l'umanità*, in *Giur. it.* 1964, II

Galli Rocco, *Nuovo corso di diritto penale*, Cedam, Milano, 2017

Gallo Marcello, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. IV, *Della estinzione del reato e della pena*, G. Giappichelli Editore, 2006, Torino

Gallo E, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966

Gallo E, *Problemática di un profilo unitario del delitto politico nell'unificazione del diritto europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova 1968

García, J. A. (2007). *Delito Político Al hilo de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007*. Bogotá D.C: Instituto de Estudios del Ministerio Público

Gemma, *Clemenza (profili costituzionali)*, in *Digesto pubbl.* v.III, 1989

Gemma, *Principio costituzionale di eguaglianza e remissione della sanzione*, Milano 1983

Gerstel Feder Linda, In re Doherty: Distinguishing Terrorist Activities from Politically Motivated Acts under the Political Offense Exception to Extradition, 1 Temp. Int'l & Comp. L.J. 99 (1985)

Katrin Gierhake, Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal El significado del concepto liberal del derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – www.zis-online.com

Gilbert, G. (1992). The Irish Interpretation of The Political Offence Exemption. *The International and Comparative Law Quarterly*,41(1)

Gilbert, G. (2006). *Responding to international crime*. Leiden: Martinus Nijhoff

Graven, Jean, "Les crimes contre l'humanité (Volume 076)", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law

Grewe Wihellm, *The Epochs of International Law*, (2000)

Grosso Carlo Federico, Marco Pelissero, Davide Petrini, Paola Pisa, *Manuale di diritto penale- parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2013

Grozio Ugo, *Il diritto della guerra e della pace*, Cedam Editore, Italia, 2010

Guerrero Victor, "Breve historia de las amnistias e indultos en Colombia", *Foro Constitucional Iberoamericano*, N. 6, 2004

Hartley James, *The International Crimes and International Criminal Court Act 2000*, 9 *Auckland U. L. Rev.* 623 (2001)

Head, M. (2011). *Crimes against the state: From treason to terrorism*. Burlington, VT: Ashgate

Hegel G. F. W., *Lineamenti di filosofia del diritto*, 1821, Sez. 279, Trad. it., Laterza, Bari, 1971

Herdegen, Matthias (2010). Estado de derecho, responsabilidad política y buena gobernabilidad. *Estudios Socio-Jurídicos*

Hobbes T., *Elementos filosóficos sobre el ciudadano* (1642, trad. it. en Id., *Obras políticas*, a cargo de N. Bobbio, Utet, Turín, 2da ed., 1959

Hobbes T., *Leviathan, or the Matter, Formas and Power of Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill*, trad. it., *Leviatán*, con texto inglés de 1651 al frente y texto latino del 1668, a cargo de R. Santi, Bompiani, Milán 2001

Honrubia Abellán, Victoria, "La qualification des crimes de droit international (280)", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law

Insolera, I "moderni condoni" tra prassi legislative e codificazioni, in *Riv. it.* 1994

James Fitzjames Stephen. *General View of the Criminal Law of England* (1890)

Jannitti Piromallo, *Amnistia e indulto*, in *Novissimo Digesto Ital.*, Torino, v.I, 1, 1957

Janos Mihalik, Political Offences by Legal Practitioners: Changing Judicial Attitudes, 107 S. African L.J. 304 (1990)

Jescheck H., 'International Crimes', in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume 11(1992)

Jiménez de Asúa, L. (1950). *Tratado de Derecho Penal*(3 ed ed., Vol. III). Buenos Aires: Losada

José, F. D. (1982). *Delitos contra el estado Colombiano*. Bogotá: Temis

Keightley Raylene, Political Offences and Indemnity in South Africa, 9 S. Afr. J. on Hum. Rts. 334 (1993)

Kelsen Hans, *Principles of International Law*, 2nd Ed. (1967)

Kelsen H., *La paz por medio del derecho* (1944), trad. it. a cargo de L. Ciaurro, Giappichelli, Turín 1990

Knoops, G. A. (2002). *Surrendering to international criminal courts: Contemporary practice and procedures*. Ardsley, NY: Transnational

Knoops, G. A. (2014). *An introduction to the law of international criminal tribunals: A comparative study*. Leiden: Brill Nijhoff

Koskenniemi Marti, *The Gentle Civilizer of Nations*, (2002)

Kostoris, *Amnistia e indulto*, Padova 1978

Kroc Institute For International Peace Studies. Informe sobre el estado efectivo de implementación del acuerdo de paz en Colombia [Report on Colombia's Peace Accord implementation]. [Online]. <http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/informe-kroc.pdf>

Lattanzi Giorgio, *Codice penale- annotato con la giurisprudenza*, XIII edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2017

Lemkin, R. (1944). *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace

Lieberman, D. (2006). Sorting the Revolutionary from the terrorist: The delicate exception in U.S extradition cases. *Stanford Law Review*, 59(1)

Ludwin King Elizabeth B., *Big Fish, Small Ponds: International Crimes in National Courts*, 90 Ind. L.J. 829 (2015)

Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, Vol I El derecho Penal. El delito, Vol III - De los delitos en Particular, Santa Fé de Bogotá, Temis, 2000

Maiello, *La clemenza tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it.* 1992

Malamud-Goti Jaime, 'Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?' (1990) 12 *Human Rights Quarterly*

Malekian, F. (2011). *Principles of Islamic international criminal law: A comparative search*. Leiden: Brill;

Mallinder Louise, 'Can Amnesties and International Justice Be Reconciled?' (2007) 1 *International Journal of Transitional Justice* 208

Mallinder, Louise, (2016). The End Of Amnesty Or Regional Overreach? Interpreting The Erosion Of South America's Amnesty Laws. *The International and Comparative Law Quarterly*, 65(3)

Manna Adelmo, *Corso di diritto penale- parte generale*, Terza edizione, Cedam Editore, Lavis, 2015

Mantovani Fernando, *Diritto Penale- parte generale*, IX edizione, Cedam Editore, Italia, 2015

Manzini Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, v. III, Quinta Edizione, Editoriale Utet, Torino 1986

Manziona, *Il delitto politico*, in *Studium juris*, 1997

María, R. D., & Gómez, A. S. (1995). Derecho penal español: Parte general. Madrid: Dykinson

Marinelli, *Il delitto politico*, in *Arch. pen.* 1976

Marini, *Amnistia e indulto*, in *Novissimo Digesto Ital. Appendice*, v.I, 1980

Marini, *Delitto politico, Nss. D.I., App.*, II, Torino, 1981

Mazzacuva, *Il principio della difesa sociale e i provvedimenti di clemenza*, Bologna 1983

Mendez Juan E, (2012) Constitutionalism and Transitional Justice, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law Edited by Michel Rosenfeld and Andrés Sajó

Ming-Min Peng, Political Offences in Taiwan: Laws and Problems, 1971 *China Q.* 471 (1971)

Mola, *Amnistia indulto e grazia*, in *Riv. dir. penit.* 1939, 1304

Montanini, *Amnistia e indulto (dir. pen.)*, in *Encicl. giur. Treccani*, v.II, 1996

Moore John J Jr, 'Problems with Forgiveness: Granting Amnesty under the Arias Plan in Nicaragua and El Salvador' (1991) 43 *Stanford Law Review* 733

Moruzi, *La concezione del delitto politico nell'art. 8 del nuovo cod. pen. it.*, in *Nuova legisl. Ital.* 1931

Naqvi Yasmin, "Amnesties and the ICC," e Peace and Justice Initiative, <<http://www.peaceandjusticeinitiative.org/implementation-resources/amnesties-and-the-icc>

Ntoubandi, F. Z. (2007). *Amnesty for crimes against humanity under international law*. Leiden: Martinus Nijhoff; Black, H. C., Nolan, J. R., & Nolan-Haley, J. M. (1990)

Nuvolone, *Delitto politico e diritto d'asilo*, in *Indice pen.* 1970

Nuvolone, *Motivo politico e motivo sociale*, in *Riv. it.* 1948

Olsen Tricia D, Leigh A Payne and Andrew G Reiter, *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy* (United States Institute of Peace Press 2010)

Orentlicher Diane, 'Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime' (1991) 100 *Yale Law Review* 2537

Orozco y Gómez (1999, pp. 31-43): "La paz: el gran presupuesto. Una breve aproximación histórica"

Pacheco, P. (1986). *Delitos contra el estado*. Bogotá

Pacileo, *Amnistia e indulto. Profili processuali*, in *Digesto pen.*, v.IX, 1995; Quaritsch, *Giustizia polica*, Milano 1995

Pacileo, *La rilevanza della legge successiva più favorevole nell'applicabilità dell'amnistia*, in *Cass. pen.* 1990

Padovani, *Bene giuridico e delitti politici*, in *Riv. it.* 1982

Padovani Tullio, *Codice Penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2014

Padovani, *La tipicità inafferrabile. Problemi di struttura obbiettiva delle fattispecie di attentato contro la personalità dello Stato*, in, *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984

Pagliari, *La nozione di reato politico agli effetti dell'extradizione*, in *Riv. it.* 1983

Palazzo Francesco, *Corso di diritto penale- parte generale*, Sesta edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2016

Pannain, *Il delitto politico*, in *Riv. It.* 1933

Pascarelli Roberto, *Delitti contro la costituzione dello Stato*, in, Aa.Vv (Cadoppi, Canestari, Manna, Papa), *Trattato di diritto penale- parte speciale I- I delitti contro la personalità dello Stato*, Utet Editori, Milano, 2014

Pelissero Marco, *Reati Contro la Personalità dello Stato e Contro l'Ordine Pubblico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010

Pejic Jelena, Article 1F(a): The Notion of International Crimes, 12 Int'l J. Refugee L. 11 (2000)

Perdonò Giovanni Luca, *Le vicende della punibilità*, in, Aa.Vv (Cadoppi, Canestari, Manna, Papa), *Trattato di diritto penale- parte generale III- punibilità e le conseguenze del reato*, Utet Editori, Milano, 2014

Pérez, Luis Carlos. *Los Delitos Políticos: Interpretación Jurídica Del 9 De Abril*. Distribuidora Americana De Publicaciones LTDA, 1948

Peskin, V. (2009). *International justice in Rwanda and the Balkans: Virtual trials and the struggle for state cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press

Petrone, *Costanti e variabili nei provvedimenti di clemenza*, in *Cass. pen.* 1986

Pioletti, *Osservazioni sugli istituti dell'amnistia e dell'indulto*, in *Riv. pen.* 1960

Piraino Leto, *Amnistia e indulto*, Milano 1960

Pizzorusso, *Limiti all'amnistia con il nuovo codice di procedura penale?*, in *Corriere giur.* 1989

Political Offenses in Extradition *Harvard Law Review*, Vol. 24, No. 5 (Mar., 1911)

Portilla, J. C. (2014). Amnesty: Evolving 21st century constraints under international law. *The Fletcher Forum of World Affairs*, 38(1)

Posada, Ricardo. (2010). *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*. Bogotá: Ediciones Uniandes

Puente Egido, J., "Le délit politique (231)", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law

Pulitano, *Delitto politico*, in *Digesto pen.*, v.III, 1989

Reiter, A. (2014). *Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict*. *Israel Law Review*, 47(1)

Rendón, G. (1973). *Derecho penal colombiano: Parte especial*. Bogotá: Editorial Temis

Riccio, *Il delitto politico*, in *Studi in memoria di E. Massari*, Napoli 1938

Roht-Arriaza, N. (2015). After amnesties are gone: Latin american national courts and the new contours of the fight against impunity. *Human Rights Quarterly*, 37(2)

Roht-Arriaza Naomi (ed), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice* (Oxford University Press 1995)

Roht-Arriaza Naomi, 'State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law' (1990) 78 *California Law Review* 449

Santangelo, *L'amnistia come causa estintiva della pretesa punitiva*, in *Giust. pen.* 1947, II, 641

Santise Maurizio e Fabio Zunica, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Seconda edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2016

Sbriccoli Mario, *Crimen laesae maiestatis*, Giuffrè Editore, Milano, 1974

Schabas William A., *An Introduction To e International Criminal Court* (New York: Cambridge University Press, 2007)

Schabas, W. (2009). *Genocide in international law: The crime of crimes*. Cambridge: Cambridge University Press

Schabas, W. A. (2010). *The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press

Schabas William, 'The Genocide Mystique', in *Unimaginable Atrocities*, Oxford: Oxford University Press, 2012

Schachter Oscar, *International Law in Theory and Practice*, (1991)

Schafer Stephen, *The Concept of the Political Criminal*, 62 *J. Crim. L. Criminology & Police Sci.* 380 (1971)

Scharf Michael P, 'The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes' (1996) 59 *Law and Contemporary Problems* 41

Sereni Andrea, *I reati contro la personalità dello Stato*, in, Antonio Fiorella, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappachelli Editore, Torino, 2012

Sessa Antonio, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in, *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di, Sergio Moccia, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007

Smoke and Mirrors: Colombia's Demobilization of Paramilitary Groups, *Hum. Rts. Watch*, (Vol. 17, No. 3(B)) Aug. 2005 at 2

Soto, J. R., & Álvarez, R. R. (1983). *Delitos contra la existencia y seguridad del Estado: Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad pública en los códigos penal y de justicia militar, amnistía*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional

Stigen, J. (2008). *The relationship between the International criminal court and national jurisdictions: The principle of complementarity*. Leiden: M. Nijhoff

Reiter, A. (2014). *Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict*. *Israel Law Review*, 47(1)

Reyes, Y. (2008) El delito de sedición en: Derecho Penal Contemporáneo, núm 24 (julio-sept), Bogotá, Legis

Robertson Geoffrey, Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice (Penguin 2004)

Rolin, Albéric, “La Question de l'extradition Pour Crimes et Délits Politiques”, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law

Tagliarini, *Osservazioni in tema di attentato alla integrità territoriale dello Stato (art. 241 cod. Pen.)*, in *Temi rom.*, 1969

Tarde, G. (1890). Le Délit Politique. *Revue Philosophique De La France Et De L'Étrange*

Tesauro, *Il potere di amnistia e indulto nell'ordinamento attuale*, in *Foro pen.* 1958

Trapani Mario, *Derecho Penal Y Postconflicto. Pocas Palabras, Pero Claras, En Materia Del Recurso Al Derecho Y Al Proceso Penal Como Instrumentos Para Resolver Las Problemáticas Del Postconflicto En Colombia*, Cuadernos de Derecho Penal 18

Transitional Data Base Project, <http://www.tjdbproject.com>

Urueña, R. (2017). Prosecutorial politics: The ICC's influence in colombian peace processes, 2003-2017. *The American Journal of International Law*, 111(1)

Van del Wilt. Harmen (2012). War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict. *Journal of International Criminal Justice*, 10

Vassalli, *Il delitto politico*, in *Quaderni giustizia* 1982

Veneziani Paolo, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, Tomo II, in, C. F. Grosso e T. Padovani e A. Pagliaro, *Trattato di diritto penale- parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2014

Verdad Abierta. Disidencias de las Farc: problema en crecimiento [Farc's dissidents: growing problem]. [Online]. Recovered on 2018-06-26. Available at: <https://verdadabierta.com/disidencias-de-las-farc-problema-en-crecimiento/>

Victims and Armed Conflict History Commission. [Online]. Recovered on 2018-06-26. Available at: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/index.html>

Vieira, Manuel Adolfo, "Les grandes exceptions: La nationalité du requis. Les délits politiques ", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International

Waldmann Peter, Is there a culture of violence in Colombia? Terrorism and Political Violence. [Online]. Recovered on 2018-06-27. Available at: <http://dx.doi.org/10.1080/09546550701626836>

Werle, Gerard. (2005). *Principles of international criminal law*. Hague: TMC Asser Press

Wiener Imre A., Criminal Jurisdiction and International Crimes, 35 *Acta Jur. Hng.* 33 (1993)

Wise Edward M., International Crimes and Domestic Criminal Law, 38 *DePaul L. Rev.* 923 (1989)

World Bank. Rural population (% of total population). Colombia. [Online]

Zagrebelsky, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano 1974

Giurisprudenza

Colombia

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 12 de agosto, 1958

Corte Suprema di Giustizia, Auto Interlocutorio 23 Settembre 1958

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 1 de agosto, 1961

Corte Suprema di Giustizia, decisione del 4 Luglio del 1962

Corte Suprema di Giustizia, provvidenza del 23 Marzo di 1971

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 26 de mayo, 1982

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 27 de mayo, 1986

Corte Suprema di Giustizia, Provvidenza del 18 Marzo di 1986

Corte Suprema di Giustizia, provvidenza del 12 Luglio di 1990

Corte Suprema de Justicia, provvidenza 07 de marzo de 1995

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 5 de diciembre, 2007

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 30 de mayo, 2007

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 21 de septiembre, 2009

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 24 de noviembre, 2010

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 04 de noviembre, 2015

Corte Costituzionale, C-179 de 1991

Corte Costituzionale, C-052 de 1993

Corte Costituzionale, C-171 de 1993

Corte Costituzionale, C-241 de 1993

Corte Costituzionale, C-069 de 1994

Corte Costituzionale, C-009 de 1995

Corte Costituzionale, C-225 di 1995

Corte Costituzionale, C-456 de 1997

Corte Costituzionale, C-768 di 1998

Corte Costituzionale, C-771 de octubre 13 de 2011

Corte Costituzionale, C-578 di 2002

Corte Costituzionale, C-695 di 2002

Corte Costituzionale, C-928 di 2015

Corte Costituzionale, C-370 di 2006

Corte Costituzionale, C-579 de 2013

Corte Costituzionale, C-577 di 2014

Corte Costituzionale, C-579 di 2016

Corte Costituzionale, C-674 del 2017

Corte Costituzionale, C-080 del 2018

Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Ashton, Auto TP-SA 020 de 2018, Rad., 10-000009-2018 (21 agosto de 2018)

Tribunal de Paz, Sección de Apelaciones, Caso Char, Auto TP-SA 019 de 2018, Rad., No. 20181510021592 (21 agosto 2018)

Corte Europea di Diritti Umani

Case of Abdülsamet Yaman v. Turkey, February 2, 2005

Case Okkali vs Turchia, Ottobre 17, 2006

Case Yeşil e Sevim vs Turchia, Jugno 5, 2007

Case Ould Dah V Fance (European Court of Human Rights March 17, 2009)

Case Marguš v. Croazia, Novembre 13, 2012

Corte Interamericana di Dirritti Umani

CIDH, Barrios Altos (Inter-american Court of Human Rights March 14, 2001)

CIDH, Gelman vs Uruguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos julio 18,2008)

CIDH, Gomes Lund vs Brasil (Corte Interamericana de Derechos Humanos octubre 31,2008)

CIDH, El Mozote vs El Salvador (Corte Interamericana de Derechos Humanos noviembre 3, 2010)

CIDH, Tarazona Arrieta vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos octubre 15,2014)

Regno Unito

Cheng v Governor of Pentonville Prison (House of Lords, United Kingdom, April 16, 1973)

McGlinchey v Wren (Supreme Court of Justice, Ireland, December 7, 1982)

Quinn v Wren (Supreme Court of Justice, Ireland, February 28, 1985)

Quinn v. Robinson (Court of Appeals, 9th Circuit, 1986)

Il Salvador

Sentencia 16/08/1995 (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal)

Sentencia 12/11/2013 (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena)

Sentencia 24/04/2014 (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena)

Sentencia 25/08/2015 (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena)

Sentencia 24/08/2016 (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena)

Israele

Corte Suprema di Israele, Attorney General of Israel vs Eichmann (December 11, 1961)

Francia

Cour de Cassation Chambre Criminelle, Arrêt 20 août 1932

Italia

Cass., 26 aprile 1948, Sordello, *Gius. pen.*, 1948, II

Cass., 27 aprile 1955, Imperiali

Cass. 6 settembre 1957, in *Giust. pen.* 1958

Cass., Sez II, 18 gennaio 1978

Cass., Sez I, 8 ottobre 1982, Barbi, *Gius. pen.*, 1983

Cass., Sez. VI, 21 febbraio 1991 (dep. 20 settembre 1991), n. 9820, Pasquin,

Cass., Sez. I, 21 novembre 1995 (dep. 1 febbraio 1996), n. 1174, Corrente,

Cass., 8 giugno 1955, Zanchetta

Cass., Sez I, 27 giugno 2003

Cass., SS.UU., 28 marzo 2013, n.37424,

Cass., Sez I, 23 marzo 2004

Cass. Sez. I, 8 aprile 2008 (dep. 24 aprile 2008), n. 17265, Zavettieri,

Trib. Brescia, sent. 31 gennaio 2005, in *Foro Italiano* 2005

Messico

Amparo en revisión 140/2002 (Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 10 de junio, 2003)

Amparo en revisión 133/2017 (Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del vigésimo segundo circuito, 13 de julio de 2017)

Stati Uniti

United States vs Artukovic (District Court, SD California, 1959)

Escobedo v United States (Court of Appeals, 5th district, 1980)

Matter of Mackin (Court of Appeals, 2nd District, 1981)

Eain v. Wilkes (Court of Appeals, 7th Circuit, 1981)

Matter of Doherty (District Court, New York, 1984)

Quinn v. Robinson (Court of Appeals, 9th Circuit, 1986)

McMullen v Immigration and Naturalization Service (Court of Appeals, 9th District, 1986)

Ordinola v Hackman (Court of Appeals, 4th district, 2007)

Svizzera

Katin c Ministère public fédéral (Tribunal Fédéral Suisse, 17 mai 1961)

Watin c Ministère public fédéral (Tribunal Fédéral Suisse, 7 de Octobre, 1964)

Wagner c Bureau du Procureur Fédéral et le Département Fédéral de la Justice et de la Police(Première Cour de Droit Public Suisse, 3 octobre 1980)

Watin c Ministère public fédéral (Tribunal Fédéral Suisse, 11 juillet 1980)

Sanchez Reisse c Ministère public fédéral (Tribunal Fédéral Suisse,3 novembre 1982)

Ghorbanifar, Hakim et Secord c Office fédéral de la police (recours de droit administratif),
(Premier Cour de Droit Public, 20 août 1987)

Direction de la police du canton de Berne c. Département de la justice, de la santé et des
affaires sociales du canton du Jura (Tribunal Fédéral Suisse, 15 décembre 1992)

Marcello Ghiringhelli c Office fédéral de la police (Marcello Ghiringhelli c Office fédéral de
la police, 2 décembre 1999)

Département de Droit Public c Office Fédéral de la Justice (Première Cour de Droit Public, 8
Juillet 2004)

A c Office Fédéral de la Justice (Première Cour de Droit Public,7 novembre 2006)

Tribunali Internazionali

ICJ, Asylum Case, Colombia v. Perú, 1950

ICJ, International Court of Justice, United Kingdom v. Norway, Anglo-Norwegian Fisheries
Case, International Court of Justice, Judgement, (1951)

ICJ, Federal Republic of Germany/Netherlands, North Sea Continental Shelf Cases,
Judgement, (1969)

ICJ, International Court of Justice, Nicaragua v. The United States, Military and Paramilitary
Activities in and against Nicaragua, International Court of Justice, Judgement, 1986

ICJ, Legality of the threat or use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996

ICTY, Prosecutor v Tadic, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction (10 August 1995)

ICTY, Prosecutor v. Tadić. Case No. IT94-1-T, Opinion and Judgment. (May 2, 1997)

ICTY, Furundzija (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia December 10, 1998)

ICTY, Fiscal vs. Aleksovsky, No. IT-95-14/1. Sala de Juicio. Sentencia del 25 de junio de 1999

ICTY, Kuperisic vs Prosecutor (International Criminal Tribunal for Yugoslavia. Trial Chamber. 14 January 2000)

ICTY, Fiscal vs. Tihomir Blaškić, No. IT-95-14-T. Sala de Juicio. Sentencia del 3 de marzo del 2000

ICTY, Jelisic v Prosecutor (International Criminal for Yugoslavia, Appeals Chamber July 5, 2001)

ICTR, Akayesu vs Prosecutor (International Criminal Tribunal for Rwanda, Appeals Chamber, 1 June 2001)

ICTY, Kordic vs Prosecutor (International Criminal Tribunal for Yugoslavia. Trial Chamber. 26 February 2001)

ICTY, Kunarac v Prosecutor (International Criminal for Yugoslavia, Appeals Chamber ,June 3 12, 2002)

ICTY, Kunarac and others (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, 12 June 2002

ICTY, Rutaganda (ICTR-96-3-A), Appeals Chamber, 26 May 2003

ICTY, Fiscal vs. Stanislav Galić, No. IT-98-29-T. Sala de Juicio. Sentencia del 5 de diciembre de 2003

TISL, No. SCSL-2004-14-AR72 (Special Court for Sierra Leone March 13, 2004)

TISL, No. SCSL-2004-15-AR72(E) (Special Court for Sierra Leone March 13, 2004)

TISL, No. SCSL-2004-16-AR72(E) (Special Court for Sierra Leone, 2004)

ICTY, Fiscal vs. Radoslav Brđanin, No. IT-99-36-T. Sala de Juicio. Sentencia del 1o de septiembre de 2004

ICTY, Fiscal vs. Blagojević y Jokić, No. IT-02-60-T. Sala de Juicio. Sentencia del 17 de enero de 2005

ICJ, International Court of Justice, República de Guinea v. República del Congo, Ahmadou Diallo Case, Preliminary Objections Judgment, 2007

ICC, Corte Penale Internazionale, Caso Germain Katanga, decisión de confirmación de cargos, documento ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008

Strumenti internazionali, Convenzioni

United Nations, A/RES/181(II) 29 November 1947

United Nations. (n.d.). Protocol additional to the Geneva Conventions, 12 August 1949, relating to the protection of victims of non-international armed conflicts (Protocol II)

United Nations, Security Council, S/RES/955 (1994)

United Nations Security Council. Res. 1120/ 1997(n.d.)

United Nations, A/RES/60/147

United Nations, Joint Principles, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1

United Nations Commission on Human Rights. (1999). *Report on the 55th session*. Retrieved March 8, 2018

United Nations, Government of Sierra Leone. (2000, August 14)

United Nations. (n.d.). CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)

United Nations, Commission on Human Rights resolution 2002/79, *Impunity*, E/CN/4/RES/2002/79

United Nations, E/CN.4/2004/88 27 février 2004

United Nations, Commission on Human Rights Resolution E/CN.4/RES/2004/72

United Nations, Human Rights Committee (HRC), *General comment no. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13

United Nations, Report of the Secretary-General on the rule of law and transitional justice in societies experiencing or emerging from conflict. U.N. Doc S/2004/616. 3 August 2004

United Nations, Commission on Human Rights, Human Rights Resolution 2005/81: Impunity, 21 April 2005, E/CN.4/RES/2005/81

United Nations, E/CN.4/2005/102/Add.1 8 de febrero de 2005

United Nations, UN A/HRC/RES/21/15

Commissione Interamericana dei Diritti Umani, REPORT N° 26/92, Case 10.287, El Salvador. Retrieved March 17, 2018

Legislazione

Colombia, Decreto 1823 di 1954

Colombia, Legge 35 di 1982

Colombia, Legge 77 di 1989

Colombia, Costituzione Politica di 1991

Colombia, Decreto 213 di 1991

Colombia, Legge 7 di 1992

Colombia, Legge 104 del 1993

Colombia, Legge 418 del 1997

Colombia, Legge 599 di 2000, Codice Penale

Colombia, Legge 782 di 2002

Colombia, Legge 1420 di 2010

Colombia, Legge 1424 di 2010

Colombia, Acto Legislativo 01 de 2012

Colombia, Legge 1820 di 2016

Colombia, Acto Legislativo 01 de 2017