



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
Scuola di Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei
in cotutela con UNED (Instituto Universitario Gutiérrez Mellado) di Madrid

XXIV ciclo

Tesi di Dottorato

**Il ruolo delle Corti Supreme
Latinoamericane nello sviluppo
del diritto penale internazionale**

Tendenze giurisprudenziali nella ricostruzione delle
fattispecie incriminatrici

Relatrici

Dott.ssa Emanuela Fronza

Prof.ra Alicia Gil Gil

Dottoranda

Elena Maculan

anno accademico 2010-2011



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
Scuola di Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

candidata: Elena Maculan

Il ruolo delle Corti Supreme latinoamericane nello sviluppo del diritto penale internazionale

Tendenze giurisprudenziali
nella ricostruzione
delle fattispecie incriminatrici

**Relatrici Dott.ssa Emanuela Fronza
Prof.ssa Alicia Gil Gil**

Anno Accademico 2010-2011

**Indirizzo specialistico in
Diritto e procedura penale e filosofia del diritto**

XXIV ciclo

Esame finale: 15/03/2012

Commissione esaminatrice:

**Prof. Massimo Donini, Università degli studi di Modena e Reggio
Emilia**

**Prof. Alicia Gil Gil, Universidad Nacional de Educación a Distancia,
Madrid**

Prof. Carlo Sotis, Università degli Studi di Macerata

*Caminante no hay camino,
se hace el camino al andar...*

Il mio primo ringraziamento va alla Dottoressa Emanuela Fronza e alla Professoressa Alicia Gil, mie direttrici di tesi, studiose e donne meravigliose, per la competenza, la pazienza e la fiducia con cui mi hanno seguita in questo complesso e affascinante percorso, per la passione che hanno saputo trasmettermi per la ricerca e per la bellissima amicizia che mi riservano.

Grazie al Professor Fornasari, per i suoi insegnamenti, il suo sostegno e ascolto costante in questi anni di dottorato.

Grazie al Professor Melchionda, per le sue acute osservazioni di contenuto e metodo e per la sua disponibilità.

Grazie all'Instituto Gutiérrez Mellado, al Director Miguel Requena, al General Pedro Vivas, al Coronel Enrique Vega, al Coronel Luis Caamaño, alla Doctora Sonia Aldas e a tutto il personale, per avermi accolta e avermi offerto spazi, materiali ed appoggio logistico e morale in questi mesi di lavoro intenso. Un ringraziamento speciale a Carol e Monica della biblioteca, per avermi soccorsa con pazienza nella ricerca di materiale.

Grazie alle colleghe e amiche del Becariato, con cui ho condiviso giornate di lavoro e serate di allegria, e che mi hanno supportata e supportata durante la redazione della tesi.

Grazie ai colleghi della Scuola di Dottorato di Trento, compagni di questa avventura. Grazie a Paolo Lobba e Beatrice Pisani, erranti amici in questo mondo in continuo movimento. Grazie a Raffaella, per l'affinità intellettuale ed emozionale che percepisco quando parlo con lei.

Grazie a Valentina Lucatti, Matteo Rossaro e Carla Boninsegna della Segreteria di Dipartimento, per la loro professionalità e gentilezza. Grazie al Professor John Vervaele, al Professor Diego Quaglioni, al Professor Roberto Toniatti, al Dottor Sergio Bonini, al Dottor Fulvio Cortese, per i colloqui che sempre mi hanno arricchita.

Grazie agli amici argentini Dottor Fernando Córdoba, Doctor Pablo Eiroa, Profesor Ezequiel Malarino, Doctor Pablo Parenti e Profesor Daniel Pastor, grazie al Doctor Salvador Herencia, al Profesor José Luis Guzmán, al Profesor Dino Carlos Coria, alla Doctora Elizabeth Santalla, alla Doctora Sofia Duyos, al Doctor Alexander Aizenstadt e agli altri amici latinoamericani, per i proficui scambi di materiali, idee e opinioni. Grazie anche al Profesor Javier Chinchón, al Profesor Mariano Melendo, al Profesor Manuel Ollé. Grazie al Doctor José Ricardo de Prada Solaesa dell'Audiencia Nacional, per la sua disponibilità a condividere idee ed esperienze.

Grazie ai molti docenti che hanno accresciuto la mia voglia di imparare, e agli studenti che mi hanno permesso di condividere quello che imparo.

Grazie a tutti coloro che mi hanno aiutato a scoprire il piacere profondo della ricerca.

Grazie a Matteo,
per l'amore con cui mi avvolge e con cui trasforma ogni giorno in un momento
indimenticabile.

Grazie ai miei genitori,
per la loro presenza rassicurante e affettuosa,
e per avermi trasmesso il valore della tenacia e della libertà.

Grazie ai miei fratelli Daniel e Pietro e alla mia dolce sorellina Letizia,
perché mi ricordano sempre la bellezza del crescere insieme.

Grazie alle mie nonne, alle mie zie, ai miei zii e cugini, alle mie amiche
e ai miei amici, perché riempiono la mia vita di sorrisi.

Grazie a tutte le belle persone che ho incrociato nel mio cammino,
e a quelle che ancora incontrerò.

Grazie ai molti luoghi che mi hanno fatto sentire a casa.

INDICE

	Pag.
Abstract	xv
Elenco delle abbreviazioni	xvii
INTRODUZIONE	1

CAPITOLO PRIMO

LA TIPICITÀ COME PROSCENIO DEL PROTAGONISMO

GIUDIZIALE

1. Premessa	15
2. I due <i>volti</i> della tipicità: principio e categoria	16
3. Il <i>principio</i> di tipicità nella sua duplice dimensione materiale e formale	18
3.1. <i>Tipicità e legalità: il profilo formale</i>	18
3.1.1. <i>Tipicità, determinatezza e precisione</i>	20
3.1.2. <i>La gradualità della determinatezza</i>	23
3.2. <i>La dimensione materiale della tipicità ed il principio di offensività</i> ..	25
3.3. <i>La ratio ispiratrice tra certezza e garanzia</i>	29
4. La <i>categoria</i> della tipicità	33
4.1. <i>Tipo penale e fattispecie</i>	36
4.2. <i>Il contenuto del tipo penale</i>	37
5. La dimensione dinamica della tipicità	46
6. Il ruolo del giudice nella configurazione dei tipi penali	50
6.1. <i>Una corrispondenza da relativizzare</i>	53
7. Fenomeni di trasformazione del paradigma della legalità	56
7.1. <i>L'avvento del neocostituzionalismo</i>	56
7.1.1. <i>La giustizia costituzionale</i>	59
7.2. <i>Fenomeni patologici nell'attività legislativa</i>	61
7.3. <i>La demistificazione del meccanicismo dell'interpretazione giudiziale e il modello della spirale ermeneutica</i>	62

INDICE

7.4. <i>La struttura policentrica del sistema di fonti normative</i>	66
8. L'avvento del protagonismo giudiziale	69
8.1. <i>Giurisprudenza e certezza del diritto</i>	71
8.2. <i>La peculiare posizione del giudice rispetto al fatto</i>	72
8.3. <i>Effetti espansivi o riduttivi</i>	74
8.4. <i>Possibili rimedi</i>	75
8.5. <i>Peculiarità del giudice costituzionale</i>	76
9. Tipicità e ruolo della giurisprudenza nel diritto penale internazionale	78

CAPITOLO SECONDO

LE FATTISPECIE PENALI INTERNAZIONALI

Cenni sull'ambito di intervento della giurisprudenza delle Corti Supreme
latinoamericane

1. Premessa	83
2. Fattispecie penali internazionali e fattori di complessità.....	83
2.1. <i>Il diritto penale internazionale come materia in fieri</i>	84
2.2. <i>La – parziale – convergenza di diritto penale internazionale e tutela internazionale dei diritti umani</i>	86
2.3. <i>Una categoria a geometria variabile</i>	92
2.3.1. <i>Obblighi ed oneri di tipizzazione e adeguamento</i>	92
2.3.2. <i>Problemi di tipicità</i>	95
2.4. <i>Dinamiche di armonizzazione e ruolo della giurisprudenza nazionale</i>	97
3. La struttura tipica dei crimini internazionali	100
4. Il crimine di genocidio.....	102
4.1. <i>Il genocidio nelle fonti internazionali</i>	102
4.2. <i>Struttura tipica della fattispecie di genocidio</i>	104
4.2.1. <i>L'elemento di contesto</i>	104
4.2.2. <i>Le condotte costitutive: cenni</i>	110
4.3. <i>Disomogeneità nelle fonti nazionali</i>	111
5. I crimini contro l'umanità.....	114
5.1. <i>Fonti internazionali</i>	115

INDICE

5.2. <i>Struttura tipica dei crimini contro l'umanità</i>	120
5.2.1. <i>L'elemento di contesto</i>	120
5.2.2. <i>Le singole condotte: cenni</i>	124
5.3. <i>Disomogeneità nelle fonti nazionali</i>	126
6. <i>La sparizione forzata di persone</i>	128
6.1. <i>Fonti internazionali</i>	129
6.2. <i>Struttura tipica della fattispecie</i>	133
6.3. <i>Disomogeneità nelle fonti nazionali</i>	136
7. <i>La tortura</i>	139
7.1. <i>Fonti internazionali</i>	139
7.2. <i>Struttura tipica della fattispecie di tortura</i>	144
7.3. <i>Disomogeneità nelle fonti nazionali</i>	145
8. <i>Obblighi di persecuzione e sanzione</i>	147
9. <i>Il regime speciale dei crimini internazionali</i>	150
9.1. <i>Fonti convenzionali e norma consuetudinaria sull'imprescrittibilità</i>	153
9.2. <i>La Corte Interamericana e l'ampliamento del regime speciale</i>	156

CAPITOLO TERZO

TENDENZE INTERPRETATIVE DELLE CORTI SUPREME

LATINOAMERICANE

La sussunzione nelle fattispecie penali internazionali come grimaldello
interpretativo

1. <i>Premessa e griglia di analisi</i>	161
2. <i>Interpretazione delle fattispecie penali in chiave espansiva</i>	165
2.1. <i>L'ampliamento della portata dei tipi penali internazionali sul piano temporale e la revisione del sistema di fonti</i>	168
2.1.1. <i>La giurisprudenza "progressista": la primazia del diritto internazionale e la sua applicazione diretta</i>	171
2.1.1.1. <i>Il fondamento della regola dell'imprescrittibilità</i>	181
2.1.1.2. <i>La "tipizzazione giudiziale" del delitto di associazione: il caso Arancibia Clavel</i>	187

INDICE

2.1.2. <i>La giurisprudenza interamericana</i>	191
2.1.2.1. <i>Considerazioni critiche</i>	194
2.1.3. <i>L'ambizione etica della giurisprudenza</i>	201
2.1.4. <i>Tipi penali "come Giano bifronte": il metodo della doppia sussunzione</i>	204
2.1.4.1. <i>Considerazioni critiche: la creazione giudiziale di una nuova fattispecie incriminatrice</i>	208
2.1.4.2. <i>(Segue) Il rapporto tra fattispecie interna ed internazionale e la fallacia del modello della specialità</i>	209
2.1.4.3. <i>(Segue) La mancata applicazione del concorso apparente di norme</i>	213
2.1.4.4. <i>(Segue) Problemi ricorrenti: sistema delle fonti e validità temporale della regola dell'imprescrittibilità</i>	215
2.1.4.5. <i>La sentenza Fujimori: un uso "improprio" della doppia sussunzione</i>	218
2.1.5. <i>Le sparizioni forzate come reato permanente</i>	221
2.1.5.1. <i>Considerazioni critiche</i>	230
2.1.6. <i>La sospensione del termine di prescrizione durante il governo de facto</i>	235
2.2. <i>L'ampliamento della portata dei tipi penali internazionali sul piano della struttura tipica</i>	239
2.2.1. <i>L'elemento di contesto come chiave di apertura del tipo</i>	242
2.2.1.1. <i>Considerazioni critiche</i>	250
2.2.2. <i>Il controllo di legittimità costituzionale per eliminare i limiti legislativi al tipo penale internazionale</i>	260
2.2.3. <i>La convalida di scelte legislative espansive dei tipi penali internazionali</i>	268
3. <i>Interpretazione dei tipi penali in chiave riduttiva</i>	273
3.1. <i>L'elemento di contesto del tipo penale internazionale in funzione selettiva</i>	275
3.1.1. <i>L'elemento di contesto quale discrimine tra i crimini internazionali e le gravi violazioni dei diritti umani</i>	279

INDICE

3.2. <i>Crimini contro l'umanità e delitti di narcotraffico e terrorismo: criteri delimitativi</i>	282
3.3. <i>L'impegno della giurisprudenza latinoamericana nella definizione dei contorni di tipi penali dalla "qualificazione vaporosa"</i>	288
3.3.1. <i>La fissazione di parametri interpretativi del tipo</i>	289
3.4. <i>L'individuazione del bene giuridico tutelato quale strumento per annullare una scelta legislativa restrittiva</i>	293
3.5. <i>La definizione della natura non politica del genocidio</i>	294
3.6. <i>La configurazione delle relazioni concorsuali con i reati comuni</i>	296
3.7. <i>La convalida giurisprudenziale di scelte legislative restrittive</i>	302

CAPITOLO QUARTO

L'IMPATTO DELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI SUPREME LATINOAMERICANE

Valore, effetti e circolazione

1. Premessa	309
2. L'impatto interno	309
2.1. <i>La tendenza espansiva e la creazione di un diritto penale differenziato</i>	310
2.1.1. <i>Il ripensamento del principio di legalità penale</i>	313
2.1.2. <i>Garantismo versus punitivismo?</i>	322
2.1.3. <i>La funzione strumentale della tendenza espansiva</i>	328
2.1.4. <i>Funzione simbolica e valore costituente delle sentenze</i>	329
2.2. <i>La tendenza riduttiva: attuazione della tipicità e offensività penale internazionale e funzione ri-costituente</i>	334
2.3. <i>L'impatto sulla struttura statale: il protagonismo giudiziale</i>	336
2.4. <i>La jurisdiction delle Corti Supreme e la specificità delle Corti Costituzionali</i>	339
3. Le dinamiche di circolazione giurisprudenziale e l'amplificazione dell'impatto della giurisprudenza	343
3.1. <i>Fenomeni di interazione ed elementi di novità</i>	343
3.1.1. <i>Fenomeni di importazione nella giurisprudenza analizzata</i>	346

INDICE

3.1.2. <i>Fenomeni di esportazione della giurisprudenza analizzata: una circolazione sotterranea</i>	349
3.2. <i>Funzione integrativa, interpretativa e di legittimazione</i>	351
3.3. <i>La jurisprudential cross-fertilization nel diritto penale internazionale</i>	353
3.4. <i>I “lati oscuri” dell’interazione giudiziale</i>	357
3.5. <i>Le Corti Supreme quali artefici dell’armonizzazione</i>	360
3.6. <i>Verso una mondializzazione dei giudici</i>	364
CONCLUSIONI.....	367
RESUMEN	381
CONCLUSIONES.....	395
Bibliografia.....	409
Fonti giurisprudenziali.....	428

ABSTRACT

Le Corti Supreme latinoamericane svolgono un ruolo protagonista nell'evoluzione del diritto penale internazionale. La loro giurisprudenza sembra riproporre e confermare una tendenza di portata più ampia, che interessa il diritto penale *lato sensu*, ad accrescere sempre più il ruolo dei giudici nella funzione propriamente normopoietica, fino a trasformarlo in un vero e proprio protagonismo giudiziario. Al tempo stesso, su tale fenomeno si innestano fattori nuovi, che derivano in parte dai tratti peculiari del diritto penale internazionale, nuovo spazio giuridico di natura ibrida e reticolare, in parte dalla specificità del contesto latinoamericano, reduce da atroci esperienze di criminalità di Stato ed impegnato in un processo di transizione e nella risoluzione dei dilemmi che esso pone.

La necessità di misurarsi con i crimini commessi dai passati regimi dittatoriali e di superare una serie di ostacoli – quali la prescrizione e l'esistenza di disposizioni di amnistia - che impedivano la persecuzione penale dei loro responsabili hanno indotto i giudici latinoamericani a sviluppare dei percorsi argomentativi assai originali. In questo senso, la sussunzione dei fatti nelle fattispecie penali internazionali ha fornito uno strumento essenziale, poiché ad essa consegue l'applicazione del c.d. regime speciale che disciplina tali crimini, e che consente appunto di aggirare gli ostacoli temporali e di natura beneficiale summenzionati. Di conseguenza, gli organi giudiziari hanno maturato differenti percorsi ermeneutici che, mediante un'interpretazione estensiva – al limite della forzatura – degli elementi tipici o delle fonti normative, permettano un ampliamento della portata delle fattispecie penali internazionali e della disciplina loro applicabile. Accanto a questa tendenza interpretativa espansiva se ne manifesta un'altra di segno opposto, che mira a meglio precisare i contorni delle fattispecie penali internazionali o a ridurre le distanze che ancora permangono tra la norma che le tipizza all'interno dei vari ordinamenti nazionali e la corrispondente definizione internazionale, contribuendo in tal modo alla loro progressiva armonizzazione.

L'impatto provocato da queste tendenze giurisprudenziali, più intenso quando proviene dalle Corti Supreme – per effetto della loro speciale autorità persuasiva e, dove prevista, della loro efficacia vincolante -, è destinato a ripercuotersi anche oltre i confini del continente latinoamericano, grazie al fenomeno di circolazione giurisprudenziale e di *cross-fertilization*, lasciando presagire la formazione di un nuovo ordine mondiale.

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

- AC: Appeals Chamber (di TPIY, TPIR, CPI)
- AG: Assemblea Generale
- C. Const. colombiana: Corte Constitucional colombiana
- CADU: Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo
- cap.: Capitolo
- CDI: Commissione di Diritto Internazionale
- CEDU: Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo
- CIG: Corte Internazionale di Giustizia
- CISFP: Convenzione Interamericana sulla Sparizione Forzata di Persone
- CIT: Convenzione Interamericana per Prevenire e Sanzionare la Tortura
- CommIDU: Commissione Interamericana dei Diritti dell'Uomo
- Cons. Sic.: Consiglio di Sicurezza
- CorteEDU: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
- CorteIDU: Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo
- Cost.: Costituzione
- CPI: Corte Penale Internazionale
- CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina
- CT: Convenzione contro la Tortura e altri Trattamenti o Pene Crudeli, Inumani o Degradanti
- d.l.: decreto legge
- DUdu: Dichiarazione Universale dei Diritti Umani
- EC: Elementi dei Crimini (della Corte Penale Internazionale)
- ECCC: Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia
- ed.: edizione
- es.: esempio
- l.: Legge
- n.m.: numero a margine
- OIL: Organizzazione Internazionale del Lavoro
- ONU: Organizzazione delle Nazioni Unite
- op. cit.: opera citata

OSA: Organizzazione degli Stati Americani
par./§: paragrafo
PGN argentino: Procurador General de la Nación argentino
PIDCP: Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici
PIDCP: Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici
PTC: Pre-Trial Chamber della CPI
SCSL: Special Court for Sierra Leone
StCPI: Statuto della Corte Penale Internazionale
STF: Supremo Tribunal Federal brasiliano
StTMEO : Statuto del Tribunale Militare per l'Estremo Oriente
StTMI: Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga
StTPIR: Statuto del Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda
StTPIY: Statuto del Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Yugoslavia
TC: Trial Chamber (di TPIY, TPIR, CPI)
TC: Tribunal Constitucional
Tit.: Titolo
TMEO: Tribunale Militare per l'Estremo Oriente
TMI: Tribunale Militare Internazionale di Norimberga
TPIR: Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda
TPIY: Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Yugoslavia

RIVISTE ED ENCICLOPEDIA:

ICLR: International Criminal Law Review
IJTJ: International Journal of Transitional Justice
IRRC: International Review of the Red Cross
JICJ: Journal of International Criminal Justice
RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología
RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RIDPP: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale

INTRODUZIONE

Le Corti Supreme latinoamericane svolgono un ruolo protagonista nell'evoluzione del diritto penale internazionale. La loro giurisprudenza, che assai spesso ha ad oggetto fatti di rilevanza penale internazionale, offre apporti di straordinario interesse rispetto alla costruzione tipica e alla disciplina di tali illeciti.

Con questa ricerca ci proponiamo appunto di studiare tale fenomeno, consapevoli del fatto che la sua rilevanza e le sue ripercussioni hanno decisamente varcato le frontiere del continente latinoamericano, per approdare anche all'attenzione dei giudici e degli studiosi europei¹. Questa manifestazione sembra infatti riproporre e confermare una tendenza di portata più ampia, che interessa il diritto penale *lato sensu*, ad accrescere sempre più il ruolo dei giudici nella funzione propriamente normopoietica. La partecipazione degli interpreti alla fase creativa delle norme penali, dato fisiologico dei sistemi giuridici anche se per lungo tempo negato perché contrario al paradigma illuminista di separazione dei poteri, appare oggi intensificata e arricchita di nuovi profili, e si proietta su uno scenario globale.

Il giudice è il naturale depositario della funzione di combinazione tra la disposizione astratta ed il caso concreto e della gestione delle loro reciproche influenze. L'incontro tra queste due dimensioni trova il proprio luogo privilegiato nella *tipicità*, quale primo gradino dell'accertamento giudiziale e, nella sua dimensione *dinamica* che si manifesta nel momento processuale, scenario in cui si producono eventuali modifiche per consentire una maggior aderenza della norma alla realtà. Non solo: la dimensione *materiale* della tipicità, che la collega al principio di offensività e alla nozione di bene giuridico, ne fa un momento centrale per determinare i contorni dell'intervento penale ed il rispetto del suo ruolo sussidiario e di *ultima ratio*. Entrambe queste operazioni sono affidate all'interpretazione giudiziale, e valgono a spiegare perché la *tipicità* è stata in questa sede assunta quale

¹ Questa introduzione si limita a tracciare brevemente il percorso che seguirà la nostra ricerca: per questo motivo, non contiene riferimenti bibliografici (se non in relazione alle coordinate storiche sui contesti in cui si inserisce la giurisprudenza che analizzeremo). Per tali riferimenti e per spiegazioni più complete su concetti e questioni che qui vengono solamente menzionati, si rimanda ai capitoli successivi.

oggetto privilegiato di analisi. La centralità di questa categoria, pur essendo normalmente riconosciuta, non è consolidata in tutte le culture giuridiche: ecco perché questo lavoro, che pure si situa nel continente latinoamericano, si avvarrà della riflessione condotta dal pensiero giuridico italiano sulla tipicità, valorizzandone la specificità geografico-culturale .

Il ruolo creativo del giudice che stiamo descrivendo, e che solo in epoca recente è stato riconosciuto dalla dottrina, sta subendo una progressiva e rapida crescita. Quest'ampliamento dell'intervento giudiziale costituisce una risposta all'inerzia del legislatore o al deterioramento della qualità del suo prodotto, e nel contempo una necessità imposta dalla moltiplicazione dei centri di produzione normativa e dalla crescente complessità del reale. Questi due fattori, unitamente alla forte richiesta di *giustizia* da parte dei consociati e – possiamo aggiungere – agli obblighi imposti dagli organi sovranazionali e dai loro strumenti che sempre più incidono anche nella sfera penale, hanno provocato l'emersione di un vero e proprio *protagonismo giudiziale*, che ha convertito il giudice in attore centrale del nuovo scenario giuridico mondiale.

Questo fenomeno, che caratterizza il sistema penale nel suo complesso, si manifesta in modo ancora più prorompente nella sfera del diritto penale internazionale. Ciò è dovuto alla natura prettamente *giurisprudenziale* di questa materia, a sua volta derivante dalla configurazione del livello internazionale, cui manca un legislatore propriamente detto e rimane estranea l'architettura istituzionale ispirata al principio democratico. All'interno di questo contesto, il diritto penale internazionale è emerso e si sta consolidando soprattutto grazie all'opera dei tribunali penali internazionali e nazionali. Ma un altro tratto peculiare di questa materia vale a spiegarne la natura prettamente giurisprudenziale: si tratta infatti di un diritto *ibrido*, prodotto dalla fusione di differenti aree del diritto – quello penale e quello internazionale nelle sue varie dimensioni –, e *plurilivello*, poiché affidato all'attività legislativa ed interpretativa degli organismi internazionali ma anche degli ordinamenti nazionali. La strutturale complessità che ne deriva determina l'affidamento di un ruolo pregnante agli organi giudiziari interni, chiamati a gestire e conciliare le molteplici fonti normative e le frequenti antinomie che si generano tra l'adempimento agli obblighi internazionalmente imposti e i principi costituzionali e

penalistici. L'importanza dell'attività giudiziale nazionale è stata poi ulteriormente confermata dall'adozione del principio di complementarità all'interno del sistema della Corte Penale Internazionale, che assegna priorità e preferenza all'intervento statale per la persecuzione e sanzione dei responsabili di crimini internazionali, riservando alla Corte un intervento in via sussidiaria solo dove questa prima possibilità fallisca.

La centralità del ruolo della giurisprudenza in materia – penale e ancor più – penale internazionale, emerge con particolare evidenza nelle pronunce dei tribunali latinoamericani, che sono stati di frequente chiamati a giudicare gravi illeciti qualificabili appunto come crimini internazionali. All'interno di questa giurisprudenza spicca quella ascrivibile alle Corti Supreme, intese sia come tribunali penali di ultima istanza – o Corti di Cassazione –, sia come Corti Costituzionali, con tutte le specificità che tale funzione comporta. Il peculiare valore dei loro precedenti, derivante dall'efficacia vincolante che dispiegano sulle giurisdizioni ordinarie – laddove è così previsto – e in ogni caso dalla loro speciale autorità *persuasiva* – oltre che, nel caso delle Corti deputate al controllo di costituzionalità, dalla loro capacità di incidere direttamente sul dettato normativo –, ne ha fatto un attore di primo piano nell'elaborazione di percorsi interpretativi inerenti ai crimini internazionali.

La copiosità di questa giurisprudenza affonda le proprie radici nelle tragiche esperienze storiche vissute dai Paesi del continente latinoamericano tra gli anni '50 del secolo scorso e l'inizio di quello attuale. In risposta alla diffusione di gruppi sovversivi che si opponevano ai regimi in vigore, abbracciando con frequenza la lotta armata o una strategia basata sugli attacchi terroristi, e sullo sfondo della contrapposizione ideologica materializzata nella Guerra Fredda, un'ondata autoritaria percorse l'intero continente, instaurando governi di stampo dittatoriale, condotti dalle Forze Armate o da civili con l'appoggio di queste ultime. Tali nuovi regimi intrapresero una feroce repressione contro i gruppi sovversivi e terroristi ma, ossessionati dallo spettro del nemico comunista, arrivarono a colpire anche i meri oppositori politici e tutti coloro che non rientravano nel disegno di grande Nazione che essi intendevano realizzare². I metodi adoperati in questa repressione sistematica

² La dittatura delle *Juntas* militari in Argentina (l'ultima di varie dittature vissute nel paese, e la più violenta), dopo aver realizzato un *golpe* nel 1976, governò il Paese fino al 1983 (anno in cui cadde in seguito alla sconfitta nella guerra delle Malvinas), ponendo in essere una sanguinosa repressione di

e brutale comprendevano sequestri illegali, detenzioni in centri clandestini, sparizioni forzate, varie forme di tortura, esecuzioni sommarie e veri e propri massacri ai danni di gruppi o villaggi interi. Questi mezzi, assolutamente illegali, costituivano gravi violazioni dei diritti umani fondamentali e, alla luce del loro carattere massivo e sistematico, ben possono essere qualificati come crimini internazionali.

Con la caduta di questi regimi, determinata da un insieme di fattori di ordine economico e politico, oltre che dalla crescente pressione della comunità internazionale per far cessare tali situazioni, si è aperta nel continente latinoamericano una nuova stagione, contrassegnata dalla *transizione* a regimi

tutti i movimenti dissidenti, con il pretesto di debellare i gruppi terroristi che avevano iniziato la lotta violenta contro lo Stato negli anni precedenti. In Cile il *golpe* del 1973 diede inizio alla feroce dittatura del Generale Pinochet, anch'essa impegnata nella repressione dei movimenti rivoluzionari di ispirazione socialista e comunista, mediante l'adozione di metodi violenti ed illegali, fino al suo crollo in seguito al plebiscito del 1988, che portò ad indire le elezioni democratiche dell'anno successivo. Al 1964 risale invece il *golpe* militare che diede inizio all'(ultima) dittatura brasiliana: essa impiegò metodi criminali per contrastare i movimenti di opposizione capeggiati dal *Movimento Democrático Brasileiro*, fino al progressivo ripristino del regime democratico culminato nell'approvazione della Carta Costituzionale del 1988 e delle prime elezioni democratiche nel 1989. In Uruguay il Presidente Bordaberry, democraticamente eletto nel 1972, proseguì ed intensificò la violenta repressione iniziata dal suo predecessore contro la guerriglia del gruppo *Tupamaros*; la violenza subì una scalata dopo il *golpe* compiuto dalle Forze Armate e dallo stesso Bordaberry, loro alleato, nel 1973. Nonostante il successo nel debellare il movimento di guerriglia, il governo subì una sconfitta in un referendum popolare indetto nel 1990 e diede avvio a partire da quel momento alla transizione democratica. Tutti i piani criminali realizzati da questi governi dittatoriali si ispiravano alla c.d. *Doctrina de la seguridad nacional*, di ispirazione statunitense, che intendeva sradicare i movimenti di opposizione quasi fossero un virus, e costruire nuove società di stampo nazionalista, conservatore e liberista. L'azione repressiva delle Forze Armate cilene, argentine, uruguayane e brasiliane godeva di un certo coordinamento all'interno di un accordo segreto e criminale poi conosciuto come *Plan Condor*. In Bolivia la svolta autoritaria ebbe luogo nel 1971, con il *golpe* di Bánzer Suárez, appoggiato dai militari ispirati dalla *doctrina de la seguridad nacional*, e si intensificò con il successivo *golpe* militare di Garzía Meza, legato al narcotraffico, nel 1980. A quel periodo risale la repressione più brutale, che non cessò fino a che, dopo altri due *golpes* militari nel giro di due anni, venne ristabilito il regime democratico. Anche in Guatemala fece breccia la *doctrina de la seguridad nacional*: qui esplose, a partire dal 1962, un violento conflitto tra i gruppi guerriglieri (la UNRG) e le Forze Armate e paramilitari, la cui brutalità durante le c.d. operazioni di contro-insurrezione si scagliò in gran misura contro le comunità indigene maya. Nel 1991 e 1996 vennero firmati degli accordi tra i gruppi guerriglieri e le forze statali, che ponevano fine al lungo conflitto. La dittatura peruviana risale invece ad un periodo successivo: Fujimori giunse al potere vincendo elezioni democratiche nel 1990, e godette inizialmente di un forte appoggio grazie al successo della sua azione di lotta contro il gruppo estremista *Sendero Luminoso*. Tuttavia, l'opposizione del Parlamento ai metodi autoritari adottati dal suo governo lo indussero a compiere un *auto-golpe* nel 1992: a partire da quel momento il suo regime si trasformò in una vera dittatura, che terminò nel non lontano 2000 con l'esplosione di uno scandalo per corruzione nel governo e con la fuga del Presidente in Giappone. Una situazione peculiare si presenta poi in Colombia, nella quale la criminalità massiva non è riconducibile al piano sistematico di una dittatura, ma al decennale conflitto interno che divide il paese e che vede scontrarsi la guerriglia rivoluzionaria (particolarmente conosciuto è il gruppo delle FARC), l'esercito ed i gruppi paramilitari, e che prosegue ancor oggi nonostante le molteplici iniziative di pacificazione nazionale. Per maggiori approfondimenti sulle esperienze dittatoriali del continente latinoamericano nel secolo scorso, si vedano ad es., tra le opere di carattere generale: A. ROUQUIÉ, *El estado militar en América Latina*, Madrid, 1984, e M. ALCÁNTARA SÁEZ, *Sistemas políticos de América Latina*, Madrid, 2008.

democratici. Questi nuovi governi si sono trovati ad affrontare il lascito della criminalità di Stato posta in essere dai precedenti regimi, e la difficile sfida di combinare la forte – e comprensibile – pretesa punitiva, manifestata dalla società, con il contesto di transizione e le sue specifiche esigenze. Nei paesi latinoamericani si manifestano infatti tutte le difficoltà e le contraddizioni della c.d. *giustizia di transizione*, nella quale l'esercizio dell'azione penale deve tener conto di oggettive difficoltà pratiche, determinate dalla debolezza del neonato regime democratico e dall'elevato numero di persone coinvolte nella commissione dei crimini, e di esigenze differenti, di superamento del passato e riconciliazione nazionale, che spesso remano in direzione opposta all'esito punitivo. Proprio la considerazione dell'eccezionalità del processo di transizione ha spesso indotto i nuovi regimi a prediligere, in luogo dell'intervento penale classico, meccanismi alternativi di natura extra-penale³ o sistemi di premialità⁴, oppure ancora – almeno nella prima fase della

³ Commissioni per la Verità proliferarono in tutto il continente: la CONADEP argentina fu istituita con decreto del Presidente Alfonsín nel 1983 che le diede un mandato di 180 giorni per indagare sulle sparizioni forzate e i centri clandestini di detenzione; essa raccolse i risultati del proprio lavoro nell'*Informe Nunca Más*. Con decreto 355 del 1990 il governo cileno istituì una *Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, nota come *Commissione Rettig* dal nome del suo Presidente, che pure pubblicò in un *Informe* il prodotto della propria indagine. In Perù il Decreto Supremo 65/2001 istituì la *Comisión de Verdad y reconciliación*, con competenza a svolgere accertamenti utili poi anche in sede penale. La *Lei 9.140* del 1995 creò in Brasile la *Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*, dotata di un lungo mandato e di ampi poteri per indagare e raccogliere testimonianze e documentazione. In Guatemala fu istituita, mediante un Accordo tra le parti del conflitto armato nel 1994, la *Comisión para el Esclarecimiento Histórico*, che produsse nel 1999 l'*Informe "Memoria del Silencio"*. Per approfondimenti su queste Commissioni, oltre ai Rapporti da esse presentati, si rinvia a: P. HAYNER, *Fifteen Truth Commissions 1974 to 1994*, in *Human Rights Quarterly*, volume 16, n. 4, 1994, pp. 600-655 (che non tratta però della Commissione brasiliana). In Argentina si sviluppò inoltre un originale meccanismo di ricerca della verità affidata ai tribunali penali ma senza pretese punitive, impedita dalle leggi di impunità: sia consentito rinviare a E. MACULAN, *Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in Argentina: l'esperienza dei "giudizi per la verità"*, in *Indice penale*, n. 1, gennaio-giugno 2010, pp. 331-370. Sulla transizione democratica nei vari paesi latinoamericani si veda: K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (a cura di), *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania y España*, Berlino-Montevideo, 2009, *passim*.

⁴ L'esempio più eclatante di questo tipo di meccanismo è la *Ley de Justicia y Paz* colombiana, n. 975 del 2005, che prevede consistenti sconti di pena a beneficio di quei membri di gruppi armati – guerriglieri o paramilitari – che partecipino al disarmo e rendano una dichiarazione (*versión libre*) in relazione ai crimini di cui sono a conoscenza. Sul punto si vedano A. APONTE CARDONA, *La Colombia: un caso sui generis nella giustizia di transizione*, in E. FRONZA, G. FORNASARI (a cura di), *Il superamento del passato ed il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Trento, 2009, pp. 177-213 e K. AMBOS, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia*, Bogotá, 2010.

transizione e prima della delegittimazione operata dagli organi interamericani – disposizioni di amnistia di varia natura e portata⁵.

Senza addentrarci nella – pur interessantissima – questione delle specificità e contraddizioni della giustizia di transizione, segnaliamo semplicemente che essa rappresenta lo sfondo su cui si colloca la giurisprudenza che intendiamo analizzare in questo lavoro, e vale inoltre a spiegare alcune delle specifiche difficoltà con cui devono misurarsi gli organi giudiziari impegnati a processare i criminali. L'esercizio dell'azione penale nei paesi in esame si scontra infatti con numerosi ostacoli, alcuni consapevolmente apposti dal legislatore per sua libera scelta – come le amnistie –, altri invece derivanti dall'ordinaria applicazione delle regole del sistema penale: è il caso della prescrizione, spesso già intervenuta nelle more dell'inattività giudiziale determinata dalla debolezza delle nuove istituzioni o da precise scelte di politica criminale. All'interno di sistemi *post-transizionali*, che hanno decisamente virato verso il recupero di una risposta penale a tutto tondo ai crimini delle dittature, i giudici latinoamericani sono stati quindi chiamati ad elaborare soluzioni ermeneutiche che consentissero di aggirare i predetti ostacoli all'intervento penale.

Questa particolare necessità concorre a spiegare lo speciale interesse che riveste la giurisprudenza latinoamericana esaminata, che, oltre a fornire un esempio tangibile del più ampio fenomeno di protagonismo giudiziale sopra descritto, vi innesta elementi assolutamente innovativi. L'esigenza di superare gli ostacoli alla persecuzione penale per i crimini di Stato trova infatti una valida risposta nel diritto penale internazionale, le cui fattispecie sono soggette ad una disciplina speciale, dalle

⁵ Alcune di queste leggi di amnistia erano state in realtà approvate dal medesimo governo responsabile dei crimini per garantirsi l'impunità: tra queste *auto-amnistie* rientrano la 22.924 del 1983, nota come *Ley de Pacificación Nacional*, promulgata dall'ultima *Junta* argentina poco prima di lasciare il potere, la *Lei de Anistia* brasiliana del 28.08.1979, la *Ley de Amnistía* n. 26.479 del 14.06.1995 e la successiva *Ley de Interpretación* n. 26.492 del 21.06.1995 in Perù, il decreto ley 2.191 del 1978 in Cile. Altre leggi di amnistia sono invece il frutto di una scelta dei nuovi regimi democratici, dettata dall'idea che ciò contribuisse alla riconciliazione nazionale oppure dalla necessità di scongiurare il pericolo di nuovi colpi di Stato: è il caso delle leggi argentine di *Obediencia Debida* e *Punto Final*, rispettivamente del 1986 e 1987 (che pur non essendo leggi di amnistia in senso stretto produssero il medesimo effetto di paralisi dell'attività giudiziale) e delle leggi uruguayane, vale a dire la *Ley de pacificación nacional* del 1985, che disponeva un'amnistia unilaterale a beneficio dei membri di gruppi armati che avevano subito la repressione durante la dittatura, e la *Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado* del 1986, poi confermata mediante due referendum popolari, con cui lo Stato rinunciava alla pretesa punitiva in relazione ai delitti commessi per motivi politici o nell'esercizio delle funzioni da membri delle Forze Armate od organizzazioni affini. Cfr. anche K. AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional* (2° ed. *actualizada y revisada*), Buenos Aires, 1999.

origini e dal contenuto tuttora piuttosto incerti e dibattuti, ma il cui riconoscimento è crescente. Essa contempla, tra l'altro, l'imprescrittibilità, l'impossibilità di beneficiare i responsabili dei crimini con disposizioni di amnistia e la soggezione al principio di giurisdizione universale. L'applicazione di questo regime speciale, derogatorio rispetto alle previsioni del diritto penale ordinario, consente appunto di superare i principali ostacoli all'intervento penale negli ordinamenti latinoamericani: la sussunzione nelle fattispecie penali internazionali si trasforma pertanto nella *chiave* per pervenire alla realizzazione di quegli speciali effetti giuridici.

La giurisprudenza latinoamericana ha fornito un apporto particolarmente significativo all'elaborazione di questo percorso teorico in una duplice modalità: da una parte, ha contribuito all'emersione e alla configurazione di questo c.d. regime speciale dei crimini internazionali, essenzialmente cogliendo e facendo proprie le affermazioni degli organi interamericani in materia; dall'altra, ha sviluppato interessanti tendenze interpretative dirette a qualificare i fatti di volta in volta oggetto di giudizio come crimini internazionali.

Proprio su questo secondo aspetto si concentra la nostra ricerca, nella convinzione che l'interpretazione giudiziale della struttura tipica di tali crimini costituisca la vera architrave su cui si reggono il giudizio dei fatti, la disciplina loro applicata e l'esito processuale. La tesi che si cercherà di dimostrare è che la definizione tipica delle fattispecie penali internazionali proposta dagli organi giudiziari sia *strumentale* alla sussunzione in esse dei fatti concreti e, per questa via, all'applicazione del regime speciale cui si accennava. L'interpretazione giudiziale appare in questo caso fondata su una precomprensione che sovverte l'ordinario schema di giudizio, antepoendo l'individuazione degli *effetti* cercati a livello di disciplina alla scelta della fattispecie in cui sussumere le condotte illecite.

Quest'operazione si trasforma frequentemente in un ampliamento dei confini delle fattispecie penali internazionali, o sul piano temporale – nel senso che se ne cerca l'applicazione a fatti commessi prima della tipizzazione di tali figure nell'ordinamento nazionale –, o su quello più propriamente tipico, mediante un'interpretazione estensiva di singoli elementi costitutivi oppure mediante l'annullamento – per via interpretativa oppure tramite il giudizio di costituzionalità – di elementi che hanno l'effetto di limitare la portata della fattispecie. La conseguenza

immediata di tali pronunce è l'*espansione* dell'area del penal-internazionalmente rilevante, e del relativo regime speciale, e produce quindi evidenti effetti *in malam partem*.

Tuttavia, accanto a questa tendenza espansiva se ne manifesta un'altra esattamente opposta, mediante la quale gli organi giudiziari svolgono un'operazione di *riduzione* o delimitazione delle fattispecie penali internazionali, contrastandone l'espansione provocata da interventi legislativi nazionali oppure da interpretazioni giudiziarie. Si può ipotizzare che questo tipo di interpretazione in certo modo recuperi l'idea di offensività e frammentarietà riferite, ovviamente, non alla sfera del penale – poiché della rilevanza penale delle condotte in questione nessuno può dubitare –, bensì a quella del *penale internazionale*, connotato da particolari dimensioni e gravità. Questa tendenza riduttiva, che assume le forme del controllo di costituzionalità oppure della precisazione per via interpretativa degli elementi tipici e dei loro confini, sembra manifestarsi in particolar modo nella giurisprudenza delle Corti Supreme e ancor più di quelle Costituzionali, mentre quella espansiva sopra descritta accomuna queste ultime e le giurisdizioni inferiori. Tale tendenza, a differenza della prima, non genera particolari effetti *in malam partem*, e per questo motivo in relazione ad essa sembra più facilmente accettabile l'attribuzione agli organi giudiziari di un ruolo anche ampio nella costruzione delle fattispecie.

Entrambe queste tendenze interpretative si sviluppano comunque intorno al nucleo centrale costituito dalla *tipicità* dei crimini internazionali, le cui maglie vengono allargate o ristrette a seconda, appunto, del risultato ricercato e del grado di attenzione rivolta ai principi che reggono il sistema penale. Entrambe si misurano inoltre con la convergenza di differenti fonti normative, di provenienza internazionale o nazionale, e con il difficile compito di cercarne una combinazione e conciliazione.

Sulla base di questi punti comuni, cercheremo di valutare la validità, gli effetti e la diffusione di queste due tendenze giurisprudenziali – espansiva e riduttiva –, ed il modo in cui entrambe incidono sulla definizione tipica dei crimini internazionali. L'idea di partenza è che il portato di questa giurisprudenza si manifesti, in primo luogo, nel rapporto tra giudici e legislatori di un medesimo ordinamento: si ripropone qui l'ancora dibattuta questione dei limiti al ruolo dei

giudici, questione che emerge con urgenza maggiore in situazioni “critiche” e di passaggio come quelle in cui si situa la giurisprudenza che analizziamo. A tal proposito, vedremo come le Corti Supreme esplichino una funzione davvero *costituente* nella configurazione dei regimi democratici emergenti dai processi di transizione, nel continente latinoamericano ma non solo.

Ma la rilevanza dell’apporto creativo di tale giurisprudenza travalica i confini nazionali, e finisce per influenzare direttamente anche l’interpretazione e gli orientamenti sia di organi giudiziari di altri paesi, sia di tribunali penali internazionali, sia infine di organismi internazionali per la tutela dei diritti umani. Attraverso la circolazione giurisprudenziale tra paesi e continenti diversi, in direzione orizzontale e verticale, ascendente e discendente, sta infatti emergendo un fenomeno di *jurisprudential cross-fertilization* che diffonde soluzioni e schemi argomentativi sviluppati in un determinato contesto, generando una reciproca e costante interazione tra istanze differenti e anche lontane. A tale fenomeno dedicheremo alcune considerazioni finali, volte essenzialmente a spiegare l’importanza che la giurisprudenza latinoamericana riveste anche all’interno del nostro continente europeo, e a suggerire la profondità dell’impatto che sta provocando nell’evoluzione del diritto penale internazionale a livello mondiale.

Una volta tracciato per sommi capi il quadro di temi e questioni che la nostra ricerca si propone di analizzare, pare opportuno premettere alcune indicazioni sulla metodologia impiegata e sulla struttura di questo lavoro.

Il nucleo centrale è costituito dall’analisi delle sentenze delle Corti Supreme latinoamericane che maggior rilevanza assumono nell’interpretazione delle fattispecie penali internazionali. Tale disamina, cui è dedicato il capitolo III della tesi, è organizzata sulla base delle due opposte tendenze – espansiva e riduttiva – che riteniamo di individuare nella giurisprudenza esaminata, e cercherà di descrivere i differenti percorsi argomentativi elaborati nell’ambito di queste macro-tendenze. Il metodo adoperato in questa parte del lavoro è dunque essenzialmente empirico, basato sull’esame diretto delle pronunce di varie Corti Supreme – e, come vedremo, di alcuni tribunali ordinari –, oltre che comparatistico, poiché considera e confronta

diversi ordinamenti nazionali⁶. Infine, l'approccio adottato non è semplicemente descrittivo, ma cercherà di proporre una critica costruttiva ai profili più problematici o contraddittori delle interpretazioni giudiziali analizzate.

A questo esame analitico delle sentenze si è deciso tuttavia di premettere uno studio sulla *tipicità*, che costituisce come si è detto la chiave di volta su cui si regge l'intera attività interpretativa dei giudici, nonché il proscenio su cui si manifesta il loro crescente protagonismo. Il limitato proposito di questa parte, trattata nel capitolo I e strettamente funzionale al tema di ricerca scelto, è fornire un quadro teorico in cui inserire poi l'analisi della giurisprudenza latinoamericana. Si cercherà quindi di tracciare brevemente la nozione di tipicità nella sua duplice dimensione di principio e categoria del diritto penale, di metterne in evidenza il legame con il principio di legalità, da una parte, e con quello di offensività, dall'altra, e di specificare il contenuto del *tipo penale* che ne costituisce il precipitato tecnico. Inoltre, si descriveranno sinteticamente i principali fattori che hanno contribuito all'emersione del fenomeno di protagonismo giudiziale, e si segnaleranno i tratti specifici e peculiari che al riguardo presenta il diritto penale internazionale.

La bibliografia di riferimento per questo capitolo teorico, come si osserverà, è prevalentemente italiana: questa scelta è determinata non solo dal fatto che si tratta della cultura giuridica di formazione dell'autrice, ma anche dalla consapevolezza del notevole apporto che la dottrina di questo paese ha fornito alla riflessione sul concetto di tipo – rispetto al quale è parzialmente debitrice alla dottrina tedesca – e sulla tipicità, in particolare – e questo invece è un tratto originale del pensiero italiano – sul suo rapporto con il principio di offensività. Accanto alla dottrina italiana compariranno anche alcuni autori spagnoli che hanno specificamente trattato, anche in questo caso con forti legami con il pensiero tedesco, il tema della tipicità. L'inserimento di tali citazioni si spiega sulla base della somiglianza di vedute con la dottrina italiana, nonché sulla circostanza che il pensiero giuridico spagnolo è quello nel quale prevalentemente è avvenuta, da un punto di vista geografico e culturale, la gestazione di questo lavoro.

⁶ Peraltro l'approccio comparatistico, "da metodo opzionale di qualche scuola" sta diventando oggi, sullo sfondo del fenomeno di internazionalizzazione e moltiplicazione delle fonti normative e della politica criminale, un vero e proprio "requisito necessario del sapere penalistico": M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 193.

Nel secondo capitolo si avvertirà un cambiamento dell'angolo visuale, poiché si passerà a descrivere le fattispecie penali internazionali, le fonti internazionali che le prevedono, la loro struttura tipica e le eventuali disomogeneità che si manifestano a livello nazionale – limitatamente al continente latinoamericano – in sede di tipizzazione di tali crimini. Questa panoramica non ha alcuna pretesa di esaustività, ma intende solamente tracciare il quadro di riferimento su cui si innesta l'interpretazione giudiziale che si andrà poi ad analizzare: di conseguenza, dopo alcune considerazioni sui tratti caratterizzanti il diritto penale internazionale in generale, ci si concentrerà sulle sole fattispecie – e, all'interno di esse, su quei soli aspetti – che hanno costituito oggetto delle pronunce delle Corti Supreme latinoamericane. Inoltre, alcuni dei profili critici delle fattispecie verranno in questa sede semplicemente menzionati, rinviando per un approfondimento del dibattito su di essi al terzo capitolo.

La virata verso il diritto penale internazionale e le fonti internazionali determina ovviamente un mutamento nel tipo di bibliografia utilizzata: oltre alla dottrina italiana – nella quale invero non molti autori si sono occupati di questi temi in modo approfondito – e a quella spagnola, si citeranno ampiamente autori inglesi o anglofoni, ineludibile riferimento in materia. Nell'analisi della struttura tipica delle fattispecie si citeranno inoltre pronunce dei tribunali penali internazionali, in particolar modo della Corte Penale Internazionale e dei Tribunali per l'ex-Yugoslavia ed il Ruanda, i quali hanno fornito un apporto significativo alla precisazione e descrizione dei singoli elementi tipici dei crimini internazionali, a conferma della speciale centralità della giurisprudenza in questo ambito del diritto. Infine, si citeranno anche autori latinoamericani, in particolar modo i membri del Gruppo Latinoamericano di Studi sul Diritto penale internazionale, che da anni si occupano in modo approfondito di questa materia, nelle declinazioni e con le specificità che assume in quel continente.

Anche nel terzo capitolo, che come si è detto è dedicato all'analisi delle sentenze delle Corti Supreme latinoamericane, si prenderanno a riferimento tali autori, in questo caso in misura assolutamente prevalente, poiché come si può immaginare sono tra i pochi ad aver esaminato le sentenze oggetto di studio.

Infine, dopo questo esame analitico delle sentenze, il quarto e ultimo capitolo sarà dedicato ad alcune considerazioni più ampie su tale giurisprudenza: più precisamente, si intende riflettere sugli *effetti* che essa esplica, *in primis*, in relazione alle garanzie a favore dei soggetti imputati, rispetto ai quali fonda un vero e proprio regime penale differenziato, e al principio di legalità, che appare decisamente trasformato per effetto di alcune di queste tendenze interpretative. Inoltre, si prenderanno in considerazione le dinamiche che ciascuna di queste tendenze produce nei rapporti con il legislatore nazionale. Vedremo come ciascuna delle due tendenze interpretative individuate partecipi, in modo diverso, al processo di *armonizzazione* delle norme che prevedono le fattispecie penali internazionali, contribuendo ad eliminare le difformità che ancora sussistono a livello locale e rivendicando invece, in alcuni casi, il rispetto di alcune specificità nazionali legittimate dal pluralismo.

Si svolgeranno poi alcune riflessioni sulle *finalità*, più o meno occulte, che animano gli organi giudiziari nell'elaborazione dei percorsi interpretativi descritti, per rispondere alla tesi iniziale secondo cui queste pronunce si basano sull'uso strumentale della sussunzione tipica volto a produrre gli effetti pratici del c.d. regime speciale dei crimini internazionali. Come vedremo, si tratta di una finalità che compare nella sola tendenza espansiva, e che coesiste comunque con un altro fine, di carattere *simbolico*, il quale non mira invece alla produzione di alcuna conseguenza specifica in termini di disciplina. Si cercherà anche di definire la finalità alla base dell'opposta tendenza delimitativa, ed il suo possibile ruolo nella perimetrazione del *penal-internazionalmente* rilevante.

Rivolgeremo un cenno anche ad un aspetto specifico che connota la giurisprudenza esaminata in relazione al contesto di transizione in cui si inserisce: vale a dire, al suo valore *costituente* nella conformazione delle nuove società democratiche, con le sfumature positive o negative che tale funzione può assumere e con i connessi rischi di invasione di sfere extra-penali quali la politica e la storia.

Nello svolgere tali considerazioni, si terranno presenti le differenze sussistenti tra l'attività svolta dalle Corti Supreme in qualità di giudici penali di ultima istanza e quella che rientra invece nel controllo di legittimità costituzionale, oltre alle specificità derivanti dalla configurazione del sistema giudiziario di ciascuno dei paesi interessati. Tuttavia, emergerà come, a prescindere da tali differenze, la

giurisprudenza delle Corti Supreme sia sempre connotata da una speciale autorità persuasiva che ne determina la diffusione anche a prescindere dall'esistenza di un vincolo formale rispetto ad essa.

L'individuazione di questo speciale valore persuasivo ci permetterà inoltre di spiegare un'altra importante dimensione dell'impatto esercitato dalla giurisprudenza analizzata: essa infatti partecipa al movimento di circolazione giurisprudenziale tra i vari ordinamenti giudiziari nazionali e gli organi internazionali e penali internazionali. Queste dinamiche producono interessantissimo fenomeni di interazione, che permettono lo scambio di schemi ermeneutici e paradigmi argomentativi e conducono verso la formazione di un nuovo ordine mondiale. All'interno di esso, i giudici – e le Corti Supreme in particolare –, protagonisti di una progressiva mondializzazione, si rivelano dei fondamentali *artefici* del processo di *armonizzazione* del diritto penale internazionale.

INTRODUZIONE

CAPITOLO PRIMO

LA TIPICITÀ COME PROSCENIO DEL PROTAGONISMO GIUDIZIALE

I. *Premessa*

Nel contesto della prolifica attività delle Corti Supreme latinoamericane, il loro apporto al diritto e alla giustizia penale internazionale si manifesta con particolare intensità nella definizione della struttura *tipica* dei crimini internazionali.

Questa centralità della tipicità riflette, in parte, un dato strutturale del sistema penale, che assegna a tale categoria¹ – e al corrispondente principio – molteplici e fondamentali funzioni sia nella fase di redazione delle norme che in quella interpretativa e applicativa, oltre a fungere da luogo privilegiato della dinamica dialogica e talora conflittuale mediante cui legislatore e giudice interagiscono nella selezione e definizione delle condotte criminose.

Ma nella giurisprudenza che analizzeremo la tipicità assume un ruolo forse ancora più essenziale, poiché essa viene utilizzata come vero e proprio grimaldello, da parte dei tribunali latinoamericani², per applicare il regime speciale dei crimini internazionali, che prevede *in primis* l'imprescrittibilità e l'impossibilità di concedere amnistie o indulti³. Attraverso interpretazioni che allargano le maglie dei tipi penali internazionali, i giudici latinoamericani ne estendono la portata applicativa a

¹ La tipicità è una categoria geograficamente condizionata, poiché non tutti gli ordinamenti l'hanno concettualizzata, pur riconoscendola implicitamente. Non approfondiremo tale profilo; basti solo precisare che lo stesso termine "tipicità", piuttosto chiaro nel pensiero giuridico italiano, in quello tedesco dove si può ritenere che abbia avuto origine (*Tipizität- Typus* come separato rispetto al *Tatbestand*) e in quello spagnolo (*tipicidad*), non sembra traducibile in francese ed inglese, quale riflesso dell'estraneità del corrispondente concetto rispetto a tali sistemi.

² Precisiamo fin d'ora che la nostra ricerca si concentrerà sulla giurisprudenza delle Corti Supreme latinoamericane – accompagnata da alcune pronunce particolarmente rilevanti dei tribunali inferiori – che si è direttamente impegnata nella definizione della struttura tipica dei crimini internazionali, al fine di piegarla, per così dire, all'esigenza di sussumervi i fatti oggetto di giudizio, oppure semplicemente al fine di chiarirne gli elementi e la portata.

³ Si veda sul punto il capitolo II, par. 7.1.1.

condotte che a rigore non vi rientrerebbero, proprio al fine di assoggettarle a tale disciplina speciale in deroga al regime penale ordinario⁴. Al tempo stesso, anche quelle tendenze giurisprudenziali che all’opposto mirano a delimitare la categoria dei crimini internazionali assumono come perno del proprio intervento gli elementi tipici delle fattispecie, precisando o consolidando confini che rischiano altrimenti di subire una slabbratura⁵.

Prima di addentrarci nell’analisi della giurisprudenza latinoamericana menzionata, è opportuno delineare un quadro teorico di carattere generale sul poliedrico concetto di “tipicità”, assunta come lente d’analisi privilegiata nella nostra ricerca. Questa panoramica non ha la pretesa di svolgere un’analisi esaustiva del concetto e della sua evoluzione all’interno della dogmatica penalistica, ma di fissare alcuni punti essenziali che spieghino e giustifichino, in primo luogo, la nozione e il contenuto di “tipo penale” assunti nel presente lavoro, e, in secondo luogo, i motivi per cui proprio questa categoria si presta alla rinnovata mappatura dei ruoli e rapporti tra potere legislativo e giudiziario nel sistema penale complessivamente inteso e, con alcuni tratti peculiari, in quello della giustizia penale internazionale.

2. *I due volti della tipicità: principio e categoria*

La tipicità⁶ compare nel discorso penalistico⁷ con un doppio volto: come principio, tradizionalmente inteso come “un particolare aspetto del principio di legalità imperante in materia di reati e di pene”⁸, e come categoria dogmatica, che

⁴ Si veda *infra*, cap. III, par. 2.

⁵ Si veda *infra*, cap. III, par. 3.

⁶ “Tipicità” e “tipo” derivano etimologicamente dal latino *Typus* e dal greco τύπος, termini che indicano l’impronta, la figura o modello di una cosa della realtà. Originariamente coniato nell’ambito delle arti plastiche (la sua radice etimologica è la stessa del *verbaυπω*, “battere”), il suo significato è stato poi oggetto di una progressiva astrazione fino ad assumere il significato a noi oggi noto di “schema ideale”.

⁷ Nella dottrina italiana, contributi essenziali allo studio della tipicità sono quelli di A. GARGANI, *Dal “corpus delicti” al “Tatbestand”. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997; G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, pp. 536 ss.; R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino, 1979.

⁸ G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, cit., p. 536.

concorre, insieme all'antigiuridicità e alla colpevolezza, alla conformazione del reato⁹.

Queste due diverse forme, ben distinte sul piano concettuale, in realtà si compenetrano e condizionano vicendevolmente.

Il *principio* di tipicità impone al legislatore il mandato di configurare le condotte sanzionate penalmente secondo un certo metodo – la tipizzazione –; come risultato di tale attività appare la tipicità come *categoria*, che costituisce il precipitato tecnico di quel principio e gli assegna un luogo specifico nella struttura complessiva del reato. In questa seconda accezione, la tipicità si manifesta come terreno privilegiato di incontro, e – talora – di scontro, tra legislatore ed interprete, i quali concorrono, come vedremo, alla configurazione dei tipi penali in vista della loro applicazione ai casi concreti.

A queste molteplici sfaccettature corrisponde inoltre una pluralità di funzioni che la tipicità è chiamata ad assolvere negli ordinamenti penali: alla funzione – primaria – di *garanzia* dei cittadini nei confronti del potere punitivo statale e dei suoi eventuali abusi, si accompagna un ruolo di *fondamento* del giudizio di illiceità penale e della conseguente sanzione e di *sistematizzazione* della compagine di condotte che lo Stato ritiene meritevoli di pena.

Pur nella consapevolezza della stretta relazione che unisce la tipicità intesa come principio alla categoria della tipicità e alle corrispondenti plurime funzioni, cerchiamo ora di scomporre questi due volti, partendo dalla dimensione più astratta e ampia che caratterizza il principio per poi muovere verso la sua concretizzazione come categoria all'interno della sistematica penale¹⁰.

⁹ Similmente, GARGANI afferma che la tipicità rappresenta “sia un carattere del reato (ovvero l'essere questo descritto per *tipi*), sia il primo requisito che un accadimento (reale o concreto) deve possedere per poter essere considerato un reato”: A. GARGANI, *Dal “corpus delicti” al “Tatbestand”. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, p. 1. L'Autore segnala l'intrinseca ambivalenza di significato del termine *tipicità*, sia nel linguaggio comune sia di conseguenza in quello giuridico, all'interno del quale assume la valenza di “predeterminazione legale di determinati istituti giuridici assunti come modelli ideali ed astratti” e di “corrispondenza e conformità del fatto storico allo schema normativo” (ivi, p. 12). Ritroveremo questa ambivalenza nel corso della nostra analisi.

¹⁰ Questa duplice fisionomia non costituisce in realtà un tratto unico della tipicità, ma si manifesta anche in relazione ad altri principi-categorie penalistiche: si pensi ad esempio alla colpevolezza, che è al contempo principio ispiratore costituzionalmente riconosciuto che legittima e delimita l'intervento penale, e categoria autonomamente identificata nella teoria del reato.

3. *Il principio di tipicità nella sua duplice dimensione materiale e formale*

Nella sua fisionomia di *principio*, la tipicità si articola in due profili, uno formale, che discende direttamente dal principio di legalità, ed uno materiale, connesso ai principi di offensività e sussidiarietà penale.

3.1. *Tipicità e legalità: il profilo formale*

La tipicità è stata definita come la “precisa predeterminazione dei casi in cui un fatto va considerato – o può essere considerato – come reato, accompagnata da una descrizione più o meno particolareggiata dei suoi elementi oggettivi e soggettivi, nonché la predeterminazione dei tipi di pena irrogabili per ogni singolo caso e del loro rispettivo contenuto afflittivo”¹¹.

Si è acutamente osservato¹² che essa non costituisce un elemento indefettibile del reato: tale è unicamente il *fatto*, quale prima macro-categoria in cui si articola la struttura del reato, ma che non necessariamente deve coincidere con il fatto *tipico*, nel senso che una sua descrizione in termini generali e addirittura vaghi non inficia di per sé l’esistenza del reato. Questa previa distinzione sembra invece spesso dimenticata dalla teoria del reato, che “risente di questo scambio terminologico tra fatto e fattispecie”¹³. Tuttavia, come precisa VASSALLI¹⁴, la tipicità costituisce un *carattere* proprio del reato e dell’intero sistema, e discende da principi normativi che disegnano la fisionomia fondamentale dei moderni ordinamenti penali¹⁵, tessendo un legame irrinunciabile con il *fatto*.

Più precisamente, la tipicità “si configura come aspetto particolare del principio di legalità”¹⁶, specificandone il contenuto in relazione all’obbligo imposto al legislatore di redigere le norme penali secondo un metodo che ne assicuri la chiarezza, determinatezza e precisione. Il tipo penale, che emerge come risultato dell’attività legislativa conforme a tale obbligo, costituisce dunque il precipitato

¹¹ G. VASSALLI, voce *Tipicità*, p. 536.

¹² IDEM, *Il fatto negli elementi del reato*, in *RIDPP*, 1984, p. 552.

¹³ A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, p. 148.

¹⁴ G. VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, cit., p. 552.

¹⁵ Ivi, p. 550.

¹⁶ Così A. GARGANI, *op. cit.* p. 23.

tecnico del principio *nullum crimen sine lege*, la sua necessaria concretizzazione¹⁷ o, ancor più, il suo “condensato, il corpo stesso”¹⁸.

Alla luce di questa sua idoneità a dettare linee direttrici che informano l'intera teoria del reato, riteniamo che si possa riconoscere alla tipicità, che VASSALLI definisce come *carattere* del reato, la dignità di vero e proprio *principio*¹⁹, vista la sua funzione di orientamento del legislatore e/o dell'interprete nella codificazione e applicazione delle regole, secondo la nota definizione doniniana²⁰. Più precisamente, essa costituirebbe un *sotto-principio* o corollario del più ampio principio di legalità²¹, con cui principio di tipicità condivide la *ratio* garantista, volta a tutelare la certezza giuridica e, in via mediata, la libertà individuale dei consociati²²: solamente la descrizione in termini chiari e precisi di una condotta illecita e delle sue conseguenze sanzionatorie può infatti permettere ai cittadini di conoscere adeguatamente i confini tra condotte permesse e condotte vietate, e le specifiche conseguenze che l'ordinamento riserva a queste ultime. Al tempo stesso, la tipicità come mandato imposto al legislatore costituisce un valido strumento per consolidare i limiti

¹⁷ A.E. REYES, *La tipicidad*, Bogotá, 3° ed., 1976, p. 31.

¹⁸ R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 182.

¹⁹ Di avviso contrario sembra invece Marcello GALLO, il quale lo definisce come un “requisito” che riguarda specificamente i tratti del fatto regolato: cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale. Vol. II: Il reato. Parte I: La fattispecie oggettiva*, Torino, 1999, p. 41. Anche PALAZZO lo relega al rango di “canone metodologico, inespresso e privo di forza normativa, quasi di un abito mentale”, che difficilmente può costituire un parametro di diretta applicazione nel controllo di costituzionalità: F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VII, Torino, 1993, p. 343.

²⁰ Questa definizione del “principio”, unitamente alla sua distinzione rispetto alle “regole”, ritorna nel pensiero di quest'Autore: v. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 26 (ma anche voce *Teoria del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, XXIV, Torino, 1993, pp. 234-5). L'Autore, oltre a precisare che i principi ammettono una certa elasticità nelle forme di concretizzazione (ivi, p. 33), traccia una distinzione tra principi *dimostrativi* o *assiomatici*, dotati di forza cogente, e *informativi* o *argomentativi*, che valgono quale criterio ispiratore del legislatore e dell'interprete ma non lo obbligano direttamente né sono direttamente giustiziabili.

²¹ La dottrina italiana concorda nel riservare alla tipicità un apposito spazio all'interno dell'art. 25 co. 2 della Costituzione che sancisce il principio di legalità penale. RONCO, ad esempio, arriva a questa conclusione sulla base di una interpretazione sistematica della disposizione costituzionale, nonché ragionando sul significato del termine “fatto”, da concepire come “complesso di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie criminosa, come complesso di tutte le note cui è ricondotta la punibilità” (M. RONCO, *op. cit.*, p. 117). BRICOLA fonda invece la copertura costituzionale del principio di tassatività (cui è strettamente legato quello di tipicità) sulla *ratio* ispiratrice dell'art. 25 co. 2 Cost. e su dati testuali quali l'art. 13 Cost. (rilevando come, se questa norma richiede la tassatività in sede cautelare, a maggior ragione essa debba essere rispettata in ambito strettamente penale), oltre che sul collegamento con altri principi costituzionalmente sanciti quali l'obbligatorietà della sanzione penale (di cui la tassatività sarebbe parametro di verifica) e il diritto alla difesa (che comporta il diritto alla precisa contestazione dell'addebito): cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, pp. 277-279 e IDEM, *Legalità e crisi, Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3 della Costituzione, rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, pp. 209-210.

²² Così ad es. R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 178.

dell'attività interpretativa affidata al giudice, assicurando in tal modo, in via mediata, la garanzia dei cittadini contro gli eventuali arbitri del potere giudiziario²³.

3.1.1. Tipicità, determinatezza e precisione

La tipicità, come si è detto, concorre ad integrare il contenuto del principio di legalità, ma non ne esaurisce la portata: essa convive e si interseca con altri corollari rispetto ai quali è opportuno qualche chiarimento.

In primo luogo, essa coesiste con il principio di riserva di legge, il quale – nel richiedere che le norme penali siano contenute in leggi approvate dal Parlamento – si muove però su un piano più propriamente *formale*, laddove l'obbligo di tipicità “costituisce il versante *materiale* del principio di legalità”²⁴, e si ripercuote sul contenuto della legge penale. Mentre la riserva di legge si occupa delle fonti della norma penale, il principio di tipicità – e quelli di tassatività e determinatezza – agiscono sulla *qualità* della norma stessa²⁵, incidendo sulla sua formulazione tecnica e sulla sua interpretazione e applicazione²⁶. Inoltre, questi due corollari del principio di legalità si preoccupano di ridimensionare due rischi differenti: mentre la riserva di legge mira a bloccare l'arbitrio del potere esecutivo, la determinatezza-tassatività, e con essa il mandato di tipicità, tende a prevenire quello del potere giudiziario²⁷.

Un intreccio ben più stretto e complesso unisce invece la tipicità ai principi di tassatività, determinatezza e precisione e al divieto di analogia, i quali vengono variamente definiti e combinati all'interno di quella che costituisce appunto la dimensione materiale del principio di legalità.

VASSALLI considera la tipicità come il risultato della combinazione tra la determinatezza e la tassatività, a sua volta scindibile nel divieto di analogia, rivolto al

²³ Sul punto v. *infra*, parr. 6 e ss. di questo stesso capitolo.

²⁴ A. RUIZ ROBLEDO, *El mandato de tipicidad como límite al legislador*, in AGUIAR DE LUQUE Y OTROS, *Constitución, Estado de las autonomías y justicia constitucional. Libro homenaje al prof. Gumersinto Trujillo*, Valencia, 2005, p. 370. Traduzione libera e corsivo aggiunto.

²⁵ R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 208.

²⁶ F. BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 183.

²⁷ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3° ed., Milano, 2004, art. 1, nota margine 29 e F. BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 184, che denuncia il diffuso equivoco di considerare equivalenti tali due profili, attribuendolo alla mancata percezione della differenza tra l'esigenza specifica di garanzia – che fonda la riserva di legge – e l'esigenza di certezza su cui si basa il principio di tassatività (p. 191).

giudice, e nel divieto dell'uso di una tecnica esemplificativa e di clausole di chiusura, destinato invece al legislatore nel momento della formulazione della norma²⁸. Determinatezza e tassatività concorrerebbero dunque come principi, entrambi cogenti, a determinare il volto della tipicità penale: la prima disegnando i connotati della figura, la seconda traducendosi, di fatto, nel divieto di applicare la figura delittuosa a casi concreti non perfettamente corrispondenti alla descrizione normativa²⁹.

GARGANI afferma, in termini forse un po' vaghi, che "il principio di tipicità contiene in sé un duplice aspetto di garanzia, tutelato dalla Costituzione: quello di determinatezza e quello di tassatività"³⁰, salvo poi precisare, in consonanza con la duplice dimensione che individua nel principio di tipicità, che "il principio di determinatezza ed il principio di tassatività attengono rispettivamente al profilo *statico* e al profilo *dinamico* della tipicità"³¹.

Una disincantata ammissione della difficoltà nel delimitare in modo preciso i concetti di tassatività e determinatezza è rinvenibile in un lavoro di Moccia, che, dopo aver proposto una distinzione concettuale secondo la quale "la determinatezza rappresenta una caratteristica attinente alla redazione delle fattispecie" e la tassatività invece "parrebbe riguardare il momento, dinamico, dell'applicazione della norma ed ha la funzione di impedire l'estensione della disposizione a casi non previsti", sostiene che "si tratta, comunque, di aspetti tanto strettamente connessi, per cui appare corretto un riferimento contestuale ad entrambi i termini"³².

Configurando in modo leggermente differente questo intreccio di principi, PALAZZO³³ ritiene invece che la determinatezza sia più vasta, e nel contempo sintomatica, della tassatività. Secondo l'Autore, il principio di determinatezza opera in un duplice momento e nei confronti di due destinatari: sul piano della formulazione legislativa, imponendo al legislatore una determinata tecnica di redazione delle norme incriminatrici, e nel momento dell'interpretazione e applicazione di queste ultime, affidata al giudice, nei cui confronti assume l'aspetto

²⁸ G. VASSALLI, voce *Tipicità*, cit., pp. 540-1.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ A. GARGANI, *op. cit.*, p. 31.

³¹ *Ivi*, p. 35.

³² S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 13.

³³ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, *passim*.

del divieto di analogia³⁴. La tipicità, di conseguenza, si presenterebbe come precipitato tecnico del principio di determinatezza e, indirettamente, come prerequisito essenziale per l'effettivo rispetto della tassatività da parte del giudice nel momento applicativo della norma.

Ad una simile lettura aderisce ALAGNA, che pure unifica nel principio di determinatezza il mandato rivolto al legislatore e quello rivolto al giudice: esso infatti, inteso come “idoneità di un dato letterale a essere conosciuto e compreso”, si rivolge non solo al legislatore, imponendogli un obbligo di “accuratezza nella legislazione”, ma anche all'interprete, rispetto al quale si pone come divieto di analogia³⁵.

MARINUCCI e DOLCINI, pur concordando sull'equivalenza tra principio di tassatività e divieto di analogia, propongono una definizione del principio di determinatezza che lo inserisce più propriamente nel momento di accertamento probatorio che il giudice svolge nel processo; attribuiscono invece al principio di *precisione*, che si rivolge direttamente al legislatore, il compito di imporre la descrizione del fatto e della corrispondente sanzione nel modo il più preciso possibile³⁶. Anche SOTIS sottolinea la rilevanza della tipicità in questo secondo momento interpretativo, ritenendo che essa indichi “all'interprete dei doveri procedurali a cui attenersi nell'attività di applicazione del diritto”³⁷.

Al di là di tali differenti sfumature nella descrizione dei rapporti interni tra i concetti di determinatezza, tassatività, precisione e divieto di analogia, emerge come il principio di legalità comprenda un'esigenza di chiarezza e puntualizzazione delle norme incriminatrici, in modo da garantirne la conoscibilità da parte dei consociati e, per quanto possibile, la certezza applicativa. Questo requisito si traduce nell'imposizione al legislatore dell'obbligo di redigere tali norme con certe accortezze e secondo una determinata tecnica, denominata tipizzazione³⁸.

³⁴ IDEM, voce *Legge penale*, cit., p. 355.

³⁵ R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 185.

³⁶ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2° ed., Milano, 2006, pp. 57 ss.

³⁷ C. SOTIS, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come “programmi di azione”*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 9, 2009, p. 1154.

³⁸ Anche la Corte Costituzionale italiana ha riconosciuto che il “tipo” è il punto di riferimento della sufficiente determinatezza (C. Cost., 15.5.1989, n. 247, in tema di frode fiscale, e 11.06.1990 n. 282 in tema di nulla-osta per la prevenzione degli incendi): “la misura e la natura della determinatezza costituzionalmente imposta è quella che consente alla fattispecie di esprimere un “tipo criminoso”

Quest'ultima può dunque essere vista come uno *strumento*, ormai consolidato negli ordinamenti penali, per la realizzazione del principio di determinatezza e più in generale di quello di legalità, in funzione di garanzia dei cittadini. La determinatezza si manifesta dunque “in simbiosi con la tipicità”, è “condizione per il raggiungimento di un alto grado di tipicità”³⁹. Al tempo stesso, la tipicità assume una dimensione dinamica che viene in rilievo nel momento dell'accertamento processuale e che impone al giudice determinati limiti dell'attività interpretativa.

3.1.2. *La gradualità della determinatezza*

Una volta riconosciuta questo legame diretto tra tipicità e determinatezza-tassatività, occorre tuttavia riconoscere che gli obblighi che tali principi impongono in sede di redazione delle norme incriminatrici non devono essere intesi in modo eccessivamente rigido. L'ineliminabile complessità del reale, infatti, ne determina l'irriducibilità a dettati normativi assolutamente chiari, univoci e completi: gli attori del sistema penale sono quindi impegnati nell'incessante ricerca di un coordinamento tra queste due forze opposte, vale a dire l'ideale di determinatezza e precisione, da un lato, e la realtà fattuale con cui ci si misura, dall'altro. La ricerca di questo equilibrio si concentra in due momenti diversi e collegati: nella fase di redazione delle disposizioni normative, di cui si occupa il legislatore e, successivamente, nell'applicazione giudiziale di tali norme.

Inoltre, il rischio insito in una concezione troppo rigida della determinatezza è di scivolare in un *metodo casistico*⁴⁰ che finisce per estromettere dalla sfera di punibilità tutta una serie di condotte che in un'ottica di necessità e proporzione meriterebbero invece di essere punite, ma che il legislatore non ha potuto espressamente prevedere o perché eccessivamente numerose, o perché sopravvenute in un momento successivo alla formulazione della norma.

Di conseguenza, il problema della determinatezza non si concentra tanto sulla sua concettualizzazione, ma si manifesta più che altro nell'individuazione del *grado*

elastico ma tuttavia espressivo di un omogeneo contenuto di disvalore” (cfr. F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 357).

³⁹ R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 209, riferendosi alla teorizzazione di Beling.

⁴⁰ Avverte contro questo rischio di “casuismo” J.J. MORESO, *Principio de legalidad y causas de justificación*. (*Sobre el alcance de la taxatividad*), in *Doxa*, n. 24, 2001, pp. 533-534.

o *misura* di determinatezza accettabile per considerare la norma conforme al principio di legalità. In questo senso risulta impossibile stabilire delle regole fisse, un parametro univoco per identificare la soglia minima di determinatezza necessaria per rispettare tali principi⁴¹: “si ha piuttosto uno spostamento del livello di conciliabilità della norma con i principi costituzionali a seconda del rilievo che essa occupa nella funzione di protezione di certi beni giuridici e delle diverse possibilità espressive in relazione alle esigenze di una loro tutela”⁴².

Si tratta essenzialmente di trovare “il giusto mezzo” tra una descrizione delle condotte incriminate fin troppo dettagliata e precisa, che rischia di sfociare nella tecnica casistica, e una generalizzazione eccessiva che, pur favorendo la realizzazione della giustizia nel caso concreto, può minare la certezza giuridica⁴³. Gli standard elaborati per individuare questo grado “ideale” di determinatezza non sono uniformi nei diversi ordinamenti, anche se esiste un certo consenso intorno alle – pur generiche – indicazioni per cui i tipi penali devono essere *prevedibili* e non devono concedere un’eccessiva discrezionalità alle autorità giudiziarie⁴⁴. Inoltre, questo punto di equilibrio può essere diversamente collocato, anche all’interno di un medesimo ordinamento, a seconda della fattispecie cui di volta in volta si riferisce: come rileva FORNASARI, infatti, esistono alcune fattispecie che contengono “valvole respiratorie”, volte a rendere possibile “l’adeguamento della norma alla realtà o alla particolare situazione di fatto [...] oppure a modifiche del costume sociale”⁴⁵, rispetto alle quali il principio di tassatività si esprime in modo attenuato.

⁴¹ Le proposte per l’individuazione di questo parametro sono molteplici: all’idea della prevalenza della giustizia materiale sulla certezza del diritto, fatta propria dalle sentenze sugli spari al muro di Berlino, si è opposto il parametro della “massima determinatezza possibile”. Altri Autori propugnano una teoria fondata sulla distinzione tra elementi descrittivi – che non possono individuare classi ampie ed eterogenee di oggetti – ed elementi valutativi – per i quali la legge deve esprimere il parametro mediante cui operare la valutazione sottesa all’elemento. Cfr. R. ALAGNA, *op. cit.*, pp. 186-7.

⁴² Così M. ROMANO, *Commentario*, art. 1, nota a margine 32. Opinione contraria manifesta invece PALAZZO, secondo cui il principio di determinatezza “si pone essenzialmente come un limite invalicabile”, non ammette graduazione e non può essere ridotto a mero “criterio di ordine all’interno delle tecniche legislative utilizzabili” (F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., pp. 309-10).

⁴³ In termini simili R. MARQUEZ PIÑERO, *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, México D.F., 1992, p. 136.

⁴⁴ Questo afferma DONDÉ MATUTE all’esito di una esaustiva analisi della concezione e attuazione del principio di legalità nei sistemi di *common law* (Regno Unito e Stati Uniti) e in quelli di *civil law* (per i quali prende a modello il sistema messicano): cfr. J. DONDÉ MATUTE, *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, Barcelona, 2007, p. 319.

⁴⁵ G. FORNASARI, *Brevi note sul metodo interpretativo del giudice penale e sulla funzione dogmatica della giurisprudenza*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 249.

Il grado di determinatezza della norma dipende quindi essenzialmente da quanto la tecnica legislativa riesce a raggiungere quel giusto equilibrio tra le opposte esigenze di *certezza giuridica* e *giustizia del caso concreto* con riferimento alla specifica fattispecie⁴⁶. Il metodo prescelto nella sfera penale per combinare queste due pulsioni è appunto la costruzione tipologica delle norme incriminatrici.

3.2. La dimensione materiale della tipicità e il principio di offensività

Il vincolo con la legalità ora descritto non esaurisce però il contenuto e le funzioni della tipicità⁴⁷.

Il principio di legalità di per se stesso non è infatti sufficiente ad attuare l'ispirazione garantista che lo anima, rischiando di ridursi a mero strumento di subordinazione politica dell'autorità giudiziaria nei confronti del potere legislativo. Ad evitare questo indesiderato esito, contraddittorio rispetto alla *ratio* del principio democratico, provvede appunto la tipicità del fatto, che “costituisce l'insostituibile premessa per attribuire al principio di legalità, nonché al divieto di applicazione analogica della norma penale incriminatrice, un effettivo e permanente valore di garanzia”⁴⁸.

Accanto alla dimensione *formale*, vincolata al principio di legalità, esiste dunque un'altra faccia del principio di tipicità, che rimanda invece ai principi di offensività, sussidiarietà e frammentarietà che informano i sistemi penali quali criteri orientativi della politica criminale⁴⁹.

In questa altra veste, la tipicità si prospetta come “principio direttivo di ricostruzione degli istituti penali intorno alla nozione di bene giuridico, in quanto

⁴⁶ FORNASARI individua questo punto di equilibrio, che permette l'adempimento del “ruolo marcatamente liberale di argine posto dal legislatore all'arbitrio giudiziale”, nel fatto che “al giudice sia preclusa la possibilità di estendere la portata della fattispecie incriminatrice e vi sia sufficiente chiarezza sulla scelta di valore (in astratto) compiuta in sede legislativa” (G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, Padova, 1990, p. 204, e IDEM, *Brevi note sul metodo interpretativo del giudice penale*, p. 249-250).

⁴⁷ Ivi, p. 77; I. NAVARRO FRIAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada, 2010, *passim*.

⁴⁸ M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., p. 105.

⁴⁹ Segnala DONINI come i principi di sussidiarietà (o *ultima ratio*) e offensività o necessaria lesività siano “ormai assurti a endiadi sulla base dell'*argumentum libertatis*” (M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 230). Secondo l'Autore, la frammentarietà costituisce invece non un principio, bensì un criterio, poiché non esprime direttive per il legislatore e l'interprete, ma descrive “l'obiettivo tendenza del sistema” (M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 32).

nozione che consente l'unificazione concettuale di ogni tipo di delitto"⁵⁰. Essa traduce in termini pratici l'idea che il diritto penale debba essere ispirato, e circoscritto, alla protezione dei beni giuridici⁵¹, e mira a realizzare programmaticamente il principio di offensività⁵².

Quest'ultimo, com'è noto, condivide con il principio di legalità la medesima *ratio* garantista, anche se si concentra, più che sul rischio di arbitrio e prevaricazione del potere punitivo, sul pericolo di un'"espansione onnipervasiva del diritto penale"⁵³, e si occupa non tanto degli *strumenti* di tutela quanto dei suoi *contenuti*⁵⁴, selezionando gli oggetti dell'intervento penale⁵⁵.

Pur essendo questo un aspetto meno esplorato dalla dottrina penalistica – se confrontato con il tema della connessione tra tipicità e legalità -⁵⁶, esso è ricco di implicazioni nella configurazione dei sistemi penali⁵⁷. A ben vedere, anzi, questo profilo emerge, nel tipo penale, in un momento logicamente antecedente rispetto ai caratteri che esso assume a compimento del principio di legalità: in primo luogo, esso individua tutte le condotte penalmente rilevanti, isolandole sia rispetto alle condotte lecite⁵⁸ sia rispetto agli illeciti di diversa natura⁵⁹. L'individuazione di specifiche forme di offesa a beni giuridici è dunque "il primordiale compito politico-criminale del fatto"⁶⁰. In questa prima valenza, la tipicità "spiega, delimita e include quel settore della realtà cui, per svariate ragioni di carattere politico-criminale, si è

⁵⁰ M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., p. 99.

⁵¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 178.

⁵² In questi termini R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 179. Sul principio di offensività si vedano, tra gli altri, il fondamentale lavoro di V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005; nonché F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *RIDPP*, 1998, pp. 350 ss.; M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, in A. CADOPPI, (a cura di), *Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, pp. 109 ss., G. ZUCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Milano, 1984, pp. 1700 ss.

⁵³ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 63.

⁵⁴ Ivi, p. 44.

⁵⁵ Anche se, paradossalmente, pur trattandosi di un principio contenutistico, è "privo di un contenuto prescrittivo" realmente predeterminato ed è di conseguenza difficilmente giustiziabile: ivi, p. 45.

⁵⁶ Nella dottrina italiana ha segnalato per la prima volta la connessione del fatto tipico con il principio di offensività G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e spolitico-criminali*, in *RIDPP*, 1983, pp. 1207 ss.

⁵⁷ BRICOLA descrive in termini di influenza reciproca i rapporti tra tassatività, stretta necessità e frammentarietà: "... se dalla tassatività del sistema nel suo complesso emerge l'idea della stretta necessità, a sua volta la tassatività della fattispecie serve a garantire il carattere frammentario del diritto penale" (F. BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 190).

⁵⁸ R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 126.

⁵⁹ I. NAVARRO FRIAS, *op. cit.*, pp. 3 e 100.

⁶⁰ G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1207.

inteso attribuire carattere delittuoso, e la cui realizzazione si vuole evitare per mezzo della minaccia della pena”⁶¹. A questa funzione selettiva e specificatrice concorrono dunque sia il bene giuridico che ciascuna figura di reato intende tutelare, sia le *forme* di aggressione che ne definiscono il contorno⁶².

Il bene giuridico, oltre a porre dei limiti alle scelte incriminatrici del legislatore⁶³, svolge quindi un ruolo essenziale nella definizione del concetto e del contenuto della tipicità⁶⁴; d’altra parte, in quanto “ragione fondante o costitutiva, non può non riverberarsi sulla determinazione concettuale delle componenti costitutive del reato”⁶⁵.

Ma a questa prima funzione selettiva, direttamente connessa ai principi di offensività, proporzionalità e frammentarietà e alla nozione di bene giuridico, la tipicità abbina poi il compito di distinguere, all’interno del perimetro così tracciato, le specifiche figure delittuose e di collocarle all’interno di una scala di disvalore.

Si può dunque riscontrare nella tipicità una duplicità di funzioni, che si esplica in due momenti separati e successivi, nonché in due “spazi” diversi. In un primo momento, essa tende a delimitare i confini *esterni* del penalmente rilevante;

⁶¹ F.J. SÁNCHEZ LÁZARO, *Cómo se elabora una propuesta de lege ferenda? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídicos-penales. Primera parte: Tipicidad*, in *RDPC*, 2° época, n. 16/2005, p. 84-5. Traduzione libera.

⁶² In termini analoghi G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1207. MUSCO considera l’individuazione di un bene giuridico da proteggere come il presupposto della genesi di una fattispecie penale: v. E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, Milano, 2004, pp. 2-3.

⁶³ *Ibidem*, p. 54.

⁶⁴ “La tipicità del fatto si riconnette intimamente alla lesione del bene giuridico: sicché il riferimento al bene tutelato svolge, a sua volta, un’essenziale funzione ai fini della stessa determinazione del concetto di tipicità” (G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 180). L’assoluta centralità del bene giuridico nella delimitazione – esterna e interna – della materia penale è alla base della nota teoria del “diritto penale costituzionalmente orientato” che, valorizzando la funzione fondativa della Costituzione, propone di limitare la tutela penale a quei beni che trovano riconoscimento – diretto o implicito – nel testo costituzionale. Questa teoria, il cui pioniere fu – com’è risaputo – BRICOLA (F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, voce del *Novissimo Digesto Italiano*, 1974, pp. 8-93, *passim*), trovò diffusione negli anni ’70 presso la dottrina italiana, dove incontrò terreno fertile grazie alle peculiarità del sistema penale italiano (sul punto vedi M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta Costituzionale*, in *Foro Italiano*, 2001, V, 29 ss., che lo definisce un modello di difficile esportabilità), ma fu poi oggetto di critiche che indussero ad un suo almeno parziale abbandono: si vedano il celebre D. PULITANO’, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *RIDPP*, 1983, pp. 484 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., pp. 41-84; A. VALENTI, *Valori costituzionali e politiche penali*, Bologna, 2004.

⁶⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 180. Sul concetto di bene giuridico si rimanda, anche per ulteriori riferimenti, a F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983. Un interessante e più recente studio dimostra l’influenza esercitata dall’elaborazione dottrinale, soprattutto italiana, sul concetto di bene giuridico nei paesi del continente latinoamericano (specialmente colombiano), oltre a fornire ricchi riferimenti bibliografici sulla dottrina italiana, spagnola, tedesca e sudamericana: cfr. D. RESTREPO, *Genesi e sviluppo del concetto di bene giuridico in un “diritto penale colonizzato”: il caso colombiano*, in *Indice Penale*, fasc. 1, 2011, pp. 383-444.

successivamente, *all'interno* di esso, svolge il compito di connotare ogni specifica figura delittuosa per contraddistinguerla rispetto alle altre. Riprendendo l'efficace distinzione terminologica proposta da NAVARRO FRÍAS, la tipicità individua dapprima l'area di "illecito specificamente penale" e poi, all'interno di essa, l'"illecito penale specifico"⁶⁶.

Il primario compito di selezione del penalmente rilevante rispetto alla sfera delle condotte lecite – oppure illecite ma colpite da sanzione non penale – è stato anche definito funzione *classificatrice*, mentre l'individuazione dello specifico grado di disvalore che una data condotta riveste tra le diverse opzioni penali risponde ad una funzione *ordinale*⁶⁷. La prima operazione si risolve nel *qualificare* il penalmente rilevante, la seconda si occupa invece di *quantificare*, posto che "il diritto penale contiene in sé queste due nature: il qualificare e il commisurare"⁶⁸. Ciascuno di questi due profili viene ricollegato a due scopi tipici della pena: da un lato, il concetto classificatorio di tipo penale attua la prevenzione generale mediante la previsione di norme astratte e generali; dall'altro, la dimensione ordinale, realizzata mediante la condanna ed esecuzione della pena, si connette all'ideale di specialprevenzione⁶⁹.

Il principio di tipicità non determina dunque solamente *come* devono essere tipizzate ed interpretate le condotte delittuose, ma anche, ed anzi ancor prima, *cosa* costituisce oggetto di tutela penale. Nell'assolvere a questi compiti, la tipicità – e il tipo penale in cui essa si concretizza – traccia un duplice confine: un confine, rigido, tra penalmente illecito e lecito, ed una pluralità di confini mobili, interni a quel primo perimetro, per assegnare al singolo comportamento una collocazione precisa nella

⁶⁶ L'Autrice distingue tra "injusto específico penal" e "injusto penal específico". I. NAVARRO FRÍAS, *op. cit.*, p. 4, nota 14. Rileva inoltre l'Autrice che, pur identificando gli aspetti *formali* della tipicità con il principio di legalità, in contrapposizione a quelli *materiali* collegati al principio di proporzionalità, non si può disconoscere il fatto che il principio di legalità a sua volta garantisce *materialmente* la cosiddetta giustizia generalizzante, che trova fondamento nel principio di eguaglianza (p. 101). Non dissimile da questa bipartizione pare la classificazione operata da PALAZZO tra considerazione *sintetica* e considerazione *analitica* del reato, intese, la prima, come "contenuto di disvalore del reato (...) comune e superiore agli specifici contenuti di disvalore di questa o quella fattispecie, (...) in definitiva i limiti sostanziali alle scelte di criminalizzazione del legislatore", e la seconda come risultante dagli "elementi essenziali attraverso i quali il legislatore costruisce il fatto criminoso tipico (la fattispecie astratta) riflettente lo specifico contenuto di disvalore della fattispecie": F. PALAZZO, *Il fatto di reato*, cit., p. 3.

⁶⁷ Così R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 321.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Ivi, pp. 323-4.

scala di disvalore delle figure delittuose. Questa *multidimensionalità* della tipicità starebbe anche alla base della sua natura “stratificata”, articolata nell’esistenza di più “sottofattispecie” che consentono di modulare la pena in ragione delle peculiari caratteristiche fenomenologiche del singolo fatto illecito⁷⁰.

3.3. *La ratio ispiratrice tra certezza e garanzia*

Il riconoscimento della multidimensionalità del principio di tipicità permette di avere una visione più completa della *ratio* che lo ispira. In primo luogo, esso condivide con il principio di legalità la finalità primaria di assicurare la conoscibilità e la certezza giuridica delle norme penali⁷¹, nonché di dare attuazione al principio democratico di separazione dei poteri.

L’esigenza di certezza giuridica⁷² adombra *in primis* una finalità di natura spiccatamente generalpreventiva⁷³ posto che, come già affermava NUVOLONE, la norma penale può essere obbedita unicamente se il destinatario ha la possibilità di conoscerne con sufficiente chiarezza il contenuto⁷⁴. In questo senso, la tipicità adempie ad una fondamentale funzione di orientamento dei consociati⁷⁵: solo la

⁷⁰ L’immagine è di R. ALAGNA, *op. cit.*, (p. 196 ss.). Secondo l’Autore, questa stratificazione è il risultato della combinazione delle singole norme incriminatrici di parte speciale con il sistema di circostanze sia proprie che improprie (o, potremmo aggiungere, con le norme sul tentativo e sul concorso di persone), che si traduce appunto nella creazione di plurime “sottofattispecie”. Analogamente, REYES afferma che la tipicità funge da anello di congiunzione tra parte generale e parte speciale del diritto penale: A.E. REYES, *op. cit.*, p. 33.

⁷¹ Cfr. F.G. SÁNCHEZ LÁZARO, *op. cit.*, p. 85, e F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 293.

⁷² DONINI legge nei principi di tassatività e determinatezza, ai quali (come detto) risulta strettamente connessa la tipicità, una *ratio* di certezza, sottolineandone nel contempo la natura strettamente ed esclusivamente penale: cfr. M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 39. In termini simili, BRICOLA definisce la tassatività della fattispecie come “determinazione del fatto punibile tal che, sebbene traducendosi in un’astratta figura, sia idonea a stabilirne i caratteri generali, di guisa che il cittadino tenuto all’osservanza del precetto e l’interprete possano agevolmente ricavarne la condotta vietata” (F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., pp. 233-4).

⁷³ Dello stesso avviso è F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, 2007, p. 1308. Anche BRICOLA rileva che l’esigenza di “garanzia” che anima il principio di legalità si pone già a livello astratto di fattispecie e in modo generalizzato per tutti i cittadini (F. BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 186).

⁷⁴ P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, p. 2. Ricordiamo tuttavia che fondati dubbi sono stati manifestati rispetto alla possibilità che i destinatari della norma penale riescano ad averne una *effettiva* conoscenza: PALAZZO definisce quest’obiettivo come un “miraggio” (F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni*, cit., p. 1317), BOBBIO ne sottolinea gli aspetti “mitici” (N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 1951, p. 146 ss.).

⁷⁵ MUÑOZ CONDE la definisce “función motivadora general”, (F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8° ed., Valencia, 2010, p. 252).

previsione normativa delle fattispecie può indicare ai consociati quali comportamenti sono proibiti e sanzionati penalmente, e solo una loro descrizione il più possibile precisa e determinata può fornire un vero e proprio criterio-guida nella scelta di come agire e un'indicazione sulle conseguenze da aspettarsi⁷⁶. Per questo motivo “la tassatività deve essere salvaguardata fin dal momento astratto e per tutti i cittadini”⁷⁷.

In relazione al singolo individuo, poi, la tipicità tende a realizzare – o quantomeno a facilitare – la conoscibilità nel senso di prevedibilità delle conseguenze al proprio comportamento, e costituisce così presupposto indefettibile e misura del giudizio di colpevolezza.

BRICOLA precisa che quest'esigenza di conoscibilità che anima la tassatività può essere intesa non solo in funzione del rapporto “norma penale-cittadino (destinatario)”, ma anche “in funzione del rapporto norma-giudice”, nella parte in cui guarda alla possibilità di prevedere la qualificazione penale che il giudice assegnerà ad una data condotta⁷⁸. In questa seconda accezione, la conoscibilità richiede che la norma penale offra al giudice parametri chiari di giudizio in modo tale da garantire, il più possibile, la prevedibilità del risultato e la possibilità di revisione da parte del giudice superiore⁷⁹.

Questo secondo aspetto lascia trasparire dunque, accanto alla finalità conoscitiva, anche una marcata *ratio* garantista, mirando a proteggere la libertà individuale contro eventuali abusi del potere statale⁸⁰. Nell'imporre al legislatore un determinato criterio e dei requisiti stringenti in fase di redazione delle norme⁸¹, la tipicità concorre con il divieto di analogia, diretto invece direttamente al giudice, a

⁷⁶ Non è mancato chi ha rilevato il valore della tipicità come strumento, a beneficio della collettività, di controllo “dell'effettivo contenuto delle scelte politiche legislative e della loro maggiore o minore ragionevolezza” (M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., p. 119).

⁷⁷ F. BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 186.

⁷⁸ F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 294.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Si vedano ad esempio: R. ALAGNA (*op. cit.*, p. 178), che parla di un duplice scopo, garantista e conoscitivo, S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 17, che, parlando di determinatezza/tassatività, identifica medesimi scopi di certezza delle norme e limitazione dell'arbitrio giudiziale, e A. REYES (*op. cit.*, p. 32), che individua una funzione di garanzia sia della libertà personale sia della certezza collettiva. Anche DOVAL PAIS, citando una sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo, riconosce lo stretto nesso esistente tra legalità e tipicità e i principi di libertà e certezza giuridica: cfr. A. DOVAL PAÍS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Barcelona, 1999, p. 32.

⁸¹ Il principio di tipicità soddisferebbe in particolare la c.d. garanzia “criminale”, riferita cioè al reato ed espressa dal brocardo *nullum crimen sine lege*, la quale, unitamente alla garanzia “penale” – nel senso di applicata alle sanzioni penali, come prescrive il *nulla poena sine lege* – configura la garanzia del cittadino nei confronti del potere punitivo statale. Cfr. R. MÁRQUEZ PIÑERO, *op. cit.*, p. 129.

circoscrivere l'attività interpretativa ed applicativa del giudice penale, al fine di evitare che degeneri in arbitrio. Si tratta quindi di un mandato rivolto al legislatore, ma la cui reale finalità è delimitare e razionalizzare la discrezionalità del potere giudiziario⁸². È proprio questa dinamica spiega il collegamento esistente tra l'obbligo di precisione, cui risponde la tipicità, ed il principio democratico di separazione dei poteri dello Stato⁸³, che si affianca all'idea di certezza giuridica per giustificare e fondare la costruzione del diritto penale per tipi⁸⁴.

L'ispirazione garantista del principio di tipicità si ricollega poi, come si è visto, ai principi di offensività e frammentarietà, tutelando il cittadino contro una onni-presenza ed onni-pervasività della sfera del penale nella sua vita relazionale⁸⁵. La tipicità è lo strumento per mettere in pratica le indicazioni programmatiche che i suddetti principi offrono, prima ancora che alle tecniche di redazione delle norme incriminatrici, alla selezione delle condotte penalmente rilevanti. La tipicità combina dunque la funzione di garanzia e di prevenzione con quella di esprimere "la più grave forma di reazione del nostro ordinamento di fronte ad un illecito"⁸⁶. Essa induce il legislatore ad interrogarsi sulla meritevolezza dei beni e sulla necessità di tutelarli

⁸² Nel suo celebre *La discrezionalità nel diritto penale*, F. BRICOLA, dopo aver rilevato la poliedricità di significati che assume il concetto di discrezionalità giudiziale, ne propone una definizione come "fenomeno di rinvio al caso concreto come il più idoneo ad esprimere quella gamma di valori che è suscettibile di condizionare un certo trattamento giuridico-penale". Secondo l'Autore, alla base di tale rinvio "sta l'impossibilità per il legislatore di fissare in astratto una serie di significati che soltanto il caso concreto, nella sua specifica individualità e quale espressione di una determinata personalità dell'agente, può rilevare" (*La discrezionalità*, cit., 1965, pp. 157-158). Come successivamente precisa, questa definizione impone di distinguere le categorie logiche della discrezionalità e dell'interpretazione (pp. 203-208) e la prima rispetto all'analogia (pp. 208-224). Tra di esse, solamente la discrezionalità può essere considerata, sia pure con certi limiti, "una fonte (giudiziale) del diritto penale" (pp. 207-208); al contrario, a provocare la progressiva assimilazione dell'attività giudiziale a quella creativa del legislatore sono "forme peculiari di equità" che non rientrano in tale nozione di discrezionalità (p. 226).

⁸³ Come garanzia della libertà individuale, il principio di legalità – ed il suo corollario della tipicità – non implica necessariamente la riserva di legge, ma una mera "prevedibilità del rischio penale": è invece la legittimazione democratica che mira ad assicurare "razionalità, ponderazione e avvedutezza nel vagliare la necessità del ricorso alla sanzione punitiva" (così G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, 2007, p. 1251).

⁸⁴ Già BETTIOL traccia un collegamento tra principio di legalità, concezione democratica e autonomia morale della persona umana (G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, 1948, *passim*).

⁸⁵ Come sostiene BRICOLA: "Dall'art. 25 co. 2 della Costituzione si staglia la nozione di fattispecie nella sua funzione di "garanzia", perché diretta a fissare, con assoluto rigore, la linea di demarcazione tra la sfera della liceità e la sfera dell'illiceità penale: quella che i tedeschi denominano *Garantietatbestand*" (F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 311). In termini simili si veda anche IDEM, *Legalità e crisi*, cit., p. 190.

⁸⁶ Così F.G. SÁNCHEZ LÁZARO, *op. cit.*, p. 84 (traduzione libera).

penalmente, e si collega, in tal senso, al tema fondamentale degli scopi della pena⁸⁷. In termini simili, CATENACCI assegna alla tipicità una funzione legittimante e una funzione rassicurante: la prima si manifesta nell'indicazione di ciò che è legittimamente assoggettabile a pena, di modo che "il giudizio di conformità al tipo diviene al tempo stesso uno strumento di riaffermazione del disvalore sociale del comportamento"⁸⁸ sanzionato; la seconda deriva invece dal ruolo di limite all'attività creatrice della giurisprudenza, e mira a soddisfare "un'aspettativa generalizzata di certezza giuridica e di giustizia"⁸⁹.

Infine, il principio di tipicità comprende anche un mandato di sufficiente individualizzazione della legge penale, che si ispira al principio di eguaglianza dinanzi alla legge e si manifesta nel momento applicativo della norma penale⁹⁰. Questo contenuto del principio risulta spesso difficilmente sincronizzabile con gli obblighi di precisione e di chiarezza e con le corrispondenti *rationes* di democraticità-certezza giuridica e prevedibilità⁹¹: ciò genera una endemica *conflittualità* all'interno del principio di tipicità⁹², che trova espressione e soluzione nel momento applicativo delle norme penali e in particolare nell'accertamento, affidato al giudice, della corrispondenza dei fatti al tipo penale.

Ed è proprio nel momento processuale che si manifesta l'assoluta centralità della tipicità, che inserisce nella descrizione normativa delle condotte illecite il momento dinamico ed imprescindibile dell'accertamento giudiziale, aprendo nella rigida facciata della fattispecie legale una breccia dove possono penetrare esigenze di giustizia di segno diverso.

⁸⁷ G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., pp. 1227 ss.

⁸⁸ M. CATENACCI, *Legalità e tipicità del reato nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003, p. 112.

⁸⁹ Ivi, p. 113.

⁹⁰ FIANDACA e MUSCO sottolineano inoltre il valore *processuale* del principio, che costituisce il criterio di verifica dell'obbligatorietà dell'azione penale e nel contempo il necessario presupposto per un corretto esercizio del diritto alla difesa, che si vedrebbe altrimenti messo in difficoltà dall'assenza di una puntuale descrizione legale del fatto oggetto di contestazione: cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 77. Anche F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni*, cit., p. 1308, concorda nell'attribuire alla tipicità-determinatezza una funzione di garanzia del diritto di difesa.

⁹¹ Cfr. I. NAVARRO FRÍAS, *op. cit.*, p. 101.

⁹² NAVARRO FRÍAS traccia una gerarchia tra queste confliggenti esigenze optando per la prevalenza della precisione rispetto alla chiarezza, e, nel contempo, della concretizzazione rispetto alla precisione: v. I. NAVARRO FRÍAS, *op. cit.*, pp. 36 e 101. Di diverso avviso è invece MORESO, secondo cui la chiarezza delle norme perseguita dal punto di vista del cittadino, veicolando un maggior grado di autonomia di quest'ultimo, automaticamente riduce la discrezionalità della polizia e degli organi giudiziari (J.J. MORESO, *Principio de legalidad*, p. 533).

4. *La categoria della tipicità*

Il principio di tipicità si traduce dunque nell'imposizione di un mandato al legislatore per la redazione delle norme penali, calando in tale attività le esigenze di offensività, sussidiarietà e proporzione, da un lato, e di precisione e determinatezza dall'altro. Questa ramificazione di esigenze e principi viene dunque canalizzata nell'obbligo di seguire una determinata tecnica legislativa denominata tipizzazione o "costruzione tipologica per fattispecie"⁹³.

Si tratta di una modalità di redazione della norma, che avviene mediante "la predeterminazione a livello legislativo di «figure di reato», denominate fattispecie legali"⁹⁴ e che permette di gettare un *ponte* tra astrattezza della disposizione di legge e concretezza del fatto, evitando di incorrere negli eccessi di un metodo casistico – il quale, abbinato al divieto di analogia, finisce per provocare delle incolmabili lacune di punibilità – oppure, all'opposto, nell'impiego di clausole generali che rischiano di ampliare potenzialmente all'infinito l'area del penalmente rilevante. La tipizzazione si colloca invece nel giusto mezzo tra questi due estremi, consentendo di combinare e bilanciare le spinte opposte di astratto e concreto.

Come canone che presiede alla formazione della volontà legislativa in materia penale, la costruzione tipologica della fattispecie "è innanzitutto uno strumento per realizzare pienamente il principio di legalità, ma prima ancora è un requisito interno al funzionamento stesso del precetto penale"⁹⁵, e diviene addirittura "un modo di pensare la realtà, un modo di saper ritagliare nella indistinta superficie della realtà ben delimitate tipologie offensive rese evidenti dalla loro omogeneità di disvalore"⁹⁶.

Il prodotto di questa tecnica legislativa⁹⁷, e nel contempo precipitato tecnico del principio sopra esaminato, è la *categoria* della tipicità, che organizza la sfera delle condotte penalmente sanzionate in una pluralità di *tipi penali*. In questi ultimi

⁹³ Così la definisce F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 342.

⁹⁴ A. GARGANI, *op. cit.*, p. 19.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ "La tipizzazione è il procedimento descrittivo e dunque la descrizione per tipi legali che corrisponde alla caratteristica essenziale della fattispecie. L'esito di questo procedimento è la tipicità e cioè la descrizione del fatto per tipi legali": F. DEAN, *La tipicità nella teoria generale dell'illecito penale*, in *RIDPP*, 2006, p. 142.

“vengono plasmate soluzioni sociali ai conflitti. (...) Essi sono il risultato di una riflessione del legislatore sull’opportunità che una condotta sia sanzionata in via generale”⁹⁸, ed assurgono a vera e propria “forma del pensiero giuridico”⁹⁹. I tipi penali non esistono già nella realtà: spetta al legislatore “costruirli produttivamente (...) secondo le particolari esigenze di un sistema penale a fattispecie tipiche”¹⁰⁰.

La categoria della tipicità assolve pertanto al primario compito di “ridurre la molteplicità della realtà a un parametro normativo unico”¹⁰¹, secondo una logica di schematizzazione che risulta indispensabile per la scienza del diritto¹⁰²; ad essa spetta “la missione di selezionare le condotte proibite ed informare su di esse”¹⁰³. Il *Tatbestand* legale si contraddistingue perciò rispetto ai singoli fatti concreti¹⁰⁴, dei quali propone una – necessaria – astrazione¹⁰⁵; tuttavia, tra queste due entità non esiste una contrapposizione così netta, anzi, la differenza che li separa è la stessa “che intercede fra il modello e la copia, fra lo schema e l’esempio che a tale schema può essere ricondotto”¹⁰⁶.

Il concetto di “tipo” esprime così l’idea fondamentale di “un’unità omogenea di disvalore unificante la diversa molteplicità naturalistica in un modello unitario di fatto”¹⁰⁷: adempie in altre parole alla funzione di ridurre ad unità e a concetto la molteplicità che si manifesta in natura, pur con le ovvie limitazioni derivanti dalla “non raggiungibile varietà del concreto”¹⁰⁸. Nello svolgere quest’operazione, il tipo rende comprensibile la figura delittuosa ai consociati e, nel contempo, assicura la

⁹⁸ R. MARQUEZ PIÑERO, *op. cit.*, p. 150. Traduzione libera.

⁹⁹ C. CREUS, *op. cit.*, pp. 127-128.

¹⁰⁰ W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull’ermeneutica penalistica*, Napoli, 2007, p. 230.

¹⁰¹ R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 178.

¹⁰² C. CREUS, *op. cit.*, p. 131. Analogamente, DELITALA ricorda che “il legislatore procede per schemi, crea dei modelli di fatti, e, se il fatto non corrisponde completamente al modello legale, il giudice è tenuto ad assolvere”: G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, in IDEM, *Diritto penale, raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976, p. 88.

¹⁰³ A. GIL GIL, *La tipicidad como categoría del delito*, in A. GIL GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS, J. NUÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de derecho penal. Parte general*, Madrid, 2011, p. 170. Traduzione libera.

¹⁰⁴ Che DELITALA definisce *Tatbestand* concreto, in contrapposizione appunto a quello legale: G. DELITALA, *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁵ Anche CEREZO MIR sostiene che i tipi si formano grazie ad un processo di astrazione a partire da fatti concreti, individuandone alcune note comuni (J. CEREZO MIR, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2008, pp. 415-6).

¹⁰⁶ G. DELITALA, *op. cit.*, p. 87.

¹⁰⁷ F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 342.

¹⁰⁸ Secondo la definizione adottata dalla Corte Costituzionale italiana, sent. 644/1988.

proporzione tra gravità dell'illecito e severità della sanzione¹⁰⁹, offrendo una conferma tangibile della *ratio* conoscitiva e garantista del principio di tipicità e il nesso che lo lega ai principi di offensività e proporzionalità.

La tipicità osserva l'esperienza reale e ne ricerca e valorizza la *categorialità*, schematizzandola in modo da poterla assumere come parametro di giudizio¹¹⁰. Il tipo penale che risulta da tale procedimento, pur essendo dotato di una natura squisitamente normativa¹¹¹, si pone come vero e proprio "tessuto connettore" tra legge astratta e fatto concreto¹¹², consentendo quel continuo movimento tra l'una e l'altro in cui si realizza la giustizia penale. Questo collegamento non si esaurisce però nel passaggio dal concreto all'astratto che avviene con la redazione delle norme penali per tipi, ma si muove anche in senso opposto, dalle fattispecie normative verso il fatto concreto, e ciò nel momento dell'accertamento giudiziale.

Il contatto tra le dimensioni astratta e concreta è dunque bidirezionale e costante e somiglia più ad un movimento circolare incessante, o meglio ad una spirale¹¹³, che ad una linea retta: esso rivive e si rinnova continuamente nell'applicazione delle norme penali da parte del giudice, grazie alla connessione offerta dalla tipicità. Essa, proprio come un ponte, consente il passaggio tra le due rive in entrambe le direzioni, e per questo motivo costituisce la "causa e nello stesso tempo l'effetto dell'indefinita creatività del sistema"¹¹⁴.

Prima di esaminare questo aspetto *dinamico*, proprio del momento processuale, che consente al tipo penale di rinnovarsi continuamente e di riflettere in questo modo le esigenze di realtà, si impone l'esigenza di un duplice chiarimento in relazione alla sua dimensione *statica*: in primo luogo la definizione di questo termine rispetto al diverso concetto di fattispecie, e, in secondo luogo, la descrizione del suo specifico contenuto.

¹⁰⁹ F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 342.

¹¹⁰ C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, 1992, p. 115. L'Autore studia il concetto di tipicità con un interessante approccio di natura filosofica.

¹¹¹ REYES sottolinea che la tipicità è una realtà *normativa* e differisce quindi dal concetto di *corpus delicti*, che peraltro ne ha costituito anticamente la matrice e che si riferisce invece ad una dimensione fattuale: v. A.E. REYES, *op. cit.*, p. 37. Si sofferma sul concetto di *corpus delicti* come "pre-forma" della nozione moderna di tipicità A. GARGANI, *op. cit.*, pp. 147 ss.

¹¹² R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 199.

¹¹³ W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, pp. 44 e 176. Sul punto si veda *infra*, par. 7.3.

¹¹⁴ M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., p. 85.

4.1. *Tipo penale e fattispecie*

La diversità di sfumature definitorie che caratterizza il concetto di “tipo penale” e il velo di apparente confusione che aleggia su di esso non deve trarre in inganno sulla differenza di significato che lo separa dal concetto di “fattispecie”¹¹⁵.

Mentre HASSEMER limita la rilevanza del concetto di fattispecie all’ambito delle norme penali, e più precisamente a quella parte che contiene la descrizione comportamentale¹¹⁶, BRICOLA ritiene che la “fattispecie legale”, intesa come “ipotizzazione astratta di una condotta o di un fatto” o meglio “significazione astratta di un certo valore”¹¹⁷, attenga a diverse branche del diritto, come il civile e l’amministrativo, oltre che al penale. Tuttavia, come poi chiarisce, in quest’ultimo ambito la fattispecie assume una forma peculiare, poiché si occupa “di connotare un comportamento qualificato da un disvalore *necessariamente* specifico” che si esprime mediante una certa misura – o meglio una cornice edittale – di sanzione penale¹¹⁸. Proprio in questo aspetto si concentrerebbe l’idea di *tipicità* dell’illecito penale: all’interno dello specifico settore del diritto penale, quindi, tipo e fattispecie non possono essere disgiunti.

Ma il criterio discretivo tra i due concetti in questione si proietta anche, più concretamente, nel preciso contenuto e nella portata di ciascuno di essi. Così, mentre il tipo penale si compone di tutti e soli quegli elementi che concorrono a descrivere il nucleo dell’illecito, la fattispecie include anche elementi ulteriori – come tratti relativi alla colpevolezza o condizioni obiettive di punibilità – che completano la configurazione del reato e ne determinano la punibilità¹¹⁹. Il tipo penale è dunque più circoscritto rispetto alla fattispecie: ne definisce i connotati essenziali, ma deve

¹¹⁵ BOBBIO identifica le fattispecie con “comportamenti umani regolati” che, complessivamente considerati, integrano quel contenuto materiale idoneo a riempire il “recipiente” delle norme che regolano tali comportamenti, e che costituiscono l’aspetto formale dell’ordinamento giuridico: v. N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, pp. 4-5. Nel diritto penale, poi, sono state individuate differenti articolazioni della fattispecie: astratta o legale, reale e concreta: cfr. A. GARGANI, *op. cit.*, pp. 41 ss.

¹¹⁶ W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 65.

¹¹⁷ F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 195. Secondo l’Autore, questa nozione di fattispecie la rende conciliabile di per sé con gli elementi elastici (determinati o indeterminati): *ivi*, p. 196.

¹¹⁸ F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 201.

¹¹⁹ Per una chiara distinzione tra questi due concetti cfr. ad es. A. GIL GIL, *La tipicidad*, cit., p. 169. L’Autrice esclude dal tipo penale sia le condizioni obiettive di punibilità sia le circostanze attenuanti ed aggravanti, a meno che esse non determinino la formazione di un tipo aggravato ma *autonomo* contemplato nella parte speciale e trovino fondamento in un aumento o diminuzione del nucleo d’illiceità (*ivi*, p. 175).

essere integrato con elementi ulteriori per completarne la descrizione e le conseguenze sanzionatorie¹²⁰.

Questa differenza di significato e portata compare in modo piuttosto costante nella letteratura penalistica, anche se riflessa con terminologia varia. Si impiegano talora indifferentemente i termini “tipo legale” e “fattispecie”, specificando però che se ne può assumere un’accezione più ampia, che rimanda ad una funzione di garanzia e abbraccia tutti gli elementi che condizionano la punibilità, ed un’altra invece più ristretta, connessa ad esigenze sistematiche, che “tende a coincidere con [...] fatto tipico, quale categoria distinta dall’antigiuridicità e dalla colpevolezza”¹²¹. In questa seconda accezione, il fatto tipico o fattispecie indica “il complesso degli elementi che delineano il volto di uno specifico reato [...], quei contrassegni in presenza dei quali può dirsi adempiuto un particolare modello delittuoso e non un altro”¹²². In termini analoghi ROMANO distingue il “fatto tipico in senso lato”, che comprende la totalità dei presupposti della punibilità e che finisce per coincidere con la nozione di reato, ed il “fatto tipico in senso stretto”, che indica invece solamente “gli elementi descritti dalla norma incriminatrice che caratterizzano il singolo tipo di illecito”¹²³.

Al di là di queste differenze terminologiche¹²⁴, emerge un’idea portante secondo cui esiste un’entità, più ridotta della fattispecie legale complessivamente considerata, che ne fissa per così dire le fondamenta, il nucleo di disvalore essenziale attorno al quale ruotano tutti gli elementi ulteriori. A quest’entità si è generalmente convenuto di assegnare il termine “tipo penale”, e così lo adopereremo nel prosieguo della presente ricerca.

4.2. *Il contenuto del tipo penale*

L’individuazione del contenuto del tipo penale, cioè degli “elementi essenziali” su cui si fonda la singola fattispecie criminosa astratta, è un momento di vitale importanza per l’ordinamento penale, poiché tali elementi assolvono la delicata

¹²⁰ Ritroviamo la stessa distinzione in M. GALLO, *op. cit.*, p. 5. L’Autore parla di “reato in concreto” come entità più limitata della fattispecie ed in essa contenuta.

¹²¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 207.

¹²² Ivi, p. 178.

¹²³ M. ROMANO, *op. cit.*, pre-art. 39, n.m. 27.

¹²⁴ Segnala inoltre GARGANI la pluralità di termini ed accezioni elaborata dalla dottrina (fattispecie, fatto, fatto tipico, Tatbestand): A. GARGANI, *op. cit.*, p. 22.

e complessa funzione di attuazione del principio di tipicità nelle sue molteplici declinazioni sopra ricordate, nonché la funzione *sistematica* di tracciare una linea di demarcazione rispetto alle altre categorie del reato¹²⁵. Alla luce di questa loro centralità, si è arrivati a paragonare gli elementi tipici al “materiale da costruzione utilizzato dall’architettura di una certa civiltà”¹²⁶.

Ciò nonostante, la dottrina penalistica ha manifestato opinioni variegata in ordine allo specifico contenuto del concetto di tipo penale. Le ragioni di questa perdurante difformità di vedute sono da rinvenire nell’intreccio tra questo tema definitorio e l’adesione ad una determinata teoria del reato: l’evoluzione del pensiero giuridico in relazione alla struttura del reato è andata infatti di pari passo con una progressiva revisione del contenuto assegnato al tipo penale e, nel contempo, dei suoi rapporti con le categorie dell’antigiuridicità e colpevolezza.

Le origini della tipicità¹²⁷, com’è noto, sono rinvenibili nell’opera di Ernst von BELING, che per primo assunse il concetto di *Tatbestand* a fondamento di una nuova e per molti versi rivoluzionaria teoria del reato¹²⁸. Sulla base dell’idea per cui una condotta delittuosa, per essere considerata tale, deve essere oggetto di una previa descrizione astratta all’interno di una norma di legge, l’Autore sviluppò il concetto di “tipo” – la cui matrice più risalente è rinvenibile in realtà nella nozione processuale di *corpus delicti* –, facendolo assurgere al rango di elemento autonomo del delitto, anzi di vera e propria colonna portante dell’intera struttura del reato¹²⁹.

¹²⁵ Così F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 312.

¹²⁶ F. PALAZZO, *Il fatto di reato*, Torino, 2004, p. 4.

¹²⁷ Per ripercorrere sinteticamente le origini e l’evoluzione del concetto di tipicità penale, si vedano, anche per ulteriori riferimenti, A. GARGANI, *Dal “corpus delicti” al “Tatbestand”. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, *passim*, che ripercorre l’evoluzione storica della categoria fin dall’età dello *ius commune*; R. ALAGNA, *op. cit.*, pp. 199 ss., e J. CEREZO MIR, *op. cit.*, pp. 383-402 (anche per riferimenti relativi alla dottrina spagnola).

¹²⁸ In realtà, come rileva AMBOS, anteriormente a Beling due autori avevano già inaugurato la teoria del tipo, per certi versi anticipando orientamenti che sarebbero stati ripresi ben più tardi: C.K. STÜBEL già agli inizi del XIX secolo si era distanziato dalla separazione, tipica del modello processuale inquisitorio allora prevalente, tra *corpus delicti* e *auctor delicti*, proponendo un nuovo concetto di “tipo garantistico” (*Garantietatbestand*) che comprendeva anche caratteri interni o soggettivi. H. LUDEN, verso la metà del XIX secolo, sviluppò una teoria del tipo di carattere bipartito, fondata sulla separazione tra azione e tipo, inserendo nella prima un elemento di tipo volontaristico (finalità dell’azione): cfr. K. AMBOS, *100 años de la “teoría del delito” de Beling. Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?*, in *RECPC*, 09-05, 2007 (<http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>), pp. 2-4.

¹²⁹ MARINUCCI parla del fatto tipico come “pietra angolare del reato”: G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1206.

La teoria di Beling può essere suddivisa in due fasi successive: in una prima fase, che trova espressione nell'opera *Die Lehre vom Verbrechen*, del 1906, egli fondò un concetto autonomo e puro di *Tatbestand*, quale “profilo, sagoma del tipo di reato”¹³⁰ di carattere prettamente astratto, che rimane ancorato al mondo dei concetti. Successivamente invece, con *Die Lehre vom Tatbestand*, pubblicato nel 1930, l'Autore, cogliendo le critiche che erano state mosse alla sua precedente formulazione, si concentrò sulla distinzione tra “tipo” (*Leitbild-Tatbestand*), inteso come concetto funzionale e relativo, e “fattispecie” (*Deliktstypus*), descrivendo quest'ultima come un insieme composto da elementi di natura sia oggettiva che soggettiva – espressi o impliciti – rinvenibili nella descrizione normativa, che orientano l'interprete in direzione di un'“immagine unitaria”. Appunto quest'immagine unitaria, che egli chiamava “tipo”, costituirebbe il contenuto essenziale, l'“immagine-guida” o *typus regens* di ogni “specie delittuosa”¹³¹. In questo modo il tipo penale subisce una progressiva concretizzazione, venendo a coincidere con “una concrezione meramente oggettiva logicamente precedente” alla fattispecie di parte speciale¹³².

In questa originaria configurazione, il tipo penale è concepito in termini puramente descrittivi, con l'esclusione di qualsiasi aspetto valutativo: in esso sono racchiusi unicamente gli elementi di natura oggettiva o materiale. DELITALA, che per primo introdusse il concetto di tipo nella dottrina italiana, affermava che il fatto si riferisce alla sola materialità del reato, descritta nella fattispecie legale¹³³, schierandosi contro l'opposta visione, fino ad allora predominante¹³⁴, secondo cui il fatto coincide essenzialmente col reato nella totalità dei suoi elementi, a suo parere “poco feconda di utili risultati”¹³⁵. Secondo la formulazione di stampo belinghiano,

¹³⁰ R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 203.

¹³¹ In questo modo, una condotta può fungere da indicatore di un certo “tipo di delitto”, ma anche compiere una funzione differente in relazione ad altre fattispecie penali (ad es. la morte di un uomo può integrare il delitto di omicidio ma anche un risultato ulteriore non specificamente voluto nel reato di lesioni seguite da morte della vittima). Inoltre, può accadere che la medesima *immagine-guida* valga ad integrare varie “specie delittuose”, che si differenziano tra loro non in virtù del *Tatbestand*, che è identico, bensì per l'elemento soggettivo – doloso o colposo – o per determinate caratteristiche della struttura della fattispecie.

¹³² R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 205-6.

¹³³ G. DELITALA, *op. cit.*, p. 83.

¹³⁴ E sostenuta, nella dottrina italiana, da A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.

¹³⁵ G. DELITALA, *op. cit.*, p. 84. Grispigni dal canto suo scinde la fattispecie legale in tre aspetti: uno oggettivo, che chiama “fattispecie per antonomasia”, la cui funzione è di distinguere i vari delitti tra loro – e che possiamo ritenere coincidente con la nozione di tipo penale -, uno soggettivo che coincide

invece, il tipo penale comprenderebbe unicamente gli elementi materiali e descrittivi, vale a dire l'azione delittuosa e l'evento ad essa causalmente connesso, e non invece il c.d. *Tatbestand* soggettivo¹³⁶.

Una simile lettura si combinava perfettamente con il dualismo tra oggettivo e soggettivo su cui si fondava la teoria del reato propugnata dalla Scuola Classica, secondo cui la tipicità e l'antigiuridicità rifletterebero "valutazioni generalizzanti" ed elementi di carattere prettamente oggettivo, mentre gli aspetti soggettivi rientrerebbero nella sola colpevolezza, la quale esprime una "prescrizione individualizzante"¹³⁷. Questa netta dicotomia tra oggettivo e soggettivo e la rigorosa delimitazione della rilevanza di quest'ultimo alla sola sfera della colpevolezza, che si traduceva nella negazione di qualsiasi rilevanza di dolo e colpa all'interno della tipicità, appare pertanto perfettamente coerente con la temperie culturale in cui la nuova dottrina del tipo si inseriva, e riflette al tempo stesso l'ispirazione sottesa al modello processuale inquisitorio all'epoca prevalente¹³⁸.

Pur mantenendo la teoria belinghiana una intramontata attualità, per la sua innovativa costruzione della teoria del reato sulla base tecnico-formale del tipo e il riconoscimento dell'autonomia concettuale e strutturale della tipicità rispetto alle altre categorie in cui si articola la teoria del reato¹³⁹, gli angusti limiti che essa impone al contenuto del tipo penale sono stati progressivamente ampliati, in corrispondenza dell'evoluzione della dogmatica in materia di teoria del reato¹⁴⁰.

con la colpevolezza ed un terzo che si riferisce all'assenza di cause di giustificazione e che definisce "fattispecie delle giustificanti": v. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952, vol. II, p. 127.

¹³⁶ G. DELITALA, *op. cit.*, p. 89-95.

¹³⁷ Cfr. M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 164.

¹³⁸ Tale modello distingueva nettamente, come si è detto, tra *corpus delicti* e *auctor delicti*. Rileva questa connessione della teoria del reato con il modello processuale (inquisitorio o accusatorio) adottato in un sistema, ad es., K. AMBOS, *100 años de la "teoría del delito" de Beling*, cit., pp. 7-8, anche se specifica poi che tra l'adozione della concezione bipartita e causalista e il modello inquisitorio non esiste necessariamente una corrispondenza biunivoca: nei sistemi di *common law* (p. 9), ad esempio, una concezione bipartita fondata sulla duplice dicotomia *actus reus/mens rea* e *offence/defence* convive con un modello processuale accusatorio. Descrive il "sostrato processuale della dottrina del *Tatbestand*" anche A. GARGANI, *op. cit.*, pp. 77 ss.

¹³⁹ R. ALAGNA, *op. cit.*, pp. 207-8.

¹⁴⁰ Ricordiamo anche che la teoria del fatto tipico fu oggetto della serrata critica da parte della Scuola di Kiel, in modo particolare del suo capofila G. DAHM (*Verbrechen und Tatbestand*, Berlin, 1935), nel contesto di una più ampia contestazione del diritto penale liberale: sul punto cfr. A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, *passim*. Al modello belinghiano è stato più di recente obiettato che esso farebbe perdere di vista la natura *unitaria* del reato: cfr. M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, *passim*.

Spetta a MAYER¹⁴¹ il merito di aver approfondito i rapporti intercorrenti tra la categoria della tipicità e l'antigiuridicità, affermando il valore *indiziante* della prima rispetto alla seconda¹⁴². Il fatto tipico presenterebbe insomma, già di per sé, una rilevanza *giuridica*, anche se essa richiede la conferma risolutiva fornita dalla valutazione sull'antigiuridicità, che la mette in rapporto con l'intero ordinamento giuridico¹⁴³. Il riconoscimento di questa relazione così intensa comporta quasi automaticamente un'apertura del tipo penale ad una dimensione anche valutativa¹⁴⁴, superando la sua precedente caratterizzazione in termini del tutto neutri, ed ammettendo l'inserimento in questa categoria anche di elementi normativi e della carica valutativa insita in essi. Questo aspetto valutativo si connette inoltre alla funzione che la tipicità – come principio e come categoria – svolge in termini di selezione dei comportamenti penalmente rilevanti, in applicazione dei principi di offensività e frammentarietà.

I rapporti tra tipicità e antigiuridicità si intensificano ulteriormente nella dottrina di SAUER¹⁴⁵ e MEZGER¹⁴⁶, secondo cui la tipicità non si limita ad un ruolo di *ratio cognoscendi*¹⁴⁷ rispetto all'antigiuridicità, ma ne è vera e propria *ratio essendi*: è una “antigiuridicità materiale tipizzata”¹⁴⁸. Essa contiene già una valutazione del fatto, poiché lo inserisce tra quelli contrari a diritto e quindi meritevoli di pena, anche se la categoria dell'antigiuridicità, successivamente verificata, può smentire tale valutazione in presenza di cause di giustificazione. Risale inoltre alla dottrina di MEZGER la specificazione del contenuto del tipo penale con attenzione alla teoria delle norme e l'individuazione della non-coincidenza tra fatto tipico e contenuto della proibizione. All'interno degli elementi tipici di natura oggettiva, infatti, si rinviene la coesistenza di due parti, la prima delle quali, attratta nella norma-precetto, contemplerebbe solo l'azione e le modalità della condotta; l'altra parte, invece, in cui

¹⁴¹ L'opera di M.E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, è del 1915 (pubblicata ad Heidelberg), ed è dunque precedente alla diffusione della seconda versione della teoria belinghiana.

¹⁴² Il rapporto tra queste due categorie viene paragonato dall'Autore a quello esistente tra fumo e fuoco.

¹⁴³ Così G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1228.

¹⁴⁴ Così anche F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 255.

¹⁴⁵ W. SAUER, *Derecho Penal (Parte General)*, Barcelona, 1956, pp. 111 ss.

¹⁴⁶ E. MEZGER, *Tratado de derecho penal*, Madrid, 1955, pp. 376 ss.

¹⁴⁷ M. ROMANO, *op. cit.*, pre-art. 39, n.m. 28.

¹⁴⁸ J. CEREZO MIR, *op. cit.*, p. 385.

si concentra il disvalore d'evento, "conterrebbe il nesso causale, l'evento e la lesione del bene giuridico e sarebbe interessata da una distinta norma di valutazione"¹⁴⁹.

Secondo questa differente lettura, il fatto tipico è sempre necessariamente anti-giuridico; di conseguenza, la sussistenza nel caso concreto di cause di giustificazione non esclude solamente che il fatto sia contrario all'ordinamento, ma ne compromette la stessa corrispondenza al tipo legale.

Da questa presunta equivalenza tra tipicità e anti-giuridicità prese le mosse, com'è noto, la teoria degli elementi negativi del tipo¹⁵⁰, che considera l'assenza di cause di giustificazione come un elemento che concorre a strutturare il *tipo* penale. Questa teoria, e la struttura bipartita del reato che essa assume, è stata oggetto di aspre critiche¹⁵¹, e può ritenersi oggi superata da una maggioritaria concezione tripartita del reato che attribuisce rilevanza alla presenza di cause di giustificazione – in termini dunque positivi – in una separata e autonoma sede rispetto alla tipicità, vale a dire, appunto, nell'anti-giuridicità.

Il successivo avvento e la diffusione del finalismo di WELZEL ha indotto ad ampliare ulteriormente il novero degli elementi tipici, ammettendovi anche elementi di natura soggettiva, sulla base della loro riconosciuta rilevanza, ancor prima che

¹⁴⁹ M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 163. Come precisa poi l'Autore, questa lettura è stata poi mantenuta dalla dottrina tedesca, che l'ha affinata attribuendo alla norma-precetto la funzione di rappresentare la prospettiva *ex ante* e alla norma di valutazione la prospettiva *ex post*, senza per questo assegnare al tipo penale attributi che trascendessero la mera oggettività (*ibidem*). Analogamente CERZO MIR precisa che il risultato *reale* di una condotta illecita – l'evento – non forma parte del contenuto della proibizione, poiché il diritto non può proibire la causazione di un determinato risultato, ma solo le condotte dirette a produrlo; di conseguenza, il contenuto del fatto tipico è più ampio della mera materia di proibizione: cfr. J. CERZO MIR, *op. cit.*, pp. 399-400.

¹⁵⁰ I cui maggiori esponenti in Germania sono ENGISCH, LANG-HINRICHSSEN, SCHROEDER e A. KAUFMANN (cfr. i riferimenti in J. CERZO MIR, *op. cit.*, pp. 386 ss., che indica anche gli autori spagnoli che aderiscono a questa teoria: cfr. pp. 396-7, nota 57). Nella dottrina italiana si veda ad es. M. GALLO, *Appunti*, cit., *passim*.

¹⁵¹ Per una disamina delle principali critiche mosse a questa teoria, vedi M. ROMANO, *op. cit.*, pre-art. 39, n.m. 24-25, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., pp. 1195 ss., e, nella dottrina spagnola (sia assumendo come termine di raffronto il c.p. spagnolo, sia sulla base di argomenti di ordine più generale) cfr. J. CERZO MIR, *op. cit.*, p. 387-396. In primo luogo, si afferma che tale teoria determina la perdita di centralità del fatto tipico come conformità al modello legale e la situazione paradossale per cui la a-tipicità di un fatto dipende dalla concorrenza di tutti gli elementi su cui si basa la causa di giustificazione, mentre la mancanza di un *singolo* elemento positivo da solo fa venir meno il fatto. Inoltre, si dovrebbe ammettere che il dolo si atteggia in modo differente in relazione agli elementi che definiscono il nucleo dell'illecito – rispetto ai quali sono richieste coscienza e volontà – ed in relazione alle circostanze su cui si fonda la giustificazione della condotta, per le quali basta che il soggetto non creda che siano presenti. Infine, si nota che tale teoria dà origine a rilevanti lacune di punibilità in tutti quei sistemi nei quali vige la regola del carattere eccezionale della sanzione delle condotte colpose, punite cioè solo ove espressamente previste, nei casi di errore scusabile sulla sussistenza degli elementi alla base di una causa di giustificazione.

nella categoria della colpevolezza, già nella fase della tipicità, come segni esteriori delle modalità di condotta. In realtà tale conquista dogmatica può contare anche su un duplice fondamento costituzionale: *in primis*, è condizione per la realizzazione del principio *nullum crimen sine culpa*, che ha trovato appunto riconoscimento costituzionale. Al tempo stesso, attua l'esigenza di previsione espressa e legalità – anche – dell'elemento soggettivo, incidendo sui limiti della punibilità¹⁵². Si riconosce anzi l'esistenza di un rapporto molto stretto tra legalità e tipicità soggettiva¹⁵³.

All'esito di questa pluriennale evoluzione dogmatica, oggi giorno la dottrina prevalente ammette che il tipo penale sia integrato non dai soli elementi descrittivi e materiali, ma anche da quelli normativi e soggettivi¹⁵⁴.

Questa configurazione del tipo penale, che accogliamo come parametro teorico di riferimento nella presente ricerca, è ben più ampia e complessa di quella originaria e conduce necessariamente a riconoscere che esso ha una struttura linguistica, ma anche una valutativa, rispetto alla quale protagonista è il giudice nella fase dell'accertamento¹⁵⁵. Questa componente valutativa, cui corrisponde una maggior pregnanza del ruolo del giudice, si manifesta con diversa intensità a seconda della natura degli elementi tipici cui si riferisce¹⁵⁶: se per gli elementi descrittivi il significato è ricavabile direttamente dal mondo sensibile¹⁵⁷, la determinazione degli elementi normativi richiede invece una etero-integrazione mediante il rinvio ad una

¹⁵² M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 263.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ Concordano sul punto M. DONINI (voce *Teoria del reato*, p. 263), G. FIANDACA, E. MUSCO (*Diritto penale*, pp. 208-209), G. VASSALLI (voce *Tipicità*, p. 537). BRICOLA precisa che sia la “fattispecie in funzione di garanzia” sia la “fattispecie a fini sistematici” “abbracciano tutti gli elementi che concorrono a siglare la vicenda costitutiva della punibilità”, siano essi di natura oggettiva o soggettiva (F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 319). SÁNCHEZ LÁZARO ricorda inoltre che la tipicità si manifesta non solo nella descrizione dei singoli reati previsti dalla parte speciale, ma anche in alcuni istituti di parte generale, come il tentativo o le disposizioni sul concorso di persone, in quanto clausole che determinano un'estensione dell'area del penalmente rilevante: F.G. SÁNCHEZ LÁZARO, *op. cit.*, p. 86.

¹⁵⁵ D'altro canto, già la struttura intrinsecamente “aperta” del linguaggio implica una certa misura di valutazione, ed è proprio essa a consentire “il fenomeno più vitale del diritto penale, consistente nella possibilità di ricondurre alla medesima fattispecie incriminatrice fatti concreti diversi ma dotati di identico disvalore” (F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni*, cit., p. 1311).

¹⁵⁶ Parallelamente, a ciascuno di questi differenti elementi tipici dovrebbe corrispondere una tecnica legislativa apposita: analizza questo aspetto un interessante lavoro di M.M. OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales: valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago de Chile, 2009, *passim*.

¹⁵⁷ MUSCO mette però in guardia nei confronti dell'ambiguità di significati che gli elementi descrittivi presentano talvolta già sul piano “naturale” (E. MUSCO, *L'illusione*, p. 74).

norma diversa da quella incriminatrice, che può essere a sua volta un'altra norma giuridica – penale o mutuata da altre branche del diritto – oppure una norma sociale o di costume¹⁵⁸.

In questo secondo caso evidentemente il parametro valutativo di riferimento è più elastico¹⁵⁹, lascia al giudice un margine di discrezionalità più ampio ed espone pertanto il giudizio ad un maggior rischio di indeterminatezza – ad esempio a causa dell'assenza di un parametro univoco nel contesto sociale di riferimento¹⁶⁰. Per questo motivo si deve ammettere che il principio di determinatezza che si riflette nei tipi penali viene declinato in modo tendenzialmente diverso a seconda che si misuri con elementi descrittivi o normativi¹⁶¹, secondo quel concetto di *gradualità* che abbiamo esposto in precedenza¹⁶². Lo stesso discorso può essere poi applicato agli elementi soggettivi, che come si è ricordato sono stati introdotti nella sfera della tipicità sulla scorta del finalismo di matrice welzeliana, e che per loro stessa natura rimandano ad un'operazione necessariamente valutativa.

¹⁵⁸ BRICOLA distingue tre categorie di elementi tipici: quelli puramente descrittivi, i cd. “dati necessariamente elastici” (p. 169), espressione di una realtà quantitativa o temporale, e gli elementi valutativi, che appunto rinviano ad una fonte esterna come parametro (rigorosamente giuridico, e allora si tratterà di elementi normativi-giuridici, oppure no, e in questo caso saranno definiti “elementi normativi in senso ampio”) per individuare la regola per il caso concreto. Vedi F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., pp. 167-180.

¹⁵⁹ Si è parlato di questi elementi elastici della fattispecie normativa come di “polmoni” della legislazione, in grado di farla respirare e di adeguarla ai mutamenti sociali e culturali pur mantenendone la stessa forma: cfr. E. MUSCO, *L'illusione*, cit., p. 78. Le potenzialità di apertura insite negli elementi normativi inducono Baratta ad affermare, in termini critici, che il principio di tassatività “impone una tecnica legislativa che permetta la massima oggettività del processo di concretizzazione giudiziale delle fattispecie delittuose, la limitazione delle clausole generali e degli elementi normativi delle fattispecie attraverso rinvii sociali e norme la cui esistenza e il cui contenuto siano empiricamente controllabili” (A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3, 1985, p. 449).

¹⁶⁰ Così G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 83. E. MUSCO (*L'illusione*, cit., p. 77) evidenzia la frequente fallacia di un'operazione di meccanico trasferimento di significato, alla norma penale, dal settore giuridico di riferimento e, al tempo stesso, le difficoltà insite in un'etero-integrazione che rimanda a norme di natura etico-sociale. Di diverso avviso F. BRICOLA (*La discrezionalità*, cit. p. 188), secondo cui il problema dell'indeterminatezza si manifesta in relazione agli elementi meramente descrittivi (quando “malgrado ogni sforzo ermeneutico, il segno linguistico non riesce ad esprimere univocamente la realtà naturalistica richiamata”), agli elementi elastici a carattere quantitativo o temporale (quando “estremamente ampia risulta la zona di possibili decisioni o ristretto il margine positivo o negativo di sicurezza”) e agli elementi normativi in senso ampio (“laddove il significato linguistico non riesce a connotare il parametro valutativo ovvero quest'ultimo non è in grado di esprimere univocamente la regola per il caso concreto”); tuttavia, esso rimarrebbe estraneo agli elementi normativi giuridici.

¹⁶¹ Concorde anche J.P. MONTIEL FERNÁNDEZ, *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal* (tesis doctoral dirigida por el Prof. J.M. Silva Sánchez), Barcelona, 2008, p. 20.

¹⁶² V. *supra*, par. 3.1.2.

Grazie all'elaborazione dogmatica il concetto di tipicità e tipo penale ha acquisito una certa stabilità. Il perfezionamento della sua definizione ne ha confermato l'assoluta centralità all'interno di ogni sistema penale, non solo come precipitato tecnico del principio di legalità e determinatezza, ma anche come strumento ideale per la selezione delle condotte penalmente sanzionate e per garantire la frammentarietà e nel contempo la conoscibilità delle norme penali.

Ci sembra importante a questo proposito svolgere un'ultima notazione. Il concetto di tipo che abbiamo cercato di tracciare trova applicazione nel pensiero giuridico di matrice europea-continentale, in particolar modo, come si è visto, nella dottrina tedesca, italiana e spagnola, ed è penetrata, per mezzo della profonda influenza ivi esercitate da queste tre culture giuridiche, anche nel continente latinoamericano¹⁶³. Tuttavia, all'interno della sfera del diritto penale internazionale, in cui si muove il nostro lavoro, sembra essere finora prevalsa una nozione di reato ispirata al modello di *common law*, e quindi strutturata su una più netta dicotomia tra *actus reus* e *mens rea* e tra *offence* e *defence*¹⁶⁴, probabilmente a causa dell'iniziale predominanza – decisamente ridimensionata a partire dalla redazione dello Statuto di Roma – della cultura giuridica anglosassone nella configurazione dei tribunali penali internazionali. Questa caratteristica del diritto penale internazionale, che ne conferma la natura *ibrida*¹⁶⁵, pone alcune difficoltà nel momento della sua declinazione a livello nazionale, poiché si scontra con una teoria del reato e una nozione di tipo che, nei paesi di tradizione continentale, come visto, è differente. Tuttavia, queste problematiche possono fornire lo spunto e lo stimolo per l'inserimento della categoria della tipicità nell'ambito del diritto penale internazionale, facendo tesoro

¹⁶³ Offre una panoramica dei principali esponenti della dottrina dei vari paesi latinoamericani che hanno aderito a questa teoria del reato e di quelli che invece sono rimasti più saldamente ancorati alla teoria causalista K. AMBOS, *100 años de la "teoría del delito" de Belling*, cit., pp. 10-13. La fortissima influenza che il pensiero giuridico europeo-continentale (precisamente tedesco, italiano e spagnolo) ha esercitato sulla legislazione e dottrina penale dei paesi latinoamericani, per un intreccio di ragioni storicistiche, ha fatto parlare di "diritto penale colonizzato": così D. RESTREPO, *op. cit.*, *passim*. L'Autrice legge questo tratto in particolare nella concezione di bene giuridico, e rivendica la necessità di un'"ibridazione", di questo ed altri concetti penalistici, che fonda quanto appreso ed importato dalla tradizione continentale con elementi, principi ed esigenze di carattere autoctono.

¹⁶⁴ Lo conferma la struttura sistematica adottata da buona parte della manualistica: si veda G. WERLE, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, 2° ed., 2011, n.m. 379 ss.

¹⁶⁵ Sul punto v. *infra*, cap. II.

dell'elaborazione dottrinale maturata in ambito tedesco, italiano e spagnolo e della sua utilità per rafforzare la dimensione di *garanzia* dell'intervento penale¹⁶⁶.

5. *La dimensione dinamica della tipicità*

Tipicità non equivale però solamente a predeterminazione legislativa dei comportamenti punibili: essa, nella sua poliedricità di significati, indica anche la conformità dell'evento concreto rispetto alla fattispecie astratta¹⁶⁷, ed interessa in questo secondo caso più l'interprete nel momento del giudizio che il legislatore. Elemento unificante di tali due poli della tipicità è il riferimento alla nozione di "fatto", che costituisce in tal modo la "vera e propria «spina dorsale» della categoria della tipicità¹⁶⁸.

Nel momento applicativo delle norme il fatto tipico – o tipo penale – forma "il punto di partenza, il primo gradino che bisogna inevitabilmente percorrere, per giudicare intorno alla punibilità di un'azione individuale"¹⁶⁹. Naturalmente, esso non è di per sé sufficiente ad attivare l'intervento penale: a tale scopo è preordinato il collegamento del tipo con la specifica sanzione. "La tipicità esprime la materia, o il contenuto, del divieto (...); ma non dice che è vietato: (...) solo il collegamento del fatto tipico con la sanzione ci fa apprendere che un fatto è vietato (penalmente)"¹⁷⁰. Ed è nella decisione sull'aspetto sanzionatorio, affidata al giudice, che si svolge e si rinnova l'incontro tra la fattispecie legale come concetto astratto ed il fatto concreto, le due dimensioni opposte e complementari di cui si compone il diritto penale. Questa combinazione viene facilitata dalla cornice edittale del singolo reato e dalle circostanze in senso proprio, che fungono da "cerniera"¹⁷¹ tra tali due sfere ed aiutano a cercare l'equilibrio tra le esigenze di astrattezza e conoscibilità previa e quelle di giustizia del caso concreto. Ma gli elementi tipici della fattispecie manifestano già di per sé un'intrinseca "vocazione alla sanzione"¹⁷², poiché pongono

¹⁶⁶ Lo auspica K. AMBOS, *100 años de la "teoría del delito" de Beling*, cit., p. 15.

¹⁶⁷ Così anche A. GARGANI, *op. cit.*, pp. 15 ss. L'Autore suggerisce che è proprio l'interrelazione tra queste due dimensioni a connotare di specificità la tipicità nell'ambito penale (ivi, p. 20).

¹⁶⁸ Ivi, pp. 21-22.

¹⁶⁹ G. DELITALA, *op. cit.*, p. 88.

¹⁷⁰ M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 260.

¹⁷¹ R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 231.

¹⁷² *Ibidem*, p. 226.

le condizioni, i pre-requisiti, della punibilità e fungono da riferimento per la commisurazione della pena nella fase applicativa. È dunque proprio nella cornice del tipo penale che avviene questa necessaria intersezione tra fatto e sanzione¹⁷³ che si concretizza poi nel momento cruciale dell'applicazione della norma da parte dell'interprete.

A quest'operazione, centrale per il diritto penale, concorre anche il *bene giuridico*, il quale, oltre a trasparire nel tipo criminoso, funge da canone di interpretazione e garantisce un "ragionevole equilibrio tra istanza di legalità e adeguamento alla realtà"¹⁷⁴, tutelando contro interpretazioni che ampliano eccessivamente la singola fattispecie¹⁷⁵. Tuttavia, come vedremo nell'analisi delle sentenze delle Corti Supreme latinoamericane, il bene giuridico quale parametro di riferimento per l'interpretazione della norma si caratterizza per un'intrinseca ambivalenza: anche se, fin dalle origini della sua elaborazione, gli è solitamente assegnato un ruolo limitativo della portata del precetto penale, esso può anche condurre verso l'esito opposto, prestandosi a fungere da veicolo per l'analogia e compiendo così una "perversa funzione espansiva della norma incriminatrice"¹⁷⁶. Il ricorso al bene giuridico quale parametro su cui fondare l'interpretazione della norma penale – in chiave espansiva o riduttiva – presuppone in ogni caso la sua identificazione in relazione alla singola fattispecie, che va compiuta dal giudice per

¹⁷³ *Ibidem*, p. 320.

¹⁷⁴ F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 362.

¹⁷⁵ L'attenzione alla concreta offensività del fatto (espressa nella lesione o messa in pericolo del bene giuridico che la norma mira a tutelare) è inoltre servita da punto di partenza per l'elaborazione delle note teorie che intendevano individuare un criterio (inevitabilmente impreciso) per escludere la rilevanza penale di quelle condotte che, pur astrattamente corrispondenti alla descrizione tipica offerta dalla norma penale, rimangono prive di un significativo disvalore perché "socialmente adeguate" o produttive di lesioni insignificanti dei beni giuridici. Il riferimento è evidentemente, nel primo caso, al criterio dell'adeguatezza sociale, elaborato da WELZEL e recepito da parte della dottrina italiana (per ulteriori riferimenti v. M. ROMANO, *op. cit.*, pre-art. 39, n.m. 53) e spagnola (per ulteriori riferimenti v. J. CEREZO MIR, *op. cit.*, p. 401), e nel secondo caso al cd. principio dell'insignificanza, elaborato da ROXIN, che pure trovò una certa diffusione nella dottrina spagnola (cfr. J. CEREZO MIR, *op. cit.*, p. 402). Quest'ultimo propone un giudizio di significatività della lesione del bene giuridico per estromettere dall'area di intervento penale i casi bagatellari. Si tratta però di un criterio impreciso, oltre che contraddetto dalla frequente previsione normativa di simili illeciti come contravvenzioni. Quanto al criterio dell'adeguatezza sociale, la critica che più comunemente gli è stata rivolta è la sua intrinseca imprecisione, che contrasterebbe col principio di certezza giuridica. Alcuni autori ne fanno salva però l'utilità come "criterio materiale per la realizzazione dell'interpretazione teleologica del tipo" (così A. GIL GIL, *La tipicidad*, cit., p. 177). Queste due teorie non rivestono però un particolare interesse ai fini della presente ricerca, posto che si occuperà di condotte la cui offensività e gravità non possono certo essere messe in dubbio.

¹⁷⁶ F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, 2009, p. 278. Traduzione libera. In termini analoghi, e per ulteriori e ricchi riferimenti bibliografici, cfr. D. RESTREPO, *op. cit.*, pp. 386.

via interpretativa; ancora una volta, “è dalle singole fattispecie che è necessario prendere le mosse: sono queste che devono essere «polarizzate» verso il bene giuridico che dà contenuto e significato ai concetti penalistici”¹⁷⁷.

In questo momento di interpretazione ed applicazione della norma penale si manifesta la dimensione più innovativa, importante ed interessante – anche se solo di recente riconosciuta – del tipo penale, che potremmo definire come dimensione *dinamica*¹⁷⁸. Grazie all’attività ermeneutica svolta dal giudice si realizza quell’auspicata combinazione tra l’astratta disposizione di legge e la realtà dei fatti che essa mira a disciplinare e sanzionare, e si compie il “momento più elettrizzante e certamente più significativo della vita di una norma penale”¹⁷⁹. In questa operazione la tipicità si colloca come strumento “idoneo a garantire la legalità nel momento applicativo”, grazie alla sua “capacità di tradursi in programma di azione e, quindi, di garantire la legalità penale sul terreno processuale”¹⁸⁰, poiché indica all’interprete doveri e limiti di cui tener conto nella fase applicativa del diritto.

Se da un lato la tipicità, nel suo profilo *statico*, costituisce il precipitato di una tecnica legislativa di redazione delle norme penali, dall’altro essa “prende vita”, esplicando appieno tutte le proprie funzioni, nel momento dell’applicazione giudiziale, e più precisamente in quell’operazione definita come giudizio di conformità – dei fatti concreti – al tipo. Il tipo criminoso, infatti, “costituisce nella sua elastica identità valutativa il parametro di riferimento del procedimento interpretativo”¹⁸¹, procedimento che muove dal significato linguistico della descrizione legale e si apre poi, appunto mediante il tipo, alla dimensione reale,

¹⁷⁷ G. BETTIOL, *op. cit.*, p. 82.

¹⁷⁸ “La stessa fondamentale categoria del fatto tipico o *Tatbestand* possiede una intrinseca dimensione ermeneutica. A condizione, beninteso, di utilizzare tale categoria sistematica non in una accezione logico-classificatoria astratta, bensì in una accezione che tenga conto appunto dell’attività di concretizzazione interpretativa nel rapporto di interazione tra fattispecie astratta e fatto concreto” (G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in A. PALAZZO, *L’interpretazione della legge penale alle soglie del XX secolo*, Napoli, 2001, p. 304).

¹⁷⁹ E. MUSCO, *L’illusione*, cit., p. 71.

¹⁸⁰ C. SOTIS, *Formule sostanziali e fruibilità processuale*, cit., p. 1155. L’Autore individua la capacità delle formule concettuali di fornire “programmi d’azione” quale chiave per combinare la validità sostanziale (e quindi la coerenza) e la fruibilità processuale di tali concetti, ed evitare in tal modo che l’applicazione avvenga mediante schemi inferenziali. La “tipicità come risultato” dell’interpretazione sarebbe appunto, secondo l’Autore, “il concetto in grado di indicarci il programma di azione attraverso cui ridare, per via esegetica, legittimità alla norma” (ivi, p. 1156).

¹⁸¹ F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 362.

attuando quel già menzionato collegamento bidirezionale che unisce l'astratta sfera normativa ed i fatti concreti.

La tipicità si configura come “problema di fattispecie legale, o comunque astratta”, cui fa invece riscontro, come problema di fattispecie concreta, la “corrispondenza o conformità al tipo”¹⁸². Quest'ultima consiste in quell'operazione che consente ad una concreta condotta umana di penetrare nello schema tracciato dal legislatore e di essere sussunto in esso¹⁸³, o in modo *diretto*, quando il comportamento umano rientra pienamente nel tipo perché ne copre gli elementi descrittivi, normativi o soggettivi, oppure in modo *indiretto*, attraverso l'intervento di un c.d. dispositivo amplificatore della punibilità¹⁸⁴.

Il giudizio di conformità al tipo costituisce insomma la proiezione dinamica della categoria della tipicità¹⁸⁵ e si caratterizza per la capacità di rivolgersi contemporaneamente verso due direzioni: da un lato, verso la disposizione legislativa, in cui rintraccia la fattispecie astratta sintetizzata dal legislatore, e dall'altro, verso il fatto storico che costituisce oggetto di giudizio penale¹⁸⁶. Per riprendere la metafora del ponte sopra proposta, potremmo dire che, se la categoria della tipicità getta un ponte tra la legge generale ed astratta ed i singoli fatti concreti, il giudizio di conformità al tipo è la carrozza mediante la quale si intraprende l'attraversamento di tale ponte per far comunicare le due sponde opposte.

Protagonista indiscusso di questo delicato passaggio è il giudice, il quale, ben lungi dal limitarsi, in linea con il paradigma illuminista, ad una meccanica sussunzione dei fatti storici nelle fattispecie astratte, svolge un ruolo essenziale nell'aprire e gestire il dialogo tra tali due dimensioni¹⁸⁷. “Soltanto il giudice”, infatti, “si trova in quella posizione, di contatto con il *fatto*, che gli consente di calare

¹⁸² G. VASSALLI, voce *Tipicità*, cit., p. 537. L'Autore ritiene che tale operazione investa tutta la struttura del reato, accomunando elementi oggettivi e soggettivi (ivi, p. 538).

¹⁸³ Così A.E. REYES, *op. cit.*, p. 249.

¹⁸⁴ Simili “dispositivi amplificatori della punibilità” sono le norme sul tentativo e sul concorso di persone: *ibidem*, p. 253.

¹⁸⁵ Riconoscono questa duplice dimensione – statica e dinamica – della tipicità: ALAGNA (p. 175, mutuandola da M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *RIDPP*, 1984, 203, nota 79), F. DEAN, *op. cit.*, p. 133-4 e A.E. REYES, *op. cit.*, pp. 252-3.

¹⁸⁶ In termini analoghi R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 175.

¹⁸⁷ Questo passaggio si rinnova ad ogni applicazione della disposizione astratta: “ogni decisione significa – appunto – una comprensione nuova e in tal modo diversa della fattispecie applicata” (W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 182).

l'ideale, astrattamente proteiforme, nelle situazioni concrete, facendogli prendere vita ed assumere di volta in volta diverse fisionomie"¹⁸⁸.

Gli elementi tipici, infatti, siano essi di natura descrittiva o normativa, oggettiva o soggettiva, condividono un'ineliminabile dimensione ermeneutica, e solo a confronto con i casi concreti, destinatari di applicazione delle norme, possono raggiungere il sufficiente grado di determinatezza¹⁸⁹. Il momento applicativo è dunque essenziale per determinare il contenuto e il significato delle norme: nel confronto con i casi concreti emerge la necessità di "restyling concettuale"¹⁹⁰ della legge che conduce l'interprete a rielaborare la regola in varie "sotto-fattispecie, che sono solo "applicazione" della regola generale"¹⁹¹. Le soluzioni giudiziali provocano dunque un inevitabile impatto sulla *norma* penale: pur rimanendo immutata la disposizione astratta, il giudice partecipa alla definizione della *norma* rispetto alla *disposizione* legislativa in sé¹⁹², ed adempie un ruolo *costruttivo* del diritto¹⁹³. Ed è proprio quest'esito creativo della funzione giudiziale a rivelare la "fondamentale importanza che in ogni sistema conserva, ai fini di un giusto ed efficace dispiegamento del magistero penale, il ruolo del giudice"¹⁹⁴.

6. *Il ruolo del giudice nella configurazione dei tipi penali*

L'individuazione della dimensione dinamica della tipicità e dell'assegnazione del compito della sua realizzazione in capo al giudice getta quindi una luce nuova su tale categoria e sul corrispondente principio, che originariamente è stato formulato proprio per circoscrivere il potere discrezionale del giudice ed evitarne il possibile arbitrio. Il mandato di tipicità, infatti, pur rivolgendosi al legislatore, indirizzandolo verso l'adozione di una precisa tecnica di formulazione delle norme secondo *tipi*

¹⁸⁸ O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2280.

¹⁸⁹ "Solo dopo l'interpretazione (...) si può decidere se una legge sia stata tassativa o no": M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 261.

¹⁹⁰ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., p. 82.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 83.

¹⁹² *Ibidem*, p. 63.

¹⁹³ RONCO rileva dal canto suo una parziale contraddizione tra il diritto penale sostanziale e processuale, posto che il sistema penale è "tassativamente determinato sul piano della fattispecie sostanziale, ma aperto sul piano processuale alla valutazione degli elementi probatori secondo il criterio del libero convincimento del giudice" (M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., p. 90).

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 91.

penali, cela una dissociazione intrinseca tra destinatario immediato del criterio che esso impone – il legislatore – e destinatario *reale* della preoccupazione che ne costituisce la *ratio* ispiratrice – il giudice¹⁹⁵.

L'idea alla base di tale dissociazione è che “restare entro la cornice dei «possibili significati letterali» è impossibile quando le norme siano inguaribilmente imprecise. Solo norme chiare e precise consentono di appurare se il giudice faccia operazione di interpretazione ovvero di creazione delle norme incriminatrici, muovendosi all'interno o al di fuori dei limiti segnati dai possibili significati letterali”¹⁹⁶. I tipi penali, di conseguenza, si propongono di fissare una “barriera insormontabile” per l'interpretazione e applicazione giudiziale¹⁹⁷.

Quest'esigenza di delimitazione della discrezionalità dei giudici affonda le proprie radici nella concezione illuminista del principio di legalità e nell'idea di separazione dei poteri dello Stato, assunta a fondamento degli ordinamenti democratici moderni. Memore degli abusi dell'*ancien régime*, l'Illuminismo individua nella rigida tripartizione dei poteri di formulazione montesquieuana e nella rigorosa perimetrazione dell'attività del giudice la chiave della garanzia dei cittadini nei confronti del potere statale. Secondo BECCARIA – uno dei maggiori esponenti di quella cultura giuridica –, l'autorità di assegnare una sanzione penale a determinate condotte “non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale”¹⁹⁸. All'interno di questo sistema, il prodotto del potere legislativo sarebbe perfetto *ex se*, poiché esprimerebbe la volontà dei consociati per il tramite dell'unico loro rappresentante legittimato democraticamente, e non ammetterebbe lacune né aporie.

L'ovvia conseguenza di questa impostazione è la preclusione al potere giudiziario non solo del potere di applicare in via analogica le leggi penali, che ancor oggi costituisce oggetto di divieto, ma anche, più radicalmente, di qualsiasi forma di

¹⁹⁵ A fronte di questa rilevata dissociazione dei destinatari, MONTIEL FERNÁNDEZ denuncia la contraddittorietà della concezione classica del principio di legalità, che predica requisiti della *legge* quando in realtà, quantomeno nell'imporre una *lex stricta*, mira a limitare il giudice nella sua attività di interpretazione e applicazione del diritto: cfr. J.P. MONTIEL FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 18. Secondo FORNASARI, invece, non si tratta di una dissociazione ma di una duplicazione di destinatari, tra i quali il primo rimane comunque il legislatore: G. FORNASARI, *Brevi note sul metodo interpretativo del giudice penale*, cit., p. 250.

¹⁹⁶ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 59.

¹⁹⁷ A. DOVAL PAIS, *op. cit.*, p. 45.

¹⁹⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1991, p. 39.

interpretazione delle stesse: “in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto”¹⁹⁹. Questa riduzione dell’attività giudiziale ad un’operazione meccanica di sussunzione dei fatti nelle norme mira, da un lato, a garantire il rispetto del monopolio legislativo nella selezione e descrizione del penalmente rilevante – essendo l’organo parlamentare l’unico dotato di rappresentatività democratica –, dall’altro, a prevenire la violazione del principio di eguaglianza provocata dalla potenziale difformità di esiti sanzionatori che emergerebbe dall’“errante instabilità delle interpretazioni”²⁰⁰.

Questa rigorosa separazione dei poteri e la conseguente limitazione del ruolo del giudice ad una applicazione pressoché meccanica delle norme, costituirebbero dunque, secondo il paradigma illuminista, gli strumenti essenziali per assicurare la *certezza giuridica* e per garantire il cittadino contro eventuali abusi – nel senso di eccesso o di arbitrio – del potere punitivo statale²⁰¹. E poiché la necessità di interpretazione nasce a fronte dell’oscurità del testo legislativo, per scongiurare quest’eventualità si impone un obbligo di *chiarezza* delle leggi nel momento della loro redazione²⁰². Il principio di determinatezza e precisione delle norme penali funge dunque da strumento per così dire di secondo livello – a sua volta funzionale rispetto al divieto di analogia – per attuare la garanzia del cittadino, e si dirige al legislatore cristallizzandosi, come si è visto, nel mandato di tipicità.

Tuttavia, questa tradizionale concezione dei ruoli dei differenti poteri dello Stato e dei rapporti tra di essi, e il principio di tipicità che ne deriva, fonda un paradigma che non solo deve essere relativizzato su un piano geografico, ma che è attualmente oggetto di una più profonda e globale revisione, le cui ripercussioni si manifestano, come detto, anche sulla concezione della tipicità e sul riconoscimento del ruolo che il momento interpretativo-applicativo affidato al giudice in essa. Pare quindi opportuno dedicare alcune, sia pur brevi, notazioni ai fattori che determinano questa revisione.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 41.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 42.

²⁰¹ La certezza giuridica non viene tutelata come valore assoluto: ciò che si intende evitare è “l’eventuale manipolazione insita nel risultato interpretativo” (E. MUSCO, *L’illusione*, cit., p. 85).

²⁰² BECCARIA sottolinea l’importanza fondamentale che le leggi siano chiare, scritte e diffuse fra il popolo, per garantirne la conoscibilità ed evitare in questo modo l’interpretazione delle leggi, che “conduce verso il dispotismo dei molti”: cfr. C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 42.

6.1. Una corrispondenza da relativizzare

La presunta corrispondenza biunivoca tra *ratio* garantista e mandato di tipicità, pur essendo un ineludibile fondamento dei sistemi penali a noi familiari, non è tuttavia una verità universalmente valida. Si tratta più che altro di un dato di realtà che si è *storicamente* manifestato negli ordinamenti di matrice europea continentale²⁰³, e che caratterizza tutti quei sistemi – come quelli sudamericani nei quali si situa la nostra ricerca – che da essi traggono ispirazione, ma che rimane pressoché estraneo, invece, all’area di *common law*.

All’interno di quest’ultima, come noto, la *ratio* garantista che informa il diritto penale non si vede per nulla scalfita dall’assenza di reati tipizzati e di disposizioni scritte che li definiscano in modo chiaro e preciso. Questa differenza sostanziale si radica nella diversa configurazione della dinamica dei poteri legislativo e giudiziario, nonché, ancora più a monte, nella differente concezione di *legge* assunta in quei sistemi. Senza approfondire tale questione, possiamo affermare in termini generali che, se lo stravolgimento dell’*ancien régime* ad opera della Rivoluzione francese e degli ideali illuministi non ha mai messo in discussione la concezione, tipica dei sistemi continentali, della legge come prodotto della volontà politica sovrana – pur concentrando tale volontà nell’organo parlamentare alla luce della sua rappresentatività –, la tradizione anglosassone ha sempre considerato la legge *in primis* come un “prodotto di giustizia”, al quale cooperano sia il Parlamento che le Corti²⁰⁴. Questa matrice iniziale ha condizionato profondamente l’accezione di legalità/*rule of law* assunta all’interno delle diverse famiglie di sistemi giuridici. Ancor oggi, pur in presenza di un’indubbia convergenza tra *common* e *civil law*²⁰⁵, rimangono strutturalmente differenti nei due sistemi sia l’inter-relazione tra potere legislativo e giudiziario nella determinazione della norma penale, sia i requisiti che quest’ultima deve rispettare in un’ottica di garanzia dei consociati.

²⁰³ Spiegano le origini della tipicità all’interno del modello illuminista di diritto penale M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., pp. 95 ss. e A. GARGANI, *op. cit.*, pp. 24 ss. Secondo MONTIEL FERNÁNDEZ, all’origine delle confusioni e contraddizioni intorno al principio di legalità starebbe, tra gli altri motivi, la pretesa di concepirlo in termini *astorici*: J.P. MONTIEL FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 19.

²⁰⁴ Questa differenza di fondo, da cui discendono a cascata tutti gli elementi che contraddistinguono i sistemi di *common law* rispetto a quelli continentali, è ben analizzata da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 24-29. Si veda anche M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., pp. 104-112.

²⁰⁵ Si veda, fra tutti, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, *passim*.

Il principio di tipicità riflette in modo particolare queste profonde diversità strutturali: in quanto strumento volto ad assicurare il carattere chiaro e preciso della disposizione penale, e ad arginare così la discrezionalità del giudice nel momento applicativo, esso rimane piuttosto estraneo alla tradizione di *common law*, in cui si ammette da sempre che il potere giudiziario partecipi alla formazione della norma. All'interno di tali sistemi, è la regola del *binding precedent* a garantire l'applicazione uniforme del diritto ed il compimento della *ratio* di certezza giuridica²⁰⁶.

Occorre pertanto tenere a mente che il principio di tipicità e la categoria che ne deriva hanno trovato sviluppo negli ordinamenti europei continentali – e in quelli da essi derivati –, dove ha convissuto a lungo con un'idea di separazione dei poteri piuttosto rigida e con una concezione della legge come decisione prettamente *politica*, in quanto tale riservata all'organo parlamentare. Anche se all'interno di tali sistemi la tipicità “ha portato un processo di umanizzazione del diritto penale, ha permesso lo sviluppo dei legami tra imputabilità e colpevolezza, (...) ha spiegato effetto sulla scusante dell'ignoranza inevitabile della legge”²⁰⁷, non significa che essa sia l'unico strumento valido per soddisfare le esigenze di garanzia dei cittadini nei confronti del potere punitivo statale.

Ma la relativizzazione della necessaria corrispondenza tra tipicità penale e *ratio* garantista non va operata solamente su un piano geo-politico: si possono infatti sollevare dubbi anche sulla sua intrinseca validità, o, per meglio dire, si può riconoscere che essa dipende in misura considerevole da altri fattori condizionanti. Come segnala RONCO, infatti, “se è vero che l'elaborazione di fattispecie tipicizzate, ed il carattere descrittivo degli elementi che le compongono, paiono essere il frutto di intenzionalità garantistiche, è anche vero che degli stessi strumenti concettuali si può servire una classe politica autoritaria, per fissare in maniera inequivocabile il valore giuridico dei comportamenti sociali”²⁰⁸. L'effettiva utilità del mandato di tipicità per assicurare la garanzia dei consociati è dunque condizionata dai caratteri del sistema politico e giuridico nel suo complesso.

²⁰⁶ *Ibidem*. L'Autore dimostra però come, per effetto della progressiva convergenza tra i sistemi di *common law* e quelli di *civil law*, pur partendo da premesse assai diverse, si producano esiti applicativi piuttosto simili.

²⁰⁷ R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 180.

²⁰⁸ M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., p. 19.

Inoltre, pur ammettendo il pericolo che la concessione di una libertà troppo ampia al potere giudiziario – specialmente se non accompagnata da adeguati meccanismi di responsabilizzazione dei suoi membri – sfoci in arbitrarietà, non si devono disconoscere i rischi che pure sono presenti in una concezione eccessivamente rigorosa del principio di tipicità. Di per sé, neppure un sistema di diritto prevalentemente legislativo si presenta immune da conseguenze indesiderate: se è vero che esso in linea di principio assicura una maggior uniformità del diritto, d’altro canto, nel porre limiti ben più stringenti all’attività giudiziale, rende più difficoltoso l’adattamento delle norme astratte alle peculiarità del caso concreto e all’evoluzione dei fenomeni sociali e culturali che il diritto intende disciplinare. Di conseguenza, trovandosi il giudice ingabbiato negli angusti spazi concessi da norme “troppo” precise e determinate, il legislatore sarà costretto ad intervenire più frequentemente, in una sorta di corsa contro il tempo che vedrà sempre vincitrice la ben più rapida evoluzione sociale, minando in questo modo la stabilità del diritto²⁰⁹. Queste difficoltà sono amplificate nel contesto di società in cui l’attività legislativa appare affetta da “patologie” che ne minano il corretto funzionamento²¹⁰, e dal fatto che “la presunzione di una maggior precisione dell’atto normativo legale non sempre ha rispondenza effettiva”²¹¹.

Infine, i concetti di precisione e determinatezza sono viziati da un’intrinseca ed ineliminabile debolezza, che li rende soggetti al progresso del sapere umano e, in termini generali, ai limiti strutturali del linguaggio a fronte di realtà sempre più mutevoli e complesse²¹².

La validità dell’equazione garanzia dei cittadini – tipicità penale si trova ad essere necessariamente condizionata da una serie di variabili attinenti alle attribuzioni ed al funzionamento del potere giudiziario e di quello legislativo, oltre che ai reciproci rapporti tra di essi.

²⁰⁹ Analogamente F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 75.

²¹⁰ V. *infra*, par. 7.2.

²¹¹ F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 253.

²¹² È la critica che svolge tra gli altri DI GIOVINE a questi due principi, adducendo come esempio la pervenuta confusione sulla determinazione del concetto di “morte” (cerebrale o cardiaca?) ed ipotesi di diritto penale artificiale connotate da una speciale inelasticità: O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale: tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, pp. 10 ss.

7. *Fenomeni di trasformazione del paradigma della legalità*

Ma anche all'interno dei sistemi di matrice continentale lo schema illuminista della separazione dei poteri e la concezione della legalità-tipicità ad esso collegata sono stati progressivamente superati, in parte a causa delle importanti trasformazioni sociali e politiche avvenute nel corso degli ultimi decenni, in parte grazie alle più recenti acquisizioni della scienza giuridica. Questi fattori hanno per così dire preparato il terreno per una nuova visione del ruolo del giudice nella formazione del diritto penale nonché per il suo progressivo ampliamento.

Questo fenomeno, da alcuni descritto come “trasfigurazione della legalità penale”²¹³, riposa su molteplici cause, tra le quali ne spiccano almeno quattro.

7.1. *L'avvento del neocostituzionalismo*

Un primo fattore che ha inciso sulla configurazione illuminista del principio democratico e della concezione della legalità che da esso promana è stato il passaggio dal costituzionalismo classico al c.d. neo-costituzionalismo²¹⁴.

L'introduzione della Costituzione nell'ordinamento statale determina sempre un cambiamento epocale, poiché seleziona un nucleo di principi fondanti e assegna loro primazia rispetto alla legge. Tuttavia, mentre nelle Costituzioni liberali e classiche prevale l'aspetto “organico” che si preoccupa di separare e delimitare i poteri pubblici in funzione della garanzia della libertà dei cittadini, esaltando nel contempo il potere legislativo in cui si concentra la legittimazione democratica, il neocostituzionalismo stravolge questa configurazione²¹⁵. La Costituzione assurge ora al ruolo di perno dell'ordinamento ed assume quale compito primario l'enunciazione di un nucleo fondamentale di diritti e principi cui contribuiscono anche le fonti sovranazionali direttamente o indirettamente richiamate nel testo costituzionale.

²¹³ L'efficace espressione è di F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni*, cit., p. 1321.

²¹⁴ Sulla nozione di neo-costituzionalismo la letteratura è assai vasta. Fra i molti si veda, anche per ulteriori richiami, P. COMANDUCCI, *Formas de neocostitucionalismo: un análisis metateórico*, in *Isonomía*, n. 16, aprile 2002, pp. 89-112; l'Autore distingue tre forme di neo-costituzionalismo: teorico, ideologico e metodologico, sottoponendo ciascuna di esse ad alcune considerazioni critiche.

²¹⁵ MONTIEL FERNÁNDEZ sottolinea inoltre come questa lettura del Costituzionalismo classico si basi in realtà su alcuni fraintendimenti dell'insegnamento di Montesquieu, o quantomeno sulla decontestualizzazione di alcune sue affermazioni rispetto alla portata complessiva del suo pensiero: cfr. J.P. MONTIEL FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 36-7.

Parallelamente, si ammette che le scelte legislative possono contraddire le esigenze di giustizia ed i valori costituzionali e che in simili casi è la legge a dover essere invalidata o quantomeno reinterpretata in modo conforme alla Costituzione. Si ridimensiona dunque l'importanza della certezza giuridica cristallizzata nelle disposizioni legislative in favore di *principi* consacrati nel testo costituzionale, primo fra tutti quello di libertà. L'idea legicentrica di stampo liberale e illuminista lascia spazio ad una nuova concezione, nella quale la Costituzione è misura e parametro di verifica delle scelte legislative. Compare così quella che viene definita “democrazia sostanziale”, intesa come dimensione materiale delle decisioni legislative, che le vincola ai diritti fondamentali e ai principi espressi nella Costituzione, in contrapposizione – ed in aggiunta – alla c.d. “democrazia politica” che fino ad allora si era concentrata sugli aspetti procedurali – “chi” e “come” fa le leggi²¹⁶. Al principio democratico classicamente inteso si affianca insomma un nuovo “sistema delle garanzie”, che condivide con il primo l'obiettivo comune di “assicurare che la produzione normativa non si riduca a sopraffattorio strumento della ragion di Stato ma si mantenga rispettosa degli interessi sociali ed individuali della comunità”²¹⁷.

Dopo l'apporto dell'Illuminismo alla delimitazione del potere giudiziario contro forme di arbitrio diffuse nell'*ancien régime*, la nuova stagione costituzionale mira ad arginare il potere legislativo e a prevenire gli eccessi cui può condurre il principio democratico ridotto alla deriva maggioritaria. La soggezione del giudice alla legge non viene più intesa come obbedienza alla *lettera* della disposizione, ma viene condizionata alla validità della legge stessa, cioè alla sua conformità rispetto alla Costituzione²¹⁸ e, con l'intermediazione di quest'ultima, ai principi e obblighi imposti dal diritto internazionale. Il concreto controllo del rispetto di questi limiti da parte degli organi legislativi viene affidato al potere giudiziario complessivamente inteso e, con funzioni e poteri particolari, al giudice costituzionale, che si trasforma in tal modo nel “garante della complessità strutturale del diritto nello Stato

²¹⁶ L. FERRAJOLI, *Il diritto come sistema di garanzie*, in *Ragion pratica*, fasc. 1, 1993, pp. 143-161.

²¹⁷ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 42.

²¹⁸ Sul punto concorda GARAPON: “L'emancipazione del giudice deriva (...) inoltre dalle nuove possibilità di giudicare la legge in rapporto a testi contenenti principi di valore superiore, quali la Costituzione o i trattati internazionali” (A. GARAPON, *I custodi*, cit., p. 25). Sull'impatto provocato da questi ultimi, v. *infra*, cap. II.

costituzionale”²¹⁹, in un “colegislatore permanente” chiamato a rendere attuale l’opera del costituente²²⁰.

Il principio di legalità penale non viene abbandonato, ed anzi spesso viene espressamente consacrato nel testo costituzionale; tuttavia, esso assume una connotazione nuova, e deve coesistere con una serie di altri principi costituzionalmente tutelati. La composizione tra queste spinte si converte nel delicato compito del giudice, il quale è chiamato ad assicurare la “mite coesistenza di legge, diritti e giustizia”²²¹. La certezza della decisione giuridica cede insomma terreno in favore della ricerca di un equilibrio che concili i plurimi interessi in un assetto il più possibile condiviso²²².

Prende forma in tal modo un nuovo principio garantista, fondato sul testo costituzionale, che supera il principio democratico e lo sostituisce con la “costituzionalizzazione dell’ordinamento giuridico”²²³. In questo nuovo assetto politico-istituzionale, il giudice si converte, da servitore passivo della legge, in “custode dei diritti”²²⁴ e dei valori supremi della Costituzione, trovando nella difesa dei diritti fondamentali la legittimazione per il proprio *attivismo*²²⁵. La magistratura “si rende *interprete dei diritti* di tutti, e talora delle minoranze (...) e lo fa «dal basso», cioè partendo dai casi”²²⁶: come riconosce DONINI, proprio l’assunzione di questo ruolo si pone alla base dell’evoluzione dei compiti del potere giudiziario²²⁷.

²¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 213.

²²⁰ Così A. GARAPON, *I custodi*, cit., p. 27.

²²¹ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 213. L’idea di “mitezza” che secondo quest’Autore deve informare il diritto si riflette nell’accettazione e composizione tra interessi e valori contrastanti che connotano le attuali società pluraliste.

²²² F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni*, cit., p. 1289. Analogamente, DONINI individua alla base dell’accrescimento del potere giudiziario il recente pluralismo degli ordinamenti e la conflittualità degli interessi pubblici e privati (M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 169).

²²³ J.P. MONTIEL FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 32-33.

²²⁴ A. GARAPON, *I custodi*, cit., *passim*. Anche secondo CAPPELLETTI questo nuovo compito assegnato alle Corti “di dare attuazione ai moderni Bills of Rights” contribuisce enormemente all’espansione dell’ambito del diritto giudiziario e all’aumento della creatività dei giudici: M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., p. 56).

²²⁵ In termini simili C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *op. cit.*, p. 61.

²²⁶ M. DONINI, *Europeismo*, p. 77.

²²⁷ *Ibidem*.

7.1.1. Il ruolo della giustizia costituzionale

All'interno del mutamento di paradigma introdotto dal neocostituzionalismo, la giustizia costituzionale occupa un posto particolare, connotandosi per alcune specificità che la contraddistinguono rispetto alla giurisdizione penale ordinaria.

Mentre quest'ultima è chiamata ad individuare i significati della legge compatibili con i diritti e principi costituzionalmente sanciti, il giudice costituzionale²²⁸ compie un controllo ancora più incisivo sulla legislazione, poiché non deve limitarsi a cercare, tra i molti significati possibili, quello compatibile con la Costituzione, ma può spingersi fino ad affermare la validità o la nullità della singola disposizione con effetti generali. Nel giudice costituzionale si concentrano dunque, in misura maggiore rispetto al giudice penale²²⁹, poteri propriamente normopoietici²³⁰ e una funzione più propriamente politica, che lo collocano in una posizione di naturale “concorrenza” con il legislatore²³¹. Parlamento e Corte Costituzionale – oppure il giudice ordinario cui è affidato il controllo di costituzionalità – rappresentano “valori confliggenti: il Parlamento, la democrazia e i diritti politici; la Corte Costituzionale, tutti gli altri diritti”²³². L'esistenza degli Stati democratici costituzionali si fonda appunto sul tentativo costante di comporre tali principi sempre potenzialmente confliggenti, sulla base dell'idea per cui “costituzione penalistica e democrazia (...) rappresentano due sistemi fungibilmente cooperativi che dovrebbero convergere nella protezione dei medesimi valori”²³³. Il giudice costituzionale si impegna, a fianco del giudice ordinario, a sostituire un potere legislativo “pigro e confuso”, sottoponendone il prodotto ad “una delicata

²²⁸ Con il termine “giudice costituzionale” intendiamo riferirci sia alle Corti Costituzionali, sia ai giudici ordinari che esercitano il controllo di costituzionalità, come avviene all'interno di sistemi a controllo c.d. diffuso: v. *infra*, cap. III.

²²⁹ A questa distinzione si può affiancare poi, come accade nell'ordinamento italiano, la specifica distinzione di funzioni e limiti euristici tra giudizio di merito, affidato ai vari giudici di primo e secondo grado, e giudizio di legittimità riservato alla Corte di Cassazione.

²³⁰ M. CAIANIELLO, E. FRONZA, *op. cit.*, p. 312.

²³¹ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni*, cit., p. 1302. Sul problema della compatibilità del controllo costituzionale con il principio democratico, si veda M. CAPPELLETTI, *Un probleme majeur: control jurisdictionnel des lois et principe de democratie*, in IDEM, *Le pouvoir des juges*, trad. di R. David, Paris, 1990, pp. 215-248.

²³² M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 68. Questa visione si fonda su un'idea di contrapposizione tra legge e diritti teorizzata da DWORKIN (cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, pp. 291-292).

²³³ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 1268.

cosmesi” che lo renda compatibile con i principi costituzionali²³⁴. Tuttavia, i rapporti tra questi due poteri e tra i sistemi di cui sono portavoce non si traducono sempre necessariamente in una contrapposizione netta; anzi, come vedremo²³⁵, le Corti Costituzionali offrono talvolta un appoggio “forte” al legislatore, avvallandone le scelte incriminatrici.

In ogni caso, sia che la Corte Costituzionale si esprima in favore di determinate scelte legislative, sia che intervenga a correggerla mediante un’operazione di “ortopedia giuridica”²³⁶, essa occupa una posizione assolutamente centrale negli Stati costituzionali di diritto. Essa, infatti, è chiamata ad un’operazione di “integrazione assiologica” dei concetti normativi²³⁷, e quindi a dare un “volto costituzionale” al diritto penale, essendo l’unico organo a possedere il potere e gli strumenti per sostituire ad una tutela troppo rigida di un unico interesse, determinata dalla legge, meccanismi più elastici basati sull’idea di bilanciamento. Di conseguenza, il suo intervento è essenziale nella composizione degli interessi in conflitto all’interno delle moderne società *pluraliste*²³⁸ e complesse.

L’importanza e la necessità di tale operazione sono accentuate, tra l’altro, in quei contesti di transizione nei quali il nucleo di valori fondanti dell’ordinamento statale, sovvertito da un precedente regime illiberale e da fenomeni di criminalità di massa, è oggetto di un difficile recupero²³⁹. In simili scenari, la Corte Costituzionale, che, in quanto giudice delle leggi, è custode sia del limite “interno” alla discrezionalità legislativa – che individua “lo spazio lasciato libero al gioco delle forze politiche”²⁴⁰ – sia di quello “esterno”, legato al principio di legalità e gerarchia

²³⁴ G. INSOLERA, *Democrazia, ragione, prevaricazione*, cit., p. 67.

²³⁵ Cfr. cap. III parr. 2.2.3 e 3.7.

²³⁶ Per riprendere la nota immagine di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, voce del *Novissimo Digesto Italiano*, 1974, p. 19.

²³⁷ R. BIN, *op. cit.*, p. 13.

²³⁸ INSOLERA sostiene invece che di recente le giurisdizioni sovranazionali sembrano instaurare un dialogo sempre più diretto con i giudici ordinari, i quali ne ricevono direttamente le indicazioni interpretative, relegando in secondo piano “il dato positivo, la regola normativa e la sua stretta esegesi [...] e con essi, è giocoforza, quello della Corte costituzionale nel suo ruolo la Corte Costituzionale nel suo ruolo di giudice di legittimità delle leggi” (G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente. Tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2370).

²³⁹ Le società latinoamericane in cui si colloca la nostra ricerca, dopo la caduta delle sanguinose dittature che hanno dominato il continente a partire soprattutto dagli anni ’70, stanno appunto sperimentando le difficoltà e le sfide di una transizione democratica.

²⁴⁰ R. BIN, *op. cit.*, p. 162.

delle fonti, è chiamata ad un più pregnante intervento per far fronte a fasi “straordinarie” della gestione dei diritti costituzionali²⁴¹.

7.2. La struttura policentrica del sistema di fonti normative

Ma al superamento dell’idea legi-centrica di matrice illuminista e della pretesa esclusività del Parlamento nell’attività di formazione delle disposizioni penali del principio di legalità e della corrispondente divisione dei poteri, si deve infine menzionare la moltiplicazione dei centri di produzione normativa e delle fonti da essi originate. Questo fenomeno, che interessa il diritto *in toto*, dipende dalla creazione di istanze sovranazionali ed internazionali, cui vengono assegnati poteri sempre più ampi di decisione in ambito politico ed economico, con un corrispondente ridimensionamento della sovranità statale²⁴². Al tempo stesso, poteri normativi vengono assunti anche da enti ed istituzioni infra-nazionali²⁴³. L’impatto che questa moltiplicazione dei centri decisionali provoca sul sistema penale rientra tra i fattori *esogeni e fisiologici*²⁴⁴ che determinano l’erosione dei poteri e delle competenze del Parlamento nazionale e, parallelamente, l’accrescimento del ruolo degli organi giudiziari.

Come vedremo²⁴⁵, questa pluralità di fonti e centri di produzione emerge con particolare evidenza nella sfera della giustizia penale internazionale, ed impone di accantonare il modello piramidale di stampo kelseniano e di sostituirlo con una struttura *reticolare*, nella quale le diverse fonti non sono legate da un rapporto di subordinazione, ma di reciproco necessario coordinamento²⁴⁶.

L’operazione di coordinamento tra le molteplici fonti, che compaiono o si intrecciano in un quadro “flou”, è affidata al giudice nel momento dell’applicazione, il quale trova così un ulteriore motivo per intervenire nella configurazione della norma penale, che avviene mediante l’interazione tra disposizioni di diversa provenienza: “man mano che le norme internazionali sono introdotte nel diritto interno, i giudici

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 168.

²⁴³ M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell’uomo*, Milano, 1992.

²⁴⁴ O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità*. cit., p. 2251.

²⁴⁵ Cfr. l’ultimo par. di questo capitolo e il cap. IV.

²⁴⁶ Così M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., p. 146.

nazionali divengono i *guardiani del diritto*”²⁴⁷ ed anzi, i veri e propri protagonisti di questa fase creativa.

7.3. *La demistificazione del meccanicismo dell’interpretazione giudiziale e il modello della spirale ermeneutica*

Il superamento del paradigma illuminista della legalità e l’emancipazione del potere giudiziario sono fortemente debitori anche degli studi sull’interpretazione²⁴⁸, ai quali spetta il merito di aver demistificato il presunto meccanicismo dell’attività di interpretazione giudiziale²⁴⁹, svelandone il carattere illusorio. “Può darsi che quella finzione abbia avuto qualche influenza positiva in altre epoche e in società primitive o meno aperte; essa può essere però oggi abbandonata senza che si abbandonino con ciò le virtù reali, e non mistificatorie, della funzione giudiziaria”²⁵⁰.

Mentre i dettami montesquieuani e beccariani volevano costringere il giudice in un’operazione di natura sillogistica, l’osservazione del *reale* funzionamento di quest’attività²⁵¹ e la riflessione sulla natura aperta del linguaggio²⁵² e sulla sua ineliminabile componente valutativa hanno indotto a riconoscere che quella

²⁴⁷ M. DELMAS-MARTY, *Le droit pénal comme éthique de la mondialisation*, in *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, n. 1, 2004, p. 5 (traduzione libera).

²⁴⁸ Per un’accurata ricostruzione del problema dell’interpretazione strutturata sulla base di un “sillogismo giudiziario” (la cui premessa maggiore è l’interpretazione della legge, mentre la premessa minore è l’interpretazione del fatto), nonché per una panoramica sulle differenti opinioni dottrinali in merito alla natura dell’attività interpretativa, si veda O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale*, cit., *passim*. L’Autrice, che aderisce al modello della spirale ermeneutica, conclude affermando “l’inanità degli sforzi tesi a preservare una lettura «forte» della tassatività che avrebbe dovuto delimitare la discrezionalità giudiziaria”, ma nel contempo insiste sull’importanza di mantenere e coltivare valori fondamentali del garantismo classico di matrice illuministica (ivi, p. 289).

²⁴⁹ V. ad es. M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica*, cit., p. 699.

²⁵⁰ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., p. 117.

²⁵¹ Ha contribuito a tale mutamento di prospettiva anche l’eco della corrente del *realismo giuridico* americano e scandinavo: cfr. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962.

²⁵² Il linguaggio per sua natura si connota per la “vaguedad y textura abierta”: M.M. OSSANDÓN WIDOW, *op. cit.*, pp. 66 ss.

sussunzione puramente logico-deduttiva non può che essere un’“illusione”²⁵³, una “vuota tautologia”²⁵⁴.

Pur confermando che l’operazione di applicazione del diritto presuppone sempre la definizione normativa²⁵⁵ e ne costituisce in certo modo la cristallizzazione, si è giunti ad ammettere che essa a sua volta influisce sul dettato normativo, specificandone elementi e modificandone la portata in funzione del dato di realtà con cui si confronta e della sua ineliminabile mutevolezza. Il caso oggetto di valutazione nel processo, infatti, è “intriso, esso stesso, di giuridicità. E i profili di giuridicità che affiorano dal caso interagiscono sulla legge attraverso la mediazione interpretativa del giudice”²⁵⁶. La pronuncia giudiziale incide insomma direttamente sul contenuto della fattispecie e sulla sua estensione, instaurando un movimento bidirezionale tra disposizione astratta e fatto concreto²⁵⁷. Tale movimento, come già si diceva, è consentito dal *ponte* gettato dal tipo penale, il quale “a contatto coi fatti storici (...) per così dire si arricchisce e si vitalizza, finendo per incidere a sua volta sulla determinazione dei significati linguistici della fattispecie”²⁵⁸.

L’auspicata sinergia tra norma e realtà si realizza insomma mediante un procedimento che l’ermeneutica definisce “*das Hin- und Herwandern des Blickes*” – l’andare di qua e di là dello sguardo –²⁵⁹, tra fattispecie normativa e fatto storico, che interagiscono ripetutamente a diversi livelli, influenzandosi reciprocamente e

²⁵³ Così la definisce E. MUSCO (*L’illusione penalistica*, cit., p. 71), nel sottolineare la centralità dell’interpretazione nella sfera del penale. L’Autore ascrive il tramonto di tale illusione, nonché della differente concezione soggettiva dell’interpretazione che pretendeva di ricostruire la volontà del legislatore storico, all’intrinseca indefinitezza del linguaggio, alla complessità dei fatti destinatari della disciplina e alla necessità di coerenza equitativa del sistema (pp. 73-85).

²⁵⁴ Così G. FORNASARI, *Brevi riflessioni sul rapporto fra ragionamento retorico e decisioni del giudice penale*, in G. FERRARI, M. MANZIN (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004, p. 313. L’Autore sostiene che quel sillogismo “nasconde un frammento di realtà assolutamente decisivo per la comprensione del sistema di formazione del diritto. Questo frammento di realtà – l’attività interpretativa del giudice – [...] tocca anche un «nervo scoperto» come quello costituito dalla questione tutta politica della spartizione del potere di fare diritto e dei conflitti che la accompagnano” (*ibidem*).

²⁵⁵ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 377.

²⁵⁶ M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica*, cit., p. 700.

²⁵⁷ Ivi, p. 709: “Tra il tipo e il fatto vi è un rapporto di circolarità ermeneutica per cui la dimensione di giuridicità inerente al singolo fatto influenza l’interpretazione del tipo e quest’ultima a sua volta interferisce nella valutazione del fatto”.

²⁵⁸ F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 363.

²⁵⁹ Cfr. W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 174, che riprende una formula utilizzata da Engisch. Fondamentale per il concetto di circolo ermeneutico, da un punto di vista filosofico, H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 1983, nonché E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione* (1955), Milano, 1990.

contemporaneamente, e che anzi non possono compiutamente esistere l'uno in assenza dell'altro²⁶⁰. Funge da intermediario tra queste due dimensioni il *tipo*, definito come la “designazione, da parte della fattispecie, dei fatti da essa regolati”²⁶¹.

Il paradigma illuminista della sussunzione logico-deduttiva viene dunque smentito²⁶², così come viene smascherata la natura utopica dei due presupposti su cui esso si fonda, vale a dire l'univocità e la completezza delle leggi²⁶³. Vi si sostituisce il nuovo modello della *spirale ermeneutica*, secondo cui il procedimento interpretativo muove continuamente dalla fattispecie legale al fatto concreto e viceversa²⁶⁴, sulla base della loro originaria analogicità²⁶⁵. L'immagine della spirale suggerisce come “entrambi i fattori del processo interpretativo, la fattispecie e il fatto, si determinano contemporaneamente, non una sola volta e sullo stesso piano ermeneutico, bensì ripetutamente, e ogni volta su piani ermeneutici diversi, più elevati”²⁶⁶. Questo “dispiegamento sincronico del fatto e della fattispecie l'uno

²⁶⁰ Cfr. W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., pp. 175 e 178, dove afferma: “La fattispecie ha bisogno del fatto per diventare ermeneuticamente fruttuosa, cioè comprensibile”. Da questa peculiare interdipendenza deriva l'impossibilità di dimostrare con forza cogente la “correttezza materiale dell'interpretazione della fattispecie”, poiché essa “non è mai stabilita *prima* del procedimento interpretativo e all'esterno di questo” (ivi, p. 207).

²⁶¹ G. CARLIZZI, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*, Introduzione a W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 27. Specifica l'Autore che Hassemer non ritiene che il tipo esso preesista alla formulazione legislativa della fattispecie, discostandosi in tal modo dal suo maestro Kaufmann.

²⁶² DONINI specifica ulteriormente che il modello sillogistico mantiene comunque una certa validità in relazione ai “casi facili” (riprendendo la classificazione di McCormick), per i quali è sufficiente un meccanismo che, nella sua praticità, non implica creazione; diverso invece è il discorso per i c.d. “casi difficili”, che si manifestano quando ancora non si è consolidata una certa interpretazione oppure quando si manifestano incompletezze e incertezze nell'interpretazione. Per questi il modello sillogistico si rivela inadeguato, ma bisogna tenere a mente che tali casi, sui quali si concentra inevitabilmente l'attenzione del giurista, costituiscono pur sempre “ipotesi-limite” (M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 74-76). Queste considerazioni inducono l'Autore a ritenere che il modello sillogistico non sia affatto superato: cfr. ivi, p. 72. In termini analoghi si veda IDEM, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 159: qui l'Autore distingue ulteriormente due classi di casi difficili, quelli interpretativi, che presentano problemi *generalizzanti* (non modellati sulle peculiarità del caso concreto), e quelli applicativi, i cui problemi sono invece *individualizzanti* (p. 160), specificando poi ulteriormente che “la linea di demarcazione fra interpretazione e applicazione [...] non è netta” (p. 161), poiché ognuna di queste operazioni richiede una parte dell'altra.

²⁶³ Così W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., pp. 45-47. A p. 48 l'Autore paragona questi due requisiti a dei “piedi d'argilla”, su cui il modello della sussunzione meccanicistica cerca invano di reggersi.

²⁶⁴ Cfr. F. PALAZZO, voce *Legge penale*, p. 363 e G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale*, cit., p. 303.

²⁶⁵ G. CARLIZZI, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*, cit., p. 26.

²⁶⁶ W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, p. 176. L'Autore adotta questo modello dopo aver individuato l'insufficienza sia del procedimento deduttivo sia di quello induttivo, singolarmente considerati, ai fini della comprensione della fattispecie nella sua funzione ermeneutica, e la necessità di ricorrere ad un *procedimento complesso* che li combini entrambi (ivi, p. 125).

sull'altro"²⁶⁷ dà origine ad un percorso di progressiva elevazione, che si chiude nel momento in cui si ritiene raggiunta una corrispondenza sufficiente tra queste due entità. È evidente che tale visione si combina e complementa con il riconoscimento di quella dimensione *dinamica* della tipicità in precedenza descritto: il tipo costituisce infatti il "medio" che permette la relazione sincronica tra realtà e norma²⁶⁸.

Protagonista indiscusso di tale procedimento e della sua "continua e creativa responsabile sintesi del concetto e del fatto"²⁶⁹ è il giudice, cui spetta un ruolo ben più attivo e significativo rispetto a quello in cui intendeva costringerlo l'Illuminismo, e la cui *precomprensione* assume ora una rilevanza manifesta²⁷⁰. La concezione ermeneutica del diritto penale, infatti, "vede il compimento della legislazione nell'attività concretizzatrice del giudice, connessione essenziale tra norma astratta e sua applicazione concreta"²⁷¹. È lo stesso principio di tassatività della legge penale – inteso come l'aspetto *giudiziale* della determinatezza della legge – insieme all'aspetto dinamico della tipicità in cui esso si manifesta, a richiedere al giudice di assicurare, mediante un'"interpretazione operativa"²⁷², la chiarezza e precisione della norma, e ad imporgli "il dovere (...) di non depotenziare o violare l'esigenza di precisione e determinatezza della formulazione legale della regola"²⁷³.

Grazie all'apporto di questa nuova corrente di pensiero si arriva a riconoscere che la centralità del giudice e la sua partecipazione alla funzione normopoietica integra, almeno in certa misura, un aspetto *ontologico* della vita del diritto²⁷⁴. In altri termini, "si accetta la funzione del giudice non perché è impossibile fare altrimenti, ma non si fa altrimenti perché questo è l'equilibrio corretto tra norma e fatto, tra funzione prescrittiva e precettiva della norma penale"²⁷⁵. Anzi, prendere atto dell'esistenza di un pluralismo ermeneutico per ogni norma, dell'influenza che le

²⁶⁷ Ivi, p. 177.

²⁶⁸ Ivi, p. 182.

²⁶⁹ A. BARATTA, *Antinomie giuridiche*, cit., p. 148.

²⁷⁰ G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale*, cit., p. 303.

²⁷¹ R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 316.

²⁷² G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale*, cit., p. 299.

²⁷³ M. DONINI, *Europeismo*, p. 80.

²⁷⁴ Definisce il carattere creativo della giurisprudenza un dato *ontologico*, ad es., O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., p. 2234.

²⁷⁵ R. ALAGNA, *op. cit.*, p. 316.

pre-comprensioni del giudice esercitano sull'opzione finale aiuterebbe a “controllare razionalmente i margini più o meno ampi di discrezionalità interpretativa”²⁷⁶.

Naturalmente, l'attività giudiziaria rimane comunque vincolata e limitata dai canoni che presiedono l'esercizio della discrezionalità²⁷⁷ e dagli obblighi corrispondentemente imposti al legislatore, *in primis*, il mandato di tipicità. L'applicazione del modello della spirale ermeneutica alla sfera del diritto penale non scioglie insomma le briglie poste al potere punitivo statale: al contrario, essa contribuisce a superare una visione mistificata dell'interpretazione e la riconduce a schemi conformi alla reale dinamica del diritto. Tale modello ha contribuito in modo considerevole a disvelare l'importante dimensione dinamica della tipicità sopra descritta, e a confermare che il principio di tipicità, lungi dall'escludere qualsiasi potere discrezionale del giudice nell'interpretazione e applicazione della norma, è anzi perfettamente compatibile e diremmo anzi complementare ad esso: il primo “è rivolto a incanalare e limitare il potere che il legislatore possiede in ordine alle modalità di qualificazione giuridica di determinate classi di fatti storici”, laddove il potere discrezionale del giudice “mira ad incanalarne e limitarne l'intervento in ordine alla determinazione delle conseguenze di disciplina di ogni singolo fatto concreto”²⁷⁸.

7.4. *Fenomeni patologici nell'attività legislativa*

Infine, insieme ai menzionati fattori fisiologici determinati da trasformazioni politico-sociali e dalle conquiste della scienza giuridica, concorre all'abbandono dell'idea legicentrica e al corrispondente accrescimento del ruolo del giudice anche un fattore che potremmo definire patologico. Ci riferiamo alla degenerazione

²⁷⁶ G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 17.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 346.

²⁷⁸ M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., pp. 136-7. Opinione contraria manifesta ad esempio ÁLVAREZ GARCÍA, nel contesto di una serrata critica al descritto fenomeno di protagonismo giudiziario: “La exigencia que establece el Ordenamiento Jurídico es de «determinación» en el precepto legal abstracto, no de “determinabilidad” por medio de la actividad de los tribunales en el ejercicio de la actividad jurisdiccional” (F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 33).

dell'attività di produzione legislativa – in ambito penale ma non solo –, ampiamente denunciata dalla dottrina degli ultimi decenni²⁷⁹.

L'incapacità da parte del Parlamento di offrire opzioni penali rapide ed efficaci e di elaborare una politica criminale coerente, la cattiva qualità di disposizioni elaborate in modo poco accurato e spesso solo per far fronte ad urgenze criminali o, ancor peggio, per fornire un palliativo all'ansia securitaria dei consociati, sono tutti fenomeni in cui si proietta la crisi che attraversa il diritto²⁸⁰.

Questi difetti della legislazione possono dipendere sia dalle oggettive difficoltà nell'affrontare fenomeni criminosi sempre più complessi, sia da una precisa volontà politica, che sceglie di approvare “norme penali non perfettamente determinate al fine di evitare polemiche all'interno dell'organo legislativo e nel contempo di dare la sensazione che si stia cercando una repressione criminale il più severa possibile”²⁸¹.

Il ritrarsi del potere politico di fronte alle sue responsabilità²⁸², che può tradursi in una difettosa tecnica legislativa, in un intervento eccessivamente tardivo o in una totale assenza di attività²⁸³, dirotta le richieste dei consociati “in maniera prepotente verso la giustizia, riformulandole nel linguaggio del diritto”²⁸⁴.

²⁷⁹ Oltre agli autori citati di seguito in questo stesso paragrafo, si veda G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Foro italiano*, 2000, V, pp. 137 ss. e M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo penale e divieto di analogia*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, pp. 693-713. Quest'ultimo Autore parla di una “eterogenesi dei fini” (p. 693) per descrivere la curiosa combinazione tra progressivo riconoscimento del principio di legalità da parte degli studiosi, da un lato, e svuotamento dall'interno delle sue ragioni di razionalità, dall'altro.

²⁸⁰ FERRAJOLI rinviene, alla base della crisi del diritto, tre fenomeni: una crisi della legalità, a sua volta determinata dall'assenza di controlli sul suo effettivo rispetto; una crisi dello stato sociale che dipende dalla contraddizione tra il paradigma classico dello Stato di diritto e la pretesa, propria di uno Stato sociale, di interventi *positivi* da parte delle istituzioni – connotati da un intrinseco carattere discrezionale -; infine, una crisi dello Stato nazionale che si manifesta nella trasformazione dei “luoghi della sovranità” (L. FERRAJOLI, *El derecho como sistema de garantías*, in *Jueces para la democracia*, n° 17, 1992, pp. 61-62).

²⁸¹ A. RUIZ ROBLEDO, *El mandato de tipicidad como límite al legislador*, in AGUIAR DE LUQUE Y OTROS, *Constitución, Estado de las autonomías y justicia constitucional. Libro homenaje al prof. Gumersinto Trujillo*, Valencia, 2005, p. 369.

²⁸² CAPPELLETTI ritiene che “l'espansione del ruolo giudiziario rappresent(i) invero il contrappeso, (...) necessario in un sistema democratico di *checks and balance*, alla parallela espansione delle «branche politiche» dello stato moderno” (M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., p. 9).

²⁸³ Vedremo poi come la necessità di adattamento legislativo a nuovi fenomeni criminosi sia rafforzata, in relazione ai crimini internazionali, da precisi obblighi di incriminazione imposti da Convenzioni internazionali per la tutela dei diritti umani.

²⁸⁴ A. GARAPON, *I custodi*, cit., p. 25.

Il discredito in cui cade il legislatore fa assurgere il potere giudiziario a nuovo centro delle aspettative di giustizia dei consociati, attribuendogli un ruolo di vera e propria supplenza²⁸⁵ di un legislatore assente o incapace di provvedere alla creazione del diritto in modo soddisfacente. La legge “diventa un prodotto semi-lavorato, portato a compimento dal giudice”²⁸⁶; la magistratura interviene a “tappare i buchi” lasciati aperti dal legislatore, non in virtù di una capacità o legittimazione particolare, ma semplicemente perché è colei che applica le norme quotidianamente²⁸⁷. È così che “la magistratura compensa il deficit democratico della decisione politica ormai votata alla pura gestione e dà alla società quel referente simbolico sempre meno identificabile nel Parlamento”²⁸⁸.

La progressiva svalutazione della funzione legislativa²⁸⁹ e del suo prodotto costituisce dunque una delle cause scatenanti dell’“implosione della legge”²⁹⁰ e dell’accresciuto ruolo creativo del giudice in materia penale; anzi, si è affermato che “il successo della giustizia è inversamente proporzionale al discredito delle istituzioni politiche a causa della crisi di disinteresse e della perdita dello spirito pubblico”²⁹¹.

I fenomeni patologici che interessano la funzione e la produzione legislativa hanno contribuito dunque in modo considerevole all’accrescimento del ruolo del giudice, e anche a quella manifestazione che, come vedremo, sono definite, con una sfumatura negativa, “protagonismo giudiziario”. Di conseguenza, si può affermare che giudice e legislatore condividono la responsabilità dell’attuale configurazione dell’attività di creazione del diritto e anche delle sue degenerazioni²⁹² e che per

²⁸⁵ Parlano di “supplenza giudiziaria”, evidenziandone la derivazione dall’inerzia del legislatore nell’adeguare le norme ai mutamenti sociali, G. CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro Italiano*, 1988, IV, p. 484 e D. PULITANO, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quad. cost.*, 1983, pp. 93 ss.

²⁸⁶ A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, cit., p. 26.

²⁸⁷ F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 193.

²⁸⁸ A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, cit., p. 33.

²⁸⁹ CAPPELLETTI parla, in termini più ampi, di una “crisi di sfiducia nello «stato leviatano» – e in particolare nell’«orgia di leggi» che ha costituito un tipico prodotto di quello stato” (M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., p. 55).

²⁹⁰ Immagine suggerita da GARAPON: “La legge implode e si frantuma in due direzioni opposte: da un lato alcuni principi fuori dalla portata del legislatore ordinario e dall’altro un diritto più concreto e operativo” (A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, cit., p. 27).

²⁹¹ A. GARAPON, *I custodi*, cit., p. 33.

²⁹² In termini analoghi PALAZZO afferma che “il legislatore dovrebbe assumersi interamente le sue responsabilità, evitando cioè troppo comode deleghe al giudice” (F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 433). Anche HASSEMER afferma che il modello ermeneutico da lui individuato

questo motivo la soluzione ai profili problematici che eventuali eccessi o arbitrii dell'intervento giudiziario deve essere ricercata non solo nell'ambito dell'applicazione giudiziale del diritto, ma anche nella precedente fase di redazione delle norme²⁹³. In questo senso, in vista della salvaguardia del cittadino contro l'arbitrio giudiziario, occorre "arricchire di contenuto i diversi tipi di fatto, differenziandoli in relazione alla molteplicità dei significati dell'esperienza"²⁹⁴ sin dal momento della legiferazione, occorre "migliorare la definizione delle incriminazioni, delle forme di responsabilità e delle pene"²⁹⁵.

8. *L'avvento del protagonismo giudiziale*

I fenomeni poc'anzi brevemente ricordati danno origine a trasformazioni che spostano "il fuoco dell'osservazione dal piano della normazione a quello dell'interpretazione"²⁹⁶ e che impongono la necessità di ricalibrare rapporti e funzioni del potere giudiziario. Dall'iniziale tentativo di annullamento della figura del giudice, espressione di un'"astratta intransigenza legalistica"²⁹⁷, si è infatti passati al riconoscimento della sua partecipazione nella formazione delle norme penali, non solo nel senso di un mero adattamento o individualizzazione della

dovrebbe rivestire un rilievo immediato per il legislatore, poiché "è chiaro che la formulazione della legge semplifica o complica l'interpretazione" (W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 226). Con una sfumatura diversa, che pone maggiormente l'accento sulla responsabilità del solo giudice, ÁLVAREZ GARCÍA afferma: "La ausencia de una clara y evidente inclusión de una conducta en el tipo penal debería llevar consigo la consecuencia de la atipicidad (lo que no constituye más que una consecuencia elemental del principio de legalidad), sin embargo, esa intromisión de otras instancias en la creación del derecho, lo que provoca es un "alargamiento" de los tipos penales, de manera que aunque una determinada forma de comisión delictiva no esté expresamente prevista por la Ley, los tribunales, frecuentemente, terminan haciendo una interpretación creadora (no meramente extensiva) a través de procedimientos análogos para terminar integrando esas formas de comisión, que estiman deberían ser típicas pero no lo son, en el precepto penal de que se trate" (F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 237).

²⁹³ Similmente, F.J. ÁLVAREZ GARCÍA (*op. cit.*, p. 34) afferma: "La aceptación de marcos penales excesivamente amplios pone en peligro este planteamiento ya que posibilita grandes dosis de subjetivación judicial – haciendo de cada Juez un legislador – lo que facilita a su vez la tendencia a "enjuiciar" o a tomar la concreta decisión con atención a la «manera de ser», al «carácter» del sujeto y no a particulares conductas llevadas a cabo".

²⁹⁴ M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., p. 112.

²⁹⁵ M. DELMAS-MARTY, *Le droit pénal comme éthique de la mondialisation*, in *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, n. 1, 2004, p. 9 (traduzione libera): tale operazione sarebbe necessaria "pour éviter des juges trop soumis au pouvoir économique et politique [...] mais éviter le gouvernement des juges" (*ibidem*).

²⁹⁶ O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., p. 23.

²⁹⁷ M. RONCO, *Il principio di tipicità*, pp. 134-5.

disposizione al singolo caso concreto, ma anche nel senso di una “costruzione del contenuto precettivo [...] con effetti *generalizzanti*”²⁹⁸ fino ad approdare, nel momento attuale, ad un inedito²⁹⁹ *protagonismo giudiziale*³⁰⁰. Tale trasformazione “non è che la punta dell’iceberg di un movimento profondo”, che interessa la democrazia *lato sensu*³⁰¹, e che trascende ampiamente l’oggetto della nostra ricerca. Possiamo limitarci a considerare che il riconoscimento della partecipazione del giudice alla fase creativa del diritto e l’accrescimento del suo ruolo costituiscono, come abbiamo ricordato, il prodotto di una serie di fenomeni, endogeni ed esogeni, fisiologici e patologici, che hanno toccato in profondità l’architettura istituzionale e normativa degli Stati.

Lo spazio che naturalmente spetta al giudice nel processo costruttivo delle *norme* penali generali – intese come qualcosa di diverso e più completo delle *disposizioni* di legge³⁰², e nel contempo destinate a trovare applicazione ben oltre il caso individuale – e il modello di “legalità integrata”³⁰³ o “legalità ibrida”³⁰⁴ che ne deriva hanno peraltro trovato espresso riconoscimento anche nella giurisprudenza sovranazionale – in particolare in ambito europeo³⁰⁵ –, nonché, di recente, presso le giurisdizioni superiori del nostro ordinamento³⁰⁶.

²⁹⁸ M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 53.

²⁹⁹ In realtà, secondo ÁLVAREZ GARCÍA, questo fenomeno comporterebbe una retrocessione alla configurazione del rapporto tra legge ed interpretazione vigente nel XVIII secolo, rinnegando così le fondamentali acquisizioni dell’Illuminismo: v. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 232.

³⁰⁰ INSOLERA descrive una diffusa sensazione di “nostalgia”, a suo giudizio “nobilissima ma metastorica”, per il diritto penale di Beccaria, e per una forma di democrazia ormai inesistente (G. INSOLERA, *Democrazia, ragione, prevaricazione: dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri*, Milano, 2003). FIANDACA considera “ormai obsoleto” mantenere un’ “ideologica (o mitologica?) assolutizzazione della riserva di legge in materia penale”, e prosegue tracciando una distinzione tra dimensione “mitologica” e dimensione “effettuale” di tale principio (G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., pp. 9-11).

³⁰¹ A. GARAPON, *I custodi*, cit., p. 25.

³⁰² Secondo DONINI la distinzione tra disposizione e norma è la “premessa tecnica” per riconoscere al giudice uno spazio nella costruzione del diritto. M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 99.

³⁰³ O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., p. 2202.

³⁰⁴ M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?, Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011, p. 38. L’Autore cita quest’apertura alle fonti giurisprudenziali, confermata appunto da recenti pronunce delle giurisdizioni superiori e sovranazionali che la accolgono “come un ospite di riguardo” (p. 54), tra gli argomenti a supporto della proposta, provocatoria ma ben argomentata, di abolire il divieto di analogia.

³⁰⁵ Cfr. CorteEDU, *Scoppola v. Italia*, Grand Chamber, 17.09.2009, §§ 91-118.

³⁰⁶ Il riferimento è alla sentenza n. 18288/2010 del 21.01.2010 della Cassazione italiana a Sezioni Unite penali (cfr. sul punto G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente. Tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2366 ss.) e alle sentenze “gemelle” n. 348 e 349 rispettivamente del 22 e 24.10.2007 della Corte Costituzionale italiana: per un commento e per ulteriori riferimenti, si veda M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., pp. 92-102. Su

Tuttavia, questa centralità del giudice nella fase normopoietica, pure riconosciuta così ampiamente, può presentare alcune insidie ed è esposta a rischi di eccesso.

8.1. Giurisprudenza e certezza del diritto

In primis, concedere al giudice un ampio margine di manovra nella determinazione del contenuto e della portata della norma penale può implicare un pericolo per la certezza del diritto e la coerenza dei suoi esiti applicativi, specialmente in tutti quei sistemi che disconoscono la regola del *binding precedent*³⁰⁷. La previsione di tale regola potrebbe invece costituire un valido strumento per apporre dei vincoli a limitazione della discrezionalità giudiziaria e per assicurare in tal modo, in relazione agli esiti applicativi, una misura di certezza idonea a garantire i cittadini contro eventuali arbitrii³⁰⁸.

In termini generali, la mappatura delle relazioni e dei punti di attrito tra potere giudiziario e legislativo nella determinazione e applicazione delle fattispecie incriminatrici dipende in ogni caso da variabili proprie di ciascun ordinamento: in particolare, dal ruolo e dai poteri attribuiti, nel disegno istituzionale, ai tribunali superiori, e da un dato di natura più sociologica rappresentato dall'unitarietà della magistratura³⁰⁹. Dove quest'ultima manca, è ovviamente assai più elevato il rischio

questa concezione della legalità nella giurisprudenza della CGCE e nella Corte EDU, cfr. O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., *passim*.

³⁰⁷ Ritene che il *binding precedent* sia "il mezzo più idoneo a vincolare le decisioni giudiziali ad una maggiore stabilità ed uniformità" in un contesto di *law in action*. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, p. 168.

³⁰⁸ Secondo GRANDE, l'approccio dei sistemi di *common law*, riconoscendo di fatto un ruolo creativo alla giurisprudenza e prevedendo la regola dello *stare decisis* "non diminuisce, ma al contrario aumenta il tasso di garanzia offerto al singolo dal sistema", poiché appresta contro gli arbitrii del potere giudiziario le medesime tutele previste, anche se con strumenti differenti, contro le sopraffazioni del potere legislativo: cfr. E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, pp. 145-6. Diversamente, DONINI avverte che "il riconoscimento del vincolo del precedente «concretizzato», adattato ad un sistema di *civil law*, anziché delimitarlo, accresce il potere giudiziario: esso aggiunge un potere a quello già esistente di effettuare l'interpretazione generalizzante della legge, rafforzando il valore cogente anche di quest'ultimo" (M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 163).

³⁰⁹ Evidenzia la rilevanza di questi due fattori F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 142. GUARNIERI e PEDERZOLI affermano che tra i fattori che determinano la crescita del potere giudiziario spiccano le modalità di reclutamento e lo *status* dei giudici, l'organizzazione del sistema giudiziario

che l'attivismo giudiziale si converta, sotto le spinte centrifughe di singoli giudici e tribunali, sempre più svincolati dalla legge, in una "disgregazione della giustizia"³¹⁰. Ma in sistemi che contano su una classe giudiziaria unita e organizzata secondo gerarchie ben precise, la forza *centripeta* e nomofilattica delle Corti Supreme si presta in realtà ad assicurare quella medesima *certezza giuridica* che nel disegno illuminista spettava alla legge tutelare. Grazie alla speciale *autorità* delle loro sentenze, le Corti Supreme assumono quindi – come cercheremo di dimostrare nel corso di questo lavoro – un ruolo assolutamente centrale nella *costruzione* del diritto e nel controllo di spinte centrifughe che possono condurre alla disgregazione e all'incertezza rispetto al contenuto delle norme penali.

8.2. *La peculiare posizione del giudice rispetto al fatto*

In secondo luogo, occorre considerare i rischi intrinseci di un dato costante ed ineliminabile dell'interpretazione giudiziale, vale a dire l'influenza che motivi di ordine emozionale e psicologico esercitano sulla serenità del momento decisionale. Pur senza disconoscere l'alto profilo intellettuale e tecnico che caratterizza gli operatori del diritto, non si deve infatti dimenticare che essi sono, prima di tutto, esseri umani, in quanto tali soggetti a pulsioni, impressioni ed ai condizionamenti che derivano dalle loro esperienze e dai loro intendimenti personali³¹¹. Da una parte, l'ideologia – intesa sia come concezione del mondo sia come concezione dell'atto interpretativo in sé – e il fattore culturale sono elementi ineliminabili di qualsiasi attività di interpretazione³¹². Dall'altra, la peculiare posizione in cui si trova ad agire il giudice e la sua vicinanza al caso³¹³ lo espongono a tutta una serie di pressioni

nel suo complesso e i caratteri del sistema politico in cui si inserisce: C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1996, p. 19.

³¹⁰ Espressione di A. GARAPON (*I custodi*, cit., p. 48), che prosegue: "La magistratura finisce per assumere sempre più l'aspetto di un insieme di individualità piuttosto che quello di un potere istituito".

³¹¹ FIANDACA sostiene che il carattere *lato sensu* creativo dell'attività interpretativa dipende dal fatto che essa subisce inevitabilmente "l'influenza di giudizi di valore anche di natura soggettiva" (G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, pp. 10-11).

³¹² Così E. MUSCO, *L'illusione*, pp. 86-7.

³¹³ Secondo CAPPELLETTI, questa vicinanza ai bisogni dei cittadini e alle aspirazioni sociali attribuisce alla produzione giudiziaria del diritto un'elevata potenzialità di democraticità, al contrario di quanto assunto dall'Illuminismo (M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., p. 94).

esterne che rischiano costantemente di far filtrare, all'interno del procedimento razionale del giudizio, elementi di carattere emozionale. Non si può certo negare “quella tendenza naturale per cui in sede applicativa il giudice mostra fatalmente una grande reattività alle esigenze di tutela che il caso concreto, ogni caso concreto, gli pone sotto gli occhi: c'è una forza nella concretezza delle *res iudicandae* che reclama la tutela”³¹⁴. Il rischio di uno “straripamento” del potere giudiziario dipende anche dal fatto che “quello giudiziario è il potere «più vicino» alla persona umana chiamata dinanzi alla giustizia penale, ma anche perché l'azione repressiva dei giudici – specie nelle moderne società – è notevolmente sensibile alle esigenze di tutela che si manifestano nella fattispecie concreta, con conseguente tendenza alla dilatazione dell'ambito applicativo delle fattispecie incriminatrici”³¹⁵. Le pulsioni interne e le pressioni esterne – tra le quali assumono un ruolo specialmente rilevante, nel mondo attuale, quelle mediatiche – influiscono inevitabilmente sul processo motivazionale che induce il giudice a prediligere un determinato esito decisionale.

Questa situazione pare acuita nel nuovo ordine politico-istituzionale che abbiamo descritto, nel quale il potere giudiziario, forte della legittimazione sociale che – revocata al Parlamento – vede concentrata su di sé, e del proprio nuovo ruolo di custode dei diritti, rischia di convertire la discrezionalità in arbitrio e di cadere facilmente in un eccessivo interventismo che provoca uno straripamento di poteri e funzioni. Da un'attività creativa motivata dalla reale necessità di colmare lacune o rimediare ad errori legislativi è facile infatti, per il giudice, scivolare nella pretesa di “correggere” il legislatore ogni qualvolta non concordi con le soluzioni da quest'ultimo adottate³¹⁶, anche a costo di procedere in modo *insolito* e contrario ai principi dell'ordinamento. Usufruendo della più ampia libertà che gli è stata riconosciuta, il giudice può spingersi fino a travalicare apertamente i confini che la volontà politica riflessa nella legislazione aveva inteso porre all'intervento penale, arrogandosi il diritto di farsi interprete diretto delle pretese punitive avanzate dalla comunità di riferimento. I tribunali divengono così “giustizieri” e “decidono di prescindere dalle esigenze tipiche al fine di «punire in modo più adeguato» una

³¹⁴ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni*, cit., p. 1307.

³¹⁵ IDEM, voce *Legge penale*, cit., p. 356.

³¹⁶ In termini simili M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica*, cit., p. 694.

condotta”³¹⁷, perseguendo una “giustizia del caso concreto” che può aprire le porte ad esiti arbitrari. I rischi insiti in simili eccessi di *protagonismo giudiziale* non vengono mitigati neppure dal fatto che – come accade nella maggior parte dei casi – simili interventi sono ispirati dalle migliori intenzioni e da un autentico senso di giustizia³¹⁸. D’altra parte, come ricorda ÁLVAREZ GARCÍA, “non c’è nulla di peggio, come la Storia ci ha dimostrato a sufficienza, delle «buone cause» come criterio ermeneutico nell’ambito del diritto penale”³¹⁹.

8.3. Effetti espansivi o riduttivi

La misura del protagonismo giudiziale ammissibile varia però in dipendenza degli *effetti* che esso provoca sulla portata delle norme su cui si esplica l’intervento interpretativo. Esso infatti risulta difficilmente accettabile quando il giudice, apertamente contraddicendo le scelte legislative e ridefinendone la portata, tende a fagocitare all’interno del diritto penale condotte e situazioni non previste a livello normativo, espandendone in tal modo la portata con effetti *in malam partem*. Al contrario, quando l’intervento giudiziale provochi effetti *riduttivi* della portata delle norme o comunque dell’area del penalmente rilevante, con evidenti ripercussioni *in bonam partem*, non sembrano prospettarsi particolari problemi³²⁰. “La discrezione circola in tutte le arterie del diritto penale e particolarmente nel momento delle determinazione della fattispecie. Ciò che conta è che essa non si risolva a danno della libertà individuale quando la legge non consente limitazioni alla libertà stessa”³²¹.

In ultima analisi, lo spazio creativo del giudice, nel nuovo assetto democratico-costituzionale affrancato dalla rigida separazione dei poteri statali, non deve essere proscritto *in se*, ma assume gradi differenti di ammissibilità in dipendenza, essenzialmente, degli obiettivi cui tende il singolo intervento o – che poi

³¹⁷ F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 256.

³¹⁸ Concorda sul punto FIANDACA, secondo cui: “La presa d’atto che neppure il legislatore è «onnipotente» non giustifica palesi o disinvolti aggiramenti dei testi normativi, sia pure «a fin di bene» e cioè per ragioni di giustizia sociale considerate vincenti rispetto alle esigenze di certezza e ai vincoli della legalità formale” (G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale*, cit., pp. 327).

³¹⁹ F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 288. Traduzione nostra.

³²⁰ Un’analoga distinzione è svolta da M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., pp. 55-56.

³²¹ G. BETTIOL, *op. cit.*, p. 49.

è lo stesso – degli effetti *espansivi* o *riduttivi*³²² che esso provoca rispetto all’area del penalmente rilevante. La *ratio* che giustifica questa distinzione, che percorrerà l’interno nostro lavoro, è l’idea *garantista* per cui il diritto penale deve preoccuparsi prima e soprattutto di tutelare l’imputato, e i cittadini in generale, dai pericolosi eccessi e dagli eventuali arbitri del potere punitivo³²³.

Esiste tuttavia un’insidia ulteriore che si nasconde nelle pieghe del protagonismo giudiziale, indipendentemente dagli effetti che le operazioni interpretative esplicano sul contenuto delle norme: l’accrescimento illimitato dei poteri normopoietici del giudice, specialmente laddove non sia accompagnata da adeguati strumenti di *responsabilizzazione* e *controllo*, rischia di creare una nuova *casta*, quando il corpo dei giudici è potente, oppure, se la magistratura non ha grande tradizione di indipendenza, può far emergere “qualche singola personalità resa celebre dai media”³²⁴, qualche “*juez estrella*”³²⁵.

8.4. Possibili rimedi

Per scongiurare quest’esito indesiderato, ci sembra che si dovrebbero valorizzare i limiti che praticamente tutti gli ordinamenti pongono alla discrezionalità del giudice e che ne impediscono la conversione in arbitrio: ci riferiamo innanzitutto ai principi e diritti sanciti dalla Costituzione, che costituiscono, come detto, limite e fondamento dell’attività legislativa e, parallelamente, dell’attività interpretativa-applicativa svolta dalla magistratura³²⁶.

Inoltre, uno strumento essenziale per controllare e delimitare il potere giudiziario è *l’obbligo di motivazione* delle sentenze, poiché impone al giudice di rendere conto – di fronte agli organi giudiziari di gradi successivi o superiori e di

³²² Questa terminologia è mutuata da C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, pp. 40 ss. (anche se l’autore riferisce tali effetti all’impatto del diritto comunitario sul diritto penale).

³²³ Ritorneremo sul punto nel cap. IV.

³²⁴ A. GARAPON, *I custodi*, cit., p. 40.

³²⁵ F.J. ÁLVAREZ GARCÍA definisce con questo termine i giudici che si caratterizzano per il modo di procedere “atipico e talora insolito”. Come riconosce l’Autore, a questo fenomeno contribuiscono notevolmente i mezzi di comunicazione di massa (*op. cit.*, p. 216).

³²⁶ BRICOLA segnala il vincolo del giudice non solo strettamente rispetto alla Costituzione, ma anche, e ancora prima, rispetto allo “scopo per cui è attribuito il potere discrezionale” e all’“ambito di quei significati e valori che trovano il riconoscimento nel sistema penale e ne formano il tessuto connettivo” (F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 208).

fronte alla comunità giuridica nel suo complesso – del procedimento seguito per addivenire ad una determinata decisione e di giustificarne il fondamento, la correttezza e la razionalità. La motivazione delle sentenze svolge, come vedremo, un elemento chiave nell'applicazione ed evoluzione del diritto, e, sempre che non venga ridotta alla sterile ripetizione di formule vuote, può fungere da vero e proprio *diaframma* che separa il potere discrezionale del giudice – in quanto tale legittimo – dall'arbitrio giudiziale³²⁷ che ne costituisce la degenerazione.

L'efficacia del controllo che l'obbligo di motivazione permette sull'attività dei giudici è poi indubbiamente migliorata mediante l'inserimento di meccanismi volti a responsabilizzare ed eventualmente sanzionare interpretazioni arbitrarie, eccessive o completamente disancorate rispetto al dettato legislativo, in modo da evitare che lo sviluppo del potere giudiziario sia sprovvisto di responsabilità *democratica*³²⁸.

Infine, a questi limiti imposti per così dire dall'esterno dovrebbe opportunamente accompagnarsi, secondo il suggerimento di FIANDACA, la riappropriazione, da parte della giurisprudenza, della “cultura del limite e dell'autocontenimento”, che implica un' interiorizzazione profonda del proprio ruolo e dei confini ad esso connaturati e la sottoposizione a vaglio critico delle proprie “crescenti vocazioni sostanzialistiche”³²⁹.

8.5. Peculiarità del giudice costituzionale

Alcune specifiche considerazioni vanno dedicate, per finire, al giudice costituzionale. Egli infatti gode di poteri e strumenti che gli permettono di incidere in modo significativo sulle norme – anche – penali, e condivide con il giudice penale quella tendenza all'attivismo e talora al protagonismo sopra descritta. La possibilità per il giudice di affermare la diretta operatività di diritti e valori costituzionalmente riconosciuti, unita al loro carattere intrinsecamente aperto ed indeterminato, gli

³²⁷ Così F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 7.

³²⁸ Esiste una vasta letteratura sull'importanza e sulle difficoltà di adottare meccanismi efficaci per “custodire i custodi”: segnaliamo, tra tutti, C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, cit., *passim* (da cui è tratta anche l'espressione qui citata, p. 18); M. CAPPELLETTI, *Qui custodes custodiet?* in IDEM, *Le pouvoir des juges*, Paris, 1990, pp. 115 ss.

³²⁹ G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale*, cit., p. 327.

assegna un potere ampio, che può correre il rischio che la Costituzione si trasformi, nelle mani del giudice, in qualcosa di analogo ad “una bacchetta magica nelle mani di un mago”³³⁰. Non sono dunque mancati avvertimenti rispetto ai rischi insiti nell’invasività del giudizio di costituzionalità in materia penale, rilevando l’assenza, in capo agli organi che vi sono deputati, di quella legittimazione democratica di cui è investito solamente il legislatore parlamentare³³¹ e il possibile conseguente scivolamento in un “eccesso di «giuridificazione» e «costituzionalizzazione» della vita politica”³³².

D’altro canto, si deve riconoscere che al giudice costituzionale spetta un compito fondamentale rispetto al controllo e ai rimedi di eventuali abusi da parte del potere legislativo e, indirettamente di quello giudiziario³³³. In particolare, il giudizio di costituzionalità si presta specialmente a contrastare le spinte espansive di certe tendenze interpretative manifestate dalla giurisdizione ordinaria, mediante una valutazione ancorata ai canoni interpretativi offerti, oltre che dal principio di legalità nelle sue varie articolazioni, dai principi di offensività, proporzionalità ed *extrema ratio*³³⁴. Vedremo come, nella giurisprudenza latinoamericana presa in esame, le Corti Costituzionali svolgano talvolta un simile ruolo di contropinta all’espansione

³³⁰ L’efficace immagine è ripresa da J.P. MONTIEL FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 38.

³³¹ Così F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni*, cit., p. 1302. INSOLERA avverte: “Una cosa è la peculiarità della giurisprudenza costituzionale, altra intenderla come un *legislatore parallelo* capace di fornire una prova di appello allo schieramento soccombente in Parlamento” (G. INSOLERA, *Democrazia, ragione, prevaricazione*, cit., p. 70). Anche ZAGREBELSKY avverte rispetto al pericolo di una “cristallizzazione” del quadro dei principi costituzionali a danno della libertà di apprezzamento politico del legislatore, che non sussisterebbe quando la regola viene dedotta dai giudici ordinari, la cui valutazione può sempre essere superata (secondo l’articolazione dei sistemi democratici) da una diversa scelta del legislatore, ma che si materializzerebbe nel caso in cui sia la Corte Costituzionale a formulare una regola, fondandola direttamente sulla Costituzione: G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 212.

³³² G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 212.

³³³ Si è prospettata l’idea che esso possa “elevarsi al livello delle altre branche, diventare insomma il terzo gigante, capace di controllare il mastodonte-legislatore ed il leviatano-amministratore”: M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., p. 35.

³³⁴ Tuttavia, DONINI classifica il principio di offensività come un principio di indirizzo politico, di valore argomentativo o *informatore*, che vale quale criterio ispiratore del legislatore e dell’interprete ma non lo obbliga direttamente né è direttamente giustiziabile da parte della Corte Costituzionale: cfr. M. DONINI, *Teoria del reato*, pp. 26-32; IDEM, *voce*, pp. 234-5. PALAZZO, dopo aver descritto le modalità con cui la Corte Costituzionale italiana ha fatto ricorso al principio di offensività quale strumento per sindacare il contenuto di norme incriminatrici, e conclude rilevando una sorta di paradosso per cui tale principio vale più come criterio ispiratore per la legislazione penale che come parametro di legittimità costituzionale, mentre il giudizio di costituzionalità “si snoda lungo i meandri e le sfumature di valutazioni contenutistiche, certo tipiche del discorso legislativo ma altrettanto indubbiamente consentite dal parametro della ragionevolezza” (F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 67). Queste considerazioni, pur saldamente ancorate alla specifica esperienza italiana, offrono spunti di riflessione sul possibile ruolo del giudice costituzionale nella funzione di selezione delle condotte penalmente rilevanti.

delle fattispecie penali internazionali operata dalle giurisdizioni ordinarie oppure anche dal legislatore nazionale rispetto alle indicazioni provenienti dal livello internazionale – e qui si inserisce un elemento di specificità della giustizia penale internazionale.

9. *Tipicità e ruolo della giurisprudenza nel diritto penale internazionale*

La mutazione dei concetti di legalità e di norma penale e il fenomeno di accrescimento del ruolo del potere giudiziario che abbiamo fin qui tracciato per sommi capi coinvolgono anche il particolare settore del diritto penale internazionale, nel quale si arricchiscono però di ulteriori fattori.

Non intendiamo in questo momento soffermarci sull'accezione che il principio di legalità assume in quest'area del diritto, la cui struttura è evidentemente diversa rispetto all'architettura dello Stato democratico costituzionale³³⁵. Basti ricordare a tal proposito che, all'interno di questo sistema *ibrido*³³⁶, alla scomparsa della componente *politica o democratica* del principio di legalità fa da contrappunto la sua trasmutazione in principio di conoscibilità/prevedibilità della norma, come la interpretano la Corte Interamericana e la Corte Europea in relazione alle gravi

³³⁵ Si rimanda a: M. CAIANIELLO, E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Indice Penale*, 2002, p. 307-334, che riconoscono l'apporto giurisprudenziale come componente del principio legalità in quest'ambito, anche dopo che lo Statuto di Roma l'ha sancito espressamente, alla luce del sistema di fonti delineato dall'art. 21 dello Statuto stesso; M. CATENACCI, *Legalità e tipicità del reato nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003, secondo cui invece la previsione del principio di legalità nello StCPI rompe con la tradizione precedente dei tribunali *ad hoc* ed importa nella sfera della giustizia penale internazionale l'accezione che di quel principio prevale nei sistemi di tradizione continentale. Si vedano anche AMATI E., CACCAMO V., COSTI M., FRONZA E., VALLINI A., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2° ed., 2010, pp. 77 ss.; A. DI MARTINO, *Postilla sul principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT ABDELGAWAD (a cura di), *Les sources du droit international pénal*, pp. 329 ss.; M. MARTÍN MARTÍNEZ, *La configuración del principio de legalidad penal en el derecho internacional contemporáneo*, in A. CUERDA RIEZU, F. JIMÉNEZ GARCÍA (dirs.), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, 2009, pp. 371-390, A. GIL GIL, *Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo*, in A. CUERDA RIEZU, F. JIMÉNEZ GARCÍA (directores), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, 2009, pp. 391-409; S. DANA, "Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing", in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 99, n. 4, p. 54 (http://works.bepress.com/shahram_dana/1); J. DONDÉ MATUTE, *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, Barcelona, 2007. Ritorniamo su questo punto nel cap. IV e in occasione dell'analisi di alcune tendenze interpretative nel cap. III.

³³⁶ Così M. CAIANIELLO, E. FRONZA, *op. cit.*, p. 307.

violazioni dei diritti umani ascrivibili alla categoria dei crimini internazionali³³⁷. In realtà, a questa visione si affianca poi la scelta dello Statuto di Roma di sancire espressamente il principio di legalità e di adottare la tecnica della tipizzazione delle condotte penalmente rilevanti³³⁸: pur trattandosi di soluzioni valide solamente all'interno del sistema della Corte Penale Internazionale, tale scelta sembra contraddire l'accezione del principio adottata, ad esempio, dagli organismi regionali di tutela dei diritti umani³³⁹.

Ma ciò che preme sottolineare sono invece altri due profili caratterizzanti questo settore del diritto. Innanzitutto, nella giustizia penale internazionale, ancor più che nei sistemi nazionali, la giurisprudenza assume un ruolo cruciale nella *costruzione* del diritto: fin dalle sue origini, infatti, questa branca del diritto si è connotata per la genesi giurisprudenziale di principi, norme incriminatrici e regole processuali, ricavati ad opera dei tribunali internazionali dagli ordinamenti penali nazionali e dal diritto internazionale³⁴⁰. Anzi, specialmente presso le giurisdizioni penali internazionali l'espansione del ruolo del potere giudiziario appare intensificata poiché non avviene solo mediante l'interpretazione delle norme, ma mediante l'esercizio di un vero e proprio potere *legislativo*, come dimostra il potere dei

³³⁷ Descrive con toni critici questa diversa accezione del principio di legalità in ambito internazionale, concentrandosi in particolar modo sull'apporto della giurisprudenza della Corte EDU, A. GIL GIL, *La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena. Ejemplificación en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su cita por otros tribunales*, in in *Revista de Derecho Penal-Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires, Número Extraordinario 2011, in corso di pubblicazione. V. *infra*, cap. IV, par. 3.3.

³³⁸ In realtà, come evidenzia SOTIS, il problema della determinatezza e precisione delle norme penali permane anche all'interno di tale sistema, ed è comunque acuito – rispetto agli ordinamenti nazionali – da alcuni tratti peculiari: l'operazione di etero-integrazione necessaria per “riempire” di contenuto gli elementi normativi delle fattispecie risente infatti sia delle difficoltà ad individuare le norme cui si fa rinvio – vista la pluralità di fonti applicabili, come si dirà –, sia del pluralismo strutturale e della naturale tendenza degli interpreti a ricorrere a significati e nozioni ricavati dalla propria specifica formazione giuridica e a fondare i giudizi valore sulle norme etico-sociali della propria comunità di appartenenza – che non sempre coincidono a livello planetario. Cfr. C. SOTIS, *Problèmes de précision et éléments normatifs dans le Statut de la CPI* in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, A. LAMBERT, *Les sources du droit pénal international. L'expérience du Tribunal Pénal International et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Paris, 2005, pp. 196-210.

³³⁹ CATENACCI, dopo aver analizzato la previsione del principio di legalità negli artt. 22 e 24 dello Statuto della CPI, e la sua correlazione con il sistema di fonti ivi contemplato, conclude affermando che il sistema dello Statuto fa propria una nozione di tipicità in linea con quella diffusa negli ordinamenti in cui vige il *nullum crimen sine lege* (M. CATENACCI, *Legalità e tipicità*, cit., p. 196).

³⁴⁰ Questo tratto costitutivo, unitamente all'emersione relativamente recente della materia, ne spiegherebbe la natura ancor oggi *in fieri*, dato che “per la natura stessa del processo giurisdizionale, la creazione giurisprudenziale del diritto è lenta, graduale, sperimentale” (M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., p. 93).

tribunali *ad hoc* di sancire e modificare autonomamente le Regole di Procedura e Prova³⁴¹. All'assenza di un organo che concentri in sé il potere legislativo si accompagna la coesistenza di una pluralità di fonti nazionali ed internazionali – scritte o consuetudinarie, regionali o universali –, non gerarchicamente organizzate e talvolta prive di reciproca coerenza³⁴². Il difficile compito di coordinare questa molteplicità di fonti normative spetta appunto al giudice, il quale è in tal modo condotto – ancor più che con il diritto penale classico – ad assumere un ruolo preponderante nella creazione non solo di singole fattispecie incriminatrici, bensì di un intero sistema penale.

Infine, l'ordinamento penale internazionale si configura come un sistema multilivello, alla cui creazione concorrono gli organismi internazionali e le Conferenze di Stati – quando redigono Convenzioni in materia –, i legislatori nazionali – in fase di adeguamento agli obblighi internazionalmente imposti –, i tribunali penali internazionali e misti – tra i quali assume oggi speciale importanza la Corte Penale Internazionale – ed i tribunali interni agli Stati – Corti Costituzionali e giudici penali. Si crea in questo modo una struttura *reticolare*³⁴³ e polimorfa, in cui il diritto viene declinato in forme e livelli differenti³⁴⁴.

Ai fini della nostra ricerca, assume particolare interesse la dimensione di applicazione *nazionale* del diritto penale internazionale, nel duplice momento della tipizzazione legislativa dei crimini e della loro persecuzione da parte dei tribunali

³⁴¹ Analizza in profondità quest'aspetto A. LOLLINI, *L'expansion "interne et externe" du rôle du juge dans le processus de création du droit international pénal*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, É. LAMBERT-ABDELAGAWAD (eds.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Paris, 2004, pp. 223-241.

³⁴² In termini analoghi M. CAIANIELLO, E. FRONZA, *op. cit.*, p. 314. CATENACCI ritiene che la previsione, all'interno del sistema della Corte Penale Internazionale, di una pluralità di fonti normative ammesse e l'affermazione del principio di tipicità costituisca una contraddizione apparente, superabile, a suo parere, grazie alla *gerarchia* tra le fonti applicabili che lo Statuto medesimo stabilisce, e che riserva la prevalenza assoluta appunto allo Statuto: v. M. CATENACCI, *Legalità*, cit., p. 187.

³⁴³ Così la definiscono M. CAIANIELLO, E. FRONZA, *op. cit.*, p. 316, giustificando il ricorso all'immagine della rete sulla base del fatto che: "a) più livelli sul piano delle disposizioni formali e su quello delle giurisdizioni lo compongono, b) le fattispecie devono essere interpretate e ricostruite tenendo conto di tale configurazione, per cui questi poli giuridici non possono essere dissociati. Un rapporto di questo genere si traduce in interazioni, ibridazione, concorrenza e perfino in contrapposizione" (*ibidem*, nota 22).

³⁴⁴ La sostituzione del modello della piramide kelseniana con quello, decisamente più complesso, della "rete", non costituisce peraltro un tratto specifico della giustizia penale internazionale, ma, come si è detto, caratterizza l'intero mondo del diritto penale e del diritto *in toto*: cfr. sul punto M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., pp. 141 ss.

interni. Il momento in cui la disposizione penale internazionale viene per così dire calato negli ordinamenti nazionali – anche se, come vedremo³⁴⁵, a questo movimento discendente fa da contrappunto un altro ascendente, in un complesso fenomeno di costante interazione tra livelli differenti – provoca una situazione di speciale complessità derivante dall’incontro tra i principi e le concezioni internazionali, da un lato, ed il sistema penale e costituzionale interno, dall’altro. Anche accettando l’idea che il principio di legalità assuma a livello internazionale una configurazione differente, e meno rigorosa, la “renationalisation” o “internisation”³⁴⁶ del diritto penale internazionale negli ordinamenti nazionali lo porta a misurarsi con i principi costituzionali – primo fra tutti quello di legalità – e con gli istituti penalistici.

All’interno di questo scenario, nel quale le fonti internazionali introducono dunque un nuovo elemento di complessità, il giudice nazionale è chiamato ad un intervento ancora più delicato e significativo: oltre a dover “organizzare” le molteplici fonti normative – internazionali, costituzionali, legislative – da cui attingere la definizione e la disciplina dei crimini internazionali, egli affronta il delicato compito di conciliare i principi recepiti dalle norme internazionali con quelli – talora contrastanti – costituzionali e penali.

Anche nell’ambito della giustizia penale internazionale si ripropongono dunque i profili innovativi e problematici che caratterizzano il più generale accrescimento delle funzioni del giudice; al tempo stesso, vi si innestano temi nuovi e nuove fonti, che attribuiscono a quest’attività giudiziale una prospettiva di portata mondiale e un ruolo di artefice del processo di armonizzazione dei sistemi, smentendo decisamente quella visione che identifica la magistratura – specialmente quella delle Corti superiori – con un settore *conservatore* della società³⁴⁷.

Infine, nella specifica sfera del diritto penale internazionale quale proscenio dell’attività giudiziale e del suo apporto alla configurazione delle norme penali si contraddistingue per alcuni tratti peculiari.

³⁴⁵ Vedi *infra*, cap. IV.

³⁴⁶ Secondo l’espressione di M. DELMAS-MARTY, *La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international*, in *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, n. 1, 2003, p. 5.

³⁴⁷ Visione proposta, ad es., da M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., p. 23 e, con un invito a mutare tale atteggiamento, a p. 30.

La persecuzione dei crimini internazionali è infatti disciplinata da un regime speciale che si è venuto configurando a livello internazionale, che facilita ed estende la perseguibilità penale derogando a limiti – quali la prescrizione o l’irretroattività – normalmente applicati nei sistemi penali interni³⁴⁸. La possibilità di applicare tale speciale disciplina genera spesso la tendenza, presso gli organi giudiziari, ad allargare a dismisura le maglie delle fattispecie penali internazionali, estendendone la portata a condotte che non sempre raggiungono quel disvalore “aggiuntivo” da cui dipende la loro rilevanza internazionale.

A fronte di simili tendenze, si può ipotizzare una rinnovata attualità della dimensione materiale della tipicità, connessa al principio di offensività, qui specificamente riferito alla rilevanza *penal-internazionale* delle condotte, quale strumento animato da una *ratio* garantista volta ad evitare una pericolosa espansione illimitata della categoria in parola e della sua disciplina speciale. Torna quindi alla ribalta la funzione classificatrice o di qualificazione della tipicità³⁴⁹, con la peculiarità che non si tratta qui di tracciare i confini del penalmente rilevante rispetto alla sfera del lecito o dell’illecito non penale, bensì di perimetrare il *penal-internazionalmente* rilevante rispetto a condotte punibili secondo il diritto penale ordinario³⁵⁰.

La giurisprudenza latinoamericana ha sperimentato negli ultimi anni un ventaglio di percorsi ermeneutici che si inscrivono in queste due tendenze interpretative. Lo strumento chiave per realizzare tali operazioni, sia espansive sia riduttive, è sempre rinvenibile nella tipicità.

Per questo motivo, prima di addentrarci nell’analisi delle tendenze giurisprudenziali emerse in quest’ambito, e dei loro prorompenti effetti sulla persecuzione di tali condotte criminose, pare opportuno premettere una sintetica disamina dei tipi penali internazionali così come essi vengono concepiti e recepiti a livello internazionale, al fine di meglio comprendere l’utilità di una *migrazione* della tipicità nella sfera della giustizia penale internazionale ed i punti e i significati dell’intervento *demiurgico* delle Corti Supreme latinoamericane.

³⁴⁸ Sul punto v. *amplius*, cap. II, par. 9.

³⁴⁹ Cfr. *supra*, par. 3.2.

³⁵⁰ Tale operazione consentirebbe inoltre di regolare più efficacemente le ipotesi di concorso di reati comuni e crimini internazionali. V. *infra*, cap. III, par. 3.6.

CAPITOLO SECONDO
LE FATTISPECIE PENALI INTERNAZIONALI
*CENNI SULL'AMBITO DI INTERVENTO DELLA GIURISPRUDENZA
DELLE CORTI SUPREME LATINOAMERICANE*

1. Premessa

Prima di addentrarci nella disamina dei percorsi interpretativi che la giurisprudenza latinoamericana sta sperimentando in relazione ai crimini internazionali, pare necessario tracciare una breve descrizione delle fattispecie su cui tale attività interpretativa si esplica. Tale premessa è indispensabile ai fini di una piena comprensione dell'apporto che la giurisprudenza in esame sta fornendo alla definizione – o ri-definizione – delle fattispecie penali internazionali. Al tempo stesso, questa precisa e limitata finalità circoscriverà rigorosamente la portata dell'analisi che ci accingiamo ad intraprendere, e che si limiterà appunto alle sole fattispecie – e, all'interno di esse, ai soli aspetti – che hanno costituito oggetto di interpretazione da parte della giurisprudenza latinoamericana, senza alcuna pretesa di esaustività. Non si pretende quindi di fornire una descrizione completa dell'intera categoria dei crimini internazionali, bensì semplicemente di tracciare alcune pennellate sugli aspetti più peculiari e controversi di quelle condotte costitutive di crimini internazionali che sono emersi all'attenzione delle Corti Supreme latinoamericane.

2. Fattispecie penali internazionali e fattori di complessità

All'interno della panoramica che segue, si cercherà di porre in evidenza tre caratteri che contrassegnano le fattispecie penali internazionali, distinguendole rispetto ai reati comuni, e che attribuiscono loro una speciale complessità. Ci riferiamo alla loro natura *in fieri*, alla loro genesi come campo di convergenza ma non assoluta identità tra diritto internazionale e diritto penale e, infine, alla

disomogeneità che spesso si manifesta tra livello internazionale e i vari ordinamenti nazionali, pur in presenza di una generale tendenza verso l'armonizzazione.

2.1. Il diritto penale internazionale come materia *in fieri*

La materia del diritto penale internazionale è relativamente giovane ed ancora in piena evoluzione: non stupisce pertanto che le norme incriminatrici da essa disposte presentino ancora una natura *in fieri*.

Com'è noto, dal termine del Secondo Conflitto Mondiale¹, iniziò a prendere forma l'idea di una persecuzione penale di dimensioni sovranazionali per condotte criminose che, per le loro macro-dimensioni e la loro potenzialità lesiva, minacciano l'intera comunità umana².

Da allora il diritto penale internazionale ha vissuto un'evoluzione vertiginosa, passando nel giro di pochi decenni da una giustizia penale costruita per volontà dei vincitori e a loro misura³, all'istituzione di tribunali penali *ad hoc* mediante atto autoritativo del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite⁴ e di tribunali misti o

¹ AMATI, COSTI, FRONZA, lo descrivono come un vero proprio “momento di cesura” E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, *Introduzione*, in E. AMATI, V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2° ed., 2010 (p. 7).

² Si definiscono infatti crimini internazionali quei “crimini di particolare gravità, connotati dal carattere massivo e dalla pluralità di vittime e di agenti; per questo, dunque, lesivi di beni giuridici propri della comunità internazionale in quanto tale” (E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, *Introduzione*, cit., p. 1).

³ Il TMI di Norimberga (istituito con l'Accordo di Londra – *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis* – del 08.08.1945) e quello di Tokyo (TMEO, Tribunale Militare Internazionale per l'estremo Oriente, istituito per decisione unilaterale del Comandante Supremo delle Potenze Alleate Gen. McArthur il 19.01.1946) furono infatti istituiti per volontà delle potenze vincitrici nella Seconda Guerra Mondiale, e applicarono una persecuzione penale unidirezionale, limitata ai crimini commessi dai nazisti e dai loro alleati: si veda la critica contro questa “giustizia dei vincitori” di D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Bari, 2006, *passim*. Al tempo stesso, si riconosce unanimemente l'importanza fondamentale di queste esperienze, pur con i loro difetti, per la nascita del diritto penale internazionale.

⁴ Ci si riferisce evidentemente al Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Yugoslavia (TPIY) e al Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda (TPIR), istituiti rispettivamente con Risoluzione 827 del 25.05.1993 e 955 dell'8.11.1994 del Cons. Sic. ONU. La giurisprudenza di questi tribunali ha offerto un contributo ineguagliabile allo sviluppo del diritto penale internazionale, poiché ha provveduto a riempire di contenuto, precisare ed interpretare le scarse disposizioni statutarie sulla base delle quali operava. Tuttavia, anche tali tribunali sono stati oggetto di accese critiche appunto perché imposti con atto di forza del Consiglio di Sicurezza – invece che creati con il consenso degli Stati – e perché istituiti *ex post facto* in violazione del principio di irretroattività. Cfr. sul punto K. AMBOS, *Il diritto penale internazionale ad un punto di svolta: dai Tribunali ad hoc istituiti con atto autoritativo a un sistema universale su base consensuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. Iv, Napoli, 2011, pp. 2169 ss.

internazionalizzati in cui l'intervento internazionale si coniuga con quello interno⁵, fino ad approdare alla creazione della Corte Penale Internazionale permanente⁶, con competenza – almeno tendenzialmente – universale in relazione ai crimini internazionali⁷. A queste iniziative adottate sul piano internazionale si sono sempre affiancate, poi, le attività degli ordinamenti nazionali, in particolar modo di quei paesi impegnati in un processo di transizione che si trovano a gestire il difficile lascito della criminalità di Stato attribuibile ai precedenti regimi⁸.

Il portato di tutte queste diverse esperienze ha contribuito a configurare progressivamente un *corpus* normativo fondato su alcuni principi essenziali di matrice sia sostanziale che processuale, la cui applicazione si estende a tutte le istanze impegnate nella persecuzione e sanzione delle condotte costitutive di crimini internazionali. In questo progressivo consolidamento lo Statuto di Roma e il sistema della CPI hanno giocato un ruolo chiave, cogliendo i suggerimenti della

⁵ Tribunali misti sono stati istituiti, con composizione e mandato differenti, in Sierra Leone (*Special Chambers for Sierra Leone*), Cambogia (*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*), Timor Est (*Special Panel for Serious Crimes*). Si veda: W.W. BURKE-WHITE, *A Community of Courts: toward a System of International Criminal Law Enforcement*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 24, n. 1, 2002, pp. 1-101. Presentano elementi di internazionalità, pur non potendo essere classificati come tribunali propriamente misti, lo *Special Tribunal for Lebanon*, la *War Crime Chamber of State Court of Bosnia and Herzegovina* e il Tribunale Speciale Iracheno: cfr. E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, *Introduzione*, cit., pp. 17-18.

⁶ La Corte Penale Internazionale venne istituita mediante lo Statuto approvato a Roma il 17 luglio 1998 da una Conferenza di Stati, su base consensuale. Lo Statuto è entrato in vigore il 1° luglio 2002, al deposito della 50° firma. Per informazioni sull'attività della Corte, che ha sede a L'Aja: www.icc-cpi.int. All'interno della vastissima letteratura sulle origini, la struttura e l'attività di tale organo, si vedano, anche per ulteriori riferimenti: G. LATTANZI, V. MONETTI (coord.), *La Corte Penale Internazionale. Organi, competenza, reati, processo*, Milano, 2006; A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford-New York, 2002; W. SCHABAS, *The International Criminal Court: a commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2010.

⁷ Con un'efficace immagine si sono paragonati i tribunali *ad hoc* a Θέμυς, la Giustizia che poggia sulla forza, e la CPI, invece, a Δίκη, la Giustizia di Antigone, che spesso si contrappone alla forza: S. SUR, *Le droit international pénal entre l'Etat et la société internationale*, in M. HENZELIN, R. ROTH (publié par), *Le droit pénal a l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, 2002, p. 53.

⁸ Il diritto penale internazionale si intreccia dunque con l'ambito operativo della c.d. giustizia di transizione (*transitional justice*), anche se all'interno di quest'ultima l'esigenza di combinare opposte esigenze – quali la pretesa di persecuzione e castigo dei responsabili dei crimini del regime anteriore, da un lato, e la pulsione verso il consolidamento del nuovo regime, la riconciliazione nazionale ed il superamento del passato, dall'altro – ha indotto ad elaborare meccanismi – talora – alternativi alla giustizia penale classicamente intesa o ad essa complementari. Si vedano, anche per ulteriori riferimenti: G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire, mediare, riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009, *passim*; J. ELSTER, *Closing the books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, 2004; K. AMBOS, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá, 2008. Per una prospettiva non strettamente giuridica, si veda M. FLORES, *Verità senza vendetta. Materiali della Commissione sudafricana per la verità e la riconciliazione*, Roma, 1999.

giurisprudenza – internazionale e nazionale – e della dottrina e cristallizzandoli nelle disposizioni statutarie. I principi e le regole così sanciti sono poi destinati ad acquisire validità anche al di fuori del sistema della CPI, mediante il principio di complementarità che consente alla Corte un controllo e un giudizio sull'adeguatezza delle risposte elaborate a livello nazionale alla commissione di crimini internazionali⁹. Questo principio, su cui si fondano l'attivazione e il funzionamento della Corte, produce come effetto secondario una spinta verso l'armonizzazione degli ordinamenti in relazione ai crimini internazionali¹⁰: si può quindi affermare che il sistema della CPI aspira in certo modo a fissare gli standard minimi universalmente condivisi per la persecuzione e sanzione di tali crimini.

Tuttavia, il consolidamento di questa materia, cui pure ha contribuito in modo significativo lo Statuto di Roma, appare ancor oggi un obiettivo auspicato più che un risultato raggiunto: nell'ambito della risposta ai crimini internazionali continuano a rimanere differenze, incertezze e questioni interpretative¹¹. E appunto questa fisionomia contribuisce a spiegare l'importanza dell'apporto interpretativo della giurisprudenza nazionale, e delle Corti Supreme latinoamericane in particolar modo, quale elemento ulteriore e rilevante di questo movimento incessante di sviluppo.

2.2. *La (parziale) convergenza di diritto penale internazionale e tutela internazionale dei diritti umani*

Un secondo tratto caratterizzante i crimini internazionali è che offrono un campo di convergenza tra la tutela internazionale dei diritti umani ed il diritto

⁹ Secondo Olásolo, questo principio si articola in due dimensioni: la primazia formale delle giurisdizioni nazionali rispetto alla Corte e la primazia materiale della Corte rispetto alle prime, appunto grazie al controllo svolto dall'organo internazionale sulle attività intraprese a livello nazionale: cfr. H. OLÁSULO, *Adminisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional*, in ALMQVIST J., ESPÓSITO C. (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, 2009, pp. 257-8.

¹⁰ Parlano di un vero e proprio "effetto armonizzatore" della CPI FRONZA E., MALARINO E., *El efecto armonizador del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (cur.), *Los caminos de la armonización penal*, Valencia, 2009, pp. 79-96.

¹¹ Queste incoerenze e incongruenze del diritto penale internazionale dipenderebbero sia dal fatto che si tratta di una disciplina nuova, che non pretende di essere un sistema completo di diritto penale, sia dalla sua genesi mediante negoziazioni di natura politica: così R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON & E. WILMSHURST, *An introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2007, p. 451).

penale¹². Le condotte costitutive di crimini internazionali, infatti, danno origine alla responsabilità penale individuale dei loro autori, secondo i paradigmi ascrittivi del diritto penale (internazionale) ma costituiscono anche, al tempo stesso, gravi violazioni dei diritti umani¹³, rispetto alle quali il diritto internazionale reagisce con i suoi strumenti classici. Questi ultimi consistono essenzialmente nell'approvazione di Convenzioni che affermano solennemente l'esistenza di determinati diritti e ne condannano la violazione, e nell'attribuzione di responsabilità internazionale in capo agli Stati che vengano meno ai loro obblighi di protezione¹⁴, sanzionata mediante l'imposizione di un obbligo di riparazione e cessazione della condotta e di fornire garanzie di non ripetizione¹⁵. A queste forme di intervento classiche il diritto penale internazionale affianca poi¹⁶ l'attribuzione di responsabilità *penale* individuale,

¹² Un aspetto del diritto penale internazionale collegato ma non coincidente con quello che stiamo ora descrivendo è la sua genesi quale prodotto della fusione tra diritto internazionale e diritto penale, che ne determina un carattere intrinsecamente *ibrido* e spesso contraddittorio: in questo senso E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, *Introduzione*, cit., pp. 28-29. Inoltre, il diritto penale internazionale presenta punti di convergenza con il diritto internazionale umanitario (R. CRYER ET AL., *op. cit.*, p. 11; secondo G. WERLE, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, 2° ed., 2011, n.m. 125, è proprio il diritto internazionale umanitario la radice comune di diritto penale internazionale e tutela dei diritti umani). Tuttavia, poiché questa sovrapposizione si manifesta più precisamente in relazione ai crimini di guerra – che pure costituiscono il nucleo originario dei crimini internazionali –, non la approfondiremo, dato che la giurisprudenza che prenderemo in esame non si occupa di tale categoria di crimini internazionali.

¹³ Non sempre è vera, invece, l'equivalenza contraria: non tutte le gravi violazioni dei diritti umani integrano crimini internazionali.

¹⁴ La responsabilità di protezione (*responsabilidad de proteger*) si sta manifestando come nuovo paradigma sulla cui base si regolano i rapporti all'interno della comunità internazionale: superata l'idea per cui l'intervento per ragioni umanitarie costituiva un'eccezione al generale principio di non-intervento negli affari interni di uno Stato, emerge un nuovo modello organizzativo che assegna agli Stati una ben più ampia responsabilità. La prospettiva da cui si muove non è più quella dello Stato – anche se permane il vincolo tra sovranità e responsabilità dello Stato –, bensì quella delle vittime delle gravi violazioni dei diritti umani; inoltre, si diffonde sempre più la pretesa di un'approssimazione *globale* alle situazioni di crisi umanitarie. Nella configurazione di questo nuovo paradigma assume un ruolo chiave, ancora una volta, la CPI, ed in particolare il principio di complementarità che ne regola il funzionamento. Cfr. H. OLÁSULO, *La función de la Corte Penal Internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna: de la doctrina de la intervención humanitaria y de las instituciones judiciales ex post facto al concepto de responsabilidad de proteger y la función preventiva de la Corte Penal Internacional*, in IDEM, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Valencia, 2011, pp. 29-54.

¹⁵ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Sevilla, 2007, pp. 45-46.

¹⁶ Secondo BONAFÉ, la convergenza tra questi due sistemi discende dall'identità delle norme primarie di riferimento, vale a dire, degli obblighi imposti dal diritto internazionale, cui non corrisponde necessariamente – e questo campo ne è un esempio – l'identità di norme secondarie, cioè di conseguenze legali che discendono dalla violazione delle norme primarie: B. BONAFÉ, *The relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden-Boston, 2009, pp. 23-25.

castigata con le pene proprie di questo settore del diritto e secondo i principi in esso vigenti, in capo ai singoli soggetti che abbiano posto in essere violazioni così gravi da integrare crimini internazionali.

In questo peculiare settore coesistono dunque due forme di intervento differenti, affidate a due branche del diritto – quella penale e quella internazionale – che si avvalgono ciascuna dei propri strumenti di tutela¹⁷, “come due facce della stessa medaglia”¹⁸, nel perseguimento del comune obiettivo di “garantire uno standard minimo di trattamento umano”¹⁹ e all’ombra della comune idea di “umanità”.

Si può affermare la categoria dei crimini internazionali interviene a completare, in modo autonomo²⁰ e quale *extrema ratio*, la tutela che l’ordinamento internazionale appronta per i più fondamentali diritti umani, quali il diritto alla vita, all’integrità fisica, alla libertà personale²¹. Il diritto penale internazionale interviene quindi per proteggere, con carattere frammentario, i beni più importanti su cui si fonda l’ordine internazionale, contro le forme di aggressione più gravi²².

La comunanza di obiettivi e i numerosi punti di contatto tra queste due aree del diritto non devono tuttavia indurre a cadere nell’equivoco di considerarle

¹⁷ Precisa BANTEKAS: “Although private individuals bear criminal liability for committing international offences they cannot assume international responsibility for violating human rights *per se*, as the obligations arising from this legal regime are addressed exclusively to States” (I. BANTEKAS, *International criminal law*, Oxford-Portland, 4° ed., 2010, p. 19).

¹⁸ CorteIDU, *Barrios Altos v. Perù*, sentenza de fondo, 14.03.2001, voto motivato del giudice Cançado Trindade, § 13. Analoga espressione adopera G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 125.

¹⁹ Così R. CRYER ET AL., *op. cit.*, p. 10. Secondo WERLE, il fine condiviso è imporre la vigenza del diritto internazionale (G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 111).

²⁰ Sottolinea l’indipendenza della responsabilità penale internazionale e di quella internazionale degli Stati la CorteEDU nella sentenza *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, 22.03.2001, § 104. Definisce il rapporto tra questi due tipi di responsabilità in termini di complementarità B. BONAFÉ, *op. cit.*, pp. 221 ss.

²¹ Concorda WERLE, secondo il quale il diritto penale internazionale offre una risposta al fallimento dei meccanismi tradizionali di tutela dei diritti umani (*op. cit.*, n.m. 126). L’Autore parla di una *doppia sussidiarietà* del diritto penale internazionale: rispetto ai meccanismi punitivi statali e rispetto ai meccanismi di natura extra-penale (ivi, n.m. 128).

²² Parafrasando A. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional: Especial Consideración del Delito de Genocidio*, Madrid, 1999, p. 28. Anche quest’Autrice parla di *doppia sussidiarietà* del diritto penale internazionale: ivi, p. 39. Sull’ampio tema dell’individuazione dei fini della pena nella sfera del diritto penale internazionale, si vedano tra tutti, anche per ulteriori riferimenti, L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè, 2009 e P.D. EIROA, *Políticas del castigo y derecho internacional. para una concepción minimalista de la justicia penal*, Buenos Aires, 2009.

equivalenti²³, poiché il tipo di responsabilità – internazionale – attribuita agli *Stati* è strutturalmente assai diversa dalla responsabilità penale degli *individui*²⁴, così come differente è l'oggetto di tutela. Infatti, mentre il diritto internazionale intende promuovere e proteggere condotte, valori e diritti, il diritto penale adempie alla funzione di proteggere *beni giuridici* e di fomentarne il rispetto, “innanzitutto mediante le sue norme di determinazione, obbligo e divieto”²⁵. Inoltre, come segnala WERLE, assai diversi sono gli effetti giuridici che ciascuno di questi settori produce: mentre la reazione ad un illecito internazionale mira a ripristinare una situazione conforme al diritto internazionale, l'intervento del diritto penale internazionale si connota – al pari del diritto penale – per una finalità punitiva e preventiva²⁶.

Ma la differenza tra questi due ambiti di intervento non riguarda solo gli effetti, i fini e le modalità di attuazione, che come detto sono indipendenti e complementari²⁷, bensì anche l'oggetto stesso cui si rivolgono: la reazione penale internazionale, infatti, si sovrappone alla tutela internazionale dei diritti umani solo parzialmente, in relazione ad alcune violazioni dei diritti umani. Pur non esistendo un consenso unanime sulla delimitazione di questo nucleo di violazioni, si riconosce generalmente che si tratta delle sole violazioni massive e sistematiche, e quindi particolarmente gravi, dei diritti civili e politici fondamentali – quali il diritto alla

²³ APONTE CARDONA segnala che, nell'ordinamento colombiano di cui si occupa ma anche in generale, “el lenguaje del derecho penal ha sido sustituido por el lenguaje de los derechos humanos; es decir, en la actualidad se presenta una gran confusión entre el lenguaje de los derechos humanos y el lenguaje penal propiamente dicho. Igualmente, a partir de esta confusión, ámbitos de protección de los derechos humanos están siendo utilizados de forma diferente y entremezclada” (A. APONTE CARDONA, *Desplazamiento forzado, sistema interamericano y derecho penal interno. Hacia una confluencia racional y consistente de diversos ámbitos de protección de derechos humanos*, in K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (a cura di), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Tomo II*, KAS, Berlino-Montevideo, 2011, p. 88).

²⁴ La confusione tra questi due tipi di responsabilità (internazionale degli Stati e penale degli individui) e tra le corrispondenti forme di intervento è tuttavia frequente, come rileva J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 48-61. Secondo l'Autore, le ragioni di tale confusione sono il frequente coinvolgimento diretto delle istituzioni statali nella commissione di tali crimini – che è però, appunto, frequente, non necessario – e la carenza di uniformità terminologica nel riferirsi a simili fenomeni. Lo StCPI si preoccupa di chiarire la differenza tra le due forme di responsabilità all'art. 25 co. 4: “No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law”.

²⁵ L. GRACIA MARTÍN, *Proyecto Docente de Investigación en Derecho penal*, Zaragoza, 1990, p. 46 e 155 ss. A. GIL GIL (*Derecho Penal Internacional*, cit., p. 27) afferma che la medesima funzione di protezione dei beni giuridici è assunta dal diritto penale internazionale.

²⁶ G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 111.

²⁷ Così J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 63. BANTEKAS aggiunge però che queste due realtà sono “indissolubilmente legate” (I. BANTEKAS, *op. cit.*, p. 20).

vita e all'integrità fisica e psichica²⁸. Più precisamente, costituiscono crimini internazionali²⁹ il crimine di aggressione³⁰, i crimini di guerra³¹, i crimini contro l'umanità e il crimine di genocidio³², a loro volta integrati da una serie di differenti condotte penalmente rilevanti.

Secondo alcuni autori, concorrono a formare la categoria dei crimini internazionali, pur non rientrando nel nucleo dei c.d. *core crimes*, anche la tortura come reato indipendente (*as a discrete crime*)³³, la schiavitù e la tratta internazionale di persone³⁴, la sparizione forzata³⁵. Assai discussa è l'inclusione in questa classe di reati del terrorismo³⁶. Al contrario, esiste un certo consenso nell'escludere dal novero

²⁸ J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 213-234 (anche per ulteriori riferimenti).

²⁹ Cfr. M.C. BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, Ardsley, 1999, *passim*.

³⁰ Com'è noto, tale crimine, pur essendo annoverato tra i crimini di diritto internazionale sin dai tempi di Norimberga, fino a poco fa non contava su una definizione universalmente condivisa, e la competenza della CPI rispetto ad esso era quindi temporaneamente sospesa. Un accordo sulla sua definizione è stato raggiunto nella Conferenza di revisione dello StCPI svoltasi a Kampala lo scorso 11.06.2010 (cfr. art. 8 bis e art. 25.3 bis StCPI); per un commento, si veda E. SALMÓN, L. BAZAY, *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*, Lima, 2011.

³¹ Le violazioni del diritto internazionale umanitario proibite dalle Convenzioni dell'Aja del 1907 e dalle quattro Convenzioni di Ginevra del 1948 e dai Protocolli Addizionali del 1977 si sovrappongono ai crimini di guerra, contemplati già nello StTMI e così negli Statuti degli altri Tribunali Penali Internazionali, oltre che negli ordinamenti interni. La coincidenza tra queste categorie non è però piena: da una parte, le violazioni del diritto umanitario integrano crimini di guerra solo se commesse da individui; dall'altra, non tutti i crimini di guerra costituiscono *grave breaches* delle Convenzioni di Ginevra che danno origine a responsabilità statale: cfr. B. BONAFÉ, *op. cit.*, pp. 27-8.

³² Su queste due categorie ci soffermeremo nel corso del presente capitolo.

³³ Vale a dire, commessa al di fuori dei contesti che ne determinano la rilevanza come crimine di guerra o contro l'umanità (v. anche *infra*, par. 7). Così A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2° ed., 2008, p. 149-152; BANTEKAS ritiene invece che il divieto di tortura nel diritto internazionale si mantenga nella sfera classica di responsabilità statale: I. BANTEKAS, *op. cit.*, pp. 230-235. Similmente R. CRYER ET AL., *op. cit.*, pp. 294-8, in cui si precisa che, pur non avendo gli Stati intrapreso le misure necessarie per classificare la tortura come crimine internazionale *stricto sensu*, la Convenzione che la proibisce ha valore di *jus cogens*. WERLE annovera la tortura tra i crimini di trascendenza internazionale, ma non internazionali in senso stretto: G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 115.

³⁴ Cfr. I. BANTEKAS, *op. cit.*, pp. 223-239.

³⁵ *Ibidem*, pp. 237-9.

³⁶ CASSESE lo annovera tra i crimini internazionali in presenza di alcune condizioni: se l'organizzazione cui sono ascrivibili gli atti è illecita e se varca i confini nazionali (A. CASSESE, *op. cit.*, p. 166). Lo considera – ci sembra correttamente – un crimine *transnazionale*, e non *internazionale* in senso stretto I. BANTEKAS, *op. cit.*, (pp. 8-9 e, specificamente sul terrorismo, pp. 260 ss.). R. CRYER ET AL. affermano che il terrorismo costituisce un crimine internazionale solo quando rientra in una delle categorie stabilite – crimini di guerra o contro l'umanità (*op. cit.*, p. 292). Autorevoli voci propongono invece di tipizzarlo come nuovo crimine internazionale, a fianco delle tre categorie già esistenti, oppure di farlo rientrare nei crimini contro l'umanità, rispetto ai quali presenta numerose affinità, assumendo una concezione ampia del concetto di “organizzazione”: si veda, anche per ulteriori riferimenti, M. DI FILIPPO, *Terrorist crimes and international co-operation: critical remarks on the definition and inclusion of terrorism in the category of international crimes*, in *EJIL*, n. 19, 2008, pp. 533 ss. Parla invece di una “parziale sovrapposizione” delle due categorie, ad es., F. JIMENEZ GARCÍA, *Derecho Internacional Penal y Terrorismo: Historia de una relación incapaz de*

dei crimini internazionali la pirateria e il narcotraffico³⁷, considerati di dimensioni e rilevanza *transnazionale* e non internazionale³⁸.

Questo dato, spesso dimenticato, deve invece essere tenuto ben presente se non si vuole incorrere in una indebita espansione della categoria dei crimini internazionali ben oltre il suo oggetto e i suoi fini: un simile esito sarebbe preoccupante, dal punto di vista del diritto internazionale³⁹, perché implicherebbe una surrettizia estensione dell'intervento internazionale ben al di là della volontà manifestata dagli Stati⁴⁰, e, dal punto di vista del diritto penale, perché contraria al principio di frammentarietà e perché, in generale, finirebbe per banalizzare la categoria dei crimini internazionali, privandola del suo significato di speciale riprovazione. Inoltre, mentre le disposizioni per la tutela dei diritti umani sono suscettibili di un'interpretazione ampia che faciliti il raggiungimento del loro oggetto e scopo, l'anima penale che concorre a comporre il diritto penale internazionale impone il rispetto delle garanzie dell'imputato e, vista la peculiare invasività dell'intervento penale nella sfera di libertà personale, un'interpretazione rigorosa e orientata al *favor rei*⁴¹. Infine, dato che dalla qualificazione di un fatto come crimine internazionale discende, come vedremo, l'applicabilità di una speciale disciplina, derogatoria per molti versi di quella penale ordinaria e con effetti sfavorevoli per il reo, un indebito ampliamento di tale categoria fino a comprendervi tutte le gravi violazioni dei diritti umani comporterebbe anche una corrispondente estensione di tale regime speciale sfavorevole in relazione a condotte per le quali non pare giustificata un simile trattamento. A tal proposito, si deve sempre ricordare che i diritti umani fungono anche, e sempre, da *limite* del diritto penale e penale internazionale, in ambito sia sostanziale sia processuale⁴².

materializarse estatutariamente, in J. SOROETA LICERAS (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Bilbao, 2004, p. 346.

³⁷ A. CASSESE, *op. cit.*, pp. 23-4.

³⁸ Sulla distinzione tra “crimini di diritto internazionale” e “crimini di trascendenza internazionale”, si veda, anche per ulteriori riferimenti, G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 113-120. A differenza dei primi, i crimini di trascendenza internazionale o transnazionali non comportano l'imposizione diretta di responsabilità penale da parte del diritto internazionale, ma un semplice obbligo in capo allo Stato di incriminare determinate condotte.

³⁹ Così anche R. CRYER ET AL., *op. cit.*, p. 10.

⁴⁰ J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 208.

⁴¹ Così anche R. CRYER ET AL., *op. cit.*, p. 11.

⁴² G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 132.

Ma questa peculiarità determina anche un'altra conseguenza di speciale rilievo nell'ambito della nostra indagine: la definizione delle condotte costitutive di crimini contro l'umanità non sempre coincide nei vari ambiti applicativi: ne offrono un ottimo esempio, come vedremo, i reati di sparizione forzata e di tortura, la cui struttura tipica non coincide negli Statuti dei tribunali penali internazionali e nelle Convenzioni in materia.

Questo complesso scenario è ulteriormente complicato dal fatto che le differenze di definizione e struttura si manifestano non solo tra l'ambito internazionale classico e quello penale internazionale, ma già all'interno del primo, per sua natura multiforme e multidimensionale. Nel c.d. diritto internazionale dei diritti umani (*human rights law*) coesistono infatti Convenzioni internazionali firmate dagli Stati, strumenti di *soft law* – quali Dichiarazioni prive di valore vincolante –, Risoluzioni degli organi delle Nazioni Unite, norme consuetudinarie, Convenzioni regionali, oltre alla giurisprudenza degli organismi – sia internazionali che regionali – deputati all'applicazione ed interpretazione di tali testi. Si tratta di un universo normativo complesso, che spesso presenta disomogeneità al suo interno ancor prima dell'incontro con il diritto penale internazionale.

2.3. *Una categoria a geometria variabile*

Infine, tra le maglie di questo fitto intreccio di forme e ambiti di interventi normativi differenti si inseriscono gli ordinamenti nazionali, che mantengono una innegabile centralità nella reazione alla commissione di crimini internazionali. Ad essi spetta infatti l'implementazione delle Convenzioni internazionali e l'adeguamento agli obblighi da esse imposte.

2.3.1. *Obblighi ed oneri di tipizzazione e adeguamento*

Sugli Stati incombe *in primis* l'obbligo di tipizzare nel proprio sistema penale condotte proibite nei testi internazionali. Agli occhi del penalista italiano, si è quindi verificato un curioso passaggio da un modello di diritto penale costituzionalmente orientato volto a *ridurre* l'area del penalmente rilevante,

all'opposta "pretesa di individuare vincoli positivi alla discrezionalità del legislatore penale", determinata dalla percezione di un deficit di protezione⁴³, che determina una *dislocazione* delle valutazioni sulla meritevolezza e necessità di pena ad istanze sovranazionali⁴⁴.

In questa operazione di adempimento agli obblighi internazionalmente imposti, gli Stati godono di un margine di apprezzamento che consente loro di apportare modifiche alla norma internazionale⁴⁵, pur rispettandone un contenuto minimo, al fine di tener conto di esigenze o specificità locali e dell'autonomia di cui gli Stati continuano a godere nelle scelte incriminatrici⁴⁶. Inoltre, le fonti internazionali si limitano solitamente ad imporre un obbligo di incriminazione, ma non forniscono indicazioni precise su *come* tale obbligo va adempiuto, né prevedono istituti propri del diritto penale che vengono però in rilievo nel momento della persecuzione dei responsabili di tali condotte⁴⁷.

Il legislatore nazionale, dunque, in sede di adeguamento agli obblighi internazionali, si occupa sia di "riempire di contenuto" quegli aspetti di disciplina che la fonte pattizia o consuetudinaria non tratta, sia di apportare alla definizione del fatto tipico le modifiche che ritiene necessarie per riflettere le specificità locali e, in

⁴³ Così F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2647. Si tratta di un dato che può risultare di difficile accettazione per il penalista, il quale tendenzialmente rifiuta l'imposizione di obblighi di incriminazione, anche quando essi provengano dalla Carta Costituzionale – della quale si riconosce invece la funzione di limite e fondamento dell'intervento penale, secondo la nota teoria del diritto penale costituzionalmente orientato: v. il fondamentale lavoro di D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *RIDPP*, 1983, pp. 484 ss.

⁴⁴ F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 2650.

⁴⁵ Cfr. W.N. FERDINANDUSSE, *Direct Application of International Criminal Law in Domestic Courts*, The Hague, 2006, pp. 132-6. Il criterio del margine nazionale di apprezzamento costituisce la chiave del processo di armonizzazione che sta progressivamente avvicinando i sistemi nazionali intorno a dei principi comuni: così M. DELMAS-MARTY, *La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international*, in *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, n. 1, 2003, p. 9.

⁴⁶ Pur in presenza di una crescente tendenza a ricevere indicazioni sull'opportunità/necessità di incriminare determinate condotte illecite da parte di organizzazioni o norme sovranazionali. Questo fenomeno comincia a profilarsi in modo evidente anche nell'Unione Europea (pur con tutti i distinguo che si devono fare rispetto a questa organizzazione, che non risponde ai canoni classici del diritto internazionale): cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007 (specialmente a pp. 40 ss.).

⁴⁷ Come rilevano A. ZAHAR, G. SLUITER, *International Criminal Law. A Critical Introduction*, Oxford, 2008, p. 483.

certi casi, la peculiare fenomenologia che quella condotta ha assunto in quel concreto contesto⁴⁸.

Ma la centralità dell'intervento statale si mantiene, oltre che nella tipizzazione delle condotte costitutive di crimini internazionali, anche in relazione alla loro persecuzione e sanzione. Le istanze di giustizia penale sovranazionale che hanno proliferato negli ultimi decenni, infatti, pur intraprendendo direttamente l'azione penale, necessitano la cooperazione degli Stati per le attività di indagine e di polizia, oltre che per la fase dell'esecuzione della sanzione comminata a livello internazionale.

Da ultimo, il principio di complementarità che disciplina il funzionamento della CPI⁴⁹ ha a sua volta convalidato la generale preferenza per l'esercizio dell'azione penale a livello nazionale. Questo principio assegna infatti priorità all'intervento punitivo statale, e prevede che solo in caso di sua assenza o inadeguatezza interverrà la Corte⁵⁰: di conseguenza gli Stati, se vogliono evitare l'intervento della giurisdizione internazionale, devono adoperarsi per garantire tutte le precondizioni adatte a fornire una risposta adeguata ai crimini internazionali e, in caso di loro concreta commissione, per garantirne una persecuzione e sanzione effettiva. È la Corte stessa a valutare la sufficienza e l'idoneità delle misure intraprese dagli Stati, trasformandosi in tal modo in giudice dell'attività nazionale e della sua conformità rispetto agli *standard* imposti dallo Statuto e dal diritto internazionale in genere o, come è stato suggerito, in *catalizzatore* per la legislazione nazionale⁵¹.

⁴⁸ WERLE parla a tal proposito della formazione di un "domestic international criminal law" (G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 80).

⁴⁹ Lo rinveniamo nel considerando 10 del Preambolo allo StCPI e negli artt. 1, 17 e 20 co. 3. Si vedano, anche per ulteriori riferimenti, E. FRONZA, *Il principio di complementarità*, in E. AMATI ET AL., *op. cit.*, pp. 39-76 e, nella letteratura più recente, C. STAHN, M. EL ZEIDY (eds.), *The International Criminal Court and complementarity: from theory to practice*, Cambridge, 2011, *passim*; J. STIGEN, *The Relationship between the International Criminal Courts and national jurisdictions: the principle of complementarity*, Leiden-Boston, 2008; M. POLITI, F. GIOIA (eds.), *The International Criminal Court and national jurisdictions*, Aldershot, 2008, *passim*.

⁵⁰ Secondo il dettato dell'art. 17, la CPI interviene solo quando lo Stato cui spetta la competenza in via primaria sia incapace o privo della volontà (*unable or unwilling*) di intraprendere le azioni necessarie per la persecuzione dei responsabili di crimini che rintererebbero nella competenza della Corte.

⁵¹ R. CRYER ET AL., *op. cit.*, p. 63.

Pur non prevedendo obblighi di adeguamento degli ordinamenti nazionali⁵², il sistema della CPI ottiene mediante questo principio – soprattutto nella sua accezione di *positive complementarity* elaborata dall'Ufficio del Procuratore della Corte⁵³ – il medesimo effetto pratico di impulso all'armonizzazione⁵⁴ degli ordinamenti nazionali e al loro adattamento agli standard internazionali in materia di tipizzazione e persecuzione dei crimini internazionali⁵⁵. Naturalmente, in assenza di un obbligo espresso al riguardo, questo effetto viene prodotto solamente per via indiretta, e riesce solo lentamente e parzialmente a sfumare le differenze che ancora sussistono nella legislazione dei diversi sistemi nazionali: la CPI fungerebbe insomma da “pungolo” per gli Stati⁵⁶ rispetto ad una progressiva armonizzazione delle norme inerenti ai crimini internazionali.

2.3.2. Problemi di tipicità

L'importanza dell'apporto giurisprudenziale alla definizione dei crimini internazionali discende, oltre che dalla necessità di armonizzazione e combinazione di fonti diverse, dai particolari problemi di precisione e determinatezza che caratterizzano queste fattispecie⁵⁷. La loro genesi è infatti il frutto, come si è detto, di un difficile compromesso tra tradizioni giuridiche differenti e tra motivazioni politiche contrapposte.

⁵² Sugli Stati incombe infatti solo un *onere* di adeguamento: cfr. G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 313-330; E. FRONZA, *Il principio di complementarità*, cit., pp. 58-60.

⁵³ CPI-OTP (Office of the Prosecutor), *Informal Expert Paper “The Principle of Complementarity in Practice”*, ICC-01/04-01/07-1008-AnxA, 30.03.2009

(<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc654724.PDF>); si veda anche W.W. BURKE-WHITE, *Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 49, n. 1, 2008, pp. 53-108.

⁵⁴ Descrivono l'effetto armonizzatore dello StCPI: E. FRONZA, E. MALARINO, *L'effet harmonisateur du Statut de Rome*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (cur.), *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Paris, 2008, pp. 32 ss.

⁵⁵ Concordano A. ZAHAR, G. SLUITER, *op. cit.*, pp. 488-490. Gli Autori affermano espressamente: “the principle of complementarity triggered or was an important factor in serious legislative reforms” (p. 489).

⁵⁶ Immagine suggerita da S. ZAPPALÁ, *La giustizia penale internazionale*, Bologna, 2005, p. 112.

⁵⁷ Afferma CASSESE: “Given this indeterminacy and the consequent legal uncertainty for the possible addressees of international criminal rules, the contribution of courts to giving precision to law (...) becomes of crucial importance” (A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 42)

Pur nel notevole sforzo definitorio compiuto dai redattori dello Statuto di Roma⁵⁸, che si preoccupano di precisare i singoli elementi costitutivi delle fattispecie – oltre a prevedere per la prima volta una vera e propria “parte generale” applicabile a tutti i delitti -, sia nello Statuto stesso – ne è un esempio l’art. 7 co. 2 – sia negli Elementi dei Crimini (EC), strumento appositamente destinato all’ausilio dei giudici nell’interpretare le fattispecie contemplate dallo Statuto, le norme incriminatrici – e così alcune di quelle di parte generale – sembrano necessitare ulteriori interventi per soddisfare davvero i principi di determinatezza e precisione⁵⁹.

A rimediare a questo difetto sono chiamati, evidentemente, sia il legislatore nazionale nel momento della tipizzazione, sia il giudice nella fase interpretativa, sia infine il giudice costituzionale nel valutare la conformità costituzionale delle norme: essi devono cercare di dare alla struttura tipica delle fattispecie penali internazionali una veste più compatibile con i mandati di precisione e determinatezza, completando o modificando, ove necessario, la corrispondente definizione internazionale. Naturalmente, il rischio insito in tale dinamica è che ciascun tribunale tenda ad applicare le nozioni e i principi in uso nel suo ordinamento di riferimento, facendo

⁵⁸ Riconoscono questo sforzo, con particolare riferimento ai crimini contro l’umanità, A. ESPOSITO, G. GENTILE, M.T. TRAPASSO, *I crimini contro l’Umanità*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *op. cit.*, p. 601.

⁵⁹ SOTIS sostiene che, all’interno del sistema della CPI, l’operazione di etero-integrazione necessaria per “riempire” di contenuto gli elementi normativi delle fattispecie risente sia delle difficoltà ad individuare le norme cui si fa rinvio (vista la pluralità di fonti applicabili), sia del pluralismo strutturale e della naturale tendenza degli interpreti a ricorrere a significati e nozioni ricavati dalla propria specifica formazione giuridica e a fondare i giudizi valore sulle norme etico-sociali della propria comunità di appartenenza, che non sempre coincidono a livello planetario: C. SOTIS, *Problèmes de précision et éléments normatifs dans le Statut de la CPI* in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, A. LAMBERT, *Les sources du droit pénal international. L’expérience du Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Paris, 2005, pp. 196-210. DONDÉ MATUTE, nell’esaminare le norme dello StCPI che tipizzano i crimini internazionali, evidenzia alcuni aspetti dello StCPI che mettono in difficoltà il principio di legalità: in relazione all’art. 8 che tipizza i crimini di guerra, problematici risultano l’uso eccessivo di elementi normativi, l’impiego di numerose clausole residuali, una tipizzazione che rende impossibile l’interpretazione restrittiva dei tipi penali, e la descrizione degli elementi tipici mediante la tecnica dell’esclusione. Quanto all’art. 7 che tipizza i crimini contro l’umanità, invece, critica l’inclusione negli EC di condotte non previste dalla fonte statutaria (come ad es. i “lavori forzati”), la formulazione della fattispecie di violenza sessuale come clausola residuale, la tipizzazione ambigua ed indefinita degli “altri atti disumani” di cui alla lett. k), e la definizione aperta della condotta di persecuzione. Infine, in relazione alla norma sul genocidio di cui all’art. 6 StCPI, individua quali problemi nella struttura tipica ivi prevista la limitazione del novero dei gruppi tutelati (su cui v. *infra*) e l’incongruenza tra Statuto ed EC quanto alla previsione del *policy element* quale elemento costitutivo della fattispecie (anche su questo v. *infra*): cfr. J. DONDÉ MATUTE, *Los tipos penales en el ámbito internacional*, México, 2006, *passim*.

così sorgere un'applicazione talora contraddittoria e "cacofonica" dei crimini internazionali⁶⁰.

La tipizzazione dei crimini internazionali viene ad assumere in questo modo una configurazione "à vocation universelle, mais à géométrie variable"⁶¹, nella quale la tendenza verso l'armonizzazione è controbilanciata dalla permanenza di una nutrita serie di differenze, più o meno rilevanti, tra i vari ordinamenti nazionali.

Come facilmente si può immaginare, queste disomogeneità a livello nazionale provocano importanti ripercussioni sulla persecuzione dei crimini internazionali, tanto più quando essa si fonda sull'esercizio della giurisdizione universale: fintantoché esistono differenze sostanziali, tra i sistemi nazionali, nella tipizzazione e dei crimini internazionali, l'esercizio dell'azione penale provocherà risultati differenti a seconda dello Stato che lo intraprenda, in applicazione degli ordinari criteri di giurisdizione o del principio di giurisdizione universale. Il rischio insito è quello di una disparità di trattamento tra gli imputati in dipendenza del livello di conformità che la legislazione nazionale dimostra rispetto agli standard internazionali, e lo sviluppo di un fenomeno di *forum shopping*⁶².

Il quadro normativo che emerge in relazione alle fattispecie penali internazionali è dunque estremamente frastagliato e piuttosto mutevole, e conferma in tal modo la natura complessa ed *in fieri* del diritto penale internazionale. Al tempo stesso, l'intervento della giurisprudenza nazionale su un simile quadro può apportare un contributo fondamentale all'eliminazione delle differenze tra le varie definizioni legislative dei crimini internazionali, alla loro armonizzazione in vista del consolidamento di *una* fattispecie penale internazionale.

2.4. Dinamiche di armonizzazione e ruolo della giurisprudenza nazionale

Le caratteristiche sopra evidenziate spiegano l'origine della costante tensione tra aspirazione all'armonizzazione delle legislazioni e delle prassi di persecuzione e

⁶⁰ Così avverte A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 43.

⁶¹ E. FRONZA, *La réception des crimes contre l'humanité en droit interne*, in M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA, L. NEYRET, *Les crimes contre l'humanité*, Paris, 2009, p. 78.

⁶² M. DELMAS-MARTY, *La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international*, in *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, n. 1, 2003, p. 11.

sanzione dei crimini internazionali, da una parte, e persistenza di differenze e specificità nazionali, a livello definitorio e di disciplina, dall'altra.

Il difficile compito di combinare queste due pulsioni antagoniste ricade, evidentemente, sui tribunali nazionali, che si trovano ad essere vincolati dalle scelte incriminatrici operate dal legislatore – secondo la dinamica di poteri su cui si struttura lo Stato democratico⁶³ –, ma anche, in quanto potere dello Stato, agli obblighi che quest'ultimo ha assunto internazionalmente.

Il vincolo dell'interprete al diritto internazionale appare ancora più forte in quegli ordinamenti improntati al *monismo*, vale a dire all'approccio che assegna efficacia diretta ai trattati ratificati dallo Stato, anche in assenza dell'espresso recepimento in una legge nazionale⁶⁴. La questione si intreccia con il complesso tema della possibilità che il diritto internazionale espliciti effetti diretti negli ordinamenti interni: tema che si manifesta in termini ancora più problematici in relazione al diritto penale internazionale, che produce un impatto diretto sulla libertà personale degli individui.

Il potere giudiziario, nel giudicare fatti suscumbibili nella categoria dei crimini internazionali, si preoccupa pertanto di cercare un punto di equilibrio tra i principi e le norme dell'ordinamento nazionale, e la necessità di considerare le specificità locali, da un lato, e gli obblighi internazionalmente assunti e la tendenza verso un'armonizzazione delle risposte punitive a livello mondiale, dall'altro. In quest'operazione, il giudice si spinge talora fino a sostituirsi ad un legislatore inerte o inadempiente, quando costui non ha provveduto all'adeguamento imposto dagli obblighi internazionali o vi ha provveduto con misure deficitarie⁶⁵. In simili ipotesi, pur essendo vero che il potere giudiziario agisce in conformità a quanto previsto ed

⁶³ E pur nella consapevolezza che la tradizionale separazione tra i poteri statali predicata da Montesquieu vive attualmente una profonda crisi: v. *supra*, cap. I.

⁶⁴ Questa diretta applicabilità negli ordinamenti interni si limita in realtà alle norme *self-executing*, che non necessitano cioè di trasposizione per attribuire validamente diritti agli individui. L'approccio opposto, noto come *dualismo*, parte invece dall'idea di separazione tra ordinamento interno ed internazionale, e condiziona quindi la validità delle norme internazionali alla loro previa trasposizione in disposizioni legislative conformi al sistema interno.

⁶⁵ Porta alcuni esempi di inerzia legislativa e di implementazione parziale A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit, ed. del 2003, pp. 305-6 (parte eliminata nella 2° ed. del 2008 già citata). L'Autore rileva anche l'esistenza di un *expansive approach* nell'interpretazione giudiziale dei trattati internazionali (ivi, p. 307).

imposto dal diritto internazionale, finisce per acuirsi quella – già registrata⁶⁶ – tensione con il potere legislativo che accompagna la crisi del paradigma illuminista della legalità e della separazione dei poteri.

Ma l'intervento giudiziale sulla definizione e struttura tipica dei crimini internazionali può manifestarsi anche in direzione opposta, vale a dire per contrastare ipotesi di *over-inclusion*⁶⁷, nelle quali il legislatore trascende i contorni internazionalmente posti alle fattispecie ed amplia in tal modo la portata dell'intervento penale. Il giudice può intervenire in questi casi in chiave riduttiva, per riportare l'interpretazione di tali fattispecie entro i binari imposti o suggeriti dal diritto internazionale.

Infine, il potere giudiziario può anche semplicemente allinearsi con le scelte legislative nazionali, anche qualora esse comportino una *over* o *under-inclusion* rispetto alla definizione internazionale.

La giurisprudenza dei tribunali – e delle Corti Supreme in particolare – latinoamericani che ci accingiamo ad esaminare fornisce appunto interessanti esempi di tutte le dinamiche ora descritte, offrendo nel contempo un apporto significativo alla definizione della struttura tipica dei crimini internazionali. Quest'attività ha finito per influenzare a sua volta le giurisdizioni e gli organismi internazionali, grazie ad un movimento circolare di interazione reciproca, sia legale che giudiziaria⁶⁸, tra livelli ed ordinamenti differenti⁶⁹.

Ma prima di prendere in esame il portato creativo della giurisprudenza nazionale, è opportuno soffermarsi sulla definizione e sugli elementi tipici che il diritto internazionale prevede per i crimini di genocidio, contro l'umanità e, all'interno di questi ultimi, specificamente per le sparizioni forzate e la tortura. La scelta di analizzare solamente queste fattispecie è dettata dalla circostanza che su di esse si è concentrata la giurisprudenza latinoamericana che analizzeremo.

A tal fine, si prenderanno in esame sia le norme di diritto internazionale e regionale, con particolare attenzione all'ambito interamericano in cui si inseriscono i sistemi di cui ci occupiamo, sia quelle degli Statuti dei tribunali penali internazionali,

⁶⁶ Cfr. cap. I.

⁶⁷ Termine adottato da A. ZAHAR, G. SLUITER, *op. cit.*, p. 494.

⁶⁸ E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, *Introduzione*, cit., pp. 29-30.

⁶⁹ Sul punto v. *infra*, cap. IV.

e specialmente dello Statuto di Roma, che cristallizza in certo modo lo stato attuale del diritto penale internazionale. In entrambi i casi, vista l'impossibilità di condurre un'analisi esaustiva di tutti gli aspetti della struttura tipica, ci si soffermerà su quei profili che appaiono più problematici. Inoltre, si cercherà di dar conto degli aspetti nei quali la tipizzazione dei crimini a livello nazionale – con esclusivo riferimento, per ovvie ragioni, al continente latinoamericano – si discosta rispetto alla corrispondente definizione internazionale.

3. *La struttura tipica dei crimini internazionali*

Come in parte anticipato, i crimini internazionali – e ci riferiamo con questo termine a quelli indiscutibilmente riconosciuti come tali: genocidio, crimini di guerra e contro l'umanità, aggressione – si caratterizzano per la speciale gravità e portata lesiva, che si riflette poi nella struttura tipica. Ciascuna di queste categorie si compone infatti di una pluralità di condotte lesive (*underlying offences, conductas subyacentes*) – ad esempio, l'omicidio, lo sterminio, le lesioni personali – e di un elemento aggiuntivo, comune a tutte le condotte, noto come elemento di contesto (*chapeau, contextual element, Gesamtat*). È proprio quest'ultimo elemento ad attribuire alle condotte lesive rilevanza penale internazionale, esprimendone lo speciale disvalore e distinguendole rispetto ai reati comuni⁷⁰. A tale funzione selettiva se ne accompagna una propriamente incriminatrice, nei casi in cui le condotte che integrano il crimine internazionale non sono sanzionate penalmente *ex se* all'interno degli ordinamenti nazionali⁷¹.

Inoltre, alla luce della parziale convergenza tra diritto penale internazionale e *human rights law*, l'elemento di contesto contribuisce a contrassegnare quelle gravi violazioni dei diritti umani che costituiscono crimini internazionali: anche se talora il medesimo elemento è presente anche nella norma internazionale "classica" – che coincide in questo caso pienamente con la norma penale internazionale –, è certo che

⁷⁰ GIL GIL ritiene che il fondamento ultimo della natura internazionale di certi reati è rinvenibile sia nel fatto che essi derivano da una fonte internazionale, sia nella natura propriamente internazionale dei beni giuridici che essi intendono tutelare: A. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, cit., pp. 27-52.

⁷¹ Cfr. E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, *Introduzione*, cit., pp. 2-3.

l'assenza di tale elemento, al contrario, impedisce *a priori* di qualificare un fatto come costitutivo di crimine internazionale⁷².

L'elemento di contesto adempie infine ad una funzione discretiva interna alla classe dei crimini internazionali, poiché caratterizza ogni singola categoria rispetto alle altre: tale ruolo è particolarmente importante in considerazione del fatto che alcune condotte possono integrare sia un genocidio, sia un crimine contro l'umanità, sia un crimine di guerra. La riconosciuta importanza dell'elemento ora descritto non ha tuttavia sopito il dibattito intorno alla sua natura: alcuni autori ritengono che si limiti a individuare le condotte che rientrano nella competenza della CPI⁷³. A questa visione è facile ribattere che in alcuni casi il medesimo elemento di contesto è rinvenibile anche nella definizione del crimine fornita dalle Convenzioni internazionali in materia – si pensi ad esempio alla Convenzione sul Genocidio del 1948 – e nelle disposizioni nazionali che tipizzano la stessa condotta. Inoltre, quest'interpretazione condurrebbe ad escludere l'elemento di contesto dall'oggetto del dolo che anima il soggetto ad agire, con un esito contrario al principio di colpevolezza⁷⁴. Di conseguenza, la funzione dell'elemento di contesto appare ben più pregnante che quella di mero criterio di giurisdizione: ci sembra condivisibile quell'orientamento dottrinale che considera l'elemento di contesto come parte integrante della struttura tipica del reato⁷⁵, e lo fa rientrare dunque anche nell'oggetto del dolo che muove l'autore⁷⁶.

⁷² Come vedremo, questa distinzione ha ripercussioni importanti a livello di legislazione interna.

⁷³ Così ad es. L.N. SADAT, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Ardsley-on-Hudson, 2002, p. 208.

⁷⁴ Così G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 437.

⁷⁵ Concorde J. DONDÉ MATUTE, *Los tipos penales en el ámbito internacional*, cit., p. 102.

⁷⁶ Un discorso a parte può essere riservato ai crimini di guerra, il cui elemento di contesto, come descritto dallo StCPI, non contiene indicazioni sulla *mens rea* del soggetto al riguardo. Tuttavia, la necessaria conoscenza delle circostanze di fatto che hanno determinato l'insorgere di un conflitto armato, oltre a derivare dalla disciplina generale della *mens rea* di cui all'art. 30, è prevista dagli EC, e sembra quindi allineare anche i crimini di guerra all'interpretazione qui seguita: v. G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 439.

4. *Il crimine di genocidio*⁷⁷

4.1. *Il genocidio nelle fonti internazionali*

Il crimine di genocidio, che viene comunemente ritenuto il più grave tra i crimini internazionali, consiste, in prima approssimazione, nella commissione di atti illeciti volti alla distruzione totale o parziale di un determinato gruppo umano identificato sulla base di alcuni tratti specifici.

Pur essendo in origine considerato una sotto-categoria di crimini contro l'umanità⁷⁸, acquisì ben presto rilievo autonomo e un contenuto differenziato rispetto a questi ultimi⁷⁹. La prima norma che provvede a descriverlo e condannarlo è la Convenzione per la Prevenzione e Repressione del crimine di Genocidio del 1948⁸⁰, ratificata da un numero assai elevato di Stati.

Tale Convenzione stabilisce espressamente che il genocidio costituisce “un delitto di diritto internazionale”⁸¹ che gli Stati parte della Convenzione si impegnano

⁷⁷ Per maggiori approfondimenti sulla fattispecie di genocidio, alla luce del carattere sintetico e selettivo dell'analisi che segue, nonché per ulteriori riferimenti bibliografici, si rimanda a: E. FRONZA, *Il crimine di genocidio*, in E. AMATI ET AL., *op. cit.*, pp. 377-410; E. MEZZETTI, *Il crimine di genocidio*, in G. LATTANZI, V. MONETTI, *op. cit.*, pp. 559-598; S. MASSI, *Il genocidio. Il diritto dei popoli e la tutela del gruppo nazionale, etnico, razziale e religioso*, in E. MEZZETTI, *Diritto Penale Internazionale*, Torino, 2007. Tra le monografie: A. GIL GIL, *Derecho penal internacional: Especial Consideración del Delito de Genocidio*, Madrid, 1999; A. GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999; C. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, *El genocidio en el derecho penal internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del estatuto de la Corte Penal Internacional*, Valencia, 2011; W. SCHABAS, *Genocide in International Criminal Law: the Crime of Crimes*, Cambridge, 2° ed., 2009. In dottrina anglofona: G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 697-783; C. KRESS, *The Crime of Genocide under International Criminal Law*, in *ICLR*, n. 6, 2006, pp. 461 ss.; A. CASSESE, *Genocide*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, tomo 1, 2002, pp. 335 ss.; A. CASSESE, *International criminal Law*, cit., pp. 127-147; R. CRYER ET AL., *op. cit.*, pp. 165-186; E. FRONZA, *Genocide in the Rome Statute*, in F. LATTANZI, W. SCHABAS (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 1, 1999, pp. 105 ss.; M. LIPPMAN, *Genocide*, in M.C. BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, tomo 1, 2° ed., 1999, pp. 589 ss.; I. BANTEKAS, *op. cit.*, pp. 203-221; G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford, 2005 (cap. VI); R. HENHAM, P. BEHRENS (eds.), *The criminal law of genocide: international, comparative and contextual aspects*, Aldershot, 2007.

⁷⁸ Cfr. A. CASSESE, *op. cit.*, p. 127.

⁷⁹ Il termine “genocidio” venne coniato da R. Lemkin per descrivere i delitti commessi dai nazisti ai danni degli ebrei: cfr. W. SCHABAS, *Genocide in International Criminal Law*, cit., pp. 25 ss.

⁸⁰ D'ora in poi *Convenzione sul Genocidio*, adottata dall'Assemblea Generale ONU con Risoluzione 260 A (III) del 09.12.1948 ed entrata in vigore il 12.01.1951.

⁸¹ La Corte Internazionale di Giustizia (CIG) ha poi affermato che il divieto di genocidio forma parte dello *jus cogens* (CIG, *Advisory Opinion concerning Reservations to the genocide Convention*, 1951, §23).

a “prevenire” e “sanzionare” (art. 1)⁸²; e all’art. 4 specifica che coloro che lo commettano saranno puniti, indipendentemente dalla posizione da loro ricoperta. Oltre a questi obblighi di persecuzione e sanzione, la Convenzione impone un obbligo di tipizzazione di tale condotta illecita (art. 5), affidandone l’esecuzione agli Stati membri in conformità con quanto previsto dalle rispettive Costituzioni.

La Convenzione fornisce inoltre per la prima volta una definizione del crimine di genocidio nei termini seguenti:

“... se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;*
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;*
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;*
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;*
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”⁸³.*

Questa definizione si è mantenuta formalmente⁸⁴ inalterata in tutti i successivi strumenti internazionali che hanno descritto il crimine di genocidio⁸⁵,

⁸² La CIG, tuttavia, nel noto caso *Bosnia Genocide*, afferma che la Convenzione del 1948 impone obblighi sia agli Stati che agli individui, e che ai primi può essere attribuita la responsabilità non solo per aver omesso di prevenire e punire il genocidio, ma anche per aver direttamente posto in essere una delle condotte sanzionate dall’art. 3 di tale Convenzione: cfr. CIG, *Application of the Convention on Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, judgment, 26.02.2007, §§ 162-6. Critica quest’interpretazione I. BANTEKAS, *op. cit.*, p. 206.

⁸³ Art. 2 della Convenzione sul Genocidio.

⁸⁴ La giurisprudenza nazionale ed internazionale ha però chiarito e modificato per via interpretativa il contenuto di tale disposizione, come vedremo *infra*, cap. III e come segnala in relazione alla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, dalla quale trae alcuni esempi, W. SCHABAS, *Judicial Activism and the Crime of Genocide*, in S. DARCY, J. POWDERLY (eds.), *Judicial creativity at the international criminal tribunals*, Oxford, 2010, pp. 63-79.

⁸⁵ Una definizione più ampia prevedeva invece il Progetto di Codice di Crimini contro la Pace e la Sicurezza dell’Umanità (*Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*) del 1954 elaborato dalla CDI UN GAOR, 9th session, Supp. N. 9, 1954 (http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_3_1954.pdf), e che, premettendo il termine “including” all’elenco di gruppi tutelati, indicava il carattere non esaustivo di tale lista. Questo ampliamento viene però eliminato nei successivi Progetti del 1991 (UN GAOR, 46th session, Supp. N. 10, 1991, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1459.pdf) e 1996 (UN GAOR, 51st session, 1996, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf).

potendosi quindi ritenere che essa sia assurta al rango di norma consuetudinaria con valore di *jus cogens*⁸⁶.

Nell'ambito delle giurisdizioni penali internazionali, invece, il crimine di genocidio apparve per la prima volta con gli Statuti dei Tribunali *ad hoc*⁸⁷: anche se l'art. 4 StTPIY e l'art. 2 StTPIR ripropongono letteralmente la definizione della Convenzione del 1948, l'interpretazione che la loro giurisprudenza dà di tali disposizioni le arricchisce di contenuti nuovi e ne chiarisce il significato e la portata⁸⁸.

Infine, lo StCPI tipizza il crimine di genocidio all'art. 6, riproducendo ancora una volta la definizione della Convenzione del 1948, con la sola differenza che lo Statuto non dedica una disposizione specifica alle altre forme di manifestazione del reato⁸⁹, limitandosi a prevederle nella parte generale⁹⁰. In relazione a questa specifica categoria criminosa si registra dunque una – pressoché – piena corrispondenza tra le norme di diritto penale internazionale e quelle di tutela internazionale dei diritti umani.

4.2. Struttura tipica della fattispecie di genocidio

4.2.1. L'elemento di contesto

L'elemento di contesto che vale ad attribuire a determinate condotte lesive la qualificazione di genocidio consiste, secondo la definizione comune alla Convenzione del 1948 e agli Statuti dei diversi Tribunali penali internazionali, nell'“intenzione di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico,

⁸⁶ A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 146.

⁸⁷ Né lo StTMI, né lo StTMEO, né i Principi di Norimberga contemplavano tale delitto tra quelli di propria competenza.

⁸⁸ *Leading case* in materia è la sentenza del TPIR nel caso *Akayesu*, TC, 02.09.1998, ed AC, 01.06.2001. Seguono TPIR, *Kayishema e Ruzindana*, TC, 21.05.1999, e AC, 01.06.2001; *Rutaganda*, TC, 06.12.1999 e AC, 26.05.2003. Dinanzi al TPIY, *Jelusic*, TC, 14.12.1999 e AC, 05.07.2001, e *Krstic*, TC, 02.08.2001 e AC, 19.04.2004.

⁸⁹ L'art. 3 della Convenzione invece condanna espressamente l'associazione finalizzata alla commissione di genocidio, l'istigazione diretta e pubblica ad esso, il tentativo e la complicità.

⁹⁰ Precisamente nell'art. 25 co. 3, lett. d-e-f). Lo StCPI non sanziona però la *conspiracy* finalizzata alla commissione di genocidio, prevista invece all'art. 3 della Convenzione del 1948 (cfr. A. CASSESE, *op. cit.*, p. 146). Rileva FRONZA che questa collocazione della disposizione che sanziona queste altre forme di commissione del reato impedisce di applicarvi gli EC, destinati all'interpretazione dei soli artt. 6-8 dello Statuto (E. FRONZA, *Genocidio*, cit., p. 383).

razziale o religioso in quanto tale”. Come lascia trasparire la lettera della disposizione, l’elemento si connota in questo caso come un dolo specifico di distruzione ai danni di uno dei gruppi indicati, che si affianca all’elemento soggettivo previsto in via generale, per il sistema della CPI, dall’art. 30 dello Statuto. Tale elemento svolge la funzione di “caratterizzare la direzione dell’azione verso la lesione del bene giuridico tutelato – l’esistenza di determinati gruppi – ma il tipo anticipa il momento della consumazione, ritenendo sufficiente la realizzazione di un atto diretto al conseguimento del risultato in termini valorativi – la distruzione del gruppo –, il quale si colloca al di fuori del tipo”⁹¹.

La natura soggettiva di tale elemento strutturale pone, come si può immaginare, seri problemi di ordine probatorio: la giurisprudenza internazionale ha optato per ammettere la possibilità di dedurlo sulla base delle circostanze di fatto in cui furono commesse le condotte⁹². L’analisi degli elementi circostanziali permette infatti di inferire schemi obiettivi di condotte (*objective patterns of conduct*) ripetuti in modo seriale⁹³ da cui dedurre la prova del dolo specifico di distruzione.

Inoltre, dibattuta è l’intensità che tale dolo specifico deve raggiungere: ad un primo orientamento che lo identifica con un dolo diretto di primo grado, comprensivo di un preciso elemento volitivo, se ne contrappone un altro secondo cui è sufficiente che l’autore abbia la consapevolezza che la propria condotta contribuisce allo scopo di distruzione del gruppo⁹⁴.

⁹¹ A. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, cit., p.179. Traduzione libera. La distruzione del gruppo rimane quindi esclusa dal tipo penale, mentre forma parte della tipicità *soggettiva* del genocidio la mera intenzione diretta alla produzione di tale risultato.

⁹² Difende la necessità di ricorrere a presunzioni di fatto TPIR, *Akayesu*, TC, cit., § 523. Di conseguenza, rileva CASSESE, l’esistenza di una prassi estesa o sistematica (che come si vedrà forma parte dell’elemento di contesto dei CCU), pur non essendo elemento costitutivo del reato, può rilevare dal punto di vista probatorio (A. CASSESE, *op. cit.*, p. 145).

⁹³ Lo conferma anche la PTC I della CPI, *Al Bashir*, Decisione sull’ordine di arresto, ICC-02/05-01/09, 04.03.2009, § 147 ss.

⁹⁴ Questi due orientamenti sono definiti, rispettivamente, *purpose-based approach* e *knowledge-based approach*. Il primo è adottato dal TPIY (*Krstic*, AC, cit., *Jelusic*, TC, 14.12.1999); il secondo invece da A.K.A. GREENAWALT, *Rethinking Genocidal Intent: the Case for a Knowledge-based Interpretation*, in *Columbia Law Review*, vol. 99, n. 8, 1999, pp. 2259-2294. Anche secondo GIL GIL è necessaria la conoscenza dell’esistenza di una campagna genocidiaria ed è invece sufficiente un dolo eventuale rispetto alla produzione del risultato di distruzione: A. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, cit., pp. 259-260. K. AMBOS ha di recente proposto una fusione tra questi due approcci, applicando quello *purpose-based* agli autori di alto e medio rango, e quello *knowledge-based* invece ai *low level perpetrators*: K. AMBOS, *What does “intent to destroy” in genocide mean?* in *IRRC*, vol. 91, n. 876, dicembre 2009, pp. 833-858. La questione dell’intensità del dolo nel genocidio, pur

Ma i profili problematici di tale elemento di contesto non si esauriscono nell'ambito probatorio: assai controverse sono infatti la necessità di un contesto genocida, l'espressione "in tutto o in parte", ed ancor più l'individuazione dei gruppi riconosciuti come soggetti passivi del reato, nel duplice aspetto della loro limitazione alle quattro categorie menzionate e del criterio per determinare l'appartenenza di un soggetto ad uno di tali gruppi.

Quanto alla prima questione, mentre la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* ha sostenuto in forma piuttosto costante che l'esistenza di una politica o di un piano globale di carattere genocida non è un elemento necessario del crimine, ma un mero indice del dolo specifico in capo all'autore, gli EC sembrano considerarlo un requisito strutturale della categoria⁹⁵. Pur essendo questa fonte subordinata allo StCPI, che in caso di difformità prevale, una pronuncia nel caso *Al Bashir* ha ritenuto che il parametro fissato dagli EC va applicato poiché non contraddice lo Statuto in modo inconciliabile⁹⁶.

Ci si è poi interrogati sul significato della distruzione *parziale* del gruppo⁹⁷: dopo l'elaborazione di differenti criteri⁹⁸, si è giunti a ritenere che tale ipotesi si configuri quando viene coinvolto sia un numero consistente di membri del gruppo, sia una porzione del gruppo importante non dal punto di vista numerico, ma per il ruolo ricoperto all'interno del gruppo, come nel caso di leader politici o personale militare.

In ogni caso, come si diceva, la distruzione del gruppo o di una sua parte costituisce l'oggetto del dolo specifico, ma non è necessario che essa si realizzi effettivamente per integrare il fatto tipico⁹⁹.

interessante, non verrà approfondita in questa sede, perché risulta estranea alle pronunce della giurisprudenza latinoamericana in materia.

⁹⁵ EC, art. 6.a) e b), n. 4.

⁹⁶ CPI, *Al Bashir*, Decisione sul mandato di arresto, cit., 04.03.2009, § 128 ss. Per una descrizione e una critica di tale pronuncia, cfr. G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 752.

⁹⁷ Non sembra invece dubbia la scelta della norma di riferirsi alla sola distruzione fisica o biologica, e non invece a quella sociale (con l'unica parziale eccezione della condotta genocidaria di trasferimento forzato di bambini dal gruppo ad un altro, che integra, come si dirà, una forma di genocidio culturale). Sul punto cfr. C. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, *op. cit.*, pp. 83-92.

⁹⁸ Sui quali v. K. AMBOS, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid, 2006, pp. 296-9.

⁹⁹ Così A. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, cit., pp. 194-5. L'Autrice distingue il genocidio nella modalità dell'uccisione, la cui struttura somiglia a quella del tentativo incompiuto o *delito mutilado de varios actos* (poiché gli atti esecutivi, normativamente definiti, hanno avuto inizio ma la consumazione interviene con la lesione di una parte minima dell'oggetto materiale, che si configura come pericolo astratto per il bene giuridico) e le altre fattispecie di genocidio, come l'assoggettamento

L'aspetto più dibattuto del crimine di genocidio è però senz'altro, come si diceva, l'individuazione dei gruppi tutelati dalla norma. In primo luogo, in assenza di un criterio espresso per riconoscere l'appartenenza di un soggetto al gruppo, si sono fronteggiate una concezione oggettivista, che fonda l'identificazione di un gruppo su dati oggettivi, quali i tratti somatici, la lingua la religione, così come si manifestano all'esterno¹⁰⁰, ed una concezione soggettivista, che assume invece a parametro la percezione soggettiva che gli autori del genocidio hanno di un certo gruppo umano, o che quest'ultimo ha di se stesso¹⁰¹. In realtà, com'è stato segnalato, entrambi i criteri nascondono delle insidie¹⁰²: quello oggettivo rischia di fare proprie quelle stesse di distinzione e separazione che hanno alimentato il proposito genocidiario; quello soggettivo in cambio – che pure sembra prevalere nella giurisprudenza più recente – si presta a facili strumentalizzazioni e ad un'intrinseca instabilità¹⁰³.

In secondo luogo, è sempre stata oggetto di aspre critiche l'elencazione limitata e tassativa¹⁰⁴ di gruppi tutelati adottata dalla Convenzione del 1948 e riproposta dagli Statuti dei tribunali penali internazionali: anche se nel progetto originario la scelta di queste quattro tipologie di gruppi umani si era basata sulla loro – relativa – stabilità e sul carattere involontario dell'appartenenza ad essi¹⁰⁵, oltre che sul fatto che si trattava dei gruppi che storicamente hanno subito più attacchi, essa non appare più giustificata alla luce della fenomenologia che tale crimine ha assunto negli ultimi decenni. Si critica in particolare l'esclusione dal novero dei soggetti passivi dei gruppi politici, che sono invece spesso stati oggetto di piani di distruzione – esempi palesi sono offerti dalla criminalità di Stato nelle dittature latinoamericane -

del gruppo a condizioni di vita adatte a provocarne la distruzione, che si realizzano invece rispetto all'intero gruppo e sono equivalenti ad un tentativo compiuto (*delito de resultado cortado*): ivi, pp. 195 e 258-9.

¹⁰⁰ Accoglie questo criterio il TPIR nel *leading case Akayesu*, TC, § 510 ss. e, nella dottrina, W. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., pp. 109 ss.

¹⁰¹ Cfr. TPIY, *Jeliscic*, cit., § 70-1 e *Krstic*, cit., § 556-7 e 559-60. Si dichiara favorevole all'adozione di tale criterio soggettivo I. BANTEKAS, *op. cit.*, p. 213; critico invece G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 722.

¹⁰² E. FRONZA, *Genocidio*, cit., pp. 406-7.

¹⁰³ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA distingue invece, in relazione all'identificazione dei gruppi, un "criterio di stabilità", un criterio soggettivo e vari criteri di delimitazione, che "permettono di fissare i contorni geografici e quantitativi del gruppo" (C. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, *op. cit.*, p. 144).

¹⁰⁴ Afferma il carattere esaustivo di tale enumerazione, ad es., C. KRESS, *op. cit.*, p. 473; lo conferma la giurisprudenza del TPIR (*Kayishema and Ruzindana*, TC, cit., § 98) e TPIY (*Krstic*, TC, cit., § 554).

¹⁰⁵ Si può dubitare però della validità di questi argomenti in relazione ai gruppi religiosi, che si fondano invece sull'appartenenza volontaria dei membri.

, di quelli sociali ed economici; tuttavia, tale critica non è mai riuscita a concretizzarsi nella riforma della definizione internazionale del crimine¹⁰⁶. Altra questione lasciata aperta dalla norma è poi la configurabilità di un c.d. auto-genocidio, quando gli autori del reato crimine appartengano al medesimo gruppo che intendono distruggere.

La consapevolezza dell'inadeguatezza della norma internazionale a riflettere le reali manifestazioni del crimine, e delle lacune di punibilità che ciò comporta, è all'origine di alcune significative modifiche introdotte a livello nazionale, o nel momento della tipizzazione del reato, oppure, come vedremo ampiamente nel prossimo capitolo¹⁰⁷, grazie ad un'interpretazione ampia delle categorie protette dalla norma internazionale – specialmente del gruppo nazionale – ad opera degli organi giudicanti.

Infine, occorre ricordare che la norma internazionale sul genocidio richiede che l'intenzione distruttiva si rivolga al gruppo “in quanto tale”: la funzione di questa clausola, inserita come soluzione di compromesso tra i sostenitori e gli oppositori dell'idea di assegnare rilevanza ai moventi del delitto¹⁰⁸, è stata a lungo discussa. Anche se alcune voci ritengono che essa indichi appunto il movente sulla cui base agisce l'autore del crimine¹⁰⁹, una simile interpretazione non sembra condivisibile alla luce della generale irrilevanza dei moventi nel diritto penale¹¹⁰. Secondo una diversa e più condivisibile interpretazione, tale clausola fornisce una indicazione sul bene giuridico protetto dalla norma¹¹¹.

Pur essendo integrato da atti che ledono direttamente i beni giuridici di uno o più individui, infatti, tratto caratterizzante del genocidio è l'effetto – o la potenzialità – distruttiva che esso esplica nei confronti di un intero gruppo umano. Questa figura delittuosa realizza insomma una “spersonalizzazione della vittima”¹¹², e trascende la

¹⁰⁶ La proposta di ampliare il novero dei gruppi protetti emerse in sede di redazione dello Statuto di Roma, ma si scontrò con la tenace obiezione di alcuni Stati: si veda sul punto O. TRIFFTERER, W. SCHABAS (eds.), *op. cit.*, art. 6, n.m. 6.

¹⁰⁷ Al prossimo capitolo si rimanda anche per un maggior approfondimento della questione della limitazione dei gruppi protetti.

¹⁰⁸ Come narra C. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, *op. cit.*, pp. 92-3.

¹⁰⁹ *Ibidem*, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹¹⁰ Così E. FRONZA, *Genocidio*, cit., p. 409.

¹¹¹ Così A. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, cit., p. 183; K. AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional*, Berlin, 2005, pp. 118-119.

¹¹² A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 137.

lesione dei beni giuridici individuali delle singole vittime colpite, per concentrarsi su una dimensione collettiva¹¹³. Bene giuridico tutelato è quindi l'*esistenza di un gruppo umano* – uno di quelli elencati dalla norma -, che si vede leso o messo in pericolo dalla commissione di alcune condotte e dal dolo di distruzione che le accompagna¹¹⁴.

L'assunzione di questo bene giuridico tutelato, oltre a spiegare la specificità e la rilevanza internazionale del genocidio e la sua struttura tipica, apporta un contributo significativo alla risoluzione delle ipotesi concorsuali. In effetti, se il bene giuridico tutelato trascende i singoli individui direttamente colpiti dalle condotte lesive, la commissione ripetuta di un medesimo atto – ad esempio l'uccisione – ai danni di più persone – concorso materiale di condotte omogenee- deve essere sanzionato come un *unico* crimine di genocidio. Alla pluralità di vittime concrete può invece essere attribuita rilevanza mediante la dichiarazione di un concorso formale del genocidio con molteplici reati comuni – ad esempio di omicidio –, a loro volta in concorso materiale tra loro¹¹⁵.

Al tempo stesso, la valorizzazione della natura collettiva del bene giuridico protetto contro il genocidio aiuta a configurare le relazioni concorsuali di quest'ultimo con le diverse categorie dei crimini di guerra e – soprattutto – contro l'umanità in termini di concorso di reati e non solamente di concorso apparente di norme.

¹¹³ Affermano però che i beni giuridici individuali vengono protetti, insieme a quello collettivo: E. FRONZA, *Genocide in the Rome Statute*, cit., p. 119; C. KRESS, *op. cit.*, p. 473. Secondo WERLE la dignità della singola vittima viene tutelato in via secondaria: G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 713.

¹¹⁴ Così A. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, cit., pp. 178-195; G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 709. C. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA sostiene invece che il bene giuridico tutelato non è precisamente l'esistenza del gruppo, bensì la sua integrità, concetto che non implica necessariamente la distruzione fisica di un gruppo ed è quindi più adeguato alle diverse condotte costitutive di genocidio. L'integrità del gruppo risulterebbe dalla somma dei diritti individuali dei suoi membri, e consentirebbe quindi di prendere in considerazione anche questi ultimi, solitamente lasciati in secondo piano dall'interpretazione che si concentra sul bene collettivo dell'esistenza del gruppo (C. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, *op. cit.*, pp. 248-260).

¹¹⁵ Questa è la soluzione interpretativa proposta da GIL GIL [A. GIL GIL, *Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio (Sentencia del BGH de 30 de abril de 1999 -3 StR 215/98- OLG Düsseldorf)*, in *Revista de derecho Penal y Criminología*, 2ª epoca, n. 4, 1999, pp. 771-798], come avremo modo di approfondire nel prossimo capitolo, par. 3.6.

4.2.2. *Le condotte costitutive: cenni*

Il crimine di genocidio comprende, come già accennato, una pluralità di fattispecie: lo possono infatti integrare, in presenza dell'elemento di contesto sopra descritto, diverse condotte lesive, che costituiscono già di per sé atti penalmente rilevanti.

L'elenco di tali condotte, anch'esso identico nelle differenti norme internazionali che sanzionano il genocidio, comprende: l'uccisione (lett. a)¹¹⁶ e la lesione grave all'integrità fisica o psichica di membri del gruppo (lett. b), l'inflizione di condizioni di vita idonee a provocare la distruzione fisica, totale o parziale, del gruppo (lett. c), l'imposizione di misure volte ad impedire nascite in seno al gruppo (lett. d) e il trasferimento forzato di bambini del gruppo colpito ad un altro gruppo (lett. e). Non risulta invece contemplata la pulizia etnica, intendendo come tale l'espulsione forzata di civili membri di un certo gruppo da una zona o città¹¹⁷.

Tra i numerosi aspetti problematici che le singole condotte adombrano, e che fuoriescono dall'oggetto della presente ricerca, menzioniamo solamente quelli che hanno assunto rilievo nella legislazione e giurisprudenza latinoamericana: in primo luogo, il requisito di "gravità" apposto alle lesioni di cui alla lettera (b)¹¹⁸. L'interpretazione di tale espressione è infatti incerta: anche se la giurisprudenza ha chiaramente escluso che essa si limiti alle sole lesioni permanenti ed irrimediabili¹¹⁹, e che al tempo stesso non sia sufficiente una lesione lieve¹²⁰, risulta difficile determinare una precisa soglia di gravità oltre la quale l'illecito può integrare un genocidio, specialmente con riferimento alle lesioni all'integrità psichica. La giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* ha sostenuto che queste ultime devono raggiungere una soglia di gravità superiore rispetto alle lesioni fisiche¹²¹ e che in ogni caso le lesioni devono essere così gravi da provocare o contribuire alla

¹¹⁶ La divisione in lettere è identica nell'art. 2 Convenzione sul Genocidio, 4 StTPIY e 2 StTPIR e 6 StCPI.

¹¹⁷ Sul punto si veda, anche per ulteriori riferimenti, G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 747-8.

¹¹⁸ Rileva inoltre GIL GIL che la modalità stessa delle lesioni sembra poco idonea alla distruzione del gruppo che deve animare il soggetto attivo: A. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, cit., pp. 209-13.

¹¹⁹ Come chiarito già dal TPIR nel caso *Akayesu*, TC, cit., § 501-4.

¹²⁰ TPIR, *Seromba*, AC, 12.03.2008, § 46.

¹²¹ TPIY, *Krstic*, TC, cit., §513.

distruzione del gruppo¹²². Sono stati individuati quali possibili atti di lesione all'integrità fisica o psichica la tortura, i trattamenti disumani e degradanti, lo stupro, la deportazione, la persecuzione¹²³: tutte condotte che ritroviamo direttamente contemplate anche come condotte costitutive di crimini contro l'umanità.

In secondo luogo, la condotta di trasferimento forzato di bambini del gruppo, che integra una forma di c.d. genocidio culturale – l'unica riconosciuta dalla norma incriminatrice -¹²⁴, è stata oggetto di critiche che ne hanno messo in dubbio la sua reale natura genocidiaria. La specificità di tale condotta, che ne giustifica una sanzione separata rispetto al trasferimento forzato come crimine contro l'umanità, sarebbe il fatto che, essendone vittime dei bambini, essa comporta in misura maggiore la perdita dell'identità sociale del gruppo e della sua esistenza biologica, poiché appunto i bambini non si riprodurranno all'interno di tale gruppo. Anche se gli EC specificano che questa condotta genocidiaria si realizza quando le vittime sono minori di diciotto anni, alcuni ordinamenti nazionali si discostano da tale previsione, estendendo la tutela anche a vittime adulte, probabilmente sulla base dell'idea che anche il trasferimento di adulti metta in pericolo il patrimonio culturale del gruppo.

4.3. *Disomogeneità nelle fonti nazionali*

Un gran numero di Stati ha provveduto ad introdurre nel proprio ordinamento interno norme incriminatrici della condotta di genocidio, in adempimento degli obblighi imposti dalla Convenzione del 1948: in relazione al genocidio, quindi, la legislazione interna risale solitamente ad un momento antecedente alla ratifica – e a volte all'approvazione stessa – dello Statuto di Roma¹²⁵.

Tuttavia, in alcuni casi il legislatore nazionale, nell'esercizio del proprio margine di apprezzamento, ha scelto di discostarsi dalla definizione internazionale del crimine, per colmarne quelle che considerava lacune oppure, come si diceva, per

¹²² TPIR, *Seromba*, AC, cit., § 862.

¹²³ Cfr. TPIR, *Akayesu*, cit., §§ 706, 732-3; *Kayishema and Ruzindana*, TC, cit., § 108.

¹²⁴ Cfr. G. WERLE, *op. cit.*, §§ 742-746.

¹²⁵ Alcuni Stati latinoamericani non l'hanno invece ancora espressamente tipizzato: è il caso di Ecuador, Cile e Venezuela.

riflettere le specifiche modalità fenomenologiche assunte dall'illecito in quell'esperienza locale¹²⁶. Queste disomogeneità si manifestano in particolar modo in relazione al novero dei gruppi tutelati contro il genocidio, dal quale è stato talora espunto il gruppo razziale, nella convinzione che esso sia ricompreso nel concetto di gruppo etnico. Per fare alcuni esempi, e limitandoci al continente latinoamericano in cui si situa la presente ricerca, non prevedono i gruppi razziali il codice penale boliviano¹²⁷, né quello guatemalteco¹²⁸, né quello peruviano¹²⁹. Quest'ultimo ha tuttavia inserito nell'elenco dei possibili soggetti passivi i gruppi sociali, ampliando quindi, di fatto, la portata applicativa della norma.

Anche in altre ipotesi l'elenco sancito dalla definizione internazionale è stato ampliato a gruppi ulteriori: il codice penale colombiano¹³⁰ contempla i gruppi politici, memore della propria esperienza storica, anche se inserisce poi una clausola peculiare che limita la tutela ai gruppi "che agiscono in conformità alla legge" ("que actúan al margen de la ley"), requisito che, come vedremo, è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte Constitucional colombiana.

Ancora più ampio è il novero dei possibili soggetti passivi del genocidio secondo la legislazione uruguayana, che affianca, alle quattro categorie previste dalla norma internazionale, i gruppi "político, sindical, o a un grupo con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud"¹³¹.

Altra peculiarità della legislazione uruguayana è che annovera tra le condotte costitutive di genocidio anche atti che la norma internazionale non prevede, e che sono invece solitamente ricondotti alla categoria dei crimini contro l'umanità: accanto alle lesioni contempla infatti "tortura, desaparición forzada, privación de libertad, agresión sexual, embarazo forzoso". Inoltre, specifica maggiormente la condotta di sottoposizione del gruppo a condizioni di vita che ne provochino la

¹²⁶ Confronta le differenti formulazioni legislative del crimine di genocidio nel continente latinoamericano E. SANTALLA VARGAS, *An Overview of the Crime of Genocide in Latin American Jurisdictions*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, pp. 441-452.

¹²⁷ Art. 138 del c.p. boliviano, emanato nel 1997.

¹²⁸ Art. 376 del c.p. guatemalteco.

¹²⁹ Art. 319 del c.p. peruviano del 1991. La disposizione è collocata nel Cap. I, Tit. XIV-A, "Delitos contra la humanidad", incorporato dalla L. 26.926 del 19.02.1998.

¹³⁰ Art. 101 del c.p. colombiano, inserito tra i "Delitos contra la vida y la integridad personal".

¹³¹ Art. 16 della l. 18.026 del 13.09.2006, all'interno del Tit. I, "Crimen de Genocidio".

distruzione, indicandone alcune possibili forme di manifestazione¹³². Similmente, la legislazione cilena¹³³ aggiunge alla generica previsione della definizione internazionale, a titolo esemplificativo, due possibili modalità per la realizzazione del reato¹³⁴. La rilevanza di questa variante è però limitata, poiché si limita a prevedere espressamente quello che la giurisprudenza internazionale ha costantemente affermato in relazione alle possibili modalità commissive di tale condotta.

Differenze nella previsione delle singole condotte emergono anche nell'ordinamento colombiano, che vi inserisce la gravidanza forzata, mentre non contempla il trasferimento forzato di minori. Quest'ultimo viene invece esteso espressamente anche a vittime adulte dal codice penale boliviano, ed implicitamente dalla legislazione uruguayana, che nulla specifica riguardo all'età delle vittime, e che sanziona inoltre espressamente il “desplazamiento del grupo del lugar donde está asentado”. Il codice penale messicano¹³⁵, pur limitando la configurabilità del genocidio per mezzo di trasferimento forzato all'ipotesi in cui le vittime siano minorenni, fissa una soglia di età inferiore – sedici anni invece che diciotto. La medesima disposizione adotta inoltre una formulazione diversa in relazione alla condotta di impedimento delle nascite in seno al gruppo, precisandola e limitandola alla “sterilizzazione massiva finalizzata ad impedire la riproduzione del gruppo”. Ancora, la norma boliviana e quella messicana non contemplano il requisito di gravità con riferimento alla condotta di lesioni.

Infine, non tutte le disposizioni nazionali prevedono, nella descrizione dell'elemento di contesto, il – discusso – inciso “come tale”: è il caso del codice penale boliviano, messicano, peruviano ed uruguayano¹³⁶.

Una peculiarità che contraddistingue la norma boliviana sul genocidio è poi la previsione, accanto alla fattispecie di genocidio corrispondente alla norma internazionale – pur con le differenze ora ricordate -, di una figura ulteriore denominata “massacro sanguinoso” (*masacre sangrienta*), che sembra in realtà

¹³² “Sometimiento intencional de una o más personas del grupo, a privaciones de recursos indispensables para su supervivencia; a una perturbación grave de salud; a la expulsión sistemática de sus hogares o a condiciones de existencia que puedan impedir su género de vida o acarrear su destrucción física, total o parcial o del grupo”.

¹³³ Art. 11 della l. 20.357 del 26.06.2009.

¹³⁴ “...tales como la privación del acceso a alimentos o medicinas”.

¹³⁵ Art. 149 bis del c.p. messicano.

¹³⁶ La norma colombiana adotta invece la formula “por razón de su pertenencia al mismo [grupo]”.

avvicinarsi più al reato comune di sterminio. Come vedremo meglio nel prossimo capitolo, non è chiaro se si tratti di una fattispecie autonoma, semplicemente giustapposta a quella di genocidio, o se invece costituisca una modalità di realizzazione di quest'ultimo.

Queste peculiarità nazionali, oltre a confermare la *geometria variabile* del crimine di genocidio – il cui nucleo essenziale è comunque ampiamente condiviso e consolidato -, sono state oggetto di alcuni interventi giurisprudenziali volti a recuperare l'allineamento delle disposizioni interne con quelle internazionali. Al tempo stesso, in ordinamenti in cui invece si è adottata una tipizzazione del tutto coincidente con la definizione internazionale del crimine, la giurisprudenza è talora intervenuta per modificarne la portata per via interpretativa, in particolar modo, come vedremo, rispetto al novero dei gruppi tutelati.

5. *I crimini contro l'umanità*¹³⁷

I crimini contro l'umanità sono “crimini di massa commessi ai danni di una popolazione civile”¹³⁸, la cui specificità e gravità deriva dal fatto che colpiscono, come rivela il nome stesso, l’“umanità”. Tale nozione è dotata di una peculiare potenzialità e di ambiguità al tempo stesso, poiché può essere intesa nel duplice significato di *humanness* – qualità dell'essere umano, sua intima essenza – e di

¹³⁷ Per maggiori approfondimenti sui crimini contro l'umanità: E. AMATI, *I crimini contro l'umanità*, in E. AMATI ET AL., *op. cit.*, pp. 411-436; E. AMATI, E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche. Aggiornamento*, Torino, 2011, pp. 141-158; A. ESPOSITO, G. GENTILE, M.T. TRAPASSO, *I crimini contro l'Umanità*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *op. cit.*, pp. 600 ss.; S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, in MEZZETTI E. (a cura di), *Diritto penale internazionale*, vol. II – Studi, II ed., Giappichelli, Torino, 2010, pp. 315 ss.; M.C. BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2° ed., 1999; D. LUBAN, *A Theory of crimes against humanity*, in *The Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004, pp. 85-161; M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA, L. NEYRET, *Les crimes contre l'humanité*, Paris, 2009; K. AMBOS, S. WIRTH, *The Current Law of Crimes against Humanity*, in *Criminal Law Forum*, n. 13, 2002, pp. 1 ss.; M. CAPPELLÀ I ROIG, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Valencia, 2005; A. CASSESE, *Crimes against Humanity*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES (eds.), *op. cit.*, pp. 353 ss.; R. CLARK, *Crimes against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court*, in M. POLITI, G. NESI (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity*, 2001, pp. 75 ss.; K. CHRISTOPHER, *Article 7*, in O. TRIFFTERER, W. SCHABAS (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, 2° ed., 2008; A. GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, cit., pp. 107-124; A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 98-126; R. CRYER ET AL., *op. cit.*, pp. 187-220; G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 784-933; A. ZAHAR, G. SLUITER, *op. cit.*, pp. 197 ss.; I. BANTEKAS, *op. cit.*, pp. 185-202.

¹³⁸ G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 785.

humankind, che descrive l'insieme di tutti gli esseri umani¹³⁹. I crimini contro l'umanità sono dunque definiti tali perché ledono l'umanità come “valore”¹⁴⁰.

5.1. Fonti internazionali

Com'è noto, le origini della nozione di crimini contro l'umanità rimontano alla “clausola Martens”¹⁴¹, ma la loro espressa incriminazione avviene per la prima volta con la Carta di Norimberga (StTMI).

La creazione di questa categoria delittuosa nel diritto penale internazionale discende essenzialmente dalla percezione dell'insufficienza delle figure criminose previste dal diritto umanitario per tutelare dalla commissione di gravi abusi le vittime appartenenti alla stessa cittadinanza dei repressori. Coerentemente, l'art. 6 dello StTMI definiva crimini contro l'umanità una serie di condotte criminose – omicidio, sterminio, riduzione in schiavitù, deportazione, e, a chiusura, “ogni altro atto inumano” – commesse ai danni di una popolazione civile, prima o durante la guerra, e atti di persecuzione per motivi politici, razziali o religiosi, in entrambi i casi commessi a prescindere dalla nazionalità di appartenenza delle vittime, che potevano essere cittadini anche del medesimo Stato responsabile delle violazioni, purché appunto “civili”, e a prescindere dalla loro eventuale conformità con le norme del Paese di commissione dei fatti, in nome di un “sentimento di umanità” che trascendeva appunto la dimensione del diritto positivo nazionale.

¹³⁹ D. LUBAN, *op. cit.*, p. 90. L'Autore identifica poi la *humanness* con la natura di “animali politici”.

¹⁴⁰ M. DELMAS-MARTY, *Introduction*, in M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA, L. NEYRET, *op. cit.*, p. 5. Per una visione critica sull'individuazione del bene giuridico tutelato dai crimini contro l'umanità, cfr. A. APONTE CARDONA, *Criminal Prosecution of International Crimes: the Colombian Case*, in *ICLR*, n. 10, 2010, pp. 549-569.

¹⁴¹ Tale clausola, così chiamata dal nome del diplomatico russo che la formulò, era contenuta nel Preambolo della Seconda Convenzione dell'Aia del 1899 su leggi ed usi della guerra terrestre, e prevedeva l'assoggettamento, per casi non specificamente disciplinati dal trattato, ai “principi del diritto internazionale, così come risultanti da (...) le *leggi dell'umanità*”. Identica formula venne riproposta dalla IV Convenzione dell'Aia del 1907 e, successivamente, dai due Protocolli Aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra (art. 1 co. 2 del I Protocollo e Preambolo del II Protocollo). Similmente si esprimeva la dichiarazione congiunta di Francia, Regno Unito e Russia del 1915, secondo cui i massacri perpetrati dai Turchi ai danni del popolo armeno costituivano “crimini contro l'umanità e la civiltà”; tale dichiarazione rimase tuttavia priva di conseguenze pratiche. La specifica terminologia “crimini contro l'umanità” venne invece coniata da Lauterpacht: cfr. M. KOSKENNIEMI, *Hersch Lauterpacht and the Development of International Criminal Law*, in *JICJ*, n. 2, 2004, pp. 811 ss.

La disposizione statutaria prevedeva tuttavia quale condizione per l'attivazione della competenza del Tribunale il fatto che le condotte ivi incriminate fossero state commesse “in esecuzione di, o in connessione con, un altro crimine di competenza del Tribunale”, vale a dire, di crimini di guerra o contro la pace. Il requisito di tale nesso faceva dei crimini contro l'umanità una categoria sussidiaria rispetto ai crimini di guerra o contro la pace¹⁴², la cui configurabilità presupponeva inoltre l'esistenza di un conflitto armato internazionale.

L'evoluzione successiva di questa categoria delittuosa è stata poi contrassegnata dalla progressiva emancipazione rispetto alle altre categorie di crimini internazionali e dal collegamento con esse: eccezion fatta per la Carta di Tokyo, che tipizzava il delitto in termini assai simili¹⁴³, già la legge n. 10 dell'*Allied Control Council* (CCL n. 10), che amministrava la Germania nel dopoguerra per conto delle quattro potenze alleate¹⁴⁴, non prevedeva più il requisito del nesso con le altre due categorie di crimini sanzionati¹⁴⁵. L'art. II lett. c) di tale legge, inoltre, pur mantenendo la struttura bipartita dei crimini contro l'umanità, suddivisi in condotte *murder-type* (omicidio, sterminio e simili) e *persecution-type*, ampliò il novero delle condotte incriminate mediante la previsione dell'imprigionamento e dello stupro e mediante l'adozione della formula introduttiva “atrocità e violazioni che comprendono, ma non si limitano a”(gli atti di seguito elencati).

Successivamente, gli Statuti dei due Tribunali *ad hoc* apportarono nuove modifiche alla definizione dei crimini contro l'umanità: in primo luogo, ampliarono ulteriormente l'elenco di condotte costitutive di tale crimine, aggiungendovi

¹⁴² Questa categoria sarebbe nata come “crimine accessorio, di importanza secondaria” (C. FOURNET, *International crimes: theories, practice and evolution*, London, 2006, p. 37).

¹⁴³ Anche se ometteva l'espressa dicitura “contro ogni popolazione civile” e non incriminava la persecuzione per motivi religiosi – bensì solo per motivi politici o razziali. Ricordiamo che nessuno venne infine condannato da quel Tribunale per crimini contro l'umanità.

¹⁴⁴ Control Council Law n. 10, 20.12.1945.

¹⁴⁵ Molti tribunali, però, interpretando la CCL n. 10 alla luce dello StTMI, ritennero di non punire per crimini contro l'umanità commessi prima dello scoppio della guerra; un'eccezione furono i giudizi celebrati dinanzi alla Suprema Corte per la zona occupata dagli inglesi, che estese invece l'area di intervento penale in base alla lettera della CCL n.10. Cfr. H. MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité*, Paris, 1960, pp. 213 ss. Anche il Principio VI dei c.d. Principi di Norimberga, adottati dalla CDI dell'ONU (Rapporto *Principles of International Law recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal and the Judgment of the Tribunal*, 2° sessione, 1950) riproduce essenzialmente il contenuto dell'art. 6 dello StTMI, eliminando però l'inciso “prima e durante la guerra”, ritenuto inadatto a riflettere tutte le possibili manifestazioni dei crimini contro l'umanità.

l'imprigionamento, la tortura e lo stupro. Inoltre, mentre l'art. 5 StTPIY ripropone, all'interno dell'elemento di contesto, il requisito della commissione delle condotte "nell'ambito di un conflitto armato internazionale od interno", in termini simili allo StTMI¹⁴⁶, l'art. 3 StTPIR, invece, non richiede alcun collegamento con un conflitto armato, ma introduce due diversi requisiti. Il primo, di natura oggettiva, si riferisce all'esistenza di un attacco esteso o sistematico; il secondo, di carattere soggettivo, prevede che le condotte siano commesse per motivi nazionali, politici, etnici, razziali o religiosi. Queste significative differenze tra i due Statuti riflettono essenzialmente gli specifici contesti storici e politici nei quali erano stati commessi i crimini che i Tribunali erano chiamati a giudicare¹⁴⁷.

L'evoluzione della categoria dei crimini contro l'umanità ha raggiunto il proprio coronamento con l'entrata in vigore dello Statuto di Roma, che in parte cristallizza le norme consuetudinarie esistenti in materia, in parte invece introduce disposizioni innovative¹⁴⁸. La norma statutaria ha ulteriormente ampliato il catalogo delle condotte costitutive, includendovi la sparizione forzata di persone, l'*apartheid* e alcune specifiche forme di violenza sessuale – schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata¹⁴⁹. Quanto all'elemento di contesto, essa evita ogni riferimento al nesso con un conflitto armato, e fissa invece quale necessario requisito l'esistenza di un attacco esteso o sistematico contro una popolazione civile, similmente a quanto prevede lo StTPIR. A differenza di

¹⁴⁶ Anche se il Tribunale ha poi eliso per via interpretativa questo requisito, affermando che un collegamento tra gli atti criminosi ed un conflitto armato non è richiesto (cfr. TPIY, *Tadic*, AC, 15.07.1999, § 251; e *Kordić e Čerkez*, TC, 26.02.2001, § 33).

¹⁴⁷ Così E. AMATI, E. MACULAN, *op. cit.*, pp. 146-7.

¹⁴⁸ In particolare, lo Statuto cristallizza la consuetudine emersa negli anni precedenti quanto alla fissazione del requisito della consapevolezza dell'attacco (*knowledge of the attack*) e quanto ad alcuni elementi tipici delle singole condotte che la giurisprudenza dei tribunali ad hoc era venuta precisando. Al contrario, lo Statuto si discosta dalla norma consuetudinaria, restringendone la portata, in relazione all'individuazione delle vittime, dalle quali esclude quelle non-civili, e all'elemento dell' "attacco", che appare più circoscritto della generica "prassi" estesa o sistematica cui faceva riferimento la norma consuetudinaria. Inoltre, quanto agli elementi della persecuzione, prevede un inedito requisito di connessione con uno degli atti descritti nella medesima disposizione, laddove secondo la consuetudine internazionale la persecuzione può essere integrata anche da atti non punibili come crimini contro l'umanità. Si veda A. CASSESE, *International criminal law*, cit., pp. 123-126.

¹⁴⁹ L'espressa previsione di tali condotte deriva, come accennato, dall'interpretazione che di questi illeciti aveva dato la giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*: si veda al riguardo A. GIL GIL, *La violación como arma de guerra y su consideración como crimen internacional*, in AA. VV., *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, Bogotá, 2010, pp. 3-30.

quest'ultimo, però, lo Statuto di Roma assegna rilevanza al cd. requisito soggettivo, vale a dire l'intento discriminatorio, limitatamente alla condotta di persecuzione¹⁵⁰.

L'art. 7 dello StCPI prevede precisamente:

“For the purpose of this Statute, ‘crime against humanity’ means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:

(a) Murder;

(b) Extermination;

(c) Enslavement;

(d) Deportation or forcible transfer of population;

(e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law;

(f) Torture;

(g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity;

(h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court;

(i) Enforced disappearance of persons;

(j) The crime of apartheid;

(k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health”¹⁵¹.

A differenza di quanto accaduto con il genocidio, quindi, la definizione dei crimini contro l'umanità ha subito significative trasformazioni dalla sua emersione ad oggi, in relazione, come vedremo, sia all'elemento di contesto sia rispetto alle singole condotte costitutive.

¹⁵⁰ Si vedano tra gli altri R.A. ALIJA FERNANDEZ, *La persecución como crimen contra la humanidad*, Barcelona, 2011, A. LIÑÁN LAFUENTE, *La construcción del crimen de persecución en la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales ad hoc*, in *RDPC*, n. 1, 2009.

¹⁵¹ I commi 2 e 3 provvedono poi a chiarire alcuni dei concetti impiegati nel comma precedente.

Un'altra particolarità che contrassegna questa categoria delittuosa rispetto al genocidio e ai crimini di guerra, è l'assenza di una Convenzione internazionale che li preveda espressamente. Nell'ambito delle Nazioni Unite si sono succeduti diversi Progetti di codificazione di tali crimini, nessuno dei quali è però arrivato a vedere la luce. Questi Progetti, risalenti al 1954, 1991 e 1996¹⁵², pur fornendo utili indicazioni circa l'evoluzione della nozione di crimini contro l'umanità¹⁵³, sono privi di forza vincolante e non valgono quindi a colmare il vuoto normativo esistente a livello internazionale in relazione a tali crimini¹⁵⁴.

Esistono tuttavia Convenzioni internazionali che condannano alcuni degli illeciti annoverati tra le condotte costitutive dei crimini contro l'umanità, secondo quello che Cassese definisce "approche sectorielle"¹⁵⁵. Più precisamente, le condotte di schiavitù, *apartheid*, tortura e sparizioni forzate sono descritte e condannate da Convenzioni internazionali¹⁵⁶ e regionali. La descrizione che di queste condotte danno gli strumenti di tutela dei diritti umani non coincide però sempre con la loro struttura tipica in quanto crimini contro l'umanità: innanzitutto, le suddette

¹⁵² Art. 2 del Progetto di Codice del 1954, art. 21 del Progetto del 1991 e art. 18 del Progetto del 1998.

¹⁵³ La versione del 1954, pur ricalcando l'art. 6 co. 2 lett. c) dello Statuto di Norimberga, non contemplava il nesso con il conflitto armato, mentre prevedeva, come nuovo elemento, l'indicazione dei possibili soggetti attivi, individuati nelle "autorità dello Stato" o in "privati che agiscono su istigazione di o con la compiacenza di tali autorità". La successiva versione del 1991 sembrava invece volgere ad un approccio più casistico, poiché affermava la punibilità per "violazioni sistematiche o massive dei diritti umani" di chi commetta od ordini la commissione di uno degli atti ivi enumerati, sostanzialmente coincidenti con quelli già previsti dallo StTMI, comprese le condotte di persecuzione. Infine, il Progetto del 1996 si discostava in modo significativo dalle due precedenti versioni, e definiva crimini contro l'umanità "gli atti di seguito elencati, commessi in modo sistematico o su larga scala, ed istigati o diretti da un Governo o da un'organizzazione o gruppo", con un elenco delle condotte sanzionate, ancora una volta non tassativo e più esteso rispetto a quanto previsto dallo StTMI e dalla CCL n. 10.

¹⁵⁴ BANTEKAS ritiene che quest'assenza sia "more of a blessing than a curse", se confrontata con le conseguenze provocate dalla rigida definizione di genocidio fornita dalla Convenzione del 1948: I. BANTEKAS, *op. cit.*, p. 188. Si è inoltre sottolineato come proprio quest'assenza abbia indotto i Tribunali *ad hoc* a cercare appoggio nella consuetudine internazionale – pur non individuandola sempre correttamente – per determinare alcuni elementi specifici dei crimini internazionali, in particolar modo del loro elemento di contesto: cfr. L. VAN DEN HERIK, *Using Custom to reconceptualize Crimes against Humanity*, in S. DARCY, J. POWDERLY (eds.), *op. cit.*, pp. 80-105.

¹⁵⁵ A. CASSESE, *L'incidence du droit national sur le droit interne*, in ID., M. DELMAS-MARTY (cur.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, 2002, p. 558.

¹⁵⁶ Ci riferiamo alla Convenzione per la soppressione e punizione del crimine di *apartheid*, adottata dalla AG ONU il 30.11.1973, ed entrata in vigore il 18.07.1976, e alla Convenzione sull'abolizione della schiavitù in ogni sua forma, adottata a Ginevra il 25.09.1926 ed entrata in vigore il 9.03.1927 (cui possiamo affiancare le Convenzioni dell'OIL sul lavoro forzato del 28.06.1930, in vigore dall'1.05.1932, sull'abolizione del lavoro forzato del 25.06.1957, in vigore dal 17.01.1959, e sul divieto ed immediata azione per eliminare le peggiori forme di lavoro minorile, del 17.06.1999, in vigore dal 19.11.2000). Per gli strumenti internazionali in materia di sparizione forzata e tortura si rimanda ai parr. 6.1 e 7.1, *infra*.

Convenzioni non contemplano il c.d. elemento di contesto necessario ad integrare la categoria delittuosa in questione¹⁵⁷. Ma differenze anche rilevanti si registrano anche in relazione ai singoli elementi che concorrono a formare la struttura tipica della condotta, come ben dimostrano la sparizione forzata e la tortura che approfondiremo *infra*. Questa non-coincidenza tra norme di diritto penale internazionale e strumenti di tutela dei diritti umani, pur riferiti alle medesime condotte, si riflette inevitabilmente anche sugli ordinamenti interni, i quali adottano una tipizzazione dei reati differente a seconda che agiscano per implementare norme del primo o del secondo tipo.

5.2. *Struttura tipica dei crimini contro l'umanità*

5.2.1. *L'elemento di contesto*

Come si diceva, l'elemento di contesto dei crimini contro l'umanità ha subito una profonda evoluzione nel corso degli anni, e continua a mantenere una definizione diversa tra gli Statuti del TPIR e TPIY e quello della CPI, nonostante che l'interpretazione giurisprudenziale di tali Tribunali abbia progressivamente attenuato queste differenze¹⁵⁸. Nella breve analisi che segue prenderemo a riferimento l'elemento di contesto secondo lo StCPI, in parte perché si ritiene che rifletta quella

¹⁵⁷ Tuttavia, la CorteIDU ha talora rilevato l'esistenza di un attacco esteso o sistematico all'interno del quale furono commesse le violazioni oggetto di procedimento, e sulla base di esso ha qualificato i fatti come crimini contro l'umanità: si veda ad es. CorteIDU, *Almonacid Arellano v. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26.09.2006, § 82. Critica queste affermazioni, considerandole il prodotto di un eccesso di competenza della Corte, e comunque viziate di imprecisione, J. DONDÉ MATUTE, *Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in K. AMBOS ET AL., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Tomo II*, cit., pp. 205-227. L'Autore ricorda però che in altri casi la Corte si è limitata a dichiarare l'esistenza di un "patrón sistemático de conductas", formula assai simile ma non coincidente con quella adoperata per l'elemento di contesto dei crimini contro l'umanità. Al contrario, la CorteEDU ha dimostrato un maggiore *self-restraint* nella qualificazione dei fatti oggetto di procedimento come crimini internazionali: ne troviamo traccia solo in pronunce relative a casi in cui il ricorrente era appunto stato condannato a livello nazionale per uno di tali crimini: cfr. sul punto A. GIL GIL, *Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in K. AMBOS ET AL., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Tomo II*, cit., pp. 322-325.

¹⁵⁸ Ad esempio, la giurisprudenza del TPIY ha affermato che il requisito dell'attacco esteso o sistematico, pur non espressamente contemplato da quello Statuto, è da considerarsi implicito nella definizione di crimini contro l'umanità: cfr. TPIY, *Tadic*, TC, 07.05.1997, § 648 e *Blaskic*, TC, 03.03.2000, § 202.

che oggi è la norma consuetudinaria sui crimini contro l'umanità, in parte perché è l'unica disposizione con portata – almeno potenzialmente – universale, e non intende riflettere le caratteristiche di specifici conflitti.

Ai sensi dello Statuto di Roma, costituiscono crimini contro l'umanità una serie di condotte ivi elencate quando vengono commesse “nell'ambito di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile, con la conoscenza di tale attacco”. L'attacco è dunque l'elemento che caratterizza questa categoria delittuosa: come è stato precisato dalla giurisprudenza internazionale¹⁵⁹, esso non equivale necessariamente ad un'azione militare, ma comprende più genericamente “qualsiasi forma di vessazione ai danni della popolazione civile”¹⁶⁰. Due caratteristiche che l'attacco deve però necessariamente rivestire secondo il dettato della norma sono l'estensione o la sistematicità, previste in via alternativa¹⁶¹. Il primo termine fa riferimento ad un dato di natura spaziale o quantitativa, che può essere fornito dalla scala su cui si svolge l'attacco o dal numero di vittime coinvolte; il concetto di sistematicità invece designa il grado di pianificazione che accompagna l'attacco¹⁶². L'emergente giurisprudenza della CPI ha ulteriormente specificato che questa caratteristica può manifestarsi sia come piano organizzato sulla base di una politica comune, sia come una serie di crimini (*patterns of crimes*) realizzati in modo tale da far escludere che si tratti della ripetizione casuale di condotte simili¹⁶³.

Coerentemente con questa interpretazione, si deve riconoscere che il c.d. *policy element* – consistente nell'esistenza di un preciso disegno politico, elaborato dallo Stato o da un'organizzazione ad esso equiparabile – non sia un elemento costitutivo della fattispecie, ma un tratto eventuale che i crimini contro l'umanità possono assumere in alcune – in realtà, nella maggior parte delle – circostanze¹⁶⁴ o

¹⁵⁹ Ad esempio TPIR, *Akayesu*, TC, cit., § 581 e CPI, PTC, *Bemba Gombo*, decisione ICC-01/05-01/08, 10.06.2008, § 75. Per un commento, cfr. K. AMBOS, *Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, fasc. 4, 2009, pp. 715-726.

¹⁶⁰ G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 808.

¹⁶¹ Sul dibattito intorno all'adesione al criterio alternativo o cumulativo di previsione di questi due requisiti, si veda, anche per ulteriori riferimenti, G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 809.

¹⁶² Cfr. anche per ulteriori riferimenti, E. AMATI, E. MACULAN, *op. cit.*, pp. 148-9.

¹⁶³ CPI, PTC, *Katanga and Ngudjolo-Chui*, decisione ICC-01/04-01/07, 30.09.2008, § 397. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali: K. AMBOS, S. WIRTH, *op. cit.*, pp. 18 ss.

¹⁶⁴ Così afferma la recente giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*: cfr. TPIY, *Kunarac et al.*, AC, 23.10.2001, § 98; TPIR, *Nahimana et al.*, AC, 28.11.2007, § 922; *Gacumbitsi*, AC, 07.07.2006, § 84; *Seromba*, AC, cit., § 149.

tutt'al più come elementi di prova della natura sistematica dell'attacco¹⁶⁵.

La rilevanza di un simile disegno politico, comunque, è ammessa non solo quando esso proviene dalle istituzioni statali – come spesso accade, e come è avvenuto nella maggior parte delle esperienze latinoamericane che esamineremo – ma anche quando viene elaborato da un'organizzazione *paragonabile* allo Stato quanto a struttura, poteri e controllo su un territorio¹⁶⁶. Coerentemente, soggetto attivo dei crimini di questa categoria può essere sia un funzionario statale, sia un privato che agisca con l'appoggio o l'acquiescenza delle istituzioni, sia un membro di una organizzazione non statale ma ad essa paragonabile.

L'attacco può configurare un crimine contro l'umanità quando è diretto contro la popolazione civile: come già detto, questa categoria delittuosa è nata infatti per colmare la lacuna di punibilità che il diritto internazionale umanitario lasciava in relazione agli illeciti commessi contro i non-combattenti¹⁶⁷, specialmente se della stessa nazionalità degli autori dei reati. La formula statutaria “*any civilian population*”¹⁶⁸ conferma appunto che la popolazione colpita può anche condividere la medesima nazionalità dei responsabili dell'attacco. Ciò che conta ai fini dell'applicabilità della fattispecie non è dunque la nazionalità delle vittime, quanto il fatto che si tratti di popolazione *civile*, estranea ai combattimenti – ove questi siano in corso.

Tale caratteristica viene assegnata, più che sulla base di un criterio formale, alla luce del ruolo concretamente svolto al momento della commissione dell'illecito¹⁶⁹: rientrano dunque in questa nozione anche i combattenti che abbiano deposto le armi o che siano altrimenti *hors de combat*¹⁷⁰. Questa interpretazione, che

¹⁶⁵ G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 823. In realtà, la natura del *policy element* è tuttora dibattuta, in parte alla luce del fatto che il secondo comma dell'art. 7 StCPI, nello specificare la nozione di attacco, prevede che esso avvenga a sostegno o costituisca esecuzione del “disegno politico di uno Stato o di una organizzazione”, suggerendo in apparenza che si tratti di un elemento costitutivo autonomo della fattispecie.

¹⁶⁶ G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 820.

¹⁶⁷ Una parziale protezione di tali soggetti era garantita in precedenza dall'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, che parlavano di “persone che non partecipano direttamente alle ostilità, compresi i membri delle forze armate che abbiano deposto le armi e le persone messe fuori combattimento da malattie, detenzione o qualsiasi altra causa”.

¹⁶⁸ Corsivo aggiunto.

¹⁶⁹ Come precisa TPIY, *Kunarac et al.*, TC, 22.02.2001, § 425.

¹⁷⁰ TPIY, *Tadic*, TC, cit., § 643; *Krajisnic*, TC, 27.09. 2006, § 706; TPIR, *Akayesu*, TC, cit., § 582. Negli stessi termini si è espressa la Corte IDU nel caso *Penal Castro Castro v. Perú*, fondo, reparaciones y costas, 25.11.2006, in cui si considerano come « popolazione civile » i membri di un

sembra in realtà rifiutata dalla giurisprudenza più recente in favore di una concezione più formale di popolazione civile¹⁷¹, appare in linea con il requisito che la popolazione civile costituisca – semplicemente – l'obiettivo *primario* dell'attacco¹⁷²: se così è, il fatto che tra le vittime vi siano anche nemici combattenti non sembra pregiudicare la possibile qualificazione dei fatti come crimini contro l'umanità.

Il fatto che la popolazione civile costituisca l'oggetto dell'attacco non significa comunque che essa coincida con il soggetto passivo del reato: ad essere direttamente colpiti, infatti – al pari di quanto accade con il genocidio – sono i singoli individui sui quali si produce il risultato lesivo delle varie condotte illecite¹⁷³. A differenza del crimine di genocidio, dunque, il bene giuridico tutelato dalla norma che tipizza i crimini contro l'umanità ha natura individuale, e coincide precisamente con una molteplicità di beni giuridici individuali, quali la vita, l'integrità fisica, la libertà personale, di cui godono i soggetti che concorrono a formare la popolazione civile¹⁷⁴.

L'art. 7 StCPI richiede inoltre che le condotte ivi elencate siano poste in essere *come parte* di un attacco, nel senso che devono fornire un ausilio a tale attacco, secondo quanto può desumersi dalle caratteristiche, gli obiettivi, la natura e le conseguenze dell'atto¹⁷⁵.

Infine, forma parte dell'elemento di contesto, anche in questo caso,

gruppo armato che hanno deposto le armi: in questo caso, i membri del gruppo Sendero Luminoso che si trovavano detenuti nella struttura penitenziaria da cui prende il nome il caso (§ 197).

¹⁷¹ Escludono di poter considerare come civili i membri di forze armate o gruppi armati: TPIY, *D. Milošević*, AC, 12.11.2009, § 50 ss.; *Martić*, AC, 08.10.2008, § 292 ss. Assai critico nei confronti di questa interpretazione è G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 802-4.

¹⁷² Definisce la popolazione civile come *primary object* dell'attacco la giurisprudenza della CPI: PTC, *Bemba Gombo*, decisione sulla conferma dei capi d'accusa, 15.06.2009, § 76; PTC, *Katanga and Ngudjolo-Chui*, decisione sulla conferma dei capi d'accusa, 30.09.2008, § 399.

¹⁷³ Concorda J. DONDÉ MATUTE, *Los tipos penales en el ámbito internacional*, cit., pp. 82-3.

¹⁷⁴ Concorda A. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, cit., pp.123-127, specificando che la soluzione opposta di assegnare ai crimini contro l'umanità il compito di proteggere un bene giuridico collettivo porterebbe alla paradossale situazione per cui i beni giuridici individuali rimarrebbero privi di protezione nel Diritto penale internazionale. Di diverso avviso è invece ALJA FERNÁNDEZ, secondo cui questa categoria delittuosa pretende proteggere interessi dell'umanità nel suo complesso, con la conseguenza che, anche se le condotte ivi contemplate ledono beni giuridici individuali, quello che la categoria intende proteggere è "aquel valor o interés que resulta especificando a través de la positivación de los derechos más fundamentales y que en última instancia se pretende salvaguardar mediante el establecimiento de la prohibición internacional de lesionar dichos derechos", vale a dire, la *dignità umana* (R.A. ALJA FERNÁNDEZ, *La persecución como crimen contra la humanidad*, Barcelona, 2011, p. 221).

¹⁷⁵ CPI, PTC, *Bemba Gombo*, cit., § 86. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si veda K. AMBOS, S. WIRTH, *op.cit.*, pp. 16 ss.

l'elemento soggettivo. A differenza del genocidio, che richiede la sussistenza di un dolo specifico di distruzione, per i crimini contro l'umanità è sufficiente la *consapevolezza* dell'esistenza di un attacco contro la popolazione civile e che gli atti posti in essere ne formino parte¹⁷⁶. Questo elemento, che compare espressamente per la prima volta nello StCPI – anche se la giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* lo avesse stabilito in via interpretativa¹⁷⁷ – assume una funzione differente a seconda che si consideri l'elemento di contesto integri la tipicità del fatto oppure no. Nella prima ipotesi, che è quella cui si aderisce nel presente lavoro, la previsione di una simile clausola ha una portata meramente dichiarativa, poiché l'elemento di contesto già rientra nell'oggetto del dolo ai sensi della previsione generale di cui all'art. 30 co. 3 StCPI¹⁷⁸. In ogni caso, come precisano gli EC, non è necessario che l'agente fosse a conoscenza “di tutte le caratteristiche dell'attacco o dei precisi dettagli del piano o del disegno politico dello Stato o dell'organizzazione”¹⁷⁹. La prova di tale elemento soggettivo deve essere desunta, anche in quest'ipotesi, dalle circostanze di fatto in cui fu commesso il crimine¹⁸⁰.

Segnaliamo infine, pur senza poter approfondire la questione, che l'elemento soggettivo così descritto corrisponde a quello richiesto in via generale dall'art. 30 dello Statuto, ma sembra talora subire deroghe – oltre che per la condotta di persecuzione, per la quale l'art. 7 richiede uno specifico intento discriminatorio¹⁸¹ – in relazione ad alcune delle condotte costitutive di crimini contro l'umanità secondo l'interpretazione che ne dà la giurisprudenza internazionale¹⁸².

5.2.2. *Le singole condotte: cenni*

L'ascrizione di responsabilità per crimini contro l'umanità dipende, oltre che dall'esistenza di un attacco in cui si inserisce la condotta del soggetto, dal fatto che

¹⁷⁶ Come conferma CPI, *Katanga and Ngudjolo Chui*, cit., § 401; PTC, *Al Bashir*, decisione sul mandato d'arresto, 04.03.2009, § 87.

¹⁷⁷ S. MANCINI, *op. cit.*, p. 334.

¹⁷⁸ Cfr. sul punto A. VALLINI, *La mens rea*, in E. AMATI ET AL., *op. cit.*, p. 192.

¹⁷⁹ EC, art. 7, *Introduction*, co. 2. Traduzione libera. Lo conferma anche CPI, PTC, *Al Bashir*, decisione sul mandato di arresto, 04.03.2009, § 89.

¹⁸⁰ CPI, *Katanga and Ngudjolo Chui*, cit., § 402.

¹⁸¹ Sul crimine di persecuzione si veda R.A. ALIJA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, *passim*.

¹⁸² Si veda sul punto, anche per ulteriori riferimenti, E. AMATI, E., MACULAN, *op. cit.*, pp. 151-2.

quest'ultimo ponga in essere uno degli atti espressamente elencati nella norma incriminatrice.

Come si accennava, il novero di queste condotte è stato progressivamente ampliato: se lo StTMI prevedeva solamente l'omicidio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e la persecuzione, gli Statuti dei Tribunali *ad hoc* – oltre ad unificare in un unico elenco le condotte *murder-type* e *persecution-type*, in precedenza separate – vi hanno aggiunto lo stupro, l'imprigionamento e la tortura. Infine, lo Statuto di Roma ha ripreso tutte queste condotte e ne ha tipizzate *ex novo* alcune altre, che già la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* aveva in parte fatto rientrare nella categoria per via interpretativa: in particolare, altre forme di violenza sessuale ulteriori rispetto allo stupro – “schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata o qualsiasi altra forma di violenza sessuale di gravità comparabile” (lett. g) – la sparizione forzata (lett. i) e l'*apartheid* (lett. j).

Non potendo in questa sede soffermarci su ciascuna di queste condotte, si è scelto di limitarsi ad un'analisi più approfondita di quelle che hanno costituito oggetto di pronuncia da parte della giurisprudenza latinoamericana, e che tratteremo separatamente nei prossimi paragrafi: la sparizione forzata di persone e la tortura.

Occorre però prima ricordare che in tutti gli strumenti che tipizzano questa categoria delittuosa, l'elenco di condotte termina con una clausola residuale che prevede la punibilità di “altri atti disumani di natura comparabile”¹⁸³. Questa *catch-all clause* assegna all'elenco che la precede carattere non tassativo, e permette l'ampliamento della portata dei crimini contro l'umanità a condotte non espressamente previste. Se la comprensibile ragione posta a fondamento di tale previsione è l'impossibilità di elencare tutte le condotte meritevoli di rientrare in tale categoria e la volontà di predisporre una sorta di valvola di sfogo¹⁸⁴, è evidente che questa formulazione pone notevoli problemi in ordine al rispetto del principio di tassatività e determinatezza della norma penale, poiché consente di fatto un'espansione di tale crimine potenzialmente all'infinito. Neppure il requisito della comparabilità di tali atti innominati, quanto a natura e a gravità, con le altre condotte in precedenza elencate, e dell'evento loro imputabile di “grandi sofferenze o gravi

¹⁸³ L'art. 7 co. 1 lett. k) StCPI sancisce precisamente: “Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health”.

¹⁸⁴ E. AMATI, E. MACULAN, *op. cit.*, pp. 155-6.

lesioni al corpo o all'integrità fisica o psichica", ai sensi degli EC¹⁸⁵, pare sufficiente a fugare queste preoccupazioni¹⁸⁶.

La potenzialità espansiva di tale clausola è stata ampiamente dimostrata dalla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, che vi ha fatto ampiamente ricorso al fine di incriminare atti illeciti non inquadrabili nelle altre condotte elencate, quali il trasferimento forzato di persone, la prostituzione forzata e la sparizione forzata di persone, prima della loro espressa tipizzazione ad opera dell'ICC St. Una recente sentenza della SCSL¹⁸⁷ ha poi ritenuto sussumibili in tale clausola i matrimoni forzati, ritenendo che la loro peculiarità, consistente nell'imposizione della *forced conjugality*, comporti elementi di sofferenza psicologica che trascendono il mero sfruttamento sessuale già espressamente tipizzato¹⁸⁸.

La struttura stessa dei crimini contro l'umanità, pertanto, li rende particolarmente idonei, ancor più delle altre figure di crimini internazionali, a fungere da "contenitore" pressoché onnicomprensivo in cui trovano spazio condotte eterogenee, e che può espandersi fino a ricomprenderne di nuove. Da questa caratteristica dei crimini contro l'umanità deriva il ruolo fondamentale della giurisprudenza, sia internazionale sia nazionale, nella specificazione degli elementi tipici di tale categoria e nella sua delimitazione.

5.3. Disomogeneità nelle fonti nazionali

Al pari di quanto accade per il genocidio, anche in relazione ai crimini contro l'umanità si manifestano alcune peculiarità a livello nazionale¹⁸⁹. Occorre

¹⁸⁵ E ulteriormente precisato da CPI, *Katanga and Nudujolo Chui*, cit., § 448.

¹⁸⁶ Parla di una "nozione vaga per definizione" C. RUEDA FERNÁNDEZ, *Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Por fin la esperada definición?*, in J.A. CARRILLO SALCEDO (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000, p. 314. Un requisito proposto dalla giurisprudenza per meglio delimitare la portata della norma è la riconducibilità delle condotte alle "gravi violazioni di diritti umani" contemplate dagli strumenti internazionali (così ad es. TPIY, Kupreskic, TC, 24.01.2000, § 563). Anche questo riferimento non soddisfa però pienamente il principio di tassatività e determinatezza, visti i contorni indefiniti di quella categoria. V. AMBOS, WIRTH, op. cit., pp. 83 ss.

¹⁸⁷ SCSL, *Brima, Kamara and Kanu*, AC, 22.02.2008.

¹⁸⁸ Per maggiori approfondimenti: M. FRULLI, *Advancing international criminal law: the SCSL recognizes forced marriage as a "new" crime against humanity*, in JICJ, vol. VI, n. 5, 2008, pp. 1033 ss.

¹⁸⁹ Più ampiamente su questo tema: E. FRONZA, *La réception des crimes contre l'humanité en droit interne*, cit., pp. 44-80.

previamente rilevare, però, che molti ordinamenti ancora non hanno provveduto a tipizzare espressamente questa categoria delittuosa – un esempio ne è la Colombia -, forse in dipendenza del fatto che non esiste una Convenzione internazionale che imponga un obbligo di incriminazione in relazione all'intera categoria.

Laddove i crimini contro l'umanità sono stati invece inseriti nell'ordinamento nazionale, non si registrano differenze significative in merito alla descrizione dell'elemento di contesto, ma l'elenco delle condotte subisce talora alcune variazioni: ad esempio, il codice penale peruviano vi ha inserito la manipolazione genetica¹⁹⁰, con una scelta che pare isolata nel panorama comparatistico¹⁹¹.

Una scelta peculiare è stata poi adottata dall'ordinamento uruguayano, che, nella legge di implementazione dello Statuto di Roma¹⁹², ha previsto, a fianco dei crimini contro l'umanità previsti da quello strumento, un capitolo a parte dedicato ai “*crímenes del lesa humanidad – actos aislados*”. Queste fattispecie sanzionano condotte, come l'omicidio politico, la sparizione forzata e la tortura, indipendentemente dall'esistenza di un attacco esteso o sistematico, sempre che esse siano commesse da agenti dello Stato. La tipizzazione di alcuni dei reati inquadrabili tra i crimini contro l'umanità a prescindere dall'elemento di contesto è una scelta condivisa anche dall'ordinamento peruviano che, pur intitolando il Titolo in questione “*delitos de lesa humanidad*”, non prevede in alcun punto la necessità di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile.

Questa significativa differenza rispetto alla definizione tipica dello Statuto di Roma dipende dal fatto che le norme interne non sempre sono state adottate per adeguare l'ordinamento a quello Statuto: esse intendono spesso dare esecuzione agli obblighi assunti dallo Stato con la ratifica di determinate Convenzioni internazionali o regionali di tutela dei diritti umani. Le due fattispecie di cui ci occuperemo a continuazione ne costituiscono un ottimo esempio.

¹⁹⁰ Così l'art. 324 del c.p. peruviano, inserito, con l. 27.636 del 16.01.2002, nel Tit. XIV-A dedicato ai *delitos contra la humanidad*.

¹⁹¹ Diversamente, nel Codice penale internazionale tedesco (*Völkerstrafgesetzbuch*) è stato eliminato il riferimento agli “altri atti inumani” di cui all'art. 7 lett. k StCPI, poiché ritenuto lesivo del principio di precisione e determinatezza della norma penale. Cfr. H. SATZGER, *German criminal law and the Rome Statute. A critical analysis of the New German Code of crimes against international law*, in *ICLR*, vol. 2, 2002, pp. 261 ss. L'ordinamento tedesco non rientra comunque tra quelli di cui ci si occupa nella presente ricerca.

¹⁹² L. 18.026 del 13.09.2006 (Tit. II, cap. II).

6. *La sparizione forzata di persone*

La sparizione forzata di persone consiste, in prima approssimazione, nell'arresto, sequestro o detenzione illegale di una o più persone, seguita dal rifiuto di fornire informazioni sul luogo segreto in cui tale vittima si trova o in cui se ne trovano le spoglie. Adottata come metodo sistematico nella repressione criminale posta in atto dalle dittature latinoamericane del secolo scorso, essa si accompagnava solitamente alla tortura, applicata alle vittime rinchiusi nei centri clandestini di detenzione per estorcere loro informazioni o semplicemente per umiliarle, alla loro uccisione e all'occultamento o distruzione delle loro spoglie.

La diffusione del fenomeno in quest'area geografica spiega la particolare attenzione che viene dedicata a questa figura delittuosa sia dagli organi interamericani, i quali hanno contribuito in modo significativo, molto più dei tribunali *ad hoc*, alla sua interpretazione ed evoluzione¹⁹³, sia dalla giurisprudenza nazionale di quel continente, come vedremo nel prossimo capitolo.

¹⁹³ La giurisprudenza della CorteIDU in materia di sparizione forzata di persone è copiosa ed offre un rilevante apporto interpretativo alla sua definizione. Essa ne ha definito il carattere di reato plurioffensivo e "continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima" (cfr. ad esempio CorteIDU, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, fondo, 29.07.1988, §155, *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, 25.11.2000, §128), e si è spinta fino a dettare indicazioni legislative da seguire nella tipizzazione ad opera degli Stati (critico rispetto a questa giurisprudenza MODOLELL, che afferma: "si bien un órgano supranacional (...) puede realizar mandatos de incriminación a los estados partes de una Convención, consideramos que la forma de tipificación no debe ser obligatoria"; cfr. J.L. MODOLELL GONZÁLEZ, *La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos*, in K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá, 2009, p. 183. L'attività creativa della CorteIDU si è manifestata anche mediante l'affermazione del già menzionato diritto alla verità, che apparve inizialmente appunto in relazione a casi di sparizione forzata. La giurisprudenza interamericana in un primo momento si limitò a sancire il (corrispondente) obbligo statale di indagare quanto accaduto (CorteIDU, *Velásquez Rodríguez*, cit., §§176-7), poi passò a definire il diritto alla verità come "un concepto todavía en desarrollo" (*Castillo Páez v. Perú*, fondo, 03.11.1997, §§ 86-90) ed infine ne affermò recisamente l'esistenza come diritto, precisandone altresì il contenuto (*Bámaca Velásquez*, fondo, 25.11.2000, §§197-202). In *Almonacid Arellano y otros v. Chile* (26.09.2006, §150) affermò che la realizzazione di questo diritto non è sufficiente l'attività di una Commissione per la verità, ma che è necessario anche l'esercizio dell'azione penale. Per un'analisi di questa giurisprudenza, si veda P. GALAIN PALERMO, *Relaciones entre el "derecho a la verdad" y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in K. AMBOS ET AL., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Tomo II*, pp. 249-282.

6.1. Fonti internazionali

Anche se nell'ambito delle Nazioni Unite vennero adottate una Risoluzione¹⁹⁴ ed una Dichiarazione internazionale che descrivevano e condannavano il fenomeno della sparizione forzata¹⁹⁵, il primo strumento dotato di valore vincolante in relazione a tale illecito fu approvato proprio in seno all'OSA. La Convenzione Interamericana sulla Sparizione Forzata di Persone (d'ora in poi, CISFP)¹⁹⁶, approvata nel 1994, offrì la prima definizione giuridica del fenomeno criminale e da allora serve da punto di riferimento costante per gli ordinamenti nazionali del continente latinoamericano. L'art. II della Convenzione sancisce:

“Se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

La Convenzione impone inoltre agli Stati parte un obbligo espresso di tipizzazione di tale condotta come delitto (artt. III e IV) e di prevedere una pena che ne rifletta l'estrema gravità (art. III). Infine, descrive il reato come “continuato o permanente fintantoché non si stabilisce il luogo in cui si trova la vittima” (art. III) – una clausola che, come vedremo, sarà di grande importanza per la persecuzione dei responsabili di tale crimine a livello nazionale – e decreta l'imprescrittibilità sia dell'azione penale volta ad accertarne i responsabili, sia della pena che venga loro imposta, sempre che l'ordinamento interno non contempli una “norma di carattere fondamentale” che lo impedisca, nel qual caso si deve applicare il termine di prescrizione ivi previsto per il delitto più grave (art. VII).

¹⁹⁴ AG ONU, *Risoluzione 33/173*, 20.12.1978. Nel 1980 venne inoltre istituito, ad opera della Commissione dei Diritti Umani (CDI), il *Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*.

¹⁹⁵ Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone contro le sparizioni forzate, approvata dall'AG ONU il 18.12.1992 (A/RES/47/133).

¹⁹⁶ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adottata dall'AG dell'OSA, Belém do Pará, 09.06.1994.

Un analogo strumento internazionale venne adottato molto dopo: la Convenzione Internazionale sulla Sparizione Forzata di Persone, approvata nel 2006, è entrata in vigore alla fine del 2010¹⁹⁷, e pare ampiamente ispirata alla sua omonima interamericana quanto al contenuto e alla definizione dell'illecito¹⁹⁸.

Anche se la sparizione forzata di persone così descritta appartiene alla sfera delle gravi violazioni dei diritti umani, la definiva come crimine contro l'umanità già una Risoluzione dell'Assemblea dell'OSA¹⁹⁹, e la Dichiarazione Internazionale del 1992 affermava che “la sua pratica sistematica costituisce un crimine contro l'umanità”²⁰⁰. Un'affermazione simile è rinvenibile anche nella giurisprudenza degli organi interamericani: la CorteIDU ha specificato che la sparizione forzata di persone può integrare un crimine contro l'umanità, quando faccia parte di una prassi sistematica, ma che essa è prima ancora e in ogni caso una violazione di molteplici diritti umani protetti dalla CADU²⁰¹. Precisamente, essa costituisce una violazione del diritto alla libertà personale di cui all'art. 7 CADU, del diritto ad un trattamento dignitoso *ex art. 5* e del diritto alla vita protetto dall'art. 4. Su questa interpretazione, fondata sui diritti sanciti dalla CADU, si è basata la CorteIDU per condannare gli Stati per sparizione forzata anche in un momento antecedente all'adozione della specifica Convenzione in materia²⁰².

Al di là di queste prime affermazioni sulla rilevanza penale internazionale della condotta, l'espresa tipizzazione della sparizione forzata come crimine contro

¹⁹⁷ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, approvata dall'AG ONU il 20.12.2006, entrata in vigore il 23.12.2010.

¹⁹⁸ L'art. II della Convenzione Internazionale si distingue dalla corrispondente norma della CISFP solo per alcune sfumature lessicali: “Se entenderá por «desaparición forzada» el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”.

¹⁹⁹ Asamblea OSA (Ris. 666, 18.11.1983).

²⁰⁰ Considerando 4° del Preambolo.

²⁰¹ Così ad es. CorteIDU, *Goiburú y otros v. Paraguay*, 22.09.2006, § 82.

²⁰² Cfr., CorteIDU, *Velásquez Rodríguez*, cit., §155 e *Godínez Cruz v. Honduras*, 20.01.1989, §§ 163 e 166. Dopo l'approvazione della CISFP, la CorteIDU ha cominciato a condannare sulla base di quest'ultima, anche perché, ai sensi dell'art. XIII della Convenzione stessa, è appunto essa l'organo deputato all'interpretazione e applicazione di tale strumento. Risalgono al periodo successivo all'avvento della CISFP i casi *Blake v. Guatemala*, 24.01.1998; *Bámaca Velásquez*, cit.; *Goiburú y otros*, cit.; *Heliodoro Portugal v. Panamá*, 12.08.2008. Similmente, la CorteEDU, pur in assenza di un'espresa previsione di tale illecito nel sistema del Consiglio d'Europa, l'ha definita una violazione dell'art. 3 CEDU, che proibisce la tortura (cfr. *Kurt v. Turkey*, n. 24276/94, 25.05.1998, § 134).

l'umanità avviene con lo Statuto di Roma²⁰³, che la prevede all' art. 7 co. 1 lett. i), precisando nel comma successivo:

“Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”²⁰⁴.

Naturalmente, questa condotta può integrare un crimine contro l'umanità solo laddove sia commessa nell'ambito di un attacco esteso o sistematico contro una popolazione civile, e con la conoscenza di tale attacco, vale a dire in presenza dell'elemento di contesto che configura questa categoria delittuosa.

Questa precisazione coincide a ben vedere con l'affermazione della CorteIDU – e della Dichiarazione del 1992 – secondo cui la sparizione forzata di persone, per costituire crimine contro l'umanità, deve essere praticata in modo sistematico²⁰⁵. Se ne deduce che nell'ordinamento internazionale coesistono due forme o soglie di rilevanza della sparizione forzata: come grave violazione dei diritti umani, secondo quanto previsto dalle Convenzioni Interamericana e Internazionale in materia, e come crimine contro l'umanità, quando si manifesta all'interno di una prassi sistematica o di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile. Solamente in questa seconda manifestazione la condotta è qualificabile come crimine internazionale.

Ma le differenze tra il sistema di tutela dei diritti umani e il diritto penale internazionale non si limitano alla previsione dell'elemento di contesto – o di sistematicità: un confronto tra le due definizioni sopra riportate mostra con evidenza che la struttura tipica della sparizione forzata non coincide in quei due sistemi normativi.

In primo luogo, una discrepanza importante emerge in relazione ai possibili soggetti attivi del reato: mentre la CISFP li circoscrive agli agenti o funzionari statali

²⁰³ Anche il Progetto di Codice del 1996 la includeva in questa categoria delittuosa, ma come già detto non si è mai giunti alla sua approvazione.

²⁰⁴ Art. 7 co. 2 lett. i). Si è scelto di riportare il testo della norma nella versione spagnola, comunque ufficiale, per facilitare il confronto con la disposizione della CISFP citata in precedenza. I singoli elementi tipici vengono poi specificati negli EC.

²⁰⁵ L'esistenza di una simile prassi sistematica è stato considerato dalla CorteIDU come motivo di aggravamento della responsabilità statale: CorteIDU, *Goiburú*, cit., § 82.

e ai privati che agiscono con l'autorizzazione, l'appoggio o l'acquiescenza dello Stato, lo StCPI si riferisce allo "Stato o organizzazione politica". Quest'ultimo dunque, pur mantenendo la struttura della sparizione forzata come reato proprio, ne amplia notevolmente la portata, ammettendo che la possano commettere non solo agenti statali, ma anche membri di organizzazioni politiche che eventualmente allo Stato si oppongano – si pensi ad esempio di gruppi sovversivi.

In secondo luogo, il rifiuto di fornire informazioni sulla persona scomparsa viene considerato, nel sistema interamericano, un impedimento all'esercizio delle misure legali di per sé; di conseguenza, lasciare una persona al di fuori della protezione legale cui ha diritto anche per un breve periodo di tempo integra già un delitto di sparizione forzata. Lo Statuto di Roma, invece, prevede la permanenza di questa situazione di assenza di protezione legale come oggetto di un dolo specifico, richiedendo cioè che l'autore intenda produrla con la propria condotta, senza che essa debba necessariamente verificarsi nella realtà dei fatti²⁰⁶. Questa struttura consente di evitare la qualificazione come sparizione forzata di casi nei quali i soggetti attivi fanno sparire la vittima con l'intenzione di liberarla alcune ore o alcuni giorni dopo²⁰⁷. Al tempo stesso, si evita in questo modo un esito indesiderato dell'interpretazione adottata dalla Corte IDU sulla base del dettato normativo della CISFP: definendo la permanenza della situazione illecita come requisito oggettivo di cui deve essere fornita la prova²⁰⁸, infatti, ipotesi in cui la cessazione della condotta avvenga poco dopo il suo inizio possono essere punite solo a titolo di tentativo.

Queste significative differenze nella struttura tipica del reato dimostrano che non esiste attualmente una nozione uniforme e condivisa di tale crimine a livello internazionale. Tale disomogeneità, che provoca inevitabili difficoltà al processo di armonizzazione in corso rispetto ai crimini internazionali, si ripercuote anche sulla tipizzazione dell'illecito negli ordinamenti nazionali.

²⁰⁶ MODOLELL considera preferibile la soluzione dello StCPI, che configura la sparizione forzata come un tipo "de tendencia interna trascendente" (J.L. MODOLELL GONZÁLEZ, *El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlin-Montevideo, 2010, p. 204).

²⁰⁷ Come nel caso dei c.d. "ruleteos" realizzati dalla polizia venezuelana.

²⁰⁸ Corte IDU, *Bámaca Velásquez*, cit., §150.

6.2. *Struttura tipica della fattispecie*

Come si evince dalle definizioni tipiche sopra riportate, la sparizione forzata di persone si configura come reato complesso, che si articola in due condotte successive: la prima, di carattere attivo, consiste nell'arrestare o comunque privare illegittimamente della libertà una persona, oppure di mantenerla illegalmente in uno stato di detenzione che pure inizialmente era legittimo. La seconda condotta rilevante consiste invece nell'omissione o nel rifiuto di fornire informazioni sulla persona illegalmente detenuta. Proprio questo secondo segmento della condotta, che pure costituisce il *quid proprium* che contraddistingue la sparizione forzata rispetto alla privazione illegittima di libertà, presenta alcune difficoltà dal punto di vista dogmatico.

Un primo aspetto problematico è il rapporto che intercorre tra queste due condotte, e in connessione con questo la determinazione del momento commissivo del delitto. Se si ritiene che il delitto si consumi con la realizzazione di entrambe condotte, la privazione illegittima di libertà è considerata parte integrante della struttura tipica del delitto²⁰⁹. Se invece si intende concentrare il nucleo del fatto illecito nella sola omissione di dare informazioni sulla vittima, il primo segmento della condotta – quello attivo – costituirebbe un mero presupposto per la commissione del reato, una sua condizione necessaria ma esterna al fatto tipico²¹⁰. In questa seconda ipotesi, il reato potrebbe essere correttamente ascritto anche a colui che, pur senza aver partecipato alla privazione di libertà, ha l'obbligo di fornire informazioni sulla vittima e si nega a provvedervi. Una questione che rimarrebbe però aperta in questo caso riguarda l'opportunità di differenziare il *quantum* di pena nell'ipotesi in cui il soggetto agente sia responsabile solo della condotta omissiva, prevenendo per costui una cornice edittale più bassa, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Quale che sia l'interpretazione prescelta, la struttura della seconda fase del reato come condotta omissiva impone di individuare la fonte da cui deriva l'obbligo di fornire informazioni la cui violazione assume rilevanza penale. Un simile obbligo sembra poter essere legittimamente imposto unicamente a funzionari pubblici ed

²⁰⁹ C. LÓPEZ DÍAZ, *Colombia*, in K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas*, cit., p. 90.

²¹⁰ I. MEINI, *Perú*, in K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas*, cit., p. 119.

agenti dello Stato che, in ragione della carica ricoperta, hanno sia il potere-dovere di rispondere alle richieste di informazioni rivolte loro dai cittadini in relazione alle detenzioni eseguite, sia la disponibilità delle informazioni e dei mezzi per soddisfare tali richieste. Questa lettura sarebbe conforme alla struttura della sparizione forzata come reato proprio, realizzabile solo da agenti dello Stato, che come si è detto viene accolta dalla CISFP.

Risulta invece più problematico ammettere l'esistenza di altre fonti idonee a prevedere un simile obbligo di fornire informazioni: se non pare realistico imporlo a tutti i comuni cittadini, privi di un vincolo con le detenzioni illegali, neppure è accettabile l'idea di porlo in capo a chi ha realizzato la condotta illecita attiva – sulla base del criterio del precedente attuare illecito-, poiché ciò contrasterebbe palesemente con il principio *nemo tenetur se detegere* costituzionalmente tutelato.

Ancora, dalla struttura tipica del reato non appare chiaro se l'omissione del dovere di fornire informazioni acquisisce rilevanza solo qualora venga presentata una espressa richiesta di informazioni da parte dei familiari della persona scomparsa²¹¹ e, in termini generali, se la prima infrazione di tale obbligo – vale a dire, il primo rifiuto o la prima omissione di fornire informazioni – integra già di per sé il reato, oppure se al contrario se ne richiede la ripetizione per un certo numero di volte²¹².

Infine, la classificazione della sparizione forzata come reato complesso ha importanti ripercussioni nella disciplina della successione di leggi nel tempo applicabile al caso: si tratta di un aspetto che è emerso con una certa frequenza nella giurisprudenza latinoamericana che ha trattato di sparizione forzata di persone, e per il quale rimandiamo dunque al prossimo capitolo.

Alle considerazioni che svolgeremo in sede di analisi della giurisprudenza si rinvia anche per quanto riguarda la qualificazione della sparizione forzata come reato permanente: un aspetto ampiamente trattato, soprattutto a causa delle rilevanti conseguenze che comporta sul piano della successione di leggi nel tempo e su quello

²¹¹ Secondo molti autori una simile richiesta da parte dei familiari non è necessaria: cfr. K. AMBOS, M.L. BÖHM, *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa*, in K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas*, cit., p. 233.

²¹² P. GALAIN PALERMO, *Uruguay*, in K. AMBOS, (coord.), *Desaparición forzada de personas*, cit., p. 152.

della prescrizione, ma che presenta a sua volta, come vedremo, profili decisamente problematici.

Un ultimo aspetto che merita di essere menzionato²¹³ riguarda la difficile identificazione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice della sparizione forzata. Anche se la giurisprudenza della Corte IDU, come si è visto, ha costantemente affermato che tale condotta integra una violazione di molteplici diritti sanciti dalla CADU²¹⁴, proponendone dunque una classificazione come reato plurioffensivo, si è correttamente rilevato che una simile interpretazione si limita in realtà a descrivere quello che accade nella maggior parte dei casi, senza tuttavia accertare se effettivamente la violazione di tutti questi beni è necessaria ad integrare il fatto tipico²¹⁵. Ad esempio, pur essendo innegabile che la sparizione quasi sempre sfocia nell'uccisione della vittima, in alcuni casi essa si è invece conclusa con la liberazione della persona dopo un certo periodo, né d'altro canto la norma incriminatrice sembra pensata per proteggere in via primaria il bene giuridico "vita"²¹⁶. Alla luce di queste considerazioni, si può ritenere che il bene giuridico che questa fattispecie intende proteggere è la libertà personale, la cui privazione integra il primo segmento della condotta illecita; tuttavia, se si preferisce, come si è detto, concentrare il disvalore del fatto nella condotta omissiva, il bene giuridico dovrebbe coincidere in questo caso con la *personalità giuridica* della vittima²¹⁷. Un'ulteriore proposta interpretativa suggerisce di combinare la protezione di un bene individuale – la sicurezza personale – con quella di un bene collettivo – il corretto funzionamento dell'amministrazione della giustizia²¹⁸. L'adesione all'una o all'altra di queste interpretazioni dispiega importanti effetti pratici sia nella definizione delle sue relazioni concorsuali con i reati di sequestro ed omicidio, sia nell'identificazione

²¹³ Altro profilo particolarmente problematico della fattispecie di sparizione forzata, che si collega a quanto finora rilevato ma appartiene alla sfera della procedura penale, è quello probatorio. Si rimanda a tal proposito a D.C. CARO CORIA, *La prueba en el crimen de desaparición forzada de personas conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in K. AMBOS ET AL. (EDS.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Tomo II*, cit., pp. 127-171.

²¹⁴ Cfr. *supra*, par. precedente.

²¹⁵ J.L. MODOLELL GONZÁLEZ, *El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 185.

²¹⁶ Anche se nella fase di emersione della fattispecie si riteneva che la vita fosse il bene giuridico protetto "in ultima istanza": cfr. K. AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo, 2005, pp. 377-8.

²¹⁷ I. MEINI, *Perù*, cit., p. 121.

²¹⁸ P. GALAIN PALERMO, *Uruguay*, cit., p. 147.

dei soggetti passivi: attribuendo rilevanza al corretto funzionamento della giustizia, infatti, si finisce per ampliare il numero di vittime dirette del reato²¹⁹.

6.3. *Disomogeneità nelle fonti nazionali*

In relazione al delitto di sparizione forzata si manifestano differenze numerose e significative tra le definizioni tipiche adottate dai vari ordinamenti nazionali. Tali discrepanze dipendono in buona parte dallo strumento internazionale che viene preso a riferimento per la tipizzazione dell'illecito, visto che, come si è detto, la struttura della sparizione forzata differisce tra la Convenzione Interamericana e lo Statuto di Roma.

Il fatto che il codice penale peruviano²²⁰, ad esempio, non richieda che la condotta sia commessa nel contesto di un attacco esteso o sistematico, suggerisce che la disposizione è stata introdotta in adempimento degli obblighi di incriminazione imposti dalla CISFP e d'accordo con la definizione ivi contemplata. Il delitto così tipizzato dal codice peruviano non costituisce dunque, a rigore, un crimine contro l'umanità, a meno che non se ne provi l'inserimento in una prassi sistematica. Conferma questa corrispondenza con la CISFP anche la previsione, come possibili soggetti attivi del reato, unicamente dei "funcionarios y servidores públicos", con l'esclusione di ogni riferimento alle altre organizzazioni politiche non statali menzionate invece dallo StCPI.

Un percorso inverso ha seguito invece la tipizzazione della sparizione forzata nell'ordinamento argentino, nel quale la si è introdotta dapprima come crimine contro l'umanità, in sede di implementazione dello Statuto di Roma, e solo l'anno scorso come delitto comune punibile anche in assenza dell'elemento di contesto. La legge 26.200 del 2007, di implementazione dello StCPI²²¹, rinvia direttamente allo strumento internazionale per la descrizione tipica delle fattispecie, limitandosi a

²¹⁹ Nella giurisprudenza della Corte IDU si registra appunto una tendenza all'ampliamento del novero di vittime della sparizione forzata, in corrispondenza di un'oscillante interpretazione del bene giuridico tutelato: cfr. a tal proposito K. AMBOS, M.L. BÖHM, *op. cit.*, pp. 223 ss.

²²⁰ Art. 320 c.p. peruviano. Questa disposizione fu introdotta con d.l. 25.592 del 26.6.1992. La condotta era in precedente tipizzata nel previgente art. 323 c.p., tra i delitti di terrorismo, successivamente abrogati dal d.l. 25475 del 5.5.1992.

²²¹ L. 26.200 del 12.12.2007.

prevedere le pene corrispondenti secondo il diritto argentino. La legge 26.679 del 2011²²², invece, ha introdotto nel codice penale il nuovo articolo 142 ter, che tipizza la sparizione forzata come delitto comune, a prescindere dall'esistenza di una prassi sistematica. Questa nuova disposizione, che costituisce un adempimento dell'obbligo di incriminazione imposto dalla CISFP, prende a riferimento tale strumento internazionale per la struttura tipica del delitto, limitando i possibili soggetti attivi agli agenti statali – e ai privati appoggiati dallo Stato – e inserendo l'impedimento dell'esperimento delle misure legali come requisito oggettivo del fatto.

Anche nell'ordinamento uruguayano la sparizione forzata gode per così dire di doppia rilevanza: la legge 18.026 del 2006²²³, come già accennato, contempla sia i crimini contro l'umanità come definiti dallo Statuto di Roma, al quale fa espresso rinvio²²⁴, sia, in un titolo separato, i “crímenes contra la humanidad – actos aislados”²²⁵, la cui punibilità prescinde dall'esistenza dell'elemento di contesto. All'interno di questa seconda categoria è prevista anche la sparizione forzata²²⁶, configurata, al pari della CISFP, come reato proprio che può essere commesso solo da agenti statali.

Al contrario, il sistema cileno tipizza la sparizione forzata unicamente come crimine contro l'umanità, subordinandone la punibilità all'esistenza di un attacco generalizzato o sistematico contro la popolazione civile, in cui la condotta si inserisce, e di una politica statale di pianificazione di tale attacco²²⁷.

La coesistenza di due delitti di sparizione forzata, uno rilevante come crimine contro l'umanità e uno come reato comune²²⁸, suscita talora confusione negli interpreti che, come vedremo, pretendono di applicare il regime speciale riservato ai crimini internazionali ad ipotesi di sparizione forzata che non costituiscono crimini contro l'umanità, oppure in assenza di una norma interna che le tipizzi come tali.

²²² L. 26.679 del 13.04.2011.

²²³ L. 18.026 del 25.9.2006, “Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad”.

²²⁴ Tit. II, cap. I, art. 18 della legge.

²²⁵ Tit. II, cap. II, artt. 19-25.

²²⁶ Art. 21 della legge.

²²⁷ Art. 6, l. 20.357 del 18.07.2009.

²²⁸ Intendiamo qui reato comune come contrapposto ai crimini internazionali, indipendentemente dal fatto che la sparizione forzata sia sempre concepita come reato proprio.

Alle disomogeneità ora descritte si aggiungono poi differenze di formulazione dipendenti, più che dallo strumento internazionale preso a riferimento, dalla concreta fenomenologia assunta dalle sparizioni forzate in un determinato contesto nazionale. Esempio paradigmatico in tal senso è il codice penale colombiano, il cui art. 165²²⁹, nel tipizzare tale condotta, prevede come possibile soggetto attivo il “particular que pertenezca a un grupo armado al margen de la ley”, salvo poi estendere l'applicabilità della pena al “servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél”. Questa insolita formulazione discende dall'esperienza storica colombiana, in cui le sparizioni forzate sono state adoperate come strumento di lotta, all'interno del conflitto interno che divide il paese da decenni, non solo dalle Forze Armate, ma anche dai paramilitari e dai gruppi guerriglieri che si oppongono allo Stato. La clausola è stata poi oggetto di pronuncia di incostituzionalità parziale ad opera della Corte Constitucional colombiana, come avremo modo di vedere nel prossimo capitolo.

Un altro esempio dell'influenza che la specifica forma di manifestazione assunta dal delitto nell'esperienza nazionale ha assunto nella sua tipizzazione legislativa è offerto dal nuovo art. 142 ter del codice penale argentino, sopra menzionato, che estende la punibilità della condotta ad ipotesi in cui il soggetto passivo sia “una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre”. Tale previsione riflette evidentemente la memoria del fenomeno di sottrazione dei figli dei *desaparecidos*, seguita dall'occultamento permanente della loro identità, assai diffuso nella repressione illegale attuata dalla dittatura delle Giunte militari.

Infine, alcune peculiarità nella formulazione delle norme incriminatrici della sparizione forzata rilevano da un punto di vista più strettamente dogmatico. Rientra in questa categoria la legge uruguayana, che prevede, accanto alla consueta condotta composta da due segmenti successivi – uno attivo e uno passivo -, una seconda modalità commissiva costituita dalla sola omissione di fornire informazioni sulla persona scomparsa²³⁰, probabilmente nella consapevolezza delle summenzionate difficoltà interpretative che suscita la tipizzazione come reato complesso.

²²⁹ Poco prima dell'approvazione del nuovo codice penale, mediante l. 5999 del 24.7.2000, la l. 589 del 6.7.2000 aveva già tipizzato la sparizione forzata all'interno del titolo III sui delitti contro la libertà individuale ed altre garanzie.

²³⁰ Art. 21 della l.18.026/2006, cit.

L'esistenza di queste numerose difformità tra le definizioni normative della fattispecie di sparizione forzata, se da un lato permette di tener conto delle specificità locali e di assicurare una più ampia perseguibilità dei suoi responsabili, suscita alcune difficoltà nel momento dell'applicazione del principio di giurisdizione universale. Come già si rilevava, il fatto che persistano differenze, anche significative, tra le definizioni tipiche della sparizione forzata e tra le rispettive portate applicative, provoca risultati diseguali nella persecuzione e sanzione per il medesimo fatto a seconda del paese che la intraprenda. Sembra quindi auspicabile, in conclusione, un maggior sforzo in direzione di una armonizzazione degli ordinamenti, internazionale e nazionali, in merito alla struttura tipica di questa condotta delittuosa.

7. *La tortura*

7.1. *Fonti internazionali*

Similmente a quanto accade con la sparizione forzata, anche la tortura come condotta integrante un crimine contro l'umanità si innesta sul divieto di tortura imposto in termini generali dal diritto internazionale dei diritti umani. In quest'ultimo settore, il divieto di tortura compare in alcuni strumenti di portata generale²³¹ e viene definito e disciplinato in modo esaustivo dalla Convenzione contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, approvata nel 1984²³², che definisce la tortura (art. I) nei seguenti termini:

“... todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos

²³¹ Art. 5 della DUdu, art. 7 del PIDCP, art. 3 della CEDU, art. 5 della Carta Africana dei diritti dei popoli, art. 5 della CADU.

²³² Convenzione contro la Tortura e altri Trattamenti o Pene Crudeli, Inumani o Degradanti (CT), adottata dall'AG ONU, Risoluzione 39/46, 10.12.1984, entrata in vigore il 26.06.1987. Al 9.12.1975 risale invece la *Dichiarazione ONU sulla protezione di tutte le persone dalla sottoposizione a tortura o ad altri trattamenti o punizioni crudeli inumani o degradanti*, che costituisce però uno strumento di *soft law*.

dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

La medesima disposizione precisa che tale definizione è valida limitatamente alla Convenzione stessa, e che non pregiudica norme internazionali o nazionali che assicurino una tutela più ampia contro tale fenomeno (art. I.2). Gli artt. II e IV impongono poi agli Stati membri un obbligo di incriminazione – esteso espressamente anche al tentativo e alle varie forme di complicità – e di previsione di pene proporzionate all’ – elevata – gravità dell’illecito²³³.

Analoghe Convenzioni esistono poi in ambito europeo ed interamericano: all’interno di quest’ultimo, la Convenzione Interamericana per Prevenire e sanzionare la Tortura (d’ora in poi CIT), approvata nel 1985²³⁴, descrive come tortura:

“... todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

Nel successivo art. 3 si specifica poi che possono commettere atti di tortura gli impiegati o funzionari pubblici, mediante azione od omissione, e i privati che agiscano o partecipino nella realizzazione del fatto su istigazione di tali funzionari.

All’interno del diritto penale internazionale la nozione di tortura comincia invece a profilarsi a partire dalla CCL n. 10, e successivamente negli Statuti dei

²³³ La Convenzione istituisce inoltre un apposito Comitato incaricato di monitorare la situazione degli Stati parte in relazione al rispetto del divieto di tortura e degli altri obblighi assunti con la ratifica della Convenzione stessa.

²³⁴ Convenzione Interamericana per Prevenire e Sanzionare la Tortura (CIT), adottata dall’Assemblea Generale dell’OSA il 09.12.1985, ed entrata in vigore il 28.02.1987.

Tribunali *ad hoc*, come condotta costitutiva sia di crimini contro l'umanità sia di crimini di guerra²³⁵. La doppia rilevanza della tortura, che può integrare un crimine contro l'umanità o un crimine di guerra a seconda del contesto in cui si inserisce la commissione del fatto, viene mantenuta anche nello StCPI, che la annovera sia tra le condotte elencate all'art. 7 (co. 1, lett. f) sia tra quelle di cui all'art. 8 (co. 2, lett. a, ii).

Nel definire la tortura quale crimine contro l'umanità, lo Statuto (art. 7 co. 2 lett. e) afferma:

*“Por «tortura» se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”*²³⁶.

Dalle definizioni qui riportate emerge chiaramente come, pur in presenza di una norma consuetudinaria che chiaramente proibisce la tortura²³⁷, la struttura tipica della fattispecie non coincida nei differenti strumenti che la contemplano a livello internazionale e regionale, se non nella previsione di un nucleo comune oggettivo integrato dall'arrecare un dolore o una sofferenza gravi, di carattere fisico o mentale²³⁸.

In primo luogo, la definizione prevista dalla Convenzione Interamericana è più ampia rispetto alla Convenzione Internazionale, poiché non richiede una

²³⁵ Anche il Progetto di Codice della CDI del 1996 contemplava tale fattispecie, quando commessa “in modo sistematico o su larga scala, dietro istigazione o sotto la direzione di un'autorità governativa o di una organizzazione o gruppo”.

²³⁶ Gli EC, che fungono com'è noto da ausilio interpretativo delle norme incriminatrici previste dallo Statuto, così specificano gli elementi tipici di tale fattispecie: “1. Que el autor haya infligido a una o más personas graves dolores o sufrimientos físicos o mentales. 2. Que el autor tuviera a esa o esas personas bajo su custodia o control. 3. Que el dolor o el sufrimiento no haya sido resultado únicamente de la imposición de sanciones legítimas, no fuese inherente ni incidental a ellas. 4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

²³⁷ Il Comité dei Diritti Umani (*General Comment n. 24*) considera questo divieto una norma di *ius cogens*.

²³⁸ Secondo WERLE, proprio questo nucleo comune spiega perché la giurisprudenza penale internazionale prende in considerazione, nell'interpretare tale fattispecie, gli strumenti internazionali sulla tortura e le pronunce e i rapporti degli organismi internazionali che se ne occupano: G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 871.

particolare soglia di intensità della sofferenza provocata dalla condotta²³⁹, né prevede un elenco tassativo di fini che devono costituire la direzione finalistica degli atti di tortura, limitandosi ad indicarne alcuni a titolo esemplificativo e chiudendo l'elenco con una clausola residuale che vi ricomprende “qualsiasi altro fine”²⁴⁰.

Questo dolo specifico richiesto dalla CIT – che assegna rilevanza alla finalità di estorcere informazioni o una confessione, a quello punitivo, di intimidazione o coazione e al fine discriminatorio – e in misura minore e non tassativa dalla Convenzione Internazionale²⁴¹ manca invece del tutto nella descrizione tipica della tortura come crimine contro l'umanità secondo lo Statuto di Roma. Lo ritroviamo unicamente in relazione alla tortura quale condotta costitutiva di crimine di guerra, rispetto alla quale, pur nel silenzio dello Statuto al riguardo, gli EC prevedono come elemento tipico una particolare direzione finalistica degli atti²⁴².

Inoltre, mentre secondo le due Convenzioni citate i soggetti attivi devono rivestire la qualifica di funzionario pubblico, oppure agire su istigazione di costui o con la sua complicità, lo StCPI non prevede tale requisito²⁴³, bensì, in termini più ampi, che chi commette il crimine eserciti il proprio controllo o custodia sulla vittima²⁴⁴.

²³⁹ La giurisprudenza della Corte EDU ha invece sviluppato, sulla base del concetto di gravità delle condotte, la distinzione tra trattamenti degradanti, disumani e tortura: si veda, anche per riferimenti giurisprudenziali, A. ESPOSITO, G. GENTILE, M.T. TRAPASSO, *op. cit.*, pp. 658-666.

²⁴⁰ Secondo R. CRYER ET AL., però, la CT del 1984 sarebbe più restrittiva nella parte in cui si riferisce a condotte attive ma non ad omissioni. Questi Autori ritengono tuttavia che un'interpretazione conforme all'oggetto e scopo del trattato impone di annoverare tra le condotte sanzionabili anche quelle omissive (R. CRYER ET AL., *op. cit.*, p. 296).

²⁴¹ Anche la giurisprudenza del TPIY si è espresso in favore della necessaria presenza delle finalità specifiche indicate dalla norma internazionale, giungendo ad affermare che essa ha acquisito il rango di norma consuetudinaria (cfr. ad es., TPIY, *Mucić et al. (čelebići)*, TC, 16.11.1998, § 470 ss.; *Kunarac et al.*, TC, cit., §§ 485 e 497).

²⁴² Art. 8 (2) (a), ii-1, co. 2 EC: “Que el autor haya causado los dolores o sufrimientos con una finalidad tal como la de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo. Pur non occupandoci in questa sede della fattispecie di tortura come crimine di guerra, Poiché neppure tale fattispecie è stata oggetto di pronuncia da parte della giurisprudenza latinoamericana. occorre ricordare anche che la norma statutaria corrispondente punisce espressamente, accanto alla tortura, anche i trattamenti inumani, assenti invece nella disposizione sui crimini contro l'umanità”.

²⁴³ Oscillante sul punto si era invece dimostrata la giurisprudenza del TPIY: inizialmente tale requisito sembrava imposto (TPIY, *Delacic*, TC, 16.11.1998, § 473, e *Furundžija*, AC, 21.07.2000, § 111); nella sentenza *Kunarac* (TC, cit., § 496) si afferma però che richiedere un simile elemento sarebbe contrario alla consuetudine internazionale.

²⁴⁴ Per ulteriori approfondimenti sul tema si rimanda a: C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence of the ad hoc Tribunals – A Critical Assessment*, in JICJ, n. 6, 2008, pp. 159 ss.; P. GAETA, *When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?*, in JICJ, n. 6, 2008, pp. 183 ss.

La portata della norma statutaria che tipizza la tortura come crimine contro l'umanità risulta quindi complessivamente più ampia di quella degli strumenti di tutela dei diritti umani, poiché ammette l'applicabilità della fattispecie anche quando la condotta sia commessa da privati ed in assenza di una precisa direzione finalistica, per ragioni ad esempio puramente arbitrarie. Sembra auspicabile la progressiva diffusione di questa versione "estesa" della fattispecie di tortura, che permetta la punibilità di uno spettro più ampio di ipotesi alle quali la norma internazionale non potrebbe essere applicata²⁴⁵.

Da questo breve resoconto emerge l'esistenza di due possibili forme di manifestazione e di rilevanza della tortura: come delitto autonomo²⁴⁶, prosritto dal diritto internazionale consuetudinario²⁴⁷ indipendentemente dal fatto che sia commesso in tempo di guerra o di pace²⁴⁸, e come crimine internazionale, quando sia commessa in presenza di un particolare elemento di contesto. A seconda dei tratti che caratterizzano quest'ultimo, poi, la tortura potrà ulteriormente essere qualificata, all'interno della classe dei crimini internazionali, come crimine di guerra o contro l'umanità. La portata applicativa della norma che la tipizza come crimine contro l'umanità è, almeno secondo la definizione adottata dallo Statuto di Roma, più ampia di quella degli strumenti internazionali²⁴⁹. Nonostante queste differenze, la giurisprudenza degli organi internazionali e regionali di tutela dei diritti umani e quella dei tribunali penali internazionali hanno sperimentato una circolazione ampia e reciproca, influenzandosi l'una l'altra nella definizione e specificazione degli elementi tipici della tortura²⁵⁰.

²⁴⁵ Pur potendo i fatti essere puniti come reati comuni secondo il diritto nazionale. Concorde WERLE, il quale rileva però che gli effetti pratici dell'applicazione della più ampia fattispecie statutaria non si discosterebbero molto da quelli ottenuti dalla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, che interpreta in senso ampio le finalità elencate dalla disposizione: G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 878.

²⁴⁶ Più precisamente, come grave violazione dei diritti umani che gli ordinamenti nazionali hanno l'obbligo di incriminare introducendola come fattispecie comune.

²⁴⁷ A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., pp. 148-152.

²⁴⁸ Come affermato anche da TPIY, *Kunarac et al.*, AC, §§ 488-97, discostandosi dai precedenti *Furundzija*, cit. (§ 162), e *Akayesu* del TPIR, cit. (§ 593).

²⁴⁹ Anche il TPIY ha avuto modo di affermare che occorre distinguere tra la tortura secondo il diritto internazionale dei diritti umani e il diritto penale internazionale (TPIY, *Kunarac et al.*, TC, cit., § 496).

²⁵⁰ Descrive questo movimento di reciproca influenza tra Corte Interamericana, Corte Europea e tribunali ad hoc, E. SANTALLA VARGAS, La múltiple faceta de la tortura y los otros tratos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos y de los Tribunales Penales Internacionales, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, pp. 229-262.

7.2. Struttura tipica della fattispecie di tortura

Il nucleo comune alle differenti versioni della fattispecie di tortura è, come si è detto, il provocare un dolore o una sofferenza, fisici o mentali, di una certa gravità, provocando in tal modo una lesione al bene giuridico tutelato, che può essere individuato, oltre che nell'integrità fisica, in termini più ampi nella *dignità* della persona²⁵¹.

Si tratta di un reato a forma libera, il cui fulcro del disvalore specifico si situa nell'evento tipico ora descritto: tale struttura è a ben vedere idonea a riflettere la crudele fantasia che l'uomo ha dimostrato di possedere nell'inventare nuovi metodi di tortura. Alcune tecniche vengono considerate dalla giurisprudenza come atti di tortura *per se*²⁵², altre invece integrano tale delitto solo se raggiungono una certa soglia di gravità. In questa seconda ipotesi, i giudici dovranno tener conto, ai fini della sussunzione dei fatti nella fattispecie di tortura, delle circostanze del caso, e in particolar modo della durata del maltrattamento e delle conseguenze fisiche e psichiche che esso produce²⁵³.

Non rientrano invece nel novero di condotte che possono costituire tortura, per espressa previsione normativa, quei dolori e sofferenza che derivino da sanzioni applicate in modo legittimo, alla luce non solo delle norme interne ma anche degli standard fissati dall'ordinamento nazionale²⁵⁴.

Quanto all'elemento soggettivo, il dettato dell'art. 7 co. 2 c) dello StCPI, che richiede espressamente l'intenzionalità della condotta, non sembra in realtà discostarsi dalla *mens rea* prevista in termini generali dall'art. 30 dello Statuto. Se si assume la definizione di tortura offerta dagli strumenti di tutela dei diritti umani, invece, è richiesto un dolo specifico ulteriore, che può assumere direzioni diverse, ma che concorre a circoscrivere l'area del penalmente rilevante in relazione a tale fattispecie.

²⁵¹ Così J. DONDÉ MATUTE, *Los tipos penales en el ámbito internacional*, cit., pp. 84-5.

²⁵² Offre un elenco di questi possibili metodi di tortura ad es., TPIY, *Kunarac et al.*, AC, cit.

²⁵³ Cfr. TPIY, *Brđanin*, TC, 01.09.2004, § 484 ss.

²⁵⁴ Così G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 875.

Infine, come si anticipava, la tortura può assumere la configurazione di reato proprio oppure comune, a seconda che si segua la descrizione tipica adottata dalla CIT oppure dallo StCPI.

7.3. Disomogeneità nelle fonti nazionali

Le discrepanze poc' anzi rilevate tra le differenti definizioni della tortura nell'ordinamento internazionale si riflettono naturalmente anche sugli ordinamenti nazionali che tipizzano tale condotta.

Anche in questo caso, il primo elemento discretivo da cui dedurre se la fattispecie interna si ispira alle Convenzioni – internazionale e interamericana – in materia oppure allo Statuto di Roma è la previsione di un attacco esteso o sistematico quale contesto nel quale si inserisce la condotta. Contemplano tale requisito, ad esempio, gli ordinamenti cileno²⁵⁵ e quello argentino²⁵⁶ – che opera un rinvio diretto allo StCPI -, ma non i sistemi colombiano²⁵⁷ e peruviano²⁵⁸. La legislazione uruguayana²⁵⁹, come già si è detto per la sparizione forzata, tipizza separatamente la tortura come crimine contro l'umanità, mediante rinvio allo StCPI, e come delitto autonomo, escludendo in questo caso l'elemento di contesto²⁶⁰.

Ma le differenze si manifestano anche in relazione agli altri elementi della struttura tipica della fattispecie: così, la legislazione cilena, introdotta per adeguare l'ordinamento allo Statuto di Roma, riflette chiaramente la definizione della tortura adottata da quest'ultimo. La disposizione non richiede infatti per il soggetto attivo la qualifica di funzionario pubblico ma solo che la vittima si trovi sottoposta al suo controllo o custodia, e non assegna rilevanza ad alcuna direzione finalistica degli atti, aderendo alla scelta statutaria di punire la tortura indipendentemente dai motivi per i quali viene commessa.

²⁵⁵ Artt. 7 e 1, l. 20.357 del 26.06.2009.

²⁵⁶ Art. 2 co. 2, l. 26.200 del 13.01.2006.

²⁵⁷ Artt. 178-9 c.p. del 2000, all'interno del Tit. III "Delitos contra la libertad individual y otras garantias", cap. V "De los delitos contra la autonomía personal". La Costituzione sancisce espressamente un divieto di sparizione forzata (art. 12 Cost.).

²⁵⁸ Art. 321 c.p. del 1991, all'interno del Tit. XIV-A "Delitos contra la humanidad".

²⁵⁹ L. 18.026 del 13.09.2006, Tit. II "Crímenes de lesa humanidad".

²⁶⁰ Rispettivamente art. 18 e 22 della legge di cui alla nota precedente.

La fattispecie di tortura nel codice penale colombiano sembra invece avvicinarsi in parte alla Convenzione del 1984, poiché subordina la punibilità alla sussistenza di una delle finalità ivi elencate, ma specifica al comma successivo che la condotta sarà punita anche se commessa per fini differenti rispetto a quelli previsti²⁶¹. Diversamente dalla norma internazionale, però, la norma colombiana non limita il novero dei possibili soggetti attivi, configurando la tortura come reato comune e non proprio. Anzi, la fattispecie così tipizzata è ancora più ampia di quella descritta dallo StCPI, poiché non pone neppure il requisito della situazione di controllo o custodia della vittima da parte del torturatore.

Al contrario, l'art. 321 del codice peruviano riflette evidentemente la Convenzione Interamericana, poiché richiede sia che il fatto sia commesso per uno dei fini ivi elencati in modo tassativo²⁶², sia che il soggetto attivo sia un funzionario pubblico o un privato che agisca con il consenso di questi. Una peculiarità emerge invece dall'art. 322, che incrimina la partecipazione alla commissione della tortura di cui alla disposizione precedente qualora sia posta in essere da un medico o esercente la professione sanitaria. Questo ampliamento della sfera di punibilità deriva presumibilmente dalla particolare frequenza o significatività con cui episodi di complicità dei medici nelle torture si sono manifestati nell'esperienza storica di quel paese.

Infine, la disposizione che tipizza la tortura come reato comune nell'ordinamento uruguayano compie una sorte di fusione delle norme internazionali in materia: essa configura infatti l'illecito come reato proprio, che possono commettere i soli agenti dello Stato o chi agisce con il loro consenso, al pari della CIT, ma richiede anche che la vittima si trovi sotto la custodia o il controllo di tali soggetti, come lo StCPI. Inoltre, aggiunge un *quid* peculiare, prevedendo come situazione alternativa che la vittima sia una persona chiamata a comparire dinanzi all'autorità – giudiziaria – come testimone, perito o in qualità simile. La norma

²⁶¹ “... con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación [...]. En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior”.

²⁶² “... con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla”.

sancisce poi espressamente che la condotta può essere commessa “de cualquier manera y por cualquier motivo”, assegnando quindi una portata assai ampia alla fattispecie. Infine, offre una descrizione più dettagliata delle concrete modalità commissive con cui può manifestarsi la tortura²⁶³.

8. *Obblighi di persecuzione e sanzione*

La commissione di crimini internazionali genera, come si è visto, una serie di importanti conseguenze e di obblighi in capo agli Stati. Continua a dividere la dottrina e la giurisprudenza la questione dell'esistenza di un obbligo di persecuzione e punizione a fronte della commissione di crimini internazionali²⁶⁴.

Tale obbligo, pur non essendo espressamente previsto da alcuno strumento internazionale di protezione dei diritti umani, discenderebbe direttamente dal dovere di garanzia imposto agli Stati per tutelare i cittadini contro gravi violazioni di tali diritti²⁶⁵ nonché, in via secondaria, dalle disposizioni di quei trattati che sanciscono il “diritto ad un ricorso effettivo”²⁶⁶. La sua affermazione è attribuibile alla giurisprudenza degli organi di tutela dei diritti umani, e sarebbe dunque fondata su un'interpretazione dei trattati internazionali da parte dei loro organi di applicazione: circostanza, questa, che impedisce di assimilarla ad un obbligo scritto, almeno secondo un approccio proprio della tradizione continentale²⁶⁷.

In relazione a quelle violazioni che assurgono al rango di crimini internazionali, alcuni Autori sostengono che, essendo esse vincolate a norme di *jus*

²⁶³ Art. 22.2 della legge: “Se entenderà por tortura: Todo acto por el cual se inflija dolores o sufrimientos graves, físicos, mentales o morales. El sometimiento a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Todo acto tendiente a anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental aunque no cause dolor ni angustia física o cualquier acto de los previstos en el artículo 291 del c.p. realizado con fines indagatorios, de castigo o intimidación”.

²⁶⁴ Per un'analisi completa della questione alla luce dei differenti strumenti di diritto internazionale, si veda A. SIEBERT-FOHR, *Prosecuting serious human rights violations*, Oxford, 2009, *passim*.

²⁶⁵ Quest'obbligo è espressamente imposto dall'art. 1 della CADU, ma anche la giurisprudenza della Corte EDU ne ha affermato l'esistenza all'interno del proprio sistema, pur in assenza di un'espressa previsione nella CEDU. Quest'affermazione non si è spinta però a delineare l'ampia serie di obblighi che è venuta progressivamente imponendo la giurisprudenza della Corte IDU: cfr. A. GIL GIL, *Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho penal internacional*, cit., pp. 301-334.

²⁶⁶ Un'approfondita analisi di tale obbligo, delle sue fonti e del suo contenuto è svolta da K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires, 2ª ed., 1999, specialmente a pp. 63-121.

²⁶⁷ Ivi, p. 75.

cogens, comportano un obbligo di persecuzione penale che vale *erga omnes*, al fine di evitare l'impunità ai responsabili di tali violazioni²⁶⁸. Alla stessa conclusione si perviene talora sulla base di argomenti di ordine etico che muovono dall'idea di un interesse della comunità internazionale a reprimere simili crimini²⁶⁹. Una corrente di pensiero, fatta propria anche dalla Corte IDU, estende poi questa visione oltre i confini dei crimini internazionali, affermando che tutte le gravi violazioni dei diritti umani devono essere penalmente sanzionate²⁷⁰. Come si può immaginare, una simile conclusione è criticata da altra parte della dottrina, affermando che esiste, al massimo, una tendenza emergente a considerare obbligatoria la persecuzione penale in relazione ai – soli – crimini internazionali. CASSESE, ad esempio, afferma che non esiste una norma consuetudinaria che imponga la persecuzione dei crimini internazionali, ma solo un obbligo generale di *cooperazione* per la loro prevenzione e repressione; tuttavia, laddove esiste un trattato che prevede un simile obbligo, una corrispondente norma consuetudinaria potrebbe essere in fase di emersione²⁷¹.

Appare inoltre fondamentale distinguere tra gli obblighi in capo allo Stato nel quale il delitto è stato commesso – o di cui è nazionale l'autore o al contrario la vittima – e quelli imposti agli Stati privi di un legame diretto con i fatti: nel primo caso, sembra prevalere l'orientamento che afferma la natura consuetudinaria dell'obbligo di persecuzione e sanzione²⁷². In assenza di un legame diretto con il crimine, invece, interviene l'applicazione del principio di giurisdizione universale, che costituisce tuttavia una mera facoltà – secondo il noto principio *aut dedere aut*

²⁶⁸ Tesi sostenuta, ad es., da M.C. BASSIUNI, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio erga omnes*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n. 4, 1996, pp. 63-74.

²⁶⁹ Si veda ad es. G. ROBERTSON, *Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global*, Madrid, 2008, pp. 269 ss.

²⁷⁰ Si veda Corte IDU, *Velásquez Rodríguez*, cit., § 155; *Godínez Cruz*. Nella sentenza *Paniagua Morales y otros contra Guatemala (de la Panel Blanca)*, fondo, 08.03.1998, la Corte definisce l'impunità come "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena" (§ 173). Cfr. anche D. ORENTLICHER, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, in *The Yale Law Journal*, vol. 100, n. 8, 1991, pp. 2537-2615, e IDEM, *Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency*, in *IJJI*, vol. 1, 2007, pp. 10-22 (l'Autrice, mentre inizialmente sembrava propensa ad ammettere un'applicazione flessibile dell'obbligo di perseguire e punire le gravi violazioni dei diritti umani se commesse in contesti di giustizia di transizione, nel secondo articolo rivede la propria posizione alla luce, dice, dell'evoluzione delle norme internazionali in materia) Cfr. anche M.C. BASSIUNI, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, cit., *passim*.

²⁷¹ A. CASSESE, *International Criminal Law*, ed. del 2003, cit., p. 302.

²⁷² V., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 197-199.

judicare – e non un obbligo in capo agli Stati²⁷³, tranne quando l'obbligo sia imposto da un trattato internazionale come le Convenzioni di Ginevra rispetto alle gravi violazioni delle prescrizioni da esse imposte²⁷⁴.

Il dovere di garanzia che ricade sugli Stati nei quali è stato commesso il crimine, invece, si articola nell'obbligo di indagare le violazioni commesse, di perseguirne e punirne i responsabili e di garantire un'equa riparazione alle vittime²⁷⁵.

Tuttavia, l'imposizione di un simile complesso di obblighi è stata frequentemente contraddetta da esperienze concrete che hanno preferito ad essa soluzioni di natura non punitiva o extra-penale. In contesti di giustizia di transizione, infatti, si prospetta l'irrisolta questione della possibile attenuazione, sospensione o esclusione dell'intervento penale, e della sua sostituzione con meccanismi alternativi che privilegiano un approccio di giustizia conciliativa o esigenze di pacificazione e superamento del passato criminale. La *vexata quaestio* che continua a riproporsi in simili contesti è se gli obblighi di persecuzione e sanzione imposti dal diritto internazionale²⁷⁶ debbano essere rispettati sempre e comunque, almeno in relazione

²⁷³ Così R. CRYER ET AL., *op. cit.*, p. 60 e G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 200-204 (secondo il quale esiste però una *mandatory universal jurisdiction* in relazione ai crimini di guerra commessi all'interno di conflitti armati internazionali). DELMAS-MARTY precisa che la giurisdizione universale obbligatoria è sancita a livello pattizio per la tortura e per le gravi violazioni del diritto umanitario, mentre in relazione agli altri crimini esiste una più generica "etica universale" (M. DELMAS-MARTY, *La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international*, in *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, n. 1, 2003, p. 4). I Progetti della CDI, invece, estendevano quest'obbligo a tutti i crimini internazionali, eccezion fatta per quello di aggressione: cfr. art. 6 co. 1 del Progetto di Codice del 1991.

²⁷⁴ Come ha avuto modo di precisare il TS spagnolo nel caso *Couso* (STS 11.12.2006), *fundamentos jurídicos* 7 e 12 in fine. Si vedano, anche per ulteriori riferimenti, A. GIL GIL, *España*, in K. AMBOS, E. MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, 2003, pp. 362-3 e A. REMIRO BROTONS, *Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial*, in *El Derecho penal Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, p. 72.

²⁷⁵ J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 235 ss. A questi obblighi specifici si affianca poi, secondo l'Autore, il cd. diritto alla verità, riconosciuto alle vittime e alla società nel suo complesso, cui corrisponde il dovere statale di compiere tutte le indagini – non necessariamente di natura penale – volte a scoprire quanto accaduto in occasione dei crimini e di fornire le informazioni così ricavate a chiunque vi abbia interesse. Pur trattandosi di un diritto/obbligo ancora in fase di emersione, si registra una sua rapida diffusione sia in ambito nazionale – dove è stato addirittura posto a fondamento di un meccanismo investigativo *ibrido*: i *juicios por la verdad* argentini – sia internazionale, nonché nella prima giurisprudenza della CPI. Si vedano a tal proposito, anche per ulteriori riferimenti: D. PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità? L'esperienza argentina*, in E. FRONZA, G. FORNASARI (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche di diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Trento, 2009, pp. 99 ss.; ed E. MACULAN, *Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in Argentina: l'esperienza dei "giudizi per la verità"*, in *Indice penale*, n. 1, 2010, pp. 331-370.

²⁷⁶ Pur con i distinguo e le perplessità sopra evidenziate.

alla commissione di crimini internazionali, oppure se, al contrario, se ne possa ammettere un'applicazione limitata o relativizzata, per bilanciarli con le altre esigenze con cui si misura la giustizia di transizione²⁷⁷.

Senza poterci addentrare in questa sede in un tema così complesso e ricco di implicazioni²⁷⁸, segnaliamo però che il continente latinoamericano è stato un pioniere nello sviluppo di meccanismi alternativi alla persecuzione penale²⁷⁹ ma che, al tempo stesso, manifesta attualmente, in buona misura a causa dell'influenza della giurisprudenza degli organi interamericani, il recupero di un approccio punitivo a tutto tondo. In particolare, la prassi, invalsa nei primi anni dei regimi democratici ripristinati, di beneficiare i responsabili dei crimini con disposizioni di amnistia o analoghi meccanismi di impunità, è stata oggetto di una serie di importanti pronunce giudiziali che ne hanno progressivamente annullato gli effetti e definitivamente negato l'ammissibilità. La giurisprudenza dei Paesi latinoamericani ha svolto anche a tale riguardo un ruolo di primo piano, sotto il lemma della "lotta contro l'impunità", nella diffusione dell'idea che la commissione sistematica di gravi violazioni dei diritti umani qualificabili come crimini internazionali richieda necessariamente una risposta di carattere penale.

9. *Il regime speciale dei crimini internazionali*

Come si è detto, i crimini internazionali si contraddistinguono per la loro particolare gravità, per la portata lesiva solitamente molto ampia, e soprattutto perché

²⁷⁷ Una proposta che potremmo definire intermedia è formulata da AMBOS, nella cui visione la sanzione penale dei crimini internazionali deve costituire la regola nel diritto internazionale, ma ammette eccezioni in casi di "stato di emergenza nazionale estrema": simili ipotesi, che vanno definite in termini restrittivi, possono dar luogo in ogni caso ad una *sospensione temporale* delle azioni penali, ma non ad un'impunità definitiva: cfr. K. AMBOS, *Derechos humanos y derecho penal internacional*, in Idem, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid, 2006, p. 31.

²⁷⁸ Rimandiamo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 206-221; J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 273 ss.

²⁷⁹ Commissioni per la Verità sono state istituite ad esempio in Argentina (CONADEP), Cile (*Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*), Guatemala (*Comisión para el esclarecimiento histórico*); in Argentina si è sviluppato inoltre un meccanismo del tutto peculiare, noto come *juicios por la verdad*, che utilizza il processo penale per svolgere indagini prive di conseguenze punitive. La *Ley de Justicia y Paz* colombiana ha poi istituito un meccanismo di premialità che, pur non rinunciando allo strumento penale, ne prevede un'applicazione decisamente attenuata rispetto ai soggetti coinvolti nel conflitto interno che accedano al disarmo e contribuiscano al chiarimento dei fatti illeciti.

costituiscono le forme più gravi di aggressione a beni giuridici considerati fondanti l'ordinamento internazionale – la pace, la sicurezza internazionale, l'esistenza di gruppi umani differenziati, i diritti fondamentali di cui gode ciascun essere umano. Le speciali esigenze preventive e punitive che suscitano tali crimini derivano quindi dal fatto che essi attaccano l'ordine pubblico internazionale²⁸⁰, e, come alcuni sostengono – non senza una sfumatura retorica – ledono l'umanità intera²⁸¹.

Questi motivi, oltre a legittimare la persecuzione penale a livello *internazionale* di tali crimini, hanno condotto alla progressiva diffusione dell'idea che sia necessaria, in tale ambito, una disciplina speciale che ne assicuri la punibilità anche al di là dei limiti che i sistemi nazionali normalmente pongono all'intervento penale.

Alla base di tale idea riposa, insieme alla *straordinarietà* dei crimini, anche la consapevolezza che, trattandosi di delitti commessi molto spesso dalle istituzioni statali o con la loro complicità, è assai poco probabile che quelle medesime istituzioni assumano l'impegno di intraprendere un esercizio effettivo ed efficace dell'azione penale rispetto a quei fatti. Al contrario, come hanno ampiamente dimostrato le esperienze latinoamericane, i regimi dittatoriali coinvolti nella repressione sistematica e criminale hanno adottato ogni misura possibile per ostacolare questo tipo di intervento, come disposizioni di amnistia ed indulto o altre misure per garantirsi l'impunità. Inoltre, i regimi democratici succeduti a quelli criminali, chiamati a gestire la pesante eredità del passato, si sono dovuti misurare con le difficoltà e le sfide della transizione, tra le quali la debolezza delle nuove istituzioni e, talvolta, la persistenza di un temibile, anche se occulto, potere in capo ai membri nell'antico regime: condizioni che hanno reso assai difficoltoso l'esercizio dell'azione penale. In questo modo, a causa del prolungarsi di queste situazioni di inerzia o degli ostacoli posti allo svolgimento di indagini e processi penali, i fatti della criminalità di Stato rischiano di cadere in prescrizione, e i loro responsabili di sfuggire definitivamente alla sanzione.

²⁸⁰ Così G. LEVASSEUR, *Les crimes contre l'humanité et le problème de leur prescription*, in *Journal du Droit International*, n. 2, 1966, p. 276.

²⁸¹ *Report on the question of the non-applicability of statutory limitations*, § 187. Il medesimo Rapporto sostiene che per tali motivi la sanzione di questi crimini appare più necessaria che quella dei reati comuni secondo il diritto interno (§ 122).

Alla luce di tutte queste considerazioni, si è venuto profilando a livello internazionale un vero e proprio *regime speciale* per i crimini internazionali, che deroga alla disciplina prevista in via ordinaria per i reati comuni, al fine di assicurarne la perseguibilità e punibilità, vista la loro speciale gravità e rilevanza internazionale e vista la profonda ingiustizia provocata dalla situazione di impunità creata dai responsabili stessi o dall'impossibilità materiale di intervenire.

All'emersione di questo regime speciale hanno contribuito significativamente gli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani e quelli di *soft law*, la giurisprudenza degli organi interamericani e, come vedremo, quella delle Corti Supreme e dei tribunali nazionali, specialmente in ambito latinoamericano. Tuttavia, la sua emersione "a macchie" e il frequente uso strumentale che ne viene fatto hanno impedito la formazione di un contenuto preciso di tale regime e reso difficile la comprensione della sua reale natura.

Quanto al primo profilo, mentre il nucleo originario di tale disciplina si limitava a prevedere l'imprescrittibilità dei crimini internazionali e l'irrilevanza delle immunità personali, si sono progressivamente aggiunte, soprattutto grazie all'apporto creativo della Corte IDU, ulteriori regole, quali l'inapplicabilità di disposizioni di amnistia ed indulto, la possibilità di derogare al principio *ne bis in idem* in presenza di certe condizioni, la soggezione alla giurisdizione universale, e sembra esistere una tendenza ad ampliare sempre più il contenuto di questo regime, i cui confini risultano pertanto, ad oggi, estremamente incerti.

Una notevole incertezza sussiste anche in relazione alla natura rivestita dalle regole così delineate: secondo una linea interpretativa assai diffusa, anche se dibattuta, esse – o quantomeno la regola originaria che sancisce l'imprescrittibilità di tali crimini – formano parte del diritto internazionale consuetudinario, e vincolano quindi tutti gli Stati²⁸².

²⁸² La *Cour de Cassation* francese già nel 1984 sosteneva l'esistenza di una simile norma consuetudinaria (*Fédération nationale des déportés et internés et al. v. Barbie*, 1984, 78 *International Law Review* 125, p. 135). BANTEKAS nega recisamente l'esistenza di una simile norma: v. I. BANTEKAS, *op. cit.*, p. 28. Favorevoli all'esistenza di tale norma anche C. VAN DER WYNGAERT, J. DUGARD, *Non-Applicability of Statutes of Limitations*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES (eds.), *op. cit.*, tomo I, p. 887, e limitatamente ai crimini di genocidio, contro l'umanità e tortura A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit. Dubbioso sembra invece G. WERLE, *op. cit.*, n.m. 696.

9.1. Fonti convenzionali e norma consuetudinaria sull'imprescrittibilità

A livello pattizio, esistono in realtà solamente due Convenzioni che dichiarano espressamente l'imprescrittibilità dei crimini internazionali: la Convenzione sull'Imprescrittibilità dei Crimini di Guerra e contro l'Umanità del 1968²⁸³ e, con portata limitata all'ambito del Consiglio d'Europa, l'omonima Convenzione europea del 1975²⁸⁴. Il primo di questi due strumenti, il cui ambito applicativo interessa anche il continente latinoamericano da noi analizzato, dopo aver indicato nel Preambolo la propria *ratio* ispiratrice²⁸⁵, di natura preventiva e retributiva, sancisce all'art. I:

“Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

²⁸³ Convention on the Non-applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, adottata dall'Assemblea Generale con Ris. 2391 (XXIII) del 26.11.1968.

²⁸⁴ *Convenzione Europea sull'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e crimini di guerra*, del 24.01.1975, entrata in vigore il 27.06.2003: si tratta però di uno strumento dotato di valore vincolante solamente all'interno degli Stati che compongono il Consiglio d'Europa, e che per di più è stato ratificato solo da 3 Stati (Belgio, Olanda, Romania).

²⁸⁵ “...la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales” (Preambolo, considerando V).

Elemento rilevante di questa disposizione è, in primo luogo, la clausola che estende l'imprescrittibilità ai crimini indicati "indipendentemente dalla data in cui siano stati commessi". Tale formula è stata spesso citata, come emergerà nel prossimo capitolo, a supporto della tesi per cui la regola sancita dalla Convenzione del 1968 è passibile anche di applicazione *retroattiva*, in deroga al principio di irretroattività della legge penale.

In secondo luogo, per l'indicazione dei crimini ai quali si applica questa regola si adotta la tecnica del rinvio, rimandando allo StTMI²⁸⁶, ad alcune Risoluzioni dell'Assemblea Generale dell'ONU e alle Convenzioni internazionali esistenti – all'epoca – in materia. Il ricorso a questa tecnica produce rilevanti conseguenze in ordine all'identificazione delle figure cui applicare la regola dell'imprescrittibilità, poiché, come si è visto *supra*, la definizione dei crimini internazionali – specialmente dei crimini contro l'umanità – ha subito delle rilevanti modifiche dalle previsioni dello StTMI ad oggi. Per fare un esempio, la sparizione forzata di persone e la tortura non erano contemplate espressamente tra le condotte costitutive di crimini contro l'umanità in quel testo, ragion per cui, a rigore, si dovrebbe ritenere che non sia loro applicabile la disciplina dettata dalla Convenzione del 1968.

Ciò nonostante, come emergerà nel corso del prossimo capitolo, la giurisprudenza nazionale tende ad applicare tale strumento convenzionale ai crimini contro l'umanità così come tipizzati attualmente, nello Statuto di Roma. Inoltre, estendono l'applicazione di tale Convenzione a Paesi che non ne sono parte e a fatti commessi prima della sua entrata in vigore, affermando che si tratta della semplice codificazione di una norma consuetudinaria, vincolante quindi per tutti gli Stati, e preesistente alla Convenzione, la cui applicazione a fatti commessi prima della sua entrata in vigore sarebbe quindi *retrospettiva* e non *retroattiva*²⁸⁷.

Pur rimandando al prossimo capitolo per un approfondimento maggiore della questione, segnaliamo fin d'ora che questa interpretazione sembra difficilmente condivisibile, anche perché la Convenzione del 1968 è stata in realtà ratificata da un

²⁸⁶ Ricordiamo che all'epoca (1968) era l'unico Statuto di un tribunale penale internazionale esistente, fatta eccezione per lo StTMEIO che però lo ricalcava in buona misura.

²⁸⁷ J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 176-180 e C. CASTRESANA FERNÁNDEZ, *De Nuremberg a Madrid*, in *Jueces para la Democracia*, n. 54, novembre 2005, p. 5.

numero piuttosto esiguo di Stati, circostanza che fa legittimamente dubitare della sua idoneità a riflettere un consenso internazionalmente condiviso e consolidato sul tema²⁸⁸.

La regola dell'imprescrittibilità dei crimini internazionali è stata poi affermata dalla giurisprudenza della Corte EDU sulla base di differenti percorsi argomentativi: sostenendo che era consacrata già nello Statuto di Norimberga – affermazione invero inesatta -, cercando supporto nella Convenzione del 1968, pur senza spingersi fino ad attribuire a tale strumento la natura di norma consuetudinaria, ed infine argomentando *a contrario* sulla base della mancata previsione di un termine di prescrizione nell'ordinamento internazionale²⁸⁹.

Nell'ambito degli organi di diritto penale internazionale, mentre lo StTMI e i Principi di Norimberga nulla prevedevano al riguardo²⁹⁰, la regola dell'imprescrittibilità è invece sancita dall'art. 29 StCPI in relazione ai crimini di competenza della Corte: pur godendo di una portata limitata al sistema della Corte, questa norma incide indirettamente anche sugli Stati membri, i quali sono indotti, mediante il principio di complementarità, a non cercare appiglio nell'esistenza di norme interne di prescrizione per sottrarsi alla persecuzione dei crimini, pena il giudizio di incapacità o mancanza di volontà da parte della Corte²⁹¹. D'altro canto, la disposizione in questione deve essere comunque combinata con la previsione (art. 11 StCPI) per cui la Corte ha giurisdizione *ratione temporis* solamente sui crimini commessi *dopo* l'entrata in vigore dello Statuto. Questa limitazione della giurisdizione temporale della Corte non depone a favore dell'interpretazione che pretende applicare retroattivamente – o retrospettivamente come si dice – la Convenzione del 1968.

²⁸⁸ Cfr. A. REMIRO BROTONS, Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial, in *El Derecho Penal Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, p. 120. In termini analoghi anche W. SCHABAS, Art. 6, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, article by article*, 2008 (2° ed.), pp. 524 ss.

²⁸⁹ Questi differenti percorsi vengono elaborati, rispettivamente, nel caso *Touvier v. Francia* (29420/95, sentenza del 13.01.1997; ma anche in *Papon v. Francia*, 54210/00, sentenza del 15.11.2001), in *Kolk and Kislyiy v. Estonia*, sentenza del 17.01.2006, e in *Kononov v. Lettonia*, sentenza del 17.05.2010. Per un'analisi critica di tali argomenti cfr. A. GIL GIL, *Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho penal internacional*, cit., pp. 328-331.

²⁹⁰ Dall'assenza di previsioni al riguardo è invero difficile ricavare per via interpretativa, come pretende di fare la Corte EDU (v. nota precedente), l'esistenza di un divieto generale di assoggettare i crimini di competenza del Tribunale a termini di prescrizione.

²⁹¹ Così A. ZAHAR, G. SLUITER, *op. cit.*, p. 515.

Dal punto di vista del diritto nazionale, poi, l'introduzione di una simile regola si misura con i principi fondamentali in materia penale. È pur vero che l'idea che, trascorso un certo periodo di tempo, lo Stato perde interesse nella persecuzione dei responsabili dei reati, oltre a sperimentare una crescente difficoltà nel recuperare elementi probatori validi²⁹², è una prerogativa dei sistemi della famiglia romano-germanica, mentre si presenta con minor frequenza nei sistemi di *common law*²⁹³. Inoltre, l'applicabilità dei principi penalistici dipende *in primis* dalla natura, penale o processuale, che l'ordinamento assegna alla prescrizione, posto che nel secondo caso essa seguirà la regola *tempus regit actum*. Tuttavia, in quegli ordinamenti in cui la prescrizione è contemplata tra gli istituti di diritto sostanziale, l'introduzione della regola dell'imprescrittibilità *ex post facto* suscita inevitabilmente dei problemi di compatibilità con il divieto di retroattività. Inoltre, a meno che non la prevedano espressamente da parte di norme legislative o costituzionali dei singoli ordinamenti, la sua applicazione genera frizioni con il principio di legalità²⁹⁴.

9.2. La Corte Interamericana e l'ampliamento del regime speciale

Nonostante i rilievi ora svolti²⁹⁵, è però innegabile che esiste un *trend* sempre più diffuso ad affermare questa regola, cui ha contribuito in misura notevole la giurisprudenza della CorteIDU²⁹⁶. Quest'ultima, a partire dalla celebre sentenza *Barrios Altos*²⁹⁷, ha costantemente affermato l'imprescrittibilità delle *gravi violazioni*

²⁹² Cfr. anche A.J. NIETO GARCÍA, *A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del derecho penal internacional: estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de la imprescriptibilidad de delitos y penas*, in *Diario La Ley*, anno XXIX, n. 7061, 21.11.2008.

²⁹³ A. ZAHAR, G. SLUITER, *op. cit.*, pp. 512-6. Gli Autori ricordano come si tratti di due supposizioni che sono state ampiamente confutate.

²⁹⁴ Alla luce di queste considerazioni, BANTEKAS conclude che la regola dell'imprescrittibilità e dell'inapplicabilità di disposizioni di amnistia con riferimento ai crimini internazionali è valida e vincolante per gli organismi ed i tribunali internazionali, ma non gode della stessa efficacia negli ordinamenti nazionali, a meno che questi non la prevedano espressamente, a livello costituzionale o legislativo (I. BANTEKAS, *op. cit.*, p. 29).

²⁹⁵ Che riprenderemo nel prossimo capitolo.

²⁹⁶ CorteIDU, *Barrios Altos v. Perú*, fondo, 14.03.2001, § 41. Ma anche il TPIY l'ha affermato: *Furundzija*, TC, 10.12.1998, § 157.

²⁹⁷ Anche se oggetto del procedimento era la validità di due leggi di amnistia, emanate dal Parlamento peruviano, la CorteIDU si pronunciò in un *obiter dictum* sulla questione della prescrizione dei reati che integrano gravi violazioni dei diritti umani, affermandone l'imprescrittibilità. Questa previsione è probabilmente motivata dalla volontà di sancire l'incompatibilità con la CADU di *qualsiasi* disposizione dettata allo scopo di impedire la persecuzione e sanzione dei responsabili di tali

dei diritti umani che integrano crimini internazionali²⁹⁸, ma ha anche progressivamente ampliato questa disciplina derogatoria in una duplice direzione.

Da una parte, ha cercato di estendere la portata della regola dell'imprescrittibilità ad illeciti che non rientrano nel novero dei crimini internazionali strettamente intesi: mentre nella sentenza *Barrios Altos* si riferisce alle “gravi violazioni dei diritti umani”, nella successiva sentenza *Bulacio v. Argentina* parla semplicemente di “violazioni”²⁹⁹, e al contrario in *Albán Cornejo v. Ecuador* richiede che le violazioni siano “gravissime”³⁰⁰ e in *Almonacid Arellano v. Chile* adotta la formula “crimini contro l'umanità”³⁰¹. Un tentativo di chiarire l'oscillante posizione della Corte e di circoscrivere la portata della regola dell'imprescrittibilità emerge nella sentenza *Albán Cornejo*, in cui si precisa:

*“la prescripción de la acción penal es inadmisibile e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. [...] En el presente caso no opera la exclusión de la prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales”*³⁰².

Dall'altra parte, ha arricchito il contenuto di questa disciplina speciale inserendovi altre regole di natura derogatoria rispetto al sistema penale ordinario: ha sancito l'impossibilità di beneficiare i responsabili di crimini internazionali con

violazioni: così afferma P. PARENTI, *La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, in K. AMBOS ET AL., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, cit., p. 214. L'Autore segnala come quest'affermazione dalla portata ambigua venne ripresa e chiarita dalla successiva sentenza *Trujillo Oroza v. Bolivia*, 27.02.2000 (§ 106).

²⁹⁸ Ricordiamo che la CorteIDU è un organo deputato alla tutela dei diritti umani e alla sanzione delle loro violazioni. Il concetto di “crimini internazionali”, proprio del diritto *penale* internazionale, le è a rigore estraneo.

²⁹⁹ CorteIDU, *Bulacio v. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, 18.09.2003, § 116. D'altro canto, il fatto da cui traeva origine il procedimento non poteva essere considerato un crimine internazionale né una grave violazione di diritti umani: si trattava della morte di un giovane arrestato dalla polizia in occasione di un concerto rock e violentemente picchiato mentre si trovava in stato di detenzione. Per questo motivo si è criticata l'espansione della regola dell'imprescrittibilità operata dalla Corte ad un fatto che non ne giustifica l'applicazione in deroga ai principi ordinari: cfr. P. PARENTI, *La inaplicabilidad*, cit., pp. 215-20.

³⁰⁰ CorteIDU, *Albán Cornejo y otros v. Ecuador*, 22.11.2007, § 111.

³⁰¹ CorteIDU, *Almonacid Arellano v. Chile*, cit., § 96 ss. In questa sentenza la CorteIDU fonda la regola dell'imprescrittibilità – e, come si dirà, dell'inapplicabilità di amnistie – prevalentemente sul diritto consuetudinario, affermandone la natura di *jus cogens* (ivi, § 226).

³⁰² CorteIDU, *Albán Cornejo y otros*, cit., § 111. Il procedimento riguardava la morte di una paziente a causa di negligenza medica, per la quale i medici erano stati assolti per intervenuta prescrizione. Cfr. nuovamente P. PARENTI, *op. cit.*, pp. 223-6.

amnistie³⁰³, la possibilità di derogare al principio di irretroattività della norma incriminatrice³⁰⁴, la sospensione del *ne bis in idem* quando sopravvengano nuovi elementi di prova in seguito alla sentenza definitiva³⁰⁵ oppure in caso di giudicato fraudolento³⁰⁶, la limitazione del principio di ragionevole durata del processo³⁰⁷. La regola dell'inapplicabilità delle amnistie ha a sua volta subito un progressivo ampliamento: mentre in origine sembrava riferirsi alle sole auto-amnistie, emanate dagli stessi responsabili dei crimini al fine di assicurarsi l'impunità³⁰⁸, e alle *blanket amnesties* – o amnistie incondizionate –, quando beneficiassero i responsabili di gravi violazioni dei diritti umani integranti crimini internazionali³⁰⁹, è stata poi estesa anche a un legge di amnistia che escludeva dal proprio ambito di applicazione i crimini contro l'umanità³¹⁰, e da ultimo ad una legge di amnistia approvata dal nuovo regime nel rispetto del procedimento democratico e confermata in ben due occasioni mediante referendum popolare³¹¹.

La base comune di tutte queste regole sembra riposare sull'idea di lotta contro l'impunità, che la CorteIDU sembra aver adottato come lemma, e che imporrebbe di eliminare tutti quegli strumenti normativi che possono costituire un ostacolo a questa lotta³¹².

In realtà la Convenzione del 1968 – che come si è detto è l'unica fonte pattizia in materia di disciplina speciale dei crimini internazionali – nulla dice in

³⁰³ Il *leading case* in merito è CorteIDU, *Barrios Altos*, in cui si sentenzia che le leggi di amnistia approvate durante la Presidenza di Fujimori costituiscono una violazione della CADU (precisamente degli artt. 1.1, 2, 8.1 e 25 della CADU) e che, in via generale, non sono ammissibili disposizioni di amnistia per gravi violazioni dei diritti umani (§§ 41-44). In *Almonacid Arellano*, cit., la Corte afferma la medesima regola in relazione però ai "crimini internazionali" (§§ 105-129 e 151).

³⁰⁴ *Ibidem*, § 151; *La Cantuta v. Perù*, fondo, reparaciones y costas, 29.11.2006, § 149.

³⁰⁵ CorteIDU, *Almonacid Arellano*, cit., § 154. Anche nella più recente sentenza *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia*, reparaciones y costas, 01.09.2010, la Corte ordina la riapertura di processi chiusi con sentenza passata in giudicato (§§ 233-8).

³⁰⁶ Sulla giurisprudenza CorteIDU in materia, cfr. IBBCRIM, *Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta*. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, in K. AMBOS ET AL. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Tomo II, cit., pp. 393-423.

³⁰⁷ CorteIDU, *La Cantuta*, cit., § 149.

³⁰⁸ CorteIDU, *Barrios Altos*, cit., § 41.

³⁰⁹ CorteIDU, *Almonacid Arellano*, cit., §§ 105-113.

³¹⁰ La legge di amnistia adottata nel 1989 in Suriname: cfr. CorteIDU, *Comunidad Moiwana v. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 15.06.2005, § 86.

³¹¹ CorteIDU, *Caso Gelman v. Uruguay*, fondo y reparaciones, 24.02.2011.

³¹² Cfr. CorteIDU, *Paniagua Morales y otros*, cit., § 173; *Trujillo Oroza*, cit., § 97; *Heliodoro Portugal*, cit., § 183.

merito a tutte queste regole speciali, limitandosi ad intervenire sull'ordinario regime di prescrizione.

Di conseguenza, la CorteIDU ha posto in essere una vera e propria attività creativa in merito alla disciplina che presuntamente spetta alle gravi violazioni dei diritti umani o crimini internazionali – con la confusione, sopra evidenziata, tra queste due categorie, i cui contorni appaiono decisamente sfumanti nell'interpretazione di tale organo -, che MALARINO taccia con toni assai critici di “attivismo giudiziario”³¹³, irrispettoso delle funzioni e dei limiti che la CADU assegna alla Corte stessa.

Quest'attività creatrice di diritto, che talora si manifesta addirittura *contra legem* – o meglio *contra conventionem* – nel senso che si pone in aperta contraddizione con il dettato letterale della CADU³¹⁴, e che per questo motivo è oggetto di critiche³¹⁵, ha svolto tuttavia un ruolo centrale nella configurazione del c.d. regime speciale dei crimini internazionali, arrivando a creare un vero e proprio *regime penale d'eccezione* in relazione a tali fattispecie³¹⁶.

Non a caso, le pronunce della CorteIDU vengono costantemente citate dalla giurisprudenza dei tribunali latinoamericani a supporto degli argomenti che pretendono di applicare tale disciplina ai fatti oggetto di giudizio. In realtà, la ricezione negli ordinamenti interni dei criteri e delle regole fissati dalla giurisprudenza interamericana, per sua natura più flessibile, dovrebbero essere

³¹³ E. MALARINO, Attivismo giudiziario, punitivismo e sovranazionalizzazione: tendenze antidemocratiche e illiberali della Corte Interamericana dei Diritti Umani, in G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina, Trento, 2011, pp. 33-77. L'Autore critica duramente questa tendenza, sia perché la Corte talvolta cerca di occultarla dietro un presunto obbligo derivante da concetti di matrice giusnaturalista come “la coscienza giuridica universale”, sia perché essa si traduce spesso in soluzioni contrarie al dettato della CADU ed eccede le competenze che quest'ultima espressamente attribuisce alla Corte (pp. 38-55).

³¹⁴ Un esempio evidente è l'affermazione della Corte per cui “si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in idem” (*Almonacid Arellano*, cit., § 154), palesemente in contraddizione al dettato dell'art. 8 co. 4 CADU secondo cui “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

³¹⁵ Cfr. E. MALARINO, op. cit., passim; D. PASTOR (a cura di), El sistema penal en las recientes sentencias de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos, Buenos Aires, 2009, passim.

³¹⁶ Sul punto v. *infra*, cap. IV.

coordinati con i principi del sistema penale nazionale, che difficilmente ammettono la stessa flessibilità³¹⁷.

Sulla base di questa, peraltro discutibile e senza dubbio mutevole, giurisprudenza interamericana, la giurisprudenza nazionale svolge un passaggio ulteriore ed ulteriormente creativo: al fine di applicare il regime speciale così delineato, elabora argomenti, talora anche azzardati, per sussumere i fatti per i quali giudica in una delle categorie di crimini internazionali, anche se una simile operazione comporta un'interpretazione espansiva di tali fattispecie.

La tesi che emerge da questa panoramica, e che si cercherà di dimostrare con l'analisi delle sentenze selezionate nel prossimo capitolo, è che la dimensione *tipica* delle fattispecie penali internazionali venga adoperata, dalla giurisprudenza delle Corti Supreme – e dei tribunali ordinari – latinoamericani, in chiave manifestamente *strumentale* all'applicazione del regime speciale riservato a tali crimini e sopra delineato, essendo questo l'unico modo per pervenire alla sottoposizione a processo ed eventuale pena dei responsabili dei gravi crimini commessi durante i passati regimi dittatoriali.

³¹⁷ Afferma APONTE CARDONA che non si può obbligare il giudice a rendere più flessibili i principi penalistici mediante una pedissequa applicazione dei criteri adoperati dalla giurisprudenza dei diritti umani: A. APONTE CARDONA, *op. cit.*, p. 94.

CAPITOLO TERZO
TENDENZE INTERPRETATIVE DELLE CORTI SUPREME
LATINOAMERICANE:

*LA SUSSUNZIONE NELLE FATTISPECIE PENALI INTERNAZIONALI
COME GRIMALDELLO INTERPRETATIVO*

1. Premessa e griglia di analisi

Il quadro teorico che abbiamo tracciato fino a questo punto ci servirà come griglia di partenza alla luce della quale analizzare la giurisprudenza delle Corti Supreme latinoamericane. Tali Corti sono state infatti particolarmente prolifiche, negli ultimi anni, di decisioni aventi ad oggetto fatti costitutivi di crimini internazionali, ed hanno fornito un apporto significativo alla definizione e alla determinazione della disciplina essenziale di queste categorie delittuose.

L'analisi che segue presuppone un'inevitabile selezione delle sentenze, condotta essenzialmente sulla base del loro particolare apporto all'interpretazione della struttura tipica dei crimini internazionali, e precisamente dei crimini di genocidio, sparizione forzata, tortura e crimini contro l'umanità complessivamente intesi. Occorre chiarire, in via preliminare, che non ci si limiterà ad alcuni Paesi del continente latinoamericano, né al contrario si pretende di comprenderli tutti, poiché esula dal presente lavoro lo scopo di fornire una descrizione sistematica ed esaustiva della giurisprudenza in virtù di un criterio geografico. Ci si concentrerà invece sulle varie sentenze delle Corti Supreme che, nell'occuparsi di crimini internazionali, offrono un contributo particolarmente significativo alla loro interpretazione e definizione.

Nel riferirci alla giurisprudenza delle "Corti Supreme", poi, adottiamo questa formula in un'accezione volutamente vaga ed ampia, al fine di ricomprendervi sia quegli organi che agiscono come giudici penali di ultima istanza, sia quelli che assolvono alla funzione di controllo costituzionale delle leggi¹. Le competenze, le

¹ Il controllo di legittimità costituzionale può essere affidato alla stessa Corte Suprema di Giustizia (come accade in Argentina, Brasile, Honduras Messico, Panama, Uruguay e Venezuela), oppure ad

funzioni ed i metodi di queste due tipologie di organi giudiziari sono evidentemente differenti, e ciò si ripercuote inevitabilmente sull'oggetto processuale e sugli effetti diretti delle rispettive sentenze. Tuttavia, entrambi questi organi hanno dimostrato di contribuire, ciascuno secondo i propri strumenti, obiettivi ed effetti, alla configurazione delle fattispecie penali internazionali.

A ciò si aggiunga che in alcuni Paesi latinoamericani si applica un controllo di costituzionalità diffuso – *desconcentrado* –, in base al quale ogni giudice, anche di prima istanza, può dichiarare incostituzionale una norma e di conseguenza disapplicarla nel concreto caso oggetto di giudizio². Ebbene, anche in questi ordinamenti le decisioni della Corte Suprema – qui intesa come organo di ultima istanza con competenza penale –, nel momento in cui dichiarano l'incostituzionalità di una norma, godono di una maggiore autoritatività per le giurisdizioni inferiori e quindi di una rilevanza particolare.

La decisione di concentrare l'attenzione sulle sentenze delle Corti Supreme, motivata appunto dalla consapevolezza della loro speciale autoritatività e rilevanza, non precluderà comunque la possibilità di soffermarsi occasionalmente su alcune pronunce di tribunali ordinari di prima e seconda istanza, laddove offrano un particolare apporto all'interpretazione dei tipi penali internazionali, in attesa che la Corte Suprema si pronunci sul punto. Parimenti, faremo menzione di altri tipi di risoluzioni – come ordinanze o decreti – dettate dai tribunali supremi che, pur non configurando vere e proprie sentenze, propongono soluzioni argomentative interessanti ai fini della presente analisi.

un'apposita Sala Costituzionale istituita all'interno della Corte Suprema (ad esempio in Paraguay, Costa Rica ed El Salvador), oppure ancora da un Tribunale o Corte Costituzionale autonomo e separato dalla Corte Suprema, che può essere collocato all'interno del potere giudiziario (così in Colombia, Guatemala, Bolivia ed Ecuador) o al di fuori di esso (così in Perù). In Cile coesistono poi un controllo di costituzionalità affidato alla Corte Suprema de Justicia mediante un ricorso in via incidentale ed un altro esercitato invece dal Tribunal Constitucional che può essere adito mediante azione diretta. Si veda a tal proposito A.R. BREWER CARÍAS, *La jurisdicción constitucional en América Latina*, in D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO (eds.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, pp. 117-161.

² Un meccanismo di controllo di costituzionalità diffuso allo stato puro – sul modello statunitense – è stato adottato in Argentina, a partire dalla sentenza della Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (d'ora in poi CSJN) nel caso *Sojo* nel 1887, ma molti altri Paesi del continente presentano un modello misto o integrato, che combina un controllo diffuso e differenti forme di azione diretta di costituzionalità dinnanzi alla Corte Suprema o al Tribunal Constitucional: così accade in Bolivia, Brasile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Perù e Venezuela. Sistemi concentrati "puri", invece, si trovano in Costa Rica, El Salvador, Honduras, Paraguay e Uruguay. Cfr. A.R. BREWER CARÍAS, *op. cit.*, *passim*.

Infine, non ci si soffermerà su una serie di sentenze che, pur rivestendo un indubbio ruolo nella configurazione e nello sviluppo del diritto penale internazionale, non implicano direttamente un'interpretazione della *tipicità* del delitto attribuito all'imputato, concentrandosi invece su altri temi, quali la validità delle leggi di amnistia e degli indulti³, la giurisdizione universale⁴, i rapporti tra processi penali e Commissioni per la Verità⁵.

La panoramica che segue servirà come cartina di tornasole per dimostrare la fondamentale rilevanza della giurisprudenza, e specificamente della giurisprudenza delle Corti Supreme latinoamericane, nell'interpretazione ed applicazione dei crimini internazionali e, di conseguenza, nello sviluppo della loro configurazione a livello sia nazionale che internazionale.

Il denominatore comune di tutte le sentenze che prenderemo in esame è, come si diceva, lo spazio che dedicano all'interpretazione della fattispecie penale internazionale che ritengono applicabile ai fatti che hanno ad oggetto. Pur senza disconoscere le specificità di ogni singolo caso e della corrispondente soluzione giudiziale, è possibile raggruppare tutte queste pronunce in due macro-tendenze giurisprudenziali, che utilizzeremo come paradigmi classificatori ai fini della nostra analisi.

La tendenza maggioritaria interpreta i crimini internazionali in chiave *espansiva*, ampliandone la portata applicativa in prospettiva diacronica – allo scopo di qualificare come tali fatti commessi prima dell'entrata in vigore della norma incriminatrice in questione –, oppure in relazione alla dimensione più propriamente tipica, grazie ad una lettura degli elementi della fattispecie che consenta di ricomprendervi condotte di per sé non contemplate dalla norma. Tuttavia, si manifesta anche una macro-tendenza di segno esattamente opposto, che chiameremo

³ Oltre alla celebre sentenza della CSJN argentina nel caso *Simón*, che invece commenteremo ampiamente (v. *infra*), si veda ad esempio Tribunal Constitucional peruviano, *Demanda de amparo promovida por Santiago Enrique Martín Rivas*, exp.te n. 679-2005-PA/TC, 2.03.2007, che affermò espressamente che le leggi di amnistia non possono beneficiare i responsabili di crimini contro l'umanità.

⁴ Cfr. ad esempio Corte de Constitucionalidad guatemalteca, *apelación de amparo promovido por Ángel Aníbal Guevara Rodríguez y otros*, exp.te 3380-2007, 12.12.2007.

⁵ Sul tema si è pronunciato per esempio il Tribunal Constitucional peruviano (exp.te 2488-2002-HC/TC), affermando che le finalità perseguite dalla Commissione non si sovrappongono a quelle dei giudizi penali.

*riduttiva*⁶, volta a *delimitare* il campo applicativo dei tipi penali internazionali, per mezzo della valorizzazione delle loro specificità rispetto ai delitti comuni. Questa seconda tendenza, come vedremo, si traduce talvolta nel ricondurre l'interpretazione della norma entro i binari tracciati dal dettato letterale della norma internazionale, a fronte di un'indebita espansione maturata a livello interno; talaltra invece si manifesta nella definizione più precisa della struttura tipica, a completamento e chiarimento della definizione internazionale.

I due percorsi giurisprudenziali ora descritti adombrano due differenti attitudini del potere giudiziario nei confronti del legislatore nazionale: da un lato, la tendenza espansiva mira solitamente a rimediare all'inerzia legislativa, o all'eccessiva "timidezza" dimostrata nel momento della tipizzazione interna dei crimini internazionali, e può spingersi fino a contraddire apertamente le scelte legislative. All'opposto, la tendenza riduttiva risponde alla necessità di circoscrivere, o quantomeno di chiarire, scelte legislative che, nel tipizzare i crimini internazionali, si discostano dalla definizione adottata dalle norme internazionali. Non mancano tuttavia i casi in cui legislatore e giudici agiscono invece in *sinergia*, cooperando nel legittimare scelte incriminatrici che pongono un *quid pluris* rispetto alla definizione internazionalmente riconosciuta della fattispecie.

Al tempo stesso, le due macro-tendenze manifestate dalle Corti Supreme non sempre corrispondono all'orientamento seguito dai tribunali di rango inferiore, posto che non di rado intervengono proprio per riportare entro binari conformi alle norme internazionali e ai principi costituzionali determinate interpretazioni proposte nelle sentenze dei precedenti gradi di giudizio. Tuttavia, i tribunali superiori a volte si muovono in direzione contraria, supportando un'interpretazione estensiva della portata delle fattispecie penali internazionali, ponendosi in continuità con la soluzione adottata dai tribunali inferiori – oppure al contrario annullando sentenze che invece si erano mantenute rigorosamente ancorate ai limiti normativi e costituzionali.

Le due macro-tendenze qui proposte corrispondono inoltre, come accennato nel capitolo precedente, a due tipologie di effetti nei confronti dei destinatari del

⁶ Rifacendoci, come si diceva, alla terminologia adottata da C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, pp. 40 ss. (anche se l'autore riferisce tali effetti all'impatto del diritto comunitario sul diritto penale).

precetto e dell'intervento penale: mentre l'espansione provoca ripercussioni *in malam partem*, la tendenza riduttiva non produce questo tipo di effetti. Questa fondamentale differenza di fondo giustifica il maggiore spazio che dedicheremo all'analisi in termini critici dei percorsi argomentativi ascrivibili alla prima tendenza.

Infine, tutte le sentenze esaminate toccano una pluralità di questioni di fondo assai complesse, quali l'individuazione delle fonti normative applicabili, il rapporto tra diritto internazionale e norme interne, l'applicabilità della consuetudine internazionale come fonte diretta di incriminazione, l'irretroattività delle norme penali sfavorevoli, l'influenza della giurisprudenza interamericana, l'esistenza – ancora dibattuta – di un obbligo di persecuzione e castigo in relazione ai crimini internazionali, i problemi giuridici suscitati da una “lotta contro l'impunità” esente da limiti, il dilemma tra punizione dei responsabili e le esigenze, spesso contrastanti, di una società in transizione.

Il gran numero di voti in dissidenza che solitamente accompagnano le sentenze dimostra appunto come i temi toccati siano estremamente complessi, e non suscettibili di soluzione univoca, ma aperti ad una pluralità di interpretazioni diverse e perfino opposte sulla base di argomenti giuridici parimenti validi⁷. Inoltre, la presenza frequente di più voti conformi dimostra come ad un medesimo esito interpretativo si possa giungere attraverso cammini differenti e come quindi l'attività argomentativa del giudice sia una parte costitutiva della costruzione delle norme penali⁸.

2. *Interpretazione delle fattispecie penali in chiave espansiva*

La prima macro-tendenza che abbiamo individuato interviene sulla portata delle fattispecie penali internazionali ampliandola in una duplice direzione. In una prima manifestazione, mira a sussumere nella categoria dei crimini contro l'umanità⁹

⁷ Afferma Hassemer che “i giuristi disputano, e certo non solo sui modi di risoluzione, ma anche sui risultati. Inoltre coltivano la disputa” (W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Napoli, 2007, pp. 52-3).

⁸ Cfr. cap. I.

⁹ Non constano esempi di ampliamento sul piano temporale dei crimini di guerra o di genocidio, posto che queste due categorie penali erano già state introdotte, nella gran parte degli ordinamenti, in un momento antecedente all'esplosione della violenza di Stato. I dibattiti intorno alla possibilità di

condotte commesse anteriormente alla tipizzazione di tale categoria nell'ordinamento nazionale. Da questa qualificazione dipende, come abbiamo visto, l'applicabilità del regime speciale dei crimini internazionali, che prevede, tra l'altro, l'imprescrittibilità e l'impossibilità di beneficiarne gli autori con amnistie o indulti. La rilevanza di tali conseguenze spiega l'importanza della sussunzione¹⁰ dei fatti concreti nelle fattispecie penali internazionali, come chiave per consentire la persecuzione e punizione per condotte che, d'accordo con le norme penali ordinarie, sarebbero prescritte o coperte dall'amnistia.

Al fine di pervenire a questo risultato i tribunali devono ovviare al problema che, nella quasi totalità dei casi oggetto di giudizio, la tipizzazione dei crimini internazionali nell'ordinamento interno è intervenuta in un momento successivo alla commissione del fatto.

Gli organi giudiziari reagiscono dunque, in questi casi, all'inattività – o all'intervento tardivo – del legislatore nell'adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi internazionali imposti sia dalle Convenzioni internazionali per la tutela dei diritti umani sia dallo Statuto di Roma¹¹.

Questa soluzione giurisprudenziale si traduce dunque in un ampliamento delle fattispecie penali internazionali sul piano temporale, o per meglio dire diacronico, volto a retrodatare l'applicazione di queste figure delittuose ad un momento anteriore alla loro formale previsione nella legislazione statale.

Per giungere a questo risultato, la giurisprudenza intraprende differenti percorsi argomentativi: valorizza le norme internazionali – convenzionali e consuetudinarie, oltre alla giurisprudenza internazionale ed in particolare

sumumere i fatti in queste categorie delittuose, e la tendenza in certi casi espansiva dei tribunali latinoamericani riguardo alla loro portata, hanno a che vedere più che altro con l'interpretazione dei loro elementi tipici e specialmente del corrispondente elemento di contesto – rispettivamente, l'esistenza di un conflitto armato non internazionale ed il novero dei gruppi umani tutelati dalla norma.

¹⁰ Chiariamo sin d'ora che nel presente capitolo si impiega il termine "sussunzione" come sinonimo dell'operazione di riconduzione dei fatti oggetto di giudizio ad una determinata fattispecie, o, per riprendere la definizione hassemeriana, come "avvicinamento tra fattispecie e fatto" (W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., pp. 74 e 167), secondo il modello della *spirale ermeneutica* indicato nel cap. I, e non come operazione meccanica di natura logico-induttiva.

¹¹ Così P. HERNÁNDEZ BALMACEDA, *Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el derecho interno*, in K. AMBOS, E. MALARINO, J. WOISCHNIK (eds.), *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Berlino-Montevideo, 2005, p. 135: l'Autore ammette che quest'adeguamento possa realizzarsi non solo mediante la legislazione ordinaria ma anche per mezzo della giurisprudenza nazionale.

interamericana – come fonti dirette di incriminazione, oppure ricorre ad un’originale *doppia sussunzione* dei fatti nelle fattispecie penali internazionali ed interne al tempo stesso. Con riferimento alle sparizioni forzate di persone, la giurisprudenza latinoamericana ha poi elaborato un percorso che fa leva sulle peculiarità di questa figura delittuosa, facendo derivare dalla sua natura di reato permanente l’impossibilità di computare il decorso del tempo agli effetti della prescrizione finché non si scopra la sorte subita dalla vittima scomparsa. Tutte queste soluzioni interpretative comportano un’importante modificazione nel sistema di fonti del diritto, che si apre, in misure diverse e con diverse modalità, alle norme internazionali.

Infine, un ulteriore meccanismo interpretativo che alcune sentenze applicano per superare l’ostacolo della prescrizione si fonda sulla natura di stato d’eccezione dei regimi dittatoriali durante i quali furono commessi i crimini di massa, sostenendo che per tutta la durata di tale situazione il decorso della prescrizione deve considerarsi sospeso. Seppure questa soluzione non implichi una vera e propria interpretazione della tipicità dei crimini internazionali, ne faremo menzione poiché costituisce probabilmente la proposta migliore per assicurare la persecuzione e sanzione dei responsabili dei crimini di stato e nel contempo il rispetto dei principi fondamentali in materia penale.

Una seconda modalità della tendenza espansiva che stiamo descrivendo si manifesta poi sul piano propriamente tipico, e a sua volta può assumere due forme differenti: può tradursi nella sussunzione dei fatti, ad opera dei tribunali con competenza penale, in una fattispecie penale internazionale sulla base di un’interpretazione ampia del suo elemento contestuale o delle sue condotte tipiche. Oppure, può manifestarsi nell’invalidazione di elementi costitutivi che il legislatore nazionale ha introdotto in sede di tipizzazione dei crimini internazionali al fine di limitare la portata di tali fattispecie o di stabilire una soglia minima di rilevanza delle condotte. In quest’ultima ipotesi, la ri-espansione per via giudiziale della fattispecie penale internazionale passa attraverso il controllo di costituzionalità della norma in questione.

L’ipotesi che intendiamo dimostrare è che in entrambi i casi la qualificazione dei fatti come crimini internazionali serve ai tribunali come “grimaldello” per

pervenire all'applicazione del regime speciale che il diritto internazionale attribuisce a questa categoria delittuosa¹².

2.1. L'ampliamento della portata dei tipi penali internazionali sul piano temporale e la revisione del sistema di fonti

I tribunali latinoamericani, nell'intraprendere un processo penale per crimini commessi durante i regimi dittatoriali, si trovano di fronte ad un dilemma di difficile soluzione, che si manifesta in tutta la sua complessità nel momento cruciale della tipizzazione dei fatti.

Da un lato, i fatti oggetto di giudizio in prima approssimazione potrebbero costituire crimini contro l'umanità, alla luce della loro estrema gravità, della peculiare natura sistematica e generalizzata che li caratterizza e della loro pianificazione e perpetrazione – nella maggior parte dei casi – ad opera delle autorità statali ai danni della popolazione civile. Tuttavia, questa qualificazione, se è corretta in una prospettiva di giustizia sostanziale, per essere tradotta in una soluzione conforme ai criteri di imputazione penale, deve trovare un supporto normativo adeguato nell'ordinamento di riferimento, vale a dire, una norma incriminatrice scritta, pre-esistente alla commissione del fatto, determinata e tassativa, e che preveda una pena sufficientemente precisa. Ed è proprio a questo punto che si rompe il meccanismo ordinario di sussunzione, che si scontra con l'assenza, nell'ordinamento nazionale, di una norma incriminatrice dei delitti internazionali che risponda a tutti questi requisiti.

L'organo giudicante si trova a questo punto di fronte ad un bivio: può seguire gli ordinari criteri di sussunzione, e tipizzare i fatti come delitti ordinari previsti dal codice penale nazionale – omicidio, sequestro, lesioni – oppure può – ed è questa la via che la maggior parte dei tribunali latinoamericani ha deciso di seguire – cercare un supporto normativo alternativo su cui fondare la tipizzazione come crimini

¹² Come spiega Pastor, con la sua consueta acutezza: “Si se enfoca la cuestión de la lesa humanidad más por las consecuencias de afirmarla que por la caracterización de unos hechos como tales, se comprobará rápidamente que se trata de un Derecho penal excepcional” (D. PASTOR, *La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo*, in J.R. SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, E.D. CRESPO (eds.), *Terrorismo y Estado de derecho*, Madrid, 2010, p. 649.

internazionali. In altri termini, il giudice “è costretto di fronte ad una gravosa antinomia: o applicare la norma che *copre* quella fattispecie concreta con un esito sentito come ingiusto o, per evitare il realizzarsi di un tale esito, utilizzare una soluzione normativa in realtà incompatibile con la situazione di fatto in esame”¹³.

Entrambe queste vie hanno un costo piuttosto elevato: la scelta di applicare le fattispecie comuni del sistema penale interno non solo significa accettare figure delittuose che non riflettono appieno la gravità, le dimensioni e la struttura delle manifestazioni criminali oggetto di giudizio¹⁴, e che talora nemmeno consentono di punire *tutte* le condotte realizzate, ma rischia anche di tradursi, nella maggior parte dei casi, in una dichiarazione di estinzione della responsabilità penale per intervenuta prescrizione. Celebrare processi penali per fatti accaduti molto tempo addietro, solitamente negli anni '70-'80, facilmente si scontra con l'ostacolo dell'avvenuta prescrizione del reato, almeno secondo i termini ordinari di prescrizione previsti dai singoli ordinamenti nazionali¹⁵.

Afferma onestamente il giudice Vásquez in un suo voto in dissidenza:

*“Esta Corte no puede dejar de advertir la tensión que existe entre la obligación que, en la actual evolución del derecho, tienen los Estados de perseguir las violaciones a los derechos humanos y el hecho de que ellos puedan declararse prescritos. Sin embargo, resulta peligroso para la seguridad jurídica y la convivencia internacional que se entienda que el jus cogens puede tipificar delitos”*¹⁶.

D'altra parte, la sussunzione nelle fattispecie penali internazionali è resa difficoltosa dall'assenza di norme che li prevedessero espressamente nell'ordinamento interno nel momento della commissione dei fatti e, talora, finanche nel momento stesso in cui si celebra il processo. Tuttavia, solo la qualificazione dei fatti come crimini internazionali consente di applicare il regime speciale che regge la

¹³ G. FORNASARI, *Brevi note sul metodo interpretativo del giudice penale e sulla funzione dogmatica della giurisprudenza*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 253.

¹⁴ Mette in luce questo profilo anche J.L. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Uruguay*, in K. AMBOS, E. MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Berlin-Montevideo, 2003, pp. 495-534 (in particolare a p. 498).

¹⁵ OLLÉ SESÉ parla di una “tensione permanente” tra il diritto internazionale dei diritti umani e le legislazioni interne, “la cui conseguenza è spesso la impossibilità di perseguire i crimini internazionali” (M. OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para crímenes internacionales*, Madrid, 2008, p. 162).

¹⁶ CSJN argentina, *Arancibia Clavel, Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros* - causa n° 259, sentenza del 24.08.2004, voto in disidencia del juez Vásquez, punto 32.

disciplina di tale categoria delittuosa. Sancire l'imprescrittibilità di tali crimini è probabilmente l'unico strumento che ne legittima la persecuzione a distanza di tanto tempo¹⁷. A ciò si aggiunga che la qualificazione come crimini internazionali consente altresì di superare l'ostacolo posto dalle disposizioni di amnistia, secondo il regime speciale previsto a livello internazionale per questa categoria delittuosa¹⁸. Il fatto che la tipizzazione come crimini internazionali sia il veicolo – l'unico o il privilegiato – per vincere la prescrizione e le disposizioni di amnistia ha indotto i tribunali latinoamericani a prediligere questo cammino interpretativo, nonostante ciò implichi un'inevitabile frizione con i principi penalistici ed in particolare con il principio di legalità. A fronte dell'assenza delle corrispondenti norme incriminatrici nell'ordinamento interno, come vedremo ora, i giudici hanno dovuto cercare appoggio nelle norme internazionali.

In quest'operazione interpretativa intrapresa dai giudici per superare il dilemma sopra descritto possiamo dunque intravedere un sovvertimento di quello che è il consueto meccanismo di sussunzione: mentre normalmente si cerca nel sistema penale la norma cui meglio corrisponde la concreta manifestazione criminale e poi si considera la disciplina di conseguenza applicabile, in questi casi prima si individua la disciplina necessaria a garantire la perseguibilità e – sufficiente – punibilità delle condotte, per poi cercare una figura alla quale tali condotte possano corrispondere.

La sussunzione passa ad essere dunque, da presupposto essenziale al giudizio penale e primo gradino nella costruzione della sentenza, uno strumento adottato dai giudici sulla base di una pre-comprensione, che interviene *dopo* la valutazione della disciplina applicabile, e che è preordinato al superamento di determinati ostacoli alla persecuzione e punizione dei fatti oggetto di giudizio.

¹⁷ In realtà, come vedremo, una soluzione alternativa e probabilmente preferibile è considerare sospeso il decorso della prescrizione durante il regime *de facto*, alla luce della sua eccezionalità. V. *infra*, par. 2.1.6.

¹⁸ Cfr. cap. II.

2.1.1. La giurisprudenza “progressista”: la primazia del diritto internazionale e la sua applicazione diretta

Un primo percorso interpretativo per superare l'intervenuta prescrizione e le amnistie, e per legittimare di conseguenza la persecuzione dei crimini commessi durante i passati regimi dittatoriali, consiste nell'applicare direttamente le norme del diritto internazionale, sia convenzionale che consuetudinario, e cercando un sostegno aggiuntivo nella giurisprudenza degli organi internazionali ed in particolar modo interamericani. L'inserimento, all'interno dell'ordinamento statale, di fonti internazionali, non costituisce una novità di per sé: l'elemento innovativo e peculiare consiste nell'attribuire loro una funzione incriminatrice diretta capace di fondare la persecuzione dei delitti indipendentemente dall'esistenza di una norma penale interna.

All'interno di questo meccanismo, le Convenzioni valgono per fornire una definizione del crimine internazionale, ma accanto ad esse si cerca un appoggio addizionale nella consuetudine internazionale, che consente di anticipare la vigenza della norma sancita dal trattato e di attribuirle carattere imperativo. La natura di *jus cogens* estende infatti l'effetto obbligatorio della norma a tutti gli Stati, indipendentemente dal fatto che abbiano ratificato il trattato nel quale la norma è cristallizzata¹⁹. In questo modo, di fronte all'assenza nell'ordinamento interno di una fattispecie specifica, le norme internazionali si convertono in fonte diretta di incriminazione²⁰.

¹⁹ Diversa invece pare l'applicazione degli strumenti internazionali che ritroviamo nella sentenza della Sala Constitucional costarricense n. 3724/1993, exp. 91-001102-0007-CO del 04.08.1993, la quale, pronunciandosi su un ricorso per *habeas corpus* relativo ad un episodio di maltrattamenti e tortura, applica congiuntamente l'art. 40 Cost., che proibisce i trattamenti crudeli degradanti, ed una serie di Convenzioni e Dichiarazioni internazionali e Risoluzioni delle Nazioni Unite in materia, che formano parte del *corpus* costituzionale in virtù dell'art. 48 Cost. riformato. La Corte specifica che queste ultime hanno semplicemente valore di “strumenti di *complemento ed interpretazione* della Costituzione” (corsivo aggiunto).

²⁰ Il giudice argentino di primo grado Cavallo, nel pronunciarsi sul noto caso *Simón*, afferma, in termini simili: “...las conductas que se consideran crímenes contra el derecho de gentes serán perseguidas penalmente y sus autores y partícipes, juzgados y sancionados con una pena, aun cuando el orden legal del estado en el que estas conductas tuvieron lugar no las declare punibles” (Juzgado Nacional en los Criminal y Correccional n. 4 de Buenos Aires, giudice Cavallo, *Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años*, causa n° 8686/2000, decisione del 06.03.2001, punto IV.B); tuttavia, opera infine la sussunzione dei fatti in fattispecie penali interne. La trascendenza di questa pronuncia deriva dal fatto che essa dichiarò per la prima volta l'incostituzionalità delle leggi di *Obediencia Debida* e *Punto Final*, iniziando a rimuovere gli ostacoli

“La consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía – al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa- un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente – dentro de este proceso evolutivo- como ius cogens”²¹.

L’idea sulla quale si basa questa soluzione è che un fatto illecito può considerarsi tipico quando una norma internazionale – convenzionale o consuetudinaria – lo prevede, anche laddove non esista una fattispecie penale corrispondente nella legislazione interna. Le norme internazionali, compresa la consuetudine, soddisferebbero infatti i canoni di accessibilità e prevedibilità²² ai quali sembra ridursi il principio di legalità in ambito internazionale ai fini di garantire la chiarezza e precisione delle norme.

Quest’interpretazione sembra trovare conferma nell’espressa previsione, in alcuni strumenti internazionali – precisamente il PIDCP e la CEDU – di una clausola

alla riapertura dei processi penali per crimini della dittatura che tali leggi avevano paralizzato. I fatti oggetto di giudizio risalgono al pomeriggio del 27 novembre 1978, quando José Liborio Poblete Rosa, sua moglie Gertrudis Marta Hlaczik e la loro figlia, Claudia Victoria Poblete, furono sequestrati e condotti nel centro clandestino di detenzione noto come “El Olimpo”, gestito dal Primer Cuerpo del Ejército, nel contesto della repressione illegale intrapresa dalle Giunte militari contro gli oppositori politici. La coppia venne ivi torturata ad opera di distinte persone, tra le quali l’ex sottoufficiale della Polizia Federale Julio Héctor Simón; dopo circa due mesi di detenzione in quel centro vennero trasferiti e si perse ogni loro traccia. Adito mediante una denuncia presentata dall’associazione CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), il giudice Cavallo, nella sentenza sopra citata, dichiarò l’incostituzionalità delle leggi di impunità che avevano fino ad allora impedito la persecuzione penale di Simón e degli altri responsabili del reato, citandoli quindi a prestare *declaración indagatoria*. La sentenza fu confermata in appello dalla Cámara de Casación Penal e successivamente dalla Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN argentina, *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad*, causa n° 17.768 (S.1767.XXXVIII), sentenza del 14.06.2005). Quest’ultima sentenza, che a sua volta dichiara l’incostituzionalità delle leggi suddette sulla base di argomenti fondati essenzialmente sugli obblighi e principi di diritto internazionale e sulla giurisprudenza interamericana, ha segnato il vero punto di svolta per la riapertura dei processi penali per i crimini della dittatura argentina. Il 4 agosto 2006 Simón venne finalmente condannato dal Tribunal Oral Federal N° 5 della Capital Federal a 25 anni di reclusione per i delitti di detenzione illegale, trattamento disumano ed occultamento di minorenne.

²¹ Voto concorrente del Giudice Maqueda nella sentenza *Simón*, considerando 45. La sentenza della CSJN nel caso *Simón* (cfr. nota precedente), che citeremo ampiamente nel corso di questo capitolo, venne decisa per 7 voti contro 4, e ciascun giudice manifestò la propria opinione in un voto separato, cosa che rende difficile comprendere se riguardo ad alcune questioni davvero venne raggiunta una maggioranza all’interno del collegio giudicante (sebbene, d’accordo con l’art. 23 del decreto-legge 1285/58, le decisioni della CSJN debbano essere adottate a maggioranza assoluta non solamente per quanto riguarda la soluzione del caso, ma anche quanto ai motivi di diritto).

²² Questi due canoni sono stati elaborati essenzialmente dalla giurisprudenza della Corte EDU: *Korbly v. Ungheria*, 19.09.2008, §37-38; *Streletz, Kessler, Krenz v. Alemania*, 22.03.2001, § 50; *Kolk v. Kislyiy v. Estonia*, decisione di rigetto, 17.01.2006.

d'eccezione che ammette un allentamento del principio di legalità penale a fronte di condotte che fossero già considerate delittuose secondo i “principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità internazionale”²³ o “dalle nazioni civili”²⁴. Queste due disposizioni²⁵ sono solitamente citate per giustificare l'ammissibilità di un principio di legalità *debole* in relazione alle gravi violazioni dei diritti umani che costituiscono crimini internazionali²⁶.

Tutto ciò comporta, in primo luogo, una revisione del sistema di fonti normative vigente nei singoli ordinamenti, grazie alla quale le fonti di origine internazionale assumono una crescente importanza e primazia non solo sulle norme di legge ma anche, in certi casi, sui principi costituzionali²⁷. Inoltre, è evidente che l'assunzione delle norme internazionali come fonti dirette di incriminazione suscita

²³ Questo sancisce l'art. 15.2 del PIDCP del 1966.

²⁴ Così stabilisce l'art. 7.2 del CEDU del 1950.

²⁵ La CADU non prevede invece un'eccezione di tal genere al principio di legalità, probabilmente alla luce del contesto geografico e storico in cui venne redatta, nel quale i processi contro i criminali della Seconda Guerra Mondiale non suscitavano alcuna preoccupazione. Tuttavia, curiosamente, anche la giurisprudenza degli organi interamericani ha ritenuto operante tale eccezione.

²⁶ Analizza e critica l'eccezione prevista da queste due disposizioni A. GIL GIL, *La excepción al principio de legalidad del n. 2 del art. 7 del CEDH*, in *Anuario de derecho penal*, 2010, in corso di pubblicazione. L'Autrice, dopo aver individuato la *ratio* dell'art. 7.2 CEDU nel timore che l'affermazione del principio di legalità ed irretroattività si prestasse a strumentalizzazioni volte ad invalidare i giudizi di Norimberga, prende in esame la giurisprudenza della Corte EDU dimostrandone la reticenza ad applicare l'art. 7.2 al di fuori dei casi riconducibili alla criminalità nazista, ad eccezione del caso *Kolk y Kisliyiy v. Estonia*. Questo non significa comunque che la Corte non abbia a sua volta operato un indebolimento del principio di legalità, pur senza ricorrere all'eccezione di cui all'art. 7.2 CEDU, e senza ammetterlo espressamente: cfr. ad es. il caso *Kononov v. Latvia*, 17.05.2010 ed il commento di E. FRONZA, M. SCOLETTA, *Crimini di guerra legalità penale e Corte Europea dei diritti umani: la sentenza del 17 maggio 2010 sul caso Kononov*, in *Jus17*, 2011. Sul punto si veda anche *infra*, cap. 4, par. 2.1.1.

²⁷ Il Juzgado de Primera instancia en lo Penal de 7° turno di Montevideo, ad esempio, nel condannare l'ex-dittatore uruguayano Bordaberry, afferma: “En la jerarquía de las normas jurídicas, la superior la constituye la norma fundamental de los derechos humanos siendo incluso supra constitucional por manifestación expresa de la Carta donde en su art. 7, con inspiración iusnaturalista, reconoce derechos preexistentes a ella y sólo protege el goce de los mismos. El art. 72, asigna jerarquía supra constitucional a aquellos derechos que no hayan sido reconocidos a texto expreso por la Constitución pero que sean inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno y el art. 332 obliga a aplicarlos aún a falta de reglamentación. En consecuencia, debe aplicarse la normativa protectora de los derechos humanos consagrada a nivel internacional aún en defecto de la legislación de origen interno”: Juzgado de Primera instancia en lo Penal de 7° turno, Jueza Motta, *Borbaberry Arocena, Juan Maria*, 09.02.2010. Con questa sentenza, successivamente appellata, Juan Maria Borbaberry Arocena, ex- Presidente uruguayano, venne condannato, all'esito di un lungo e tormentato procedimento, alla pena di 30 anni di reclusione per il delitto di attentato alla Costituzione in concorso materiale con 9 reati di sparizione forzata e 2 di omicidio politico. Per un commento su tale pronuncia, G. FORNASARI, *Dittatori alla sbarra. Il caso Bordaberry come pietra miliare della giustizia di transizione in Uruguay*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2281-2305.

problemi di compatibilità con il principio di legalità penale nelle sue diverse dimensioni.

L'approvazione di alcune Convenzioni internazionali citate per fondare l'incriminazione è difatti successiva alla commissione dei fatti: è il caso della Convenzione Interamericana sulla Sparizione Forzata di Persone (CISFP), approvata nel 1994, vale a dire, svariati anni dopo la caduta delle dittature che avevano sistematicamente commesso questa pratica. Diversamente, altre Convenzioni, pur essendo state adottate anteriormente ai fatti in questione, sono state ratificate dallo Stato in un momento comunque successivo²⁸. In effetti, non deve stupire che regimi che adoperavano la violazione massiva e sistematica dei diritti umani fondamentali come strumento per attuare il loro programma politico non avessero alcun interesse a ratificare dei trattati che miravano appunto a prevenire e sanzionare tali violazioni²⁹.

L'applicazione di queste Convenzioni a fatti commessi prima della loro entrata in vigore nell'ordinamento nazionale implica pertanto una violazione del principio di irretroattività. Non sembra possibile neppure giustificare tale applicazione retroattiva sulla base di un presunto *favor rei* della norma sopravvenuta, posto che le norme che tipizzano i crimini internazionali prevedono sanzioni assai severe, oltre all'applicazione del descritto regime speciale che produce conseguenze evidentemente sfavorevoli per l'imputato.

Per giustificare tale applicazione retroattiva di una legge sfavorevole, i tribunali spesso cercano appoggio nella consuetudine internazionale come fonte diretta di incriminazione, ritenendo che le convenzioni internazionali si limitino a cristallizzare norme e principi già affermati dal diritto consuetudinario, il quale era già vigente e conosciuto – o conoscibile – nel momento della commissione dei fatti.

²⁸ Per esempio, la Bolivia, pur avendo firmato la Convenzione sul Genocidio nel 1948, l'ha ratificata solo di recente, mediante la legge 3061 promulgata il 30.05.2005.

²⁹ Una parziale eccezione è stato il Perù, che ha ratificato molte Convenzioni internazionali per la tutela dei diritti umani ed ha addirittura tipizzato i crimini internazionali durante la Presidenza di Fujimori, vale a dire durante la fase più acuta della violenta repressione statale. La sparizione forzata, ad esempio, fu tipizzata per la prima volta nel c.p. del 1991, all'interno del capitolo relativo al delitto di terrorismo (art. 323) e, in seguito all'abrogazione di questo capitolo avvenuta mediante il d.l n. 25.475 del 6.05.1992, fu reintrodotta mediante il d.l n. 25592 del 2.06.1992. La fattispecie è stata infine regolata dall'art. 6 della l. n. 26926 del 21.02.1998, che l'ha collocata nel capitolo dedicato ai "delitos contra la humanidad". La decisione di introdurre nell'ordinamento questo delitto venne adottata dal governo Fujimori molto probabilmente per simulare un impegno nella tutela dei diritti umani che in realtà non si rispettava, e nella convinzione che queste fattispecie penali sarebbero state applicate più ai guerriglieri che agli agenti statali.

L'applicazione di fonti convenzionali a fatti avvenuti prima della loro entrata in vigore nel sistema nazionale si giustificerebbe quindi sulla base della loro natura non retroattiva ma *retrospettiva*; in altri termini, si afferma:

*“que al existir una serie de crímenes que pueden (o deben) ser perseguidos desde su aparición en el derecho internacional penal, su castigo no habría de quedar limitado al momento en que los mismos se recojan en el derecho penal estatal, sino que, bien al contrario, esa tipificación interna sólo debería interpretarse, en todo caso, como un requisito necesario en clave de derecho estatal para poder aplicar ‘retrospettivamente’ las sanciones penales correspondientes a aquellos crímenes que ya existían como tales en el derecho internacional”*³⁰.

Si è affermato altresì:

*“la tipificación de ciertas conductas en el ámbito internacional mediante su cristalización en tratados internacionales (...) simplemente añade un plus de taxatividad y de certeza a la previsibilidad general de la conducta prohibida u ordenada”*³¹.

Il ricorso alla consuetudine internazionale consente dunque di anticipare la vigenza della norma poi cristallizzata – successivamente alla commissione dei fatti – in un trattato internazionale. Al tempo stesso, affermare che una norma convenzionale è contemplata anche dalla consuetudine internazionale e quindi dallo *jus cogens* permette di attribuirle un effetto vincolante al di là degli Stati che hanno ratificato questa Convenzione³².

³⁰ L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Algunas consideraciones jurídico-internacionales acerca de la sentencia de la sala Especial de la Corte Suprema de la República del Perú contra Alberto Kenya Fujimori Fujimori*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 10, 2010 (disponibile in <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/535>), p. 9. In termini analoghi definiscono questo processo un’“aplicación retrospectiva del derecho internacional penal” il medesimo J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Sevilla, 2007, pp. 176-180 e C. CASTRESANA FERNÁNDEZ, *De Nuremberg a Madrid*, in *Jueces para la Democracia*, n. 54, novembre 2005, p. 5. La stessa distinzione tra norme retroattive e retrospettive è rinvenibile anche in una interessante sentenza della Corte d’Appello di Amsterdam, chiamata a giudicare un comandante militare ed ex- capo di Stato del Suriname, Desi Bouterse, per condotte di tortura commesse nel 1982, quindi antecedenti sia alla Convenzione Internazionale sulla tortura (del 1984), sia alla relativa legge di implementazione olandese (del 1988). La Corte Suprema olandese rigettò tale interpretazione: cfr. Corte Suprema olandese, *In re Bouterse*, 18.09.2001 (tradotta in inglese in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32, 2001, pp. 282-296).

³¹ Audiencia Nacional spagnola, *sentencia 16/2005*, 19.04.2005, fundamentos jurídicos 1 e 4.

³² Per esempio, né il Brasile né il Cile hanno ratificato la Convenzione del 1968 sull’Imprescrittibilità dei Crimini di Guerra e contro l’Umanità, ma riconoscere che questo strumento è una mera cristallizzazione di una norma preesistente nella consuetudine internazionale la rende obbligatoria anche per questi due Stati.

Tuttavia, in questo modo si finisce per utilizzare la consuetudine internazionale come fonte diretta di incriminazione, cosa che a sua volta genera tensioni rispetto al sistema penale.

In primo luogo, anche accettando l'idea che essa esistesse anteriormente alla commissione dei fatti – nel rispetto quindi del principio di irretroattività –, neppure la consuetudine internazionale rispetta il principio di legalità penale, in particolar modo nella sua dimensione di *lex scripta, stricta e certa*³³. In effetti, essendo una fonte non scritta e di difficile verifica, non garantisce la conoscenza o conoscibilità del divieto penale da parte dei cittadini.

La frizione con il principio di legalità si verifica tuttavia non solamente nelle ipotesi di applicazione diretta della consuetudine internazionale, bensì anche con riferimento alle norme convenzionali, fatta eccezione unicamente per il requisito di *lex scripta*. In effetti, pur essendo vero che tutte le condotte integranti crimini internazionali erano già dichiarate illecite da svariate Convenzioni, il principio di legalità penale richiede qualcosa di più di una previsione vaga e dai contorni aperti che genericamente definisce come illecita una condotta. Secondo l'accezione che gli ordinamenti nazionali hanno di tale principio, infatti, la norma incriminatrice dovrebbe infatti determinare in modo chiaro, preciso e previo ai fatti tutti i singoli elementi costitutivi del delitto.

Inoltre, il fatto stesso che le Convenzioni impongano agli Stati membri l'obbligo di adottare tutte le misure legislative necessarie per tipizzare come delitto un determinata condotta che il testo internazionale proibisce, suggerisce che la Convenzione di per sé:

*“no establece ningún tipo penal según las exigencias del principio de legalidad, sino que describe la figura que deberá contener el tipo penal de desaparición forzada”*³⁴.

³³ Come si può leggere nel voto in dissidenza del giudice Fayt nella sentenza *Simón*, cit., considerando 63, che conclude: “...las fuentes difusas – como característica definitoria de la costumbre internacional – son también claramente incompatibles con el principio de legalidad”. Al contrario, la maggioranza del collegio giudicante nella medesima sentenza nega che questa soluzione interpretativa violi il principio di legalità: si vedano i voti dei giudici Maqueda (considerando 83-84, 88, 56-57), Boggiano (considerando 42, 49), Highton de Nolasco (considerando 31 ss.); Lorenzetti (considerando 30). La giudice Argibay si limita a dire che la qualificazione dei fatti oggetto di giudizio come crimini contro l'umanità d'accordo con il diritto consuetudinario è “en principio plausible” (considerando 10)

³⁴ Voto in dissidenza del giudice Vásquez nella sentenza *Arancibia Clavel*, cit., considerando 29.

In conclusione, una norma internazionale, sia essa convenzionale o consuetudinaria, che si limita ad affermare che certe condotte sono proibite dall'ordinamento internazionale, non sembra soddisfare i requisiti di tassatività e determinatezza che devono rispettare le norme incriminatrici³⁵.

Ma le norme internazionali difettano di un altro elemento essenziale ai fini della configurazione di una norma penale, vale a dire la sanzione corrispondente ad un determinato delitto³⁶. Non a caso, anche a fronte di un crimine internazionale, i tribunali, nel momento di applicazione della pena, devono rivolgersi alle sanzioni fissate nell'ordinamento interno, e precisamente a quelle che corredano le fattispecie penali internazionali che siano state tipizzate dopo la commissione dei fatti³⁷ oppure, in mancanza, alle cornici edittali stabilite per i reati comuni che meglio corrispondono a tali fatti. La previsione delle conseguenze sanzionatorie, infatti, non rientra nel contenuto delle norme internazionali che proibiscono le condotte costituenti crimini internazionali: essendo norme internazionali in senso stretto, esse si limitano ad affermare un principio, un diritto o meglio il divieto di violare i diritti ivi sanciti, ed abbisognano dell'adeguamento in sede nazionale per vedere concretizzato questo principio. In realtà, neppure con l'emersione del diritto penale internazionale le cornici edittali sono state espressamente previste negli Statuti istitutivi dei tribunali penali internazionali, che si limitano solitamente ad indicare la specie di pena applicabile, lasciando poi alla piena discrezionalità giudiziale la

³⁵ La giurisprudenza uruguayana sembra particolarmente consapevole dei rischi insiti nell'applicazione del diritto internazionale come fonte di incriminazione, secondo quanto suggerisce P. GALAIN (*Prosecuting international crimes in Uruguay*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, pp. 611-612): "Until now, in the second instance, the Appeals Chambers have been modifying the sentences for crimes against humanity (forced disappearance of persons) under the main argument of a lack of typical adequacy (lack of legal definition) of the crimes imputed in the first instance whereas the other argument is based on non-retroactivity of criminal law. Sentence 352 of 23 October 2008 of the TPA 2° reflects the thinking of the Uruguayan judiciary regarding the use of international law by national judges, and warns of the danger of accepting a law of exception based on international custom, which not only violates the principle of legality but also provokes situations of legal uncertainty".

³⁶ Analogo rilievo ritroviamo in E. MALARINO, *Argentina*, in K. AMBOS, E. MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional*, cit., p. 60; P. HERNÁNDEZ BALMACEDA, *Aplicación directa de los tipos penales del Estatuto de la CPI en el derecho interno*, in K. AMBOS, E. MALARINO, J. WOISCHNIK (eds.), *Temas actuales de derecho penal internacional*, cit., p. 167. Di diverso avviso è invece K. AMBOS, secondo cui è sufficiente che il diritto internazionale sancisca il carattere penalmente rilevante della condotta, senza necessariamente prevedere anche una pena determinata o una cornice edittale non troppo ampia: si veda K. AMBOS, *Nulla poena sine lege en Derecho penal internacional*, in *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 26, 2009, pp. 36 ss.

³⁷ In questo caso, la violazione del principio di legalità delle pene è acuita dal fatto che si tratta di una pena solitamente più grave di quella prevista per le fattispecie ordinarie.

determinazione concreta, in assenza di limiti normativi³⁸. Unica eccezione a questa struttura è lo Statuto di Roma, che per la prima volta ha determinato una cornice edittale per i crimini di sua competenza³⁹: anche in questo caso, tuttavia, la portata di questa previsione è limitata al sistema della CPI, e non vincola in alcun modo i tribunali nazionali impegnati nella persecuzione dei crimini internazionali⁴⁰.

Le norme internazionali non soddisfano dunque il principio di *doble precisión*, che impone al legislatore di determinare sia i fatti punibili sia le sanzioni applicabili⁴¹.

A queste carenze intrinseche delle norme internazionali si affianca poi un ulteriore aspetto problematico, limitatamente alla consuetudine internazionale, considerata singolarmente o al fine di legittimare l'applicazione *retrospettiva* di una Convenzione sopravvenuta. La sua applicazione è infatti subordinata alla verifica dell'effettiva esistenza, all'epoca dei fatti, di una norma di carattere consuetudinario

³⁸ Gli Statuti dei Tribunali *ad hoc* si limitano appunto ad indicare la specie di pena applicabile – la reclusione –, lasciandone indeterminata la durata (cfr. art. 24 StTPIY e art. 23 StTPIR); sono poi le Regole di Procedura e Prova a specificare che tale sanzione può essere imposta per un periodo determinato o a vita (cfr. Regola 101 RPP del TPIY e TPIR), ma sul valore giuridico di tali testi sussistono ancora dubbi e divergenze.

³⁹ Art. 23 StCPI. Tale disposizione è stata a sua volta criticata perché prevede una cornice edittale eccessivamente ampia: vedi ad es. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, 2009, pp. 41-42.

⁴⁰ Non sembra pertanto condivisibile l'affermazione del *Tribunal Supremo* venezuelano secondo cui lo StCPI è direttamente applicabile nel sistema nazionale per quanto riguarda la “parte sostanziale” nelle cause per crimini contro l'umanità (STS del 09.12.2002, conclusión 7) e che per la sola parte processuale occorre guardare al diritto interno. J.L. MODOLELL GONZÁLEZ (*Venezuela*, in K. AMBOS, E. MALARINO, (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales*, cit., p. 565) sostiene che questa pare più che altro una dichiarazione di principio, vista l'assenza nello Statuto di un sistema di pene compatibile con quello venezuelano, e visti inoltre gli obblighi imposti dal principio costituzionale *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

⁴¹ Si veda il voto dissidente del giudice Fayt nella sentenza *Simón*, cit., parr. 35-36: “Que, en primer lugar, debe señalarse que la elaboración realizada por el a quo en torno al concepto de desaparición forzada de persona asignada a hechos como los aquí investigados, vulnera el principio de legalidad - art. 18 de la Constitución Nacional-, respecto de dos de las prohibiciones que son su consecuencia. En efecto, la norma internacional sobre la que reposa la caracterización de tal delito, no responde a la doble precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar y, además, no cumple con el requisito de ser la *lex praevia* a los hechos de la causa. Que de modo expreso la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas define en su artículo segundo el concepto del delito al cual las partes deberán ajustarse, a la par que el artículo tercero determina que los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de persona y fijarle una pena apropiada. Precisamente, en el Congreso de la Nación obran proyectos en estado parlamentario, que establecen la tipificación del delito de desaparición forzada de personas (...) Por lo tanto, no puede predicarse que la Convención haya contemplado un tipo penal ajustado al principio de legalidad entendido por inveterada jurisprudencia de esta Corte como aquel que exige para su configuración la doble determinación por el legislador de los hechos punibles y las penas a aplicar”.

che vietasse quella condotta. Tuttavia, gli organi giudicanti assai spesso trascurano questo momento di verifica⁴², assumendo acriticamente come dato di fatto la riconducibilità del *corpus* normativo dei crimini internazionali alla consuetudine internazionale fin dai tempi di Norimberga. In realtà, laddove i giudici si preoccupano di appurare questo dato, l'unico elemento che possono rinvenire nelle norme consuetudinarie dell'epoca è l'esistenza, al massimo, di un divieto di porre in essere certe condotte, o l'affermazione di diritti e principi la cui violazione dà origine ad una responsabilità statale e ad una corrispondente sanzione; mancano invece tutti gli altri elementi che concorrono a formare una norma penale.

Un esempio paradigmatico in tal senso è la giurisprudenza sulla sparizione forzata di persone: l'applicazione di questa fattispecie a fatti accaduti prima della sua tipizzazione nell'ordinamento interno viene solitamente giustificata affermando che essa era già prevista dalla consuetudine internazionale come "violazione molteplice e continuata" di svariati diritti umani internazionalmente riconosciuti, alla cui protezione gli Stati si erano impegnati fin dalla loro apparizione nell'ordinamento internazionale. Un argomento di tal guisa è stato avanzato dalla CorteIDU in vari casi⁴³, inducendola addirittura a dichiarare la responsabilità di uno Stato per episodi di sparizioni forzate di persone risalenti ad un momento antecedente alla loro espressa definizione, avvenuta con l'adozione della Convenzione Internazionale sulla Sparizione Forzata di Persone (d'ora in poi, CISFP)⁴⁴, grazie appunto alla considerazione della condotta come una molteplice violazione dei diritti tutelati dalla CADU. La medesima argomentazione è stata adoperata da alcuni tribunali nazionali al fine di giustificare la sussunzione nel delitto di sparizione forzata di fatti delittuosi commessi prima della sua espressa tipizzazione nel sistema penale interno. Un tribunale di primo grado uruguayano, ad esempio, nel condannare l'ex-dittatore Bordaberry per la commissione di nove delitti di sparizione forzata⁴⁵, ha sostenuto, citando a supporto la giurisprudenza interamericana, che la sparizione forzata di

⁴² Individua tale problema, ad esempio, il giudice Fayt (cfr. nota precedente), par. 43: "...Asignan a estas normas la condición de ius cogens sin siquiera examinar o al menos enunciar la práctica internacional de los Estados sobre la que supuestamente basan su conclusión".

⁴³ CorteIDU, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentenza di fondo, 29.07.1988, § 155; *Godínez Cruz v. Honduras*, sentenza di fondo, 20.01.1989, § 163.

⁴⁴ La CISFP fu adottata a Belém do Pará (Brasile), il 9 giugno 1994 ed entrò in vigore il 28 marzo 1996.

⁴⁵ Juzgado de Primera instancia en lo Penal de 7º turno, *Borbaderry Arocena*, cit.

persone può essere punita indipendentemente dal fatto che la sua tipizzazione nell'ordinamento interno sia avvenuta successivamente ai fatti, posto che:

“constituye una violaci3n m3ltiple y continuada de derechos humanos que constituye un delito contra la humanidad, aun antes de haberse adoptado declaraciones y tratados empleando dicha denominaci3n, no requiri3ndose que los Estados hayan ratificado la Convenci3n Interamericana sobre la materia para calificar al conjunto de violaciones como desaparici3n forzada”⁴⁶.

Sembra superfluo ricordare, a tal proposito, che una cosa è l'affermazione o il riconoscimento di determinati diritti fondamentali ad opera del diritto internazionale, ed altra ben diversa è la tipizzazione della violazione di quei diritti come crimini (internazionali): la differenza tra queste due modalità risiede nello scarto tra una fonte normativa – quella internazionale – che stabilisce principi, diritti ed obblighi di ordine generale, ed il diritto penale, che disciplina le violazioni di questi diritti da parte di singoli individui ed impone le sanzioni penali corrispondenti. Si tratta, a ben vedere, del medesimo passaggio che si può registrare, all'interno di un ordinamento nazionale, dal diritto costituzionale al diritto penale.

Tuttavia, la verifica dell'effettiva pre-esistenza di una norma consuetudinaria, che definisse ed incriminasse il delitto che si pretende imputare al soggetto, viene solitamente omessa dai tribunali, che si accontentano di affermarne l'esistenza come un assioma. Approfondendo nel merito questo dato, in realtà, si scopre che non è per nulla scontato: ad esempio, l'idea che negli anni '70 – l'epoca di più intensa violenza di Stato nel continente latinoamericano – esistessero già un'*opinio juris* ed una prassi consolidata degli Stati intorno alla definizione dei crimini contro l'umanità è smentita dalle notevoli trasformazioni che nel corso degli anni hanno subito l'elemento di contesto⁴⁷ e le condotte costitutive⁴⁸ di questa categoria delittuosa. La carenza di contenuto evidente e condiviso nella presunta norma che definisce i

⁴⁶ Ivi, p. 74.

⁴⁷ Cfr. E. MALARINO, *Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina sulle gravi violazioni dei diritti umani. Un'analisi della sentenza della Corte Suprema del 14 giugno 2005 nel caso “Sim3n”*, in E. FRONZA, G. FORNASARI (a cura di), *Il superamento del passato ed il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Trento, 2009, pp. 79-82 e K. AMBOS, S. WIRTH, *The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, in *Criminal Law Forum*, n. 13, 2002, p. 12.

⁴⁸ Per una panoramica sull'evoluzione e sul progressivo ampliamento del novero delle condotte costitutive di crimini contro l'umanità, si veda *supra*, cap. II par. 5.2.2.

crimini contro l'umanità – con riferimento al momento di commissione dei fatti – impedisce quindi di classificarla come consuetudine internazionale. Ciò che si può eventualmente affermare è che esisteva all'epoca una norma in fase di formazione, che non raggiungeva ancora il grado di consenso sufficiente a farla rientrare nella consuetudine internazionale.

2.1.1.1. *Il fondamento della regola dell'imprescrittibilità*

I punti di frizione che l'applicazione delle norme internazionali crea con i principi fondamentali del diritto penale nazionale si manifestano non solo con riferimento alla definizione tipica dei crimini, ma anche rispetto alla regola dell'imprescrittibilità⁴⁹. Molte sentenze, infatti, sostengono che questa regola, al pari delle altre che caratterizzano il c.d. regime speciale dei crimini internazionali, rientrava nella consuetudine internazionale esistente al momento dei fatti. Quest'interpretazione permette di ovviare al problema che la Convenzione sull'Imprescrittibilità dei Crimini di Guerra e contro l'Umanità del 1968 (d'ora in poi, Convenzione del 1968), che espressamente sancisce tale regola⁵⁰, è stata ratificata nella maggior parte degli Stati latinoamericani in un momento successivo ai fatti. Anche in questo caso, l'ostacolo posto dal divieto di retroattività viene aggirato considerando questa Convenzione una mera cristallizzazione di una norma di *jus cogens* già vigente⁵¹. Questa lettura, fatta propria anche dalla giurisprudenza della

⁴⁹ Pur esistendo allo stato attuale un consenso generale sulla natura imprescrittibile dei crimini internazionali, confermata, come si è visto, anche da strumenti convenzionali, alcuni autori criticano questa regola: PASTOR, per esempio, ricorda che la prescrizione è un istituto liberale che rientra negli strumenti coi quali il potere punitivo statale si auto-limita, e che pertanto non dovrebbe patire eccezioni, se non si vuole creare un nuovo diritto penale d'eccezione che sia "liberale *ma non troppo*" (D. PASTOR, *La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo*, cit., pp. 641-653).

⁵⁰ La medesima regola viene accolta dallo Statuto di Roma (art. 29), con efficacia limitata al sistema della CPI.

⁵¹ Nello stesso senso, ad esempio, si esprime il Tercer Juzgado Penal Supraprovincial de Perú, expediente N° 039- 05, *caso Accomarca*. Il Tribunal Constitucional peruviano, dal canto suo, ha di recente affermato: "La Corte no considera que la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad pueda regir solamente a partir de la ratificación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, hacia el futuro, sino que, siendo una norma de jus cogens, tales crímenes son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido" (Tribunal Constitucional peruviano, STC 024-2010-I/TC, *decreto legislativo 1097*, 21.03.2011).

CorteIDU⁵², troverebbe conferma, come rileva il giudice Boggiano nella sentenza *Simón*, nei lavori preparatori della stessa Convenzione del 1968:

“De los trabajos preparatorios de la Convención surge que se empleó el verbo "afirmar" en lugar de "enunciar" a fin de poner de manifiesto la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo”⁵³.

Orbene, a questo percorso argomentativo si possono contrapporre le medesime obiezioni che abbiamo esposto in relazione all’uso della consuetudine come norma direttamente incriminatrice e alla sua incompatibilità con il principio di legalità penale⁵⁴. Su questa considerazione si innesta poi il più ampio dibattito intorno alla necessità di far rientrare nel campo di applicazione del suddetto principio anche le norme che non fondano l’incriminazione, ma che si limitano a fissare la disciplina penale⁵⁵. In senso contrario a questa visione si esprime la giudice Argibay nel suo voto particolare nel caso *Simón*:

⁵² Per una sintesi al riguardo si veda P. PARENTI, *La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos*, in K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlín-Montevideo, 2010, pp. 211 ss. Critico invece nei confronti di tale interpretazione J. DONDÉ MATUTE, *El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, nel medesimo volume, p. 287.

⁵³ Considerando 46. Un altro argomento sviluppato dal giudice al fine di giustificare l’applicazione retroattiva di questa Convenzione fa leva sul suo art. I e sul Preambolo, nei quali si prevede l’applicazione dello strumento “cualquiera que sea la fecha en que se haya cometido (el hecho)”: *ibidem*. Dal canto suo, la Corte Suprema cilena sostiene: “Que la universalidad del principio de imprescriptibilidad, predicada en la Preámbulo de la Convención de 1968, es demostrativa del carácter puramente declarativo que el instrumento internacional asigna a esa institución, el que se refuerza a partir de la simple lectura de su artículo I (...) En otras palabras, la Convención no se limitó a enunciar esta regla, sino que a afirmarla, mediante su positivación, ya que ella operaba ya a la fecha como derecho consuetudinario internacional” (parr. 15-16).

⁵⁴ Come segnala il giudice Fayt nel suo voto dissidente nella sentenza *Arancibia Clavel*, cit.: “contrariaría las exigencias de que la ley penal deba ser *certa* (exhaustiva y no general), *stricta* (no analógica) y, concretamente en relación al *sub lite*, *scripta* (no consuetudinaria). Sintetizando: las fuentes difusas (como característica definitoria de la costumbre internacional) también son claramente incompatibles con el principio de legalidad” (Considerando 42, ultimo par. del suo voto).

⁵⁵ Tale dibattito risulta ovviamente condizionato dalla concezione che ciascun ordinamento adotta della prescrizione: se la si fa rientrare nel diritto penale sostanziale (come accade in Spagna ed Italia), vi si deve applicare il principio di irretroattività (con la conseguenza che la dichiarazione di imprescrittibilità di un reato intervenuta successivamente non può retroagire); se invece la si ritiene un aspetto meramente processuale, come in Germania, non si presenta tale problema, poiché applicare un nuovo termine di prescrizione ad un *processo* in corso corrisponde ai dettami del principio processuale *tempus regit actum*. Si vedano sul punto M. SCOLETTA, *El principio de legalidad penal europeo*, in L.M. DÍEZ PICAZO, A. NIETO MARTÍN (eds.), *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Pamplona, 2010, p. 283 e A. GIL GIL, *Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional: coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de*

“...el principio de legalidad busca preservar de diversos males que podrían afectar la libertad de los ciudadanos, en particular los siguientes: la aplicación de penas sin culpabilidad, la frustración de la confianza en las normas (seguridad jurídica) y la manipulación de las leyes para perseguir a ciertas personas (imparcialidad del derecho). La modificación de las reglas sobre prescripción de manera retroactiva, que supone la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968, no altera el principio de legalidad bajo ninguna de estas lecturas. No se viola el principio de culpabilidad, en la medida que las normas legales sobre prescripción no forman parte de la regla de derecho en que se apoya el reproche penal, es decir, su modificación no implica cambio alguno en el marco de ilicitud que el autor pudo tener en cuenta al momento de realizar las conductas que se investigan. En otros términos, no se condena por acciones lícitas al momento de la comisión, ni se aplican penas más graves. Tampoco hay frustración de la confianza en el derecho que corresponde asegurar a todo ciudadano fiel a las normas, porque la prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que, al momento del hecho, el autor de un delito pueda contar, mucho menos con el carácter de una garantía constitucional. (...) Por otro lado, tampoco ha habido un desconocimiento del principio de legalidad como protección de la objetividad, entendida como "no manipulación", que previene contra las decisiones parciales oportunistas. (...) En este contexto, la ratificación de la Convención sobre Imprescriptibilidad en 1995 no puede tomarse como una manipulación del derecho que afecte su imparcialidad al instaurar una persecución selectiva o discriminatoria, pues la Convención se encontraba aprobada por la Asamblea de la ONU desde 1968”⁵⁶.

Al contrario, il giudice Fayt, nel suo voto in dissidenza nella medesima sentenza, afferma:

“(E)l instituto de la prescripción cabe, sin duda alguna en el concepto de 'ley penal' desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva”⁵⁷.

La posizione assunta da quest’ultimo giudice ci sembra la più condivisibile, in quanto maggiormente conforme alla *ratio* che anima il principio di legalità: anche le modifiche rilevanti alla disciplina penale, che si traducono nella produzione di

Derechos Humanos, in K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, cit., pp. 322-3 (la quale sottolinea come la giurisprudenza della CorteEDU si è dimostrata rispettosa delle tradizioni nazionali in merito all’attribuzione di natura sostanziale o processuale alla prescrizione).

⁵⁶ Sentenza *Simón*, cit., voto separato della giudice Argibay, considerando 16.

⁵⁷ Sentenza *Simón*, cit., voto dissidente del giudice Fayt, considerando 42.

effetti pregiudizievoli per il reo – e senza dubbio disposizioni che introducono l’imprescrittibilità o l’inapplicabilità di amnistie e indulti lo sono – devono essere conoscibili *ex ante* da parte del soggetto e compatibili con il principio di *favor rei* che informa l’intero sistema.

La consuetudine internazionale, dunque, non pare di per sé sufficiente neppure per sancire la regola dell’imprescrittibilità dei crimini internazionali.

A ciò si può aggiungere una considerazione ulteriore in merito alla Convenzione del 1968, che espressamente sancisce la regola dell’imprescrittibilità dei crimini internazionali: in effetti, anche se la giurisprudenza insiste nell’affermare che questo strumento riflette e cristallizza una consuetudine internazionale, il fatto che sia stata firmata da pochissimi Stati⁵⁸ indica che il consenso della comunità internazionale in ordine ai principi che essa stabilisce non è poi così diffuso e consolidato come si vorrebbe⁵⁹. Di conseguenza, viene a mancare l’*opinio juris*, uno dei due pilastri su cui si regge il riconoscimento delle norme consuetudinarie.

Questo dato di realtà non ha tuttavia impedito ad alcuni tribunali di affermare l’applicabilità della Convenzione all’interno di sistemi statali che neppure l’hanno ratificata, appoggiandosi ancora una volta sulla presunta natura consuetudinaria delle norme ivi previste. La Corte Suprema cilena, ad esempio, stabilisce:

“Que, si bien la norma convencional citada no se encuentra vigente en Chile, nada obstaría al reconocimiento de una norma de derecho consuetudinario y de sello similar que sí pueda vincular al Estado, en la medida que concurren los elementos que permiten acreditar la existencia de una costumbre jurídica internacional, cuales son la práctica de los Estados “como elemento material de ésta” y la “opinio iuris” internacional”⁶⁰.

⁵⁸ Tra i paesi del continente latinoamericano, sono parte della Convenzione Argentina, Bolivia, Costa Rica, Honduras (quest’ultimo dal 2010), Messico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Perù, Uruguay. Non l’hanno ratificata, invece, Brasile, Cile, Guatemala, Venezuela, ma neppure, per portare esempi a noi più vicine, Spagna e Italia.

⁵⁹ Sviluppa quest’argomento A. REMIRO BROTONS, *Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial*, in *El Derecho Penal Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, p. 120. In termini analoghi anche W. SCHABAS, *Art. 6*, in O. TRIFFTERER, SCHABAS W. (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers’ Notes, Article by Article*, 2° ed., 2008, pp. 524 ss.

⁶⁰ Corte Suprema cilena, Sala Penal, *caso Molco (Vásquez Martínez y Superby Jeldres)*, rol n. 559-2004, 13.12.2006, considerando 13. La Corte, tuttavia, perviene infine alla sussunzione dei fatti nel delitto comune di omicidio. Il caso ebbe origine nei fatti avvenuti nella notte del 23.12.1973 nel fondo Molco, quando un gruppo di carabinieri uccise Hugo Rivol Vásquez Martínez y Mario Edmundo Superby Jeldres, membri del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (M.I.R.). I responsabili furono

Dopo aver verificato l'esistenza di questi due elementi al momento dei fatti⁶¹, la Corte conclude affermando la validità delle regole sancite dalla Convenzione del 1968 anche all'interno dell'ordinamento cileno, che non l'ha ratificata.

Infine, con specifico riferimento alla sparizione forzata, è stato giustamente osservato⁶² che essa esula dall'elenco di condotte che la Convenzione del 1968 contempla⁶³: tale delitto è stato infatti espressamente previsto tra i crimini contro l'umanità solamente nello Statuto di Roma⁶⁴.

In conclusione, si può affermare che il ricorso al diritto internazionale, sia consuetudinario sia convenzionale – laddove le Convenzioni siano entrate in vigore successivamente alla commissione dei fatti –, come fonte diretta di incriminazione o di disciplina con effetti *in pejus*, suscita momenti di forte tensione con i principi fondanti del sistema penale, in particolar modo con il principio di legalità nelle sue varie dimensioni⁶⁵. Questa frizione è aggravata dal fatto che l'oggetto della tutela di entrambi i sistemi appartiene al medesimo nucleo di diritti umani fondamentali: da

assolti in primo grado per intervenuta prescrizione del reato di omicidio, e la sentenza fu confermata in appello.

⁶¹ La Corte si basa sulla lettera del Preambolo – che parla di “universalità” –, nell'art. I e nel fatto che il Cile non si è mai manifestato come obiettore persistente ai principi cristallizzati nella Convenzione.

⁶² Cfr. il voto concorrente del giudice Fayt nella sentenza *Simón*, cit., considerando 39.

⁶³ Art. I della Convenzione: “... b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

⁶⁴ Prima di tale fase, le sparizioni forzate potevano essere sussunte nei crimini contro l'umanità in virtù della clausola residuale con cui si chiude la norma che tipizza questa categoria delittuosa sin dalla sua formulazione nello StTMI (“altri atti disumani di carattere simile”). La decisione di inserire la sparizione forzata nell'elenco di condotte espressamente contemplate dalla norma sui crimini contro l'umanità nello StCPI trae origine in effetti dalla tragica esperienza delle dittature latinoamericane del secolo scorso, che la utilizzarono sistematicamente come strumento di repressione illegale. Cfr. *supra*, cap. II, par. 5.2.2.

⁶⁵ Nega invece la possibilità che si crei una simile tensione all'interno dell'ordinamento nazionale il giudice Boggiano: “No es posible afirmar que el art. 18 de la Constitución Nacional que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagre una solución distinta en el art. 118 respecto a la aplicación de las normas del *jus cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas interpretativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad” (CSJN argentina, *Simón*, voto del juez Boggiano, considerando 49). Questa dichiarazione, anche se descrive una situazione sicuramente auspicabile, non corrisponde alla realtà, caratterizzata da un'insanabile tensione tra queste due disposizioni.

una parte, i diritti della vittima e l'interesse della società nel suo complesso a lottare contro l'impunità, dall'altra, i diritti di difesa e le garanzie che il sistema penale pone a tutela di ogni imputato. Si rende quindi necessario operare un bilanciamento tra interessi⁶⁶ che godono di pari rango e che condividono per di più la medesima *ratio* ispiratrice.

Questa complessa tensione non può essere superata semplicemente mettendo da parte il principio di legalità, il quale è a sua volta, come rileva il giudice Fayt, una garanzia essenziale di ogni sistema penale democratico:

“Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese "margen de apreciación" autónomo de cada Estado -en el que la soberanía estatal no cede frente a normas que se insertan desde el plano internacional- se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales. De esta manera la introducción de principios de derecho internacional encuentra su límite en la afectación de esos derechos fundamentales. Es decir, se trata de adaptar las exigencias del derecho internacional -con el espacio de autonomías que se reservan los Estados individuales- sin restringir las garantías básicas de las personas que, en el caso del derecho penal, no son otras que las que se encuentran sometidas a enjuiciamiento (...) Esta circunstancia unida a la reserva formulada respecto del apartado segundo del art. 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, reflejan el comportamiento inalterado de rigurosa sujeción al principio de legalidad como principio de derecho público y garantía básica de toda persona que se encuentre sometida a enjuiciamiento penal, que ha mantenido nuestra República”⁶⁷.

⁶⁶ In questi termini lo descrive la Suprema Corte de Justicia de la Nación messicana, Primera Sala, nella decisión sobre el *Recurso de Apelación 1/2004-PS (masacre de Tlatelolco)*, del 15.06.2005, risultando primero. Il processo aveva ad oggetto il massacro perpetrato il 2 ottobre 1968 dal gruppo paramilitare Batallón Olimpia e dall'Esercito Messicano, in occasione della repressione di una manifestazione studentesca, ed altri avvenimenti successivi. L'ex-Presidente Echeverría ed altri membri del suo regime vennero accusati di genocidio ed altri gravi crimini. La Suprema Corte, dopo aver affermato che, nell'applicazione retroattiva della Convenzione sull'Imprescrittibilità, occorre operare un bilanciamento tra l'interesse della comunità internazionale ad una persecuzione libera da qualsiasi ostacolo legale dei crimini di guerra e contro l'umanità, da una parte, e la necessità di rispettare le libertà individuali tutelate dalla Costituzione come il principio di legalità, dall'altra, conclude che sacrificare questi ultimi a beneficio di una protezione diffusa della razza, nazionalità od altra "entidad personificada" è pericoloso e può condurre ad un regime totalitario, che è proprio ciò che le norme internazionali mirano ad evitare: si veda al riguardo J. DONDÉ MATUTE, *International criminal law before the Supreme Court of Mexico*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, pp. 577-578.

⁶⁷ Voto dissidente del giudice Fayt nella sentenza *Simón*, cit., considerando 48-49.

2.1.1.2. La “tipizzazione giudiziale” del delitto di associazione: il caso Arancibia Clavel

Il medesimo cammino interpretativo, che fa appello al diritto internazionale consuetudinario e alle Convenzioni che lo cristallizzano, viene intrapreso dalla Corte Suprema argentina in una sentenza che merita di essere segnalata, poiché muove un passo ulteriore nell’ampliamento dei tipi penali internazionali.

Nel caso *Arancibia Clavel*⁶⁸, effettivamente, modificando il capo di imputazione confermato nei due gradi precedenti di giudizio, che avevano condannato l’imputato per associazione illecita, si afferma che, essendo l’associazione di cui era parte l’imputato destinata alla commissione di crimini contro l’umanità – come mezzo per eliminare gli oppositori politici –, si può qualificare come crimine contro l’umanità anche la mera partecipazione a tale associazione⁶⁹.

La Corte sviluppa un’argomentazione in due passaggi: in primo luogo deve dimostrare che i reati attribuiti all’associazione di cui faceva parte l’imputato costituivano crimini contro l’umanità. A tal fine, a fronte dell’evidente assenza di questa figura nella legislazione argentina all’epoca dei fatti, si afferma che,

⁶⁸ CSJN argentina, *Arancibia Clavel*, cit. Enrique Lautaro Arancibia Clavel fu membro, dal 1974 fino al 1978, della DINA (Dirección de Inteligencia Nacional) esterna, un organo dipendente dal governo *de facto* del Cile, la cui attività consisteva nella persecuzione mediante mezzi illegali degli oppositori politici del regime di Pinochet esiliati in Argentina. Fu condannato dal Tribunal Federal n. 6 di Buenos Aires alla pena dell’ergastolo come autore del delitto di associazione illecita aggravata ex art. art. 210 bis, lettera a, b, d, f ed h del c.p. argentino (nella versione vigente nel momento del giudizio, essendo la legge penale più favorevole) in concorso materiale con il reato di omicidio aggravato dall’utilizzo di esplosivi e dal concorso con premeditazione di più persone ai danni di Carlos José Santiago Prats e Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni. La Cámara Nacional de Casación Penal, adita dalla difesa, modificò parzialmente la sentenza di primo grado, considerando inapplicabile la fattispecie aggravata prevista dall’art. 210 bis del c.p., posto che la DINA non poteva essere accusata di “contribuir a poner en peligro la vigencia de la Constitución”. Di conseguenza, si sarebbe potuto applicare al caso la fattispecie base di associazione illecita, previsto dall’art. 210 c.p., che tuttavia era già prescritto. La sentenza di secondo grado dichiarò quindi prescritto il reato di associazione illecita, riducendo la pena di conseguenza. Dopo il rigetto del ricorso straordinario dinanzi alla medesima Cámara Nacional, il ricorrente – in rappresentazione del governo cileno – presentó un *recurso de queja* avanti la Corte Suprema, che decise di ammettere il ricorso ed annullare la sentenza impugnata, nonostante l’opinione contraria del Procurador General de la Nación.

⁶⁹ Nel voto di minoranza si contesta anche il risultato finale della valutazione delle prove, che perviene alla condanna l’imputato senza fornire una prova sufficientemente certa del suo apporto all’omicidio che gli si attribuisce. Si veda a tal proposito E.C. SARRABAYROUSE, *El caso “Arancibia Clavel”: el paso del tiempo, los delitos imprescriptibles y la indeterminación de la acusación: los temores se hicieron realidad?* in D.R. PASTOR (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los Derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, 2008, p. 414 ss.

trattandosi di condotte che attentavano contro il diritto delle genti, erano già proibite ai sensi dell'art. 118 della Costituzione⁷⁰. A fondamento di quest'interpretazione, pertanto, ritroviamo ancora una volta la consuetudine internazionale, che viene considerata parte integrante del diritto nazionale mediante il filtro offerto dall'art. 118 CN⁷¹. Si può inoltre osservare che la Corte si limita a questa affermazione, senza soffermarsi a motivarla né ad analizzarne la compatibilità con il sistema di fonti del diritto argentino.

Ma in questa sentenza la CSJN dà un passo ulteriore, poiché, dopo aver qualificato i reati-scopo dell'associazione come crimini contro l'umanità⁷², fa discendere da tale sussunzione il carattere di crimine contro l'umanità anche della mera partecipazione all'associazione. Tale condotta costituisce, nelle parole della Corte, un "acto preparatorio punible"⁷³, una forma di partecipazione atipica sanzionata ai sensi dell'art. 25 co. 3 lett. d) StCPI⁷⁴. In realtà, l'assimilazione – che il Supremo Tribunale propone – del delitto di associazione illecita alla *conspiracy*⁷⁵ è frutto di un errore, poiché mentre il primo è un delitto autonomo, la seconda è una forma di contribuzione ad un reato commesso col concorso di più persone, ed esige la presenza sia di un elemento volitivo – l'accordo di volontà tra i vari concorrenti ed il dolo di partecipazione –, sia di un elemento oggettivo costituito dal contributo causale al fatto. Inoltre, tra le due solamente la *conspiracy* è contemplata dal diritto

⁷⁰ Art. 118 CN argentina: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio" (corsivo aggiunto).

⁷¹ Ancora più chiaramente si esprime il giudice Boggiano nel suo voto concorrente: "En el caso no se presenta una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario, ahora también el convencional, codificador del consuetudinario" (punto 29 del suo voto concorrente).

⁷² La Corte sostiene che si trattava di omicidi, sparizioni forzate e trattamenti disumani, "sobre cuyo carácter no caben dudas" (punto 11).

⁷³ Punto 13.

⁷⁴ Art. 25.3 lett. d) StCPI: "In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either: (i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime".

⁷⁵ Sia il giudice Petracchi, sia il giudice Maqueda, nei rispettivi voti concorrenti, tracciano un parallelo con la figura della *conspiracy* nel diritto anglosassone, con la quale il delitto ex art. 210 c.p. condivide la natura di "delito de preparación" o di "ofensa anticipada" (punti 15 e 45 e ss., rispettivamente).

penale internazionale⁷⁶. La Corte argentina si limita a menzionare alcuni strumenti internazionali rilevanti in materia⁷⁷, nessuno dei quali, tuttavia, dispone così chiaramente la punibilità di questo tipo di atti preparatori con riferimento ai crimini internazionali⁷⁸. Inoltre, la soluzione interpretativa così raggiunta si basa sulla surrettizia conversione di un atto preparatorio in forma di partecipazione nel reato⁷⁹, operazione che esime dal provare l'elemento materiale od obiettivo della partecipazione, il contributo causale ed il risultato tipico, ed il fatto che almeno uno degli autori principali ha commesso il reato quantomeno nello stadio del tentativo.

Sulla base dell'argomentazione in duplice fase ora descritta la Corte conclude che, essendo la partecipazione ad un'associazione finalizzata alla commissione di

⁷⁶ Castex afferma che, nel concreto caso argentino, "la asociación ilícita representa un peligro mucho mayor, en cuanto al respeto de la norma reductora o contenedora del poder punitivo (art. 19 Const.)": F. CASTEX, *Arancibia Clavel, una elocuente muestra del neopunitivismo local*, in D. R. PASTOR (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición*, cit., p. 124. L'autore critica il delitto di associazione illecita in sé, posto che, anticipando la punibilità in misura così consistente, esso sottrae al bene giuridico il suo valore di limite al potere punitivo statale, e mette in guardia rispetto ai rischi dell'incriminazione come delitti internazionali di condotte che ancora non si sono manifestate esteriormente. D'altra parte, conclude che la sentenza *Arancibia Clavel* si basa, in ultima istanza, su un atto di potere. L'assimilazione della cospirazione al delitto di associazione illecita e il riconoscimento ad entrambe del carattere di crimini contro l'umanità, costituiscono, a suo parere, una "pura decisión", motivata dalla volontà di perseguire il nemico, anche se tale conclusione, per quanto i giudici cerchino di darle una veste giuridica, non corrisponde alla realtà normativa e ai fatti oggetto di giudizio.

⁷⁷ Cita la Convenzione sul Genocidio del 1948, che vieta l'associazione finalizzata alla commissione del genocidio, anche se non qualifica mai i fatti come genocidio, e sembra anzi dimenticare che tale Convenzione opera una distinzione tra genocidio (art. 3 lett. a), associazione finalizzata a commettere genocidio (art. 3 lett. b) e complicità nel delitto di genocidio (art. 3 lett. e), confermando quindi che tali due ultime condotte non sono equivalenti. La Suprema Corte cita poi a supporto della propria interpretazione la Convenzione Interamericana sulla Sparizione Forzata ed il crimine di persecuzione contemplato dallo Statuto di Roma, anche se risulta difficile capire in che misura questi due strumenti, che non contemplano il delitto di associazione illecita per la commissione di crimini contro l'umanità, possono sostenerne la punibilità. Infine, la Corte cita l'art. II della Convenzione sull'Imprescrittibilità, che dispone: "Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración". Al rispetto pare opportuno ricordare che questa Convenzione entrò in vigore per lo Stato argentino nel 1995, mediante la legge 24.584 che la ratificò; mentre la legge 25.778 del 2003 le conferì rango costituzionale; di conseguenza, non sarebbe di per sé applicabile a fatti commessi al massimo nel 1978, a meno di non violare il principio di irretroattività della legge penale. Inoltre, la lettera della disposizione qui riportata suggerisce il recepimento della distinzione tra *partecipazione* nel delitto ("cómplices o que inciten...") ed *atti preparatori* rispetto alla sua realizzazione ("o que conspiren para cometerlos"), che viene invece ignorata dalla Corte argentina.

⁷⁸ Assai più approfondita è l'analisi dell'evoluzione della figura associativa – finalizzata alla commissione di crimini internazionali – affrontata dal giudice Maqueda nel suo voto concorrente (punti 44-58).

⁷⁹ Contrariamente a quanto previsto dalle Convenzioni internazionali citate a supporto di tale interpretazione, che distinguono invece espressamente le due modalità di intervento.

crimini internazionali, a sua volta, un crimine contro l'umanità, le si applica la regola dell'imprescrittibilità. Tale peculiare disciplina, infatti, anche se affermata espressamente solo dalla Convenzione sull'Imprescrittibilità – la cui entrata in vigore per l'Argentina risale al 2003 –, rientrava già nella consuetudine internazionale e vincolava quindi anche lo Stato argentino al momento dei fatti.

Particolarmente interessanti ai fini del nostro discorso risultano i voti in dissidenza, che sollevano obiezioni simili a quelle che abbiamo manifestato nei paragrafi che precedono. Il giudice Belluscio, per esempio, chiarisce che ammettere la regola dell'imprescrittibilità dei crimini internazionali, cui l'Argentina ha aderito con la ratifica della Convenzione del 1968, non si traduce automaticamente nella legittimità dell'applicazione retroattiva di questa Convenzione, a meno di non voler violare uno dei corollari fondamentali del principio di legalità penale⁸⁰. Il giudice si discosta dal voto di maggioranza sottolineando la prevalenza del principio di irretroattività della legge penale (sfavorevole) sancito dalla Costituzione all'art. 18, “preciosa conquista de la civilización jurídica y política” sin dalla Rivoluzione francese, e la cui deroga non è ammissibile neppure a fronte di fatti di speciale gravità come i crimini internazionali⁸¹. Inoltre, il giudice Belluscio critica il ricorso all'art. 118 della Costituzione per fondare la vincolatività di una presunta norma di *jus cogens*, rilevando che tale precetto costituzionale rappresenta unicamente una regola di giurisdizione. Quanto invece alla regola dell'imprescrittibilità in sé considerata, egli nega l'esistenza, all'epoca dei fatti, di una norma consuetudinaria che la stabilisse. E conclude con una considerazione che pare francamente condivisibile:

*“El indiscutible carácter aberrante de los delitos imputados en esta causa no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente”*⁸².

⁸⁰ Cfr. punti 11 ss. del voto dissidente del giudice Belluscio. In realtà quest'argomento viene apportato dal giudice *ad abundantiam*, dopo aver affermato che la Corte si era pronunciata *extra petitum*, dato che la prescrizione non rientrava tra i motivi di impugnazione. Analoghi argomenti sono rinvenibili nel voto dissidente del giudice Fayt. Il giudice Belluscio adombra inoltre i suoi dubbi in merito alla qualificazione dell'associazione illecita come crimine contro l'umanità (punto 13).

⁸¹ Voto del giudice Belluscio, punto 15, par. 3. Il giudice Vázquez, nel suo voto, puntualizza: “el instituto de la prescripción de la acción penal está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley ex post facto que alterase su operatividad en perjuicio del imputado” (punto 21).

⁸² Voto del giudice Belluscio, punto 16 del suo voto.

2.1.2. *La giurisprudenza interamericana*

All'interno della linea interpretativa che cerca sostegno nel diritto internazionale al fine di sussumere i delitti perpetrati dai governi dittatoriali nella categoria dei crimini internazionali e di applicare loro il corrispondente regime speciale, un ruolo particolare ricopre la giurisprudenza degli organi interamericani di tutela dei diritti umani. La rilevanza di quest'ultima negli ordinamenti interni dipende in parte da ragioni strutturali, dato che gli Stati che hanno scelto di divenire parte del Patto di San José de Costa Rica⁸³ sono obbligati a garantire il rispetto delle sue norme e dei diritti da essa riconosciuti, e, accettando la giurisdizione degli organi da esso istituiti, si sono impegnati ad osservarne ed eseguirne le sentenze.

Ma alla base dell'importanza di questa giurisprudenza sussistono anche ragioni di carattere contingente: la Commissione e la Corte Interamericana, infatti, hanno dimostrato negli ultimi decenni un impegno specialmente intenso nella c.d. lotta contro l'impunità ed hanno progressivamente elaborato, sulla scorta di un'interpretazione evolutiva della CADU, una serie di principi e regole che hanno contribuito a configurare la definizione e la disciplina dei crimini internazionali⁸⁴. L'obbligo di indagare, perseguire e punire i responsabili delle gravi violazioni dei diritti umani⁸⁵, l'impossibilità di beneficiarli con amnistie ed indulti⁸⁶, l'imprescrittibilità⁸⁷, l'affermazione dei corrispondenti diritti delle vittime alla verità, alla giustizia e alla riparazione⁸⁸, sono principi che la CorteIDU è venuta affermando

⁸³ Tutti gli Stati del Centro e Sudamerica, fatta eccezione per alcuni stati minori (Antigua y Barbuda, Bahamas, Belize, Guyana, Saint Kitts & Navis, Santa Lucia, Saint Vicente & Grenadines); non ne fanno invece parte il Canada e gli Stati Uniti (che l'hanno solo firmata ma non ratificata).

⁸⁴ Essendo organi di diritto internazionale pubblico, in realtà, la materia di loro competenza è la tutela dei diritti umani, potendo essi dichiarare la responsabilità internazionale degli Stati per eventuali violazioni di tali diritti. Tuttavia, come già si è anticipato, le "gravi violazioni ai diritti umani" ed i "crimini internazionali", pur essendo categorie differenti cui corrispondono una disciplina e un trattamento sanzionatorio assai diversi, si sovrappongono parzialmente, posto che i crimini internazionali costituiscono anche, nel contempo, gravi violazioni dei diritti umani.

⁸⁵ Corte IDU, *Velásquez Rodríguez*, cit., §§ 166 e 174.

⁸⁶ A partire dalla celebre sentenza CorteIDU, *Barrios Altos v. Perú*, sentenza de fondo, 14.03.2001, §§ 41-44.

⁸⁷ *Ibidem*; *Bulacio v. Argentina*, sentenza de fondo, reparaciones y costas, 18.09.2003, §§ 106-108; *Almonacid Arellano v. Chile*, 26.09.2006, §§ 152-153.

⁸⁸ CorteIDU, *Castillo Páez v. Perú*, sentenza de fondo, 3.11.1997, § 90; *Barrios Altos*, cit., §§ 47-49; *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, fondo, 25.11.2000, §§ 199-202.

progressivamente, e che hanno contribuito a delineare la configurazione attuale della disciplina riservata ai crimini internazionali, influenzando non solo gli ordinamenti nazionali impegnati nel dare risposta a tali crimini, ma anche i tribunali penali internazionali⁸⁹.

Una testimonianza diretta del rilievo di primo piano assunto dalla giurisprudenza interamericana nella risposta alla criminalità di Stato sviluppatasi nel continente è fornita dal voto concorrente del giudice Petracchi nella sentenza *Simón*: associandosi alla decisione di maggioranza che dichiara l'invalidità delle leggi di impunità argentine sulla base della c.d. dottrina *Barrios Altos*, elaborata appunto dalla CorteIDU, precisa che si sta discostando dal proprio precedente voto nel caso *Priebke*⁹⁰, in cui aveva negato l'applicabilità della Convenzione sull'Imprescrittibilità a fatti commessi prima della sua entrata in vigore e la possibilità di applicare la regola dell'imprescrittibilità dettata dal diritto internazionale a fattispecie penali interne⁹¹.

Questo mutamento repentino nella posizione del giudice è dovuta, secondo le sue stesse parole, al fatto che “da quel momento ad oggi, il diritto argentino ha subito modificazioni fondamentali che impongono la revisione di quanto statuito in quell'occasione”⁹². La dichiarazione del giudice argentino lascia intravedere così la speciale rilevanza che tale fonte assume nella persecuzione – anche – nazionale delle gravi violazioni dei diritti umani.

La giurisprudenza interamericana viene costantemente citata dai tribunali interni dei paesi latinoamericani che esercitano l'azione penale per i reati commessi durante le dittature. Talvolta compare affiancata da altre norme o dichiarazioni internazionali, al fine di dimostrare l'esistenza di una consuetudine internazionale in

⁸⁹ Vedi *infra*, cap. IV, par. 3.

⁹⁰ CSJN argentina, *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, causa n° 16.063/94, decisione del 02.11.1995. La sentenza concesse l'estradizione del noto nazista richiesta dall'Italia, considerando che la prescrizione rilevata dalla difesa non era applicabile, poiché i fatti che gli si imputavano integravano delitti di genocidio e crimini di guerra ed erano pertanto imprescrittibili. Il giudice Petracchi aveva manifestato la sua opposizione in un voto in dissidenza.

⁹¹ I voti in dissidenza dei giudici Fayt e Vázquez nel caso *Simón* (cit.) rilevano d'altro canto che quella sentenza era stata pronunciata nell'ambito di un processo di estradizione, il quale non implica la dichiarazione della colpevolezza del soggetto.

⁹² Considerando 14 del giudice estensore Petracchi.

relazione ad un certo profilo definitorio o di disciplina⁹³. Talaltra invece le è attribuito un valore indipendente, di per sé sufficiente a sostenere l'esistenza di una certa norma valida anche nell'ordinamento interno: in quest'ipotesi la norma così ricavata si caratterizza per un'origine "doppiamente giudiziale", posto che è affermata dalla giurisprudenza interamericana – solitamente ben al di là del dettato normativo della CADU –, e recepita successivamente dai tribunali nazionali, senza che intervenga necessariamente il legislatore.

Il ricorso a tale fonte può avere due oggetti diversi: in alcuni casi riguarda la *disciplina* applicabile ai fatti oggetti di giudizio. Le corti nazionali, sul presupposto per cui essi costituiscono crimini internazionali e/o gravi violazioni dei diritti umani⁹⁴, traggono dai precedenti della CorteIDU regole e principi relativi alla loro persecuzione, che coincidono sostanzialmente col c.d. regime speciale riservato a tale categoria delittuosa.

In altri casi, invece, la giurisprudenza interamericana viene citata a supporto della definizione dei crimini internazionali e dell'individuazione dei loro elementi tipici⁹⁵: esempio emblematico di questo campo applicativo sono una serie di sentenze di condanna per sparizione forzata di persone. La copiosa giurisprudenza della CorteIDU in materia ha avuto infatti un ruolo di primo piano nella configurazione della struttura tipica di questo delitto e nella descrizione delle sue caratteristiche e delle circostanze in cui esso integra un crimine contro l'umanità. Questi precedenti hanno esercitato una forte influenza sia sulle legislazioni interne, nel momento in cui provvedevano a tipizzare espressamente la sparizione forzata di persone, sia sulla

⁹³ La Sala Penal de la Corte Suprema cilena, ad esempio, nel caso *Vásquez Martínez y Superby Jeldrez*, cit., parr. 18-20, la cita per sostenere l'esistenza di una norma consuetudinaria sull'imprescrittibilità dei crimini internazionali.

⁹⁴ Critica questa confusione tra crimini internazionali e gravi violazioni dei diritti umani all'interno della giurisprudenza interamericana E. MALARINO, *Attivismo giudiziario, punitivismo e sovranazionalizzazione: tendenze antidemocratiche e illiberali della Corte Interamericana dei Diritti umani*, in G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Trento, 2011, pp. 35-6.

⁹⁵ Sul ruolo innovatore della giurisprudenza interamericana rispetto alla definizione dei crimini internazionali, e sull'influenza che essa esercita presso giurisdizioni, nazionali ed internazionali, con competenza *penale*, si veda, con particolare riferimento al delitto di tortura: E. SANTALLA VARGAS, *La múltiple faceta de la tortura y los "otros tratos" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los tribunales penales internacionales*, in K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, cit., pp. 229-259.

giurisprudenza nazionale, che, nel definire questo reato, assai spesso riprende l'interpretazione offerta dagli organi interamericani⁹⁶.

2.1.2.1. Considerazioni critiche

La citazione della giurisprudenza interamericana come fondamento per qualificare i fatti come crimini internazionali, e/o per determinare la disciplina loro applicabile, pur essendo uno strumento frequentemente adoperato nella persecuzione delle gravi violazioni dei diritti umani, suscita tuttavia alcune perplessità, che potremmo suddividere in problemi di *valore o validità* – delle pronunce degli organi interamericani all'interno degli ordinamenti nazionali – e problemi di *contenuto*.

Per quanto riguarda i primi, i tribunali nazionali, nel citare la giurisprudenza interamericana, le attribuiscono valore e validità differenti: alcuni la definiscono “un'ineludibile criterio di interpretazione”⁹⁷ o “modello rilevante per l'interpretazione”⁹⁸, altri le riconoscono un valore pari a quello della dottrina⁹⁹, altri

⁹⁶ Ad esempio, la CorteIDU ha reiteratamente affermato che la sparizione forzata di persone costituisce “una violazione molteplice e continuata di numerosi diritti riconosciuti dalla CADU” (CorteIDU, *Velásquez Rodríguez*, cit., § 155 e *Godínez Cruz*, cit., §§ 163 e 166), e che per questo motivo poteva ritenersi prevista come delitto anche prima della sua espressa tipizzazione (CorteIDU, *Heliodoro Portugal v. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, rearaciones y costas, 12.08.2008, § 34; *Ticona Estrada y otros v. Bolivia*, fondo, reparaciones y costas, 12.08.2008, §§ 28 ss.); inoltre, ha specificato che il delitto “deve essere considerato continuato o permanente fintantoché non si stabilisca la sorte subita dalla vittima e il luogo in cui si trova” (CorteIDU, *Velásquez Rodríguez*, cit., § 155, *Bámaca Velásquez*, cit., § 128). Entrambe queste dichiarazioni, come vedremo meglio *infra*, vengono costantemente citate dalla giurisprudenza dei tribunali nazionali del continente latinoamericano per descrivere la sparizione forzata come delitto plurioffensivo e permanente, con tutte le conseguenze che ciò implica a livello di disciplina: cfr. ad esempio Corte Constitucional (C. Const.) colombiana, C-317, 02.05.2002, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 (parcial) de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal"*, punto 2, e Sala Penal Nacional del Perù, *Sentencia contra Jiménez del Carpio y otros por el delito contra la Libertad – secuestro – en agravio de E.R. Castillo Páez*, 26.03.2006 (consideraciones sobre la calificación jurídica de los hechos). Quanto all'influenza sulle legislazioni interne, la Corte si è spinta fino a dettare specifici criteri da seguire nella tipizzazione del delitto (v. ad esempio *Goiburú y otros v. Paraguay*, 22.09.2006, par. 92), incorrendo in tal modo in un'indebita intromissione in una sfera che ancora rimane appannaggio della sovranità statale, vale a dire, la decisione non già sull'*an* della sanzione penale, ma sul suo *quomodo*: cfr. a tal proposito J.L. MODOLELL, *La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos*, in K. AMBOS, (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá, 2009, p. 183.

⁹⁷ Ad esempio la CSJN argentina: *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad (recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros)*, causa n° M.2333.XLII, sentenza del 13.07.2007, par. 20 (“insoslayable pauta de interpretación”).

⁹⁸ Così la Corte Costituzionale colombiana: cfr. C. Const., C-010/00 e C-406/96 (“pauta relevante para la interpretación”).

ancora, invece, ne affermano il carattere direttamente vincolante a prescindere dal fatto che lo Stato in questione sia stato parte nel procedimento dinanzi alla Corte¹⁰⁰.

Un esempio paradigmatico di quest'ultima visione è la già menzionata sentenza della CSJN argentina nel caso *Simón*, che fonda la dichiarazione di incostituzionalità delle leggi di *Obediencia debida* e *Punto final* sulla loro contrarietà rispetto alla CADU ai sensi della c.d. "dottrina *Barrios Altos*". Afferma la Corte:

*"Que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana 'Barrios Altos' al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales. Por cierto, sería posible encontrar diversos argumentos para distinguir uno y otro caso, pero tales distinciones serían puramente anecdóticas(...) Lo decisivo aquí es, en cambio, que las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de "autoamnistía". Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes ad hoc, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos"*¹⁰¹.

Il profilo problematico sotteso a questo rinvio è che la sentenza *Barrios Altos* cui la CSJN fa appello è diretta contro lo Stato peruviano, e solo per esso ha efficacia obbligatoria. Secondo l'art. 68.1 CADU, infatti, l'efficacia vincolante di cui godono

⁹⁹ Ciò avviene in alcune sentenze della Corte Suprema de Justicia del Paraguay, che citano tra gli argomenti di diritto pronunce della CorteIDU relativa a contenziosi dei quali lo Stato paraguayano non era stato parte: si veda al riguardo C. ALFONSO, *La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana De Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos Países de América del sur*, in K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos humanos y derecho penal internacional*, cit., pp. 72-3.

¹⁰⁰ Il Tribunal Constitucional peruviano, sulla base della 4ª disposizione finale e transitoria della Costituzione e dell'art. 5 del titolo preliminare del *Código procesal constitucional*, ha sostenuto che le sentenze della CorteIDU hanno efficacia vincolante per tutti i poteri pubblici dello Stato peruviano, indipendentemente dal fatto che questo sia stato parte nel procedimento, e non solamente in relazione alla parte risolutiva ma anche quanto alla motivazione: cfr., tra gli altri, Tribunal Constitucional peruano, caso *Arturo Castillo Chirinos*, exp. N° 8817-2005-PHC/TC, 07.07.2006. Orientamento esattamente opposto ha manifestato la Sala Constitucional venezuelana, secondo cui all'interno dell'ordinamento nazionale godono di rango costituzionale solamente le disposizioni di trattati, patti e convenzioni sui diritti umani, ma non le sentenze, risoluzioni od opinioni degli organismi istituiti da quei trattati: cfr. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentenza del 15.07.2003.

¹⁰¹ Sentenza *Simón*, cit., voto del giudice Petracchi, considerando 24. In termini simili anche il giudice Zaffaroni nel suo voto concorrente, nel quale definisce tale giurisprudenza "de aplicación obligada" (considerando 14). Anche la giudice Highton de Nolasco afferma: "la clara y terminante doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) en el caso "Barrios Altos" (...) torna imperativo que, con el fin de satisfacer el estándar allí establecido (...), esta Corte declare además que dichas normas carecen de cualquier efecto" (considerando 29).

le decisioni della CorteIDU è soggetta ad una duplice limitazione: rispetto al caso concreto e nei confronti dello Stato parte nel procedimento¹⁰².

La Corte Suprema argentina, tuttavia, afferma di essere parimenti vincolata a quel precedente in virtù del principio di buona fede che regge l'interpretazione dei trattati internazionali ai sensi dell'art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati¹⁰³. In realtà, si può dubitare della validità di tale argomento, poiché l'interpretazione secondo buona fede non implica di per sé un allontanamento rispetto al chiaro dettato letterale della norma convenzionale, che in questo caso pone appunto una duplice limitazione all'obbligatorietà delle sentenze della CorteIDU. La giurisprudenza e la dottrina nazionali hanno elaborato svariati altri argomenti per sostenere il carattere vincolante, al di là di ogni limite, della giurisprudenza interamericana¹⁰⁴, ma ciò non toglie che si tratti di un'interpretazione che contraddice il dato letterale della CADU. Un discorso almeno parzialmente diverso va fatto per quegli ordinamenti statali che contemplano al proprio interno una norma

¹⁰² Art. 68.1 CADU: "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

¹⁰³ Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, art. 26: "*Pacta sunt servanda*. Ogni trattato in vigore vincola le parti e queste devono eseguirlo in buona fede". Lo stesso argomento basato sul principio di buona fede è utilizzato da un tribunale di primo grado in Paraguay per affermare il carattere vincolante della giurisprudenza interamericana: cfr. Juzgado de Liquidación y Sentencia n° 1, sentencia def. n° 40, amparo promovido por *Elizabeth Flores Negri c/el rectorado de la Universidad Nacional de Asunción*, 31.07.2007.

¹⁰⁴ Nel medesimo caso *Simón*, ad esempio, la CSJN fa leva su un'affermazione della stessa CorteIDU, che assegnò "effetti generali" alla decisione *Barrios Altos* (CorteIDU, *Barrios Altos*, cit., § 44 e punto 4 del dispositivo; e, dello stesso caso, sentenza interpretativa del 03.09.2001, § 18 e punto 2 del dispositivo); tuttavia, secondo MALARINO, "tale *estensione per via pretoria* della portata del carattere vincolante della decisione si limitava esclusivamente, secondo la stessa CorteIDU, ad altri casi in cui si sarebbero dovute applicare le Leggi di amnistia analizzate nella decisione" (E. MALARINO, *Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina sulle gravi violazioni dei diritti umani*, cit., p. 50). Non sembra condivisibile neppure l'altro argomento avanzato dalla Corte a supporto di tale interpretazione, secondo cui l'applicazione della dottrina elaborata dalla CorteIDU nel caso *Barrios Altos* avrebbe assicurato di evitare una futura ed ipotetica condanna dello Stato da parte del tribunale internazionale, come sembra suggerire il giudice Zaffaroni nel suo voto separato, considerando 26. Un'altra proposta interpretativa elaborata in ambito argentino prende le mosse dalla c.d. tesi della vigenza internazionale, secondo cui gli strumenti internazionali entrano a far parte del diritto costituzionale argentino, in virtù dell'art. 75 inciso 22 della Costituzione, così come sono vigenti nell'ordinamento internazionale, vale a dire alla luce della giurisprudenza degli organi competenti per la loro interpretazione. Come segnala MALARINO, tuttavia, anche volendo accettare questa tesi si dovrebbe limitarne l'applicabilità al periodo successivo alla riforma costituzionale del 1994 che introdusse la suddetta norma, con esclusione dunque delle leggi di *Obediencia debida* e *Punto final* (*ibidem*, pp. 53-58). Ancora, la CSJN argentina (sentenza *Mazzeo*, cit., par. 21) ha accolto la c.d. dottrina del *control de convencionalidad*, elaborata dalla CorteIDU stessa, che obbliga gli Stati ad analizzare la compatibilità del loro ordinamento con la CADU e con l'interpretazione che ne dà la Corte (cfr., tra gli altri, *Almonacid Arellano contra Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26.09.2006, § 124).

che espressamente attribuisce efficacia vincolante ai precedenti della CorteIDU anche oltre il caso concreto ed oltre il paese direttamente coinvolto, legittimando così l'applicazione diretta della sua giurisprudenza senza limiti particolari. Non potendo in questa sede addentrarci nella complessa questione della validità che i singoli ordinamenti nazionali attribuiscono alla giurisprudenza interamericana e delle modifiche che ciò comporta al sistema di fonti¹⁰⁵, ci si limita qui a segnalare la necessità, quando si decida di applicare in processi nazionali la giurisprudenza interamericana, di un previo chiarimento in ordine al valore che si intende attribuire a tale fonte: vincolante al di là dei limiti di carattere oggettivo e soggettivo che la CADU pone, oppure meramente argomentativo, come criterio ermeneutico utile al ragionamento sviluppato dall'organo giudicante. In quest'ultimo caso, esso può svolgere una funzione *autoritativa*¹⁰⁶, volta a conferire autorità ad una soluzione interpretativa già individuata dall'organo giudicante, al pari della dottrina o di precedenti conformi di altri tribunali, anche stranieri, oppure può fungere da indicatore dell'esistenza di un'*opinio juris* che concorre ad integrare una norma consuetudinaria che il tribunale intende verificare ed applicare al caso¹⁰⁷.

Comunque sia, pare imprescindibile la sussistenza di un presupposto di fondo, cioè che tra il fatto per cui si giudica ed il caso oggetto della sentenza della CorteIDU esista una identità o somiglianza tale da consentire l'applicazione in via analogica del ragionamento sviluppato dall'organo interamericano. Così non avviene invece, ad esempio, nella menzionata sentenza *Simón*, nella quale la CSJN applica un precedente della CorteIDU pur trovandosi a giudicare la legittimità costituzionale di due leggi decisamente diverse. Le differenze – a suo dire “aneddotiche” – che

¹⁰⁵ Per maggiori approfondimenti sulla questione si rimanda a C. ALFONSO, *op. cit.*, e J. MARTÍNEZ VENTURA, *La recepción de la jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos. Los casos de Guatemala, Costa Rica y El Salvador*, entrambi in K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos humanos y derecho penal internacional*, cit., rispettivamente a pp. 63-79 e 103-122.

¹⁰⁶ E. FRONZA, *Derechos Humanos Y Crímenes Internacionales. Observaciones Sobre El Párrafo 3 Del Artículo 21 Del Estatuto De Roma*, in K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos humanos y derecho penal internacional. Vol. II*, cit., pp. 225-243.

¹⁰⁷ OLLÉ SESÉ sostiene che la giurisprudenza dei tribunali internazionali (riferendosi ai tribunali penali internazionali *ad hoc*, però con considerazioni applicabili anche a questo caso) può offrire una prova dell'esistenza di una norma consuetudinaria, nonché contribuire a crearla, quando la sua applicazione generi una prassi statale concreta indicativa della formazione di tale norma (M. OLLÉ SESÉ, *op. cit.*, p. 154).

rinviene tra la leggi di impunità argentine e quelle peruviane, infatti, sono ben più rilevanti di quanto si voglia ammettere, ed impediscono di trasferire semplicemente alle prime le considerazioni giuridiche riferite a queste ultime. Come segnalano il giudice Fayt nel suo voto in dissidenza¹⁰⁸ e, nella dottrina, MALARINO¹⁰⁹, mentre le leggi peruviane disponevano un'auto-ammnistia di carattere assoluto, quelle argentine, approvate sulla base di un procedimento legislativo democratico e dotate di un campo applicativo limitato, godevano senz'altro di maggior legittimità da un punto di vista quantomeno formale¹¹⁰. La Corte Suprema argentina, tuttavia, non prende in considerazione queste rilevanti differenze, e fa propria un'interpretazione pensata per un altro tipo di situazione, decontestualizzandola ed assumendola come massima universalmente valida e vincolante¹¹¹.

*“En efecto, constituye un grave error que se declare inconstitucional una norma invocando un nuevo paradigma que nada tiene de nuevo, una decisión que no es aplicable al caso y una interpretación dinámica que no es tal”*¹¹².

Questo trasferimento a-critico delle pronunce su un determinato caso concreto a contesti ad esso non assimilabili costituisce un errore metodologico, in cui non incorrono solamente i giudici della Corte Suprema argentina, ma che ritroviamo in

¹⁰⁸ Voto in dissidenza del juez Fayt, considerando 78-85.

¹⁰⁹ E. MALARINO, *Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina sulle gravi violazioni dei diritti umani*, cit., pp. 70-73.

¹¹⁰ Infatti, mentre le leggi peruviane (L. 14 giugno 1995, n. 26.479, di amnistia, e L. 21 giugno 1995, n. 26.492, di interpretazione della legge di amnistia) furono emanate dallo stesso governo coinvolto nella commissione dei crimini, qualificandosi pertanto come auto-ammnistie, quelle argentine (Legge 23.492 del 24.12.1986, di *Punto Final*, e Legge 23.521 dell'8.06.1987, di *Obediencia debida*) furono approvate dal nuovo governo democratico nel contesto della transizione, e furono precedute da un effettivo dibattito parlamentare. Inoltre, le leggi peruviane disposero un'ammnistia assoluta, che copriva qualsiasi fatto “derivato da, o commesso in occasione o come conseguenza di, la lotta contro il terrorismo” (Legge 26479/1995, art. 1); le leggi argentine, invece, al di là del fatto che la loro qualificazione tecnica come ammistie è discussa, non beneficiavano i vertici dell'apparato repressivo (peraltro già condannati nell'ambito del noto “juicio a las Juntas”: cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, “*Juicio a las Juntas*”, causa n° 13/84, sentenza del 09.12.1985) né i responsabili di alcuni crimini specificamente indicati, come la sottrazione di minori.

¹¹¹ La decisione della Corte Suprema argentina nel caso *Simón* ha a sua volta influenzato la giurisprudenza successiva della CorteIDU, che è infatti giunta a proibire anche le ammistie approvate da regimi democratici, nell'ambito di una consapevole e condivisa scelta politica, addirittura confermata in due occasioni da un referendum: si veda il celebre caso CorteIDU, *Gelman v. Uruguay*, fondo y reparaciones, 24.02.2011. Tale sentenza cita espressamente la sentenza *Simón* (§ 215) insieme ad altre sentenze di Corti Supreme nazionali (peruviana e cilena) come precedenti che confermano la contrarietà alla CADU di qualsiasi disposizione di amnistia, anche se approvata d'accordo con una scelta democratica e nel rispetto del procedimento legislativo corrispondente. Sulle dinamiche di reciproca influenza tra Corti Supreme nazionali e CorteIDU si veda più diffusamente il cap. IV.

¹¹² Voto in dissidenza del giudice Fayt nella sentenza *Simón*, considerando 85.

molte sentenze, di tribunali nazionali ed internazionali, che citano talora acriticamente precedenti di altri organi giudiziari¹¹³. Naturalmente ciò inficia la validità e la correttezza dell'applicazione della giurisprudenza citata – per quanto qui interessa, essenzialmente quella interamericana – ai casi di volta in volta oggetto di giudizio.

Ma il ricorso alle sentenze della CorteIDU per qualificare i fatti come crimini internazionali e determinarne la disciplina corrispondente prospetta anche alcuni problemi in relazione al *contenuto* di quelle pronunce. In effetti, al di là del fatto che l'inserimento dello Stato in un sistema sovranazionale già di per sé incide sulla sfera sensibile della sua sovranità, la CorteIDU manifesta una tendenza ad un'ingerenza sempre più profonda nella scelta delle misure predisposte per far fronte alle gravi violazioni dei diritti umani, riducendo in tal modo il margine di apprezzamento statale al riguardo. Da una parte, la Corte è passata, negli ultimi anni, dalle tradizionali condanne a riparazioni di natura economica al comminare sanzioni le più disparate che comportano un'intromissione ben più pregnante nella sfera di sovranità statale. Ad esempio, ha condannato a tipizzare nel sistema interno determinati delitti e secondo una determinata forma¹¹⁴, a celebrare nuovamente un processo penale anche se ciò si traduceva, a rigore, in un *bis in idem*¹¹⁵, ad esercitare l'azione penale anche laddove si fosse optato per un meccanismo alternativo come una Commissione per la Verità¹¹⁶, e perfino ad invalidare leggi di amnistia la cui validità era stata confermata direttamente dal popolo mediante il voto referendario¹¹⁷. D'altra parte, nello sviluppo delle sue argomentazioni la Corte ha sviluppato una giurisprudenza

¹¹³ Segnala questo fenomeno rispetto alla giurisprudenza della CPI: E. FRONZA, *Derechos Humanos y Crímenes Internacionales*, cit., *passim*; con riferimento invece alla giurisprudenza della CorteEDU si veda A. GIL GIL, *La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena. Ejemplificación en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su cita por otros tribunales*, in *Revista de Derecho Penal-Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires, Número Extraordinario 2011, in corso di pubblicazione. Torneremo più approfonditamente sul punto nel prossimo capitolo.

¹¹⁴ Sostenendo che l'assenza di tipizzazione contribuisce all'impunità: CorteIDU, *Trujillo Oroza v. Bolivia*, reparaciones y costas, 27.02.2002, § 97. La Corte elenca caratteristiche che il delitto deve avere in sede di tipizzazione in *Goiburú y otros v. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 22.09.2006, § 83.

¹¹⁵ Cfr. CorteIDU, *Almonacid Arellano*, cit., § 154.

¹¹⁶ *Ibidem*, § 150.

¹¹⁷ CorteIDU, *Gelman v. Uruguay*, cit.

particolarmente creativa, affermando l'esistenza di diritti umani¹¹⁸ ed obblighi statali che la CADU non prevede espressamente, ma che da essa sono stati ricavati sulla base di una presunta interpretazione evolutiva.

Questa tendenza della CorteIDU – che MALARINO definisce “attivista, punitivista e nazionalizzatrice”¹¹⁹ – ad ampliare il proprio potere di controllo ed imposizione e a ricavare dal testo convenzionale molto di più di quanto esso in realtà dice, si ripercuote, *in primis*, sui limiti della sovranità statale e sulla discrezionalità delle scelte politiche. Ma esso provoca anche momenti di collisione con una serie di principi costituzionali in materia penale, come quello di legalità o del *ne bis in idem*, i quali sorgono non dalla Convenzione Americana in sé, ma “unicamente come conseguenza dell'interpretazione giurisprudenziale”¹²⁰ che ne dà la CorteIDU e della *integrazione* che essa ha operato sul dato letterale. Tornano ad emergere dunque, anche in relazione alla giurisprudenza interamericana, quel protagonismo giudiziale che già abbiamo individuato come nuovo dato di realtà –in parte fisiologico, in parte patologico – dei sistemi penali attuali, e la revisione che esso impone del principio di

¹¹⁸ Si pensi all'esempio emblematico del diritto alla verità, affermato per la prima volta quale diritto delle vittime di gravi violazioni dei diritti umani (in particolare in seguito alla commissione di sparizioni forzate) nella sentenza CorteIDU *Velásquez Rodríguez*, cit. (§ 181), successivamente ripresa in *Bámaca Velásquez*, cit., (§ 201) ed in una serie di altre sentenze. Il riconoscimento di tale diritto si è poi andato diffondendo negli ordinamenti nazionali (lo afferma espressamente il Tribunal Constitucional peruviano nella sentenza *Villegas Namuche*, exp. n.º 2488-2002-HC/TC, 18.03.2004, par. 4; ma si pensi anche al meccansimo dei *juicios por la verdad* argentini, il cui fondamento è rinvenuto proprio in tale diritto: sia consentito rinviare a E. MACULAN, *Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in Argentina: l'esperienza dei “giudizi per la verità”*, in *Indice penale*, n. 1, gennaio-giugno 2010, pp. 331-370) e in quello internazionale (cfr. l'*Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*, ECOSOC Commission on Human Rights, Distr. GENERAL, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8.02.2005, ed il *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, intitolato appunto “*Study on the right to the truth*”, ECOSOC Commission on Human Rights, Distr. General, E/CN.4/2006/91, 8.02.2006), fino ad approdare di recente al sistema della CPI, nel quale alcune decisioni lo riconoscono espressamente tra i diritti delle vittime, citando appunto a conferma la giurisprudenza interamericana: si vedano ICC, PTC I, *The Prosecutor v. Katanga e Ngudjolo-Chui*, Judge S. Steiner, Decision 01/04-01/07-474, del 13.05.2008; ICC, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Lubanga*, Decision 01/04-01/06-2173, del 23.10.2009 (par. 41).

¹¹⁹ E. MALARINO, *Attivismo giudiziario, punitivismo e sovranazionalizzazione: tendenze antidemocratiche ed illiberali della Corte Interamericana dei Diritti Umani*, cit., pp. 33-77.

¹²⁰ Così N. GUZMÁN, *El neopunitivismo en la jurisprudencia de la corte suprema de justicia de la nación y de la corte interamericana de derechos humanos: un pronóstico incierto para el ne bis in idem y la cosa juzgada*, in D. PASTOR (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, 2008, p. 227, che legge nella giurisprudenza della CorteIDU e della CSJN argentina la medesima tendenza “neopunitivista” a discapito dei principi garantistici in materia penale, e porta come esempio la deroga al principio del *ne bis in idem* che entrambe tali Corti giustificano rispetto alle gravi violazioni dei diritti umani.

legalità penale nella sua accezione tradizionale. La peculiarità in questo caso è che si tratta di una (quasi) giurisprudenza di natura sovranazionale, la quale a sua volta influisce profondamente sulla configurazione dei sistemi penali nazionali.

2.1.3. *L'ambizione etica della giurisprudenza*

A fianco dei percorsi argomentativi che pretendono di fondare la sussunzione dei fatti nei tipi penali internazionali, si colloca anche un'opzione differente, ispirata a posizioni molto vicine al giusnaturalismo classico. Non si tratta mai, a dire il vero, di argomenti auto-sufficienti: essi filtrano piuttosto tra le righe, come considerazioni che depongono a favore dell'esistenza di una norma consuetudinaria che qualificasse come criminosi i fatti oggetto di giudizio ben prima della loro commissione.

Questa tendenza argomentativa, che già trovava dei precedenti nelle sentenze tedesche relative ai casi degli spari sul muro di Berlino – nelle quali si applicò, com'è noto, la cd. “formula di Radbruch”¹²¹ –, emerge in modo piuttosto evidente, ancora una volta, in alcune pronunce della Corte Suprema argentina:

*“La ilicitud de las conductas existía con anterioridad a los hechos y estaba claramente descripta en el Código Penal Argentino, en el art. 18 de la Constitución Nacional que prohibía las torturas, en el principio moral descrito en considerandos anteriores y en el derecho de gentes”*¹²².

Le motivazioni dei giudici fanno dunque l'occholino a considerazioni di natura etica e talora emozionale, più che giuridiche, in cui traspare l'idea, di retaggio giusnaturalista, che la proibizione di violazioni così gravi dei diritti umani fondamentali non abbisogna di essere espressamente sancita per assumere validità e vincolatività¹²³.

¹²¹ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001, *passim*.

¹²² Voto del giudice Lorenzetti nella sentenza *Simón*, cit., considerando 30. Enfasi aggiunta.

¹²³ Similmente, la Sala II della Cámara Penal Nacional, tribunale *a quo* del caso *Mazzeo* poi portato dinanzi alla Corte Suprema argentina, cit., (p. 4), aveva affermato che l'inserimento del nuovo comma 22 nell'art. 75 Cost. non ha fatto altro che riconoscere diritti e libertà inerenti all'essere umano fin dalla sua nascita.

Tuttavia, appaiono evidenti i rischi insiti nel fare appello ad un presunto diritto naturale, sovra-legale, come avverte il giudice Zaffaroni nel suo voto nel caso *Simón*:

“El argumento jusnaturalista corre el riesgo de enredarse y terminar legitimando lo que la ley 25.779 quiere descalificar de modo tan radical, pues reconocer injustos o ilícitos supraleales importa admitir también justificaciones supraleales y, con ello, entrar al debate de la llamada guerra sucia con el autoritarismo de seguridad nacional, que también era una construcción supraleal, o sea que, aunque nadie lo haya desarrollado con ese nombre, se sostuvo la existencia de un aberrante derecho supraleal de seguridad nacional. (...) Además es innecesario: no es necesario perderse en las alturas de la supralealidad, cuando el derecho internacional de los Derechos Humanos, que forma un plexo único con el derecho nacional, confirmado por el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, hace ineficaces las leyes”¹²⁴.

Argomenti di carattere etico più che giuridico compaiono anche in quelle sentenze che pongono l'accento sulla *gravità* dei delitti e sul loro effetto lesivo di valori umani *universali*. Si colloca in questo filone, ad esempio, la già menzionata sentenza del tribunale uruguayano che ha condannato in primo grado Bordaberry, che afferma:

“La gravedad de tales delitos interesa a toda la comunidad internacional. Su persecución y castigo se basa en que tales ilícitos lesionan valores humanos con contenido universal, su represión representa pues, una norma de jus cogens. Es importante señalar que no tiene, la definición de delito de lesa humanidad, del Tribunal de Nuremberg ni el Estatuto de Roma, carácter taxativo en las acciones que la componen permitiendo así incluir otras acciones aberrantes que no se conocían al enunciarse la definición pero que se caracterizan por la gravedad y la vulneración de los derechos inherentes al ser humano”¹²⁵.

Il rilievo attribuito alla speciale gravità dei delitti e alla loro macro-dimensione sopperirebbe dunque di per sé alla carenza di tassatività della definizione dei crimini contro l'umanità e dell'elenco di condotte che possono integrarli.

Questi argomenti di stampo giusnaturalista sono utilizzati, come si è visto, sia per affermare l'illiceità e la punibilità di determinate condotte prima di – e indipendentemente da – la loro espressa tipizzazione come delitti, sia per giustificare

¹²⁴ Voto del giudice Zaffaroni nella sentenza *Simón*, cit., punto 25. Enfasi aggiunta.

¹²⁵ Juzgado de Primera instancia en lo Penal de 7º turno, sentencia *Bordaberry*, cit., enfasi aggiunta.

l'applicazione di un regime eccezionale che, in nome dell'estrema gravità e del rilievo internazionale dei fatti, deroga ai principi ed istituti di diritto penale. Si tratta di considerazioni di natura extra-giuridica, cui si assegna il compito di abbattere ogni ostacolo posto dal diritto penale ordinario alla persecuzione e sanzione di tali crimini, nell'idea che l'impunità dei loro responsabili rappresenti un'ingiustizia estrema ed inaccettabile per l'umano sentire comune. Ritroviamo spesso infatti, nelle motivazioni di diritto delle sentenze, affermazioni che invocano l'ineludibile necessità – addirittura neppure di persecuzione, ma direttamente di – *castigo* di fronte ad atti inumani di tale estensione e gravità¹²⁶.

Fare appello ad argomenti di natura extra-giuridica, legati ad un ideale di giustizia sostanziale asseritamente superiore a qualsiasi fonte normativa, permette di ovviare al problema che i principi e le garanzie che si pretende di sospendere o derogare trovano espressa copertura costituzionale, e si collocano quindi al vertice della gerarchia di fonti su cui si struttura l'ordinamento. Tuttavia, non è scontato che si tratti di un'opzione argomentativa valida, come rileva il giudice Fayt in un suo voto in dissidenza:

*“(...) Lo dicho no significa que la Corte pase por alto el indiscutible carácter aberrante de los delitos investigados en esta causa. Sin embargo, sería de un contrasentido inadmisibile que por ese motivo se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de quien se encuentra sometido a proceso. Precisamente, el total respeto de estas garantías y de un derecho penal limitado son las bases sobre las que se asienta y construye un verdadero Estado de derecho”*¹²⁷.

Ancora una volta, dunque, dietro alla lotta contro l'impunità per i crimini internazionali e alle tensioni che essa crea con i principi costituzionali si profila un problema di *fonti normative* e di relazioni interne ad esse, che gli argomenti poc' anzi riportati tentano di risolvere cercando una sorta di giustificazione superiore *al di fuori* dell'ordinamento giuridico propriamente inteso. Una simile soluzione, si può sospettare “di comodo”, fa rivivere l'ormai secolare dibattito intorno al

¹²⁶ Per menzionare alcuni esempi: Tribunal Oral en lo Criminal Federal di La Plata, *Etchecolatz, Miguel Osvaldo*, causa n° 2251/06, sentenza del 19.09.2006, considerando IV.a: “Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su *castigo*”. Con identiche parole cfr. anche CSJN argentina, *Mazzeo*, cit., considerando 23.

¹²⁷ Voto in dissidenza del giudice Fayt in *Arancibia Clavel*, cit., punto 45, 3^{er} apartado. Negli stessi termini si veda anche Fayt, voto in dissidenza nella sentenza *Simón*, cit., punto 95.

giusnaturalismo e presta il fianco alle numerose e fondate critiche che hanno indotto al superamento di questo orientamento di pensiero nella sua forma più pura.

2.1.4. *Tipi penali “come Giano bifronte”*: il metodo della doppia sussunzione

Un altro interessante percorso argomentativo che le Corti Supreme hanno intrapreso per pervenire alla condanna per i crimini commessi durante le passate dittature è la c.d. doppia sussunzione. Questa tecnica consiste essenzialmente, come suggerisce il nome stesso, nel sussumere i fatti oggetto di giudizio contemporaneamente sia in una fattispecie comune, espressamente contemplata dall'ordinamento nazionale, sia in un crimine internazionale. I tribunali, in questo caso, non intervengono direttamente sul tipo penale internazionale, ma ne ampliano la portata a fatti commessi prima della sua espressa tipizzazione, per mezzo di un'applicazione combinata con una fattispecie ordinaria¹²⁸.

¹²⁸ Questo meccanismo interpretativo non è in realtà una prerogativa dei tribunali sudamericani: la ritroviamo nella sentenza del *Tribunal Supremo* spagnolo nel caso *Scilingo* (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentenza 798/2007, recurso casación n. 10049/2006 P, sentencia estimatoria parcial, 01.10.2007), in cui si condanna l'ex-capitano argentino per plurimi delitti di omicidio e detenzione illegale, applicando poi un aggravamento di pena in considerazione del contesto in cui furono commessi, contesto che vale a caratterizzarli come crimini contro l'umanità e che ne facilita sia la commissione che la successiva impunità. Anche se si può dire che in tal modo il tribunale fa rientrare dalla finestra quello che aveva fatto uscire dalla porta, tale soluzione è senza dubbio preferibile a quella adottata dagli organi giudiziari intervenuti in precedenza nel caso. Il *Juzgado de Instrucción* aveva infatti sussunto le condotte nel tipo di genocidio, sulla base di un'interpretazione eccessivamente ampia dei suoi elementi – in particolare, del concetto di gruppo nazionale come soggetto passivo (v. *infra*, par. 2.2.1), mentre la *Audiencia Nacional* (sentenza 16/2005 del 19 aprile, cit.), qualificò i fatti come crimini contro l'umanità ex art. 607 bis c.p., sebbene tale norma fosse stata introdotta successivamente alla loro commissione. Quest'ultimo tribunale negava che si trattasse dell'applicazione retroattiva di una norma penale sopravvenuta e sfavorevole, sostenendo che l'introduzione all'interno dell'ordinamento spagnolo di questa classe di delitti non si limitava a recepire la descrizione del tipo e ad assegnarle una pena, ma implicava l'assunzione dell'ambito applicativo della norma internazionale corrispondente dal punto di vista spazio-temporale (cfr. considerando 4.2 della sentenza). Sulla sentenza della *Audiencia Nacional* si veda la serrata critica di A. GIL GIL, *La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-rl, 2005 (<http://criminet.ugr.es/recpc>), che contesta l'applicazione retroattiva dell'art. 607 bis c.p. e l'applicazione come norma incriminatrice della consuetudine internazionale, non rispettosa dei requisiti di tassatività e legalità delle pene. La stessa Autrice mette altrove in evidenza anche le “ombre” della successiva sentenza del *Tribunal Supremo*, che opta invece per la sussunzione in fattispecie ordinarie del codice penale. Tale soluzione, pur garantendo un rispetto più rigoroso del principio di legalità ed irretroattività, pone in discussione la competenza stessa dell'organo giudicante, che sulla qualificazione come crimini contro l'umanità basava appunto l'applicazione del criterio di giurisdizione universale ex art. 23.4 LOPJ (A. GIL GIL, *Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo*, in A. CUERDA RIEZU, F. JIMÉNEZ GARCÍA (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal*

Lo scopo di tale operazione interpretativa è quello di coniugare due opposte esigenze: da un lato, superare gli ostacoli alla persecuzione e al castigo dei responsabili di tali crimini, frapposti dall'intervenuta prescrizione e da eventuali disposizioni di amnistia; dall'altro, rispettare il principio di legalità penale nelle sue diverse declinazioni. Alla prima di tali due esigenze risponde, come già detto, la qualificazione dei fatti come crimini internazionali, da cui discende l'applicabilità del regime speciale riservato a tale categoria delittuosa. In questo senso, si prosegue sul sentiero già tracciato dalla linea interpretativa che abbiamo definito "progressista", che opera la sussunzione dei fatti nei tipi penali internazionali, affermando che all'epoca della commissione erano già previsti da norme internazionali quantomeno consuetudinarie.

Tuttavia, a tale qualificazione si accompagna la parallela sussunzione in un tipo penale comune, previsto già all'epoca dei fatti dal diritto interno, che funge da *complemento* del diritto penale internazionale¹²⁹. In tal modo, si applica una norma – quella interna – scritta, determinata e pre-esistente ai fatti, che garantisce – meglio della norma internazionale – il rispetto del principio di legalità¹³⁰.

In questa combinazione di due fattispecie, pertanto, quella interna viene utilizzata per la descrizione degli elementi tipici e per la determinazione della specie di pena applicabile e della corrispondente cornice edittale. La fattispecie internazionale, invece, può trovare applicazione secondo due modalità o funzioni differenti¹³¹: in molti casi, essa viene adoperata unicamente al fine di applicare la

Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales, Madrid, 2009, pp. 391-409).

¹²⁹ Così P. PARENTI, *La persecuzione dei crimini internazionali in Argentina*, in G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani*, cit., p. 283.

¹³⁰ Come conferma il giudice Zaffaroni nel suo voto nella sentenza *Simón*, cit.: "No existe problema alguno de tipicidad, pues se trata de casos de privación ilegal de libertad o ésta en concurso con torturas y con homicidios alevosos, es decir, de delitos que siempre merecieron las penalidades más graves de nuestras leyes positivas, y en cuanto a su calificación como crímenes de lesa humanidad, tampoco es discutible, desde que los más graves crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial y juzgados conforme al Estatuto de Núrnberg fueron precisamente masivas privaciones ilegales de libertad seguidas de torturas y de homicidios alevosos" (punto 14).

¹³¹ PARENTI, conformemente, sostiene che si registrano due usi della categoria dei crimini contro l'umanità (P. PARENTI, *Argentina*, in K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional: con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Berlin-Montevideo, 2008, p. 42).

speciale disciplina che contrassegna questa categoria delittuosa e che prevede, tra le altre caratteristiche, l'imprescrittibilità e l'inammissibilità di disposizioni di amnistia.

In altri casi, invece, la funzione del tipo penale internazionale si esplica non solo sul piano della disciplina ma anche su quello della tipicità, alla luce della sua idoneità riflettere in modo più completo e dettagliato il disvalore della condotta, la cui particolare gravità e il cui carattere massivo sono colti solo parzialmente dalla fattispecie comune. I tribunali affiancano pertanto, ad una "sussunzione primaria di tipizzazione e sanzione", secondo le norme nazionali, una "sussunzione secondaria di qualificazione" d'accordo con le norme internazionali¹³².

L'artificio interpretativo così elaborato permette di risolvere il dilemma tra l'applicazione di una figura delittuosa – quella internazionale – che coglie l'intero disvalore del fatto e ne consente la sanzione al di là dei limiti posti dalla disciplina penale ordinaria, ma che non rispetta il principio di legalità penale, e la scelta di una fattispecie – quella interna – che, al contrario, è conforme al principio di legalità e contiene una disposizione sanzionatoria, ma è nel contempo soggetta ai limiti prescrizionali e agli eventuali benefici dell'amnistia e impedisce quindi, in molti casi, l'esercizio dell'azione penale.

In questa duplice operazione interpretativa il crimine internazionale gode, a nostro parere, di una certa primazia o precedenza logico-temporale. In altri termini, l'organo giudicante dapprima sussume il fatto nel tipo penale internazionale, che ben riflette la fenomenologia degli illeciti oggetto di giudizio e che ne giustifica la persecuzione penale al di là dei limiti ordinari; solo in un secondo momento, a fronte delle prevedibili obiezioni per cui tale interpretazione comporterebbe una violazione del principio di legalità, ricerca una fattispecie nell'ordinamento interno che si avvicini il più possibile alla struttura complessiva del crimine internazionale.

Questa lettura trova diretta conferma nel voto individuale del giudice Maqueda nella sentenza *Simón*¹³³, che, dopo aver affermato che i fatti oggetto di giudizio rientrano nella figura della sparizione forzata di persone, precisa:

¹³² E. MALARINO, *Argentina*, in K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, cit., p. 25 e in termini analoghi ID., *Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina sulle gravi violazioni dei diritti umani*, cit., p. 77.

¹³³ Una posizione del tutto analoga era già stata manifestata dal giudice di primo grado che si era pronunciato sul medesimo caso, secondo cui: "esta subsunción en tipos penales locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad de las conductas en análisis

“Que lo hasta aquí expresado en modo alguno implica desconocer el principio nullum crimen sine lege por cuanto la conducta materia de juzgamiento, al momento de los hechos, no sólo estaba prevista en el derecho internacional – incorporada mediante el art. 118 de la Constitución Nacional-, sino que también constituía un delito para el Código Penal argentino. Cabe tener presente que la persecución de crímenes contra el derecho de gentes sobre la base de la ley interna de cada Estado no es un criterio nuevo, dado que fue adoptado en la mayoría de los procesos seguidos ante cortes de diversos países que juzgaron crímenes de esa naturaleza. (...) Por otra parte el encuadramiento de aquellas conductas investigadas en los tipos penales locales en modo alguno implica eliminar el carácter de crímenes contra la humanidad ni despojarlos de las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes. Que, por lo expuesto, las conductas investigadas no sólo eran crímenes para la ley internacional y para tratados suscriptos por la República Argentina (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos) sino que nuestro código preveía una clara descripción de la conducta así como su respectiva sanción, lo que implica preservar debidamente el principio de legalidad cuyo fin es que cualquiera que vaya a cometer un acto ilegal esté claramente advertido con anterioridad por la norma que esa conducta constituye un delito y su realización conlleva una pena”¹³⁴.

Si assiste dunque ad una sorta di inversione dell'ordine logico dell'operazione di interpretazione e sussunzione, o quantomeno ad un'anomalia nel suo funzionamento: una volta rinvenuta la corrispondenza tra i fatti oggetto di giudizio e gli elementi tipici di un determinato crimine internazionale – e assicurata l'applicabilità della relativa disciplina speciale – si fa un passo indietro, ricercando nell'ordinamento interno un appiglio normativo più solido, più in sintonia con i principi penalistici, e soprattutto che fornisca l'elemento di cui la norma internazionale è assolutamente sprovvista, vale a dire il quadro sanzionatorio. Questa seconda fattispecie di diritto interno viene quindi affiancata alla qualificazione già operata secondo il diritto internazionale, con una duplice funzione: “rafforzare la

(...) ni impide aplicarles las reglas y las consecuencias jurídicas que les cabe por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes” (Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n. 4, Juez Cavallo, *Simón*, cit., par. IV.B).

¹³⁴ Considerando 83 e 84.

legalità internazionale dal punto di vista della legalità interna”¹³⁵ e determinare la sanzione applicabile. È solo la combinazione di queste due figure, la loro convergenza – ancora una volta affidata interamente al giudice – a descrivere in modo completo i fatti oggetti di giudizio e a consentirne la punizione.

2.1.4.1. Considerazioni critiche: la creazione giudiziale di una nuova fattispecie incriminatrice

L’obiezione che si può muovere al meccanismo della doppia sussunzione – oltre all’effetto di alterazione dell’ordine logico dell’operazione di sussunzione poc’anzi descritto – è che essa si traduce, in realtà, nella creazione, per via giudiziale, di una nuova fattispecie penale, che non coincide esattamente né con quella internazionale né con quella interna, ma che necessita di entrambe per assumere una configurazione completa di tutti gli elementi tipici¹³⁶. Si crea insomma un nuovo tipo penale che si struttura come un Giano bifronte¹³⁷. Neppure tale soluzione interpretativa pare conforme al principio di legalità, poiché la norma penale su cui si fonda il capo di imputazione è il prodotto totalmente giurisprudenziale della fusione di due disposizioni, nessuna delle quali singolarmente considerata è sufficiente ed autonoma. Si tratta di una norma di creazione pretoria, rispetto alla quale l’intervento giudiziale non si limita a specificare gli elementi tipici o a modificare la portata applicativa, ma assume un ruolo propriamente *costitutivo* di una fattispecie nuova.

Inoltre, come rileva PARENTI, nel ricorrere a questo meccanismo i tribunali, oltre a non affrontare il problema insito in una tipicità di natura consuetudinaria, omettono di analizzare tutte le conseguenze che in linea di principio deriverebbero

¹³⁵ M. OLLÉ SESÉ, *op. cit.*, p. 179 (traduzione nostra), nel contesto di una valutazione complessivamente favorevole di questo meccanismo interpretativo basato sull’“interazione” tra norme penali interne ed internazionali.

¹³⁶ MALARINO parla a tal proposito di “legalità incompleta”: E. MALARINO, *Argentina*, in K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas*, cit., pp. 32-34.

¹³⁷ La suggestiva immagine della “cabeza de Jano” è ripresa da D. CARO CORIA, *Perù*, in K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, cit., p. 140 ed ID., *Sulla persecuzione dei crimini internazionali nella giurisprudenza penale peruviana*, in G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani*, cit., pp. 213-259.

dall'uso della figure di diritto penale internazionale sul piano della tipicità, come ad esempio la disciplina del dolo e dell'errore¹³⁸.

2.1.4.2. (Segue) Il rapporto tra fattispecie interna ed internazionale e la fallacia del modello della specialità

Un ulteriore profilo critico del metodo della doppia sussunzione riguarda poi la definizione dei rapporti intercorrenti tra la figura delittuosa interna e quella internazionale¹³⁹. Le sentenze in cui si adopera tale soluzione si accontentano talvolta di verificare la duplice corrispondenza dei *fatti* oggetto di giudizio sia alla fattispecie penale nazionale sia al crimine internazionale, e sulla base di questo giustificano l'applicazione contemporanea di entrambe le norme. Questa visione presta il fianco alla prevedibile obiezione che è impossibile parlare di una vera e propria identità tra i fatti costitutivi dei due tipi penali, quello interno e quello internazionale, poiché quest'ultimo si compone anche necessariamente di un elemento di contesto che vale appunto ad attribuirgli rilevanza internazionale¹⁴⁰.

Altre sentenze, invece di attestarsi sul piano fattuale, si soffermano ad esaminare la relazione giuridica intercorrente tra i due tipi penali, e la descrivono come rapporto di specialità – o *relazione di inclusione*¹⁴¹ –, nel senso che la fattispecie internazionale rientra in quella interna, la quale costituisce il più ampio *genus*, ed è nel contempo contrassegnata da alcuni elementi ulteriori e peculiari che ne determinano la specificità.

L'esempio paradigmatico di tale configurazione – nonché l'ipotesi delittuosa cui più frequentemente è stato applicato il metodo interpretativo in esame – è la sparizione forzata di persone: la condotta che la integra, secondo quanto affermano alcune Corti Supreme, è suscumbibile anche nella fattispecie comune di privazione

¹³⁸ P. PARENTI, *Argentina*, in AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, cit., pp. 24-25.

¹³⁹ *Ibidem*: questo aspetto viene annoverato tra i profili che la giurisprudenza non ha esaminato compiutamente, e il cui chiarimento pare invece importante ai fini di una corretta applicazione del meccanismo della *doble subsunción* (rispetto al quale l'autore pare complessivamente favorevole).

¹⁴⁰ P. PARENTI, *ivi*, p. 35, più cautamente segnala che occorre quantomeno adottare una concezione ampia del concetto di "fatti", idonea a ricomprendervi appunto anche l'elemento di contesto.

¹⁴¹ Così la definisce P. PARENTI, *Sulla persecuzione dei crimini internazionali nella giurisprudenza penale peruviana*, in G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani*, cit., p. 283.

illegittima di libertà, già prevista dai codici penali nazionali all'epoca dei fatti. Il ragionamento è ben descritto nel *dictamen* del *Procurador General de la Nación* nella celebre sentenza *Simón*:

“Una vez establecido así el alcance de la figura, se desprende, a mi entender, que el delito de desaparición forzada de personas ya se encuentra -y se encontraba- tipificado en distintos artículos de nuestra legislación penal interna. No cabe duda que el delito de privación ilegítima de la libertad contiene una descripción típica lo suficientemente amplia como para incluir también, en su generalidad, aquellos casos específicos de privación de la libertad que son denominados "desaparición forzada de personas". Se trata, simplemente, de reconocer que un delito de autor indistinto, como lo es el de privación ilegítima de la libertad, cuando es cometido por agentes del Estado o por personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia, y es seguida de la falta de información sobre el paradero de la víctima, presenta todos los elementos que caracterizan a una desaparición forzada. Esto significa que la desaparición forzada de personas, al menos en lo que respecta a la privación de la libertad que conlleva, ya se encuentra previsto en nuestra legislación interna como un caso específico del delito -más genérico- de los artículos 141 y, particularmente, 142 y 144 bis y ter del Código Penal, que se le enrostra al imputado”¹⁴².

Gli elementi specializzanti della sparizione forzata di persone rispetto alla privazione illegittima di libertà sono dunque individuati, da parte del Procuratore Generale, nel soggetto attivo, che deve necessariamente essere un agente statale o un persona che agisce con l'autorizzazione, appoggio o acquiescenza dello Stato, e nella mancanza di informazioni sul luogo in cui si trova la vittima dopo il suo sequestro¹⁴³.

A tal proposito pare opportuno specificare che si tratta di due elementi tutt'altro che pacifici nella stessa definizione internazionale del delitto¹⁴⁴; ciò

¹⁴² Procuración General de la Nación argentina, Dr. N. Becerra, *Dictamen* en el caso *Simón*, CSJN argentina, cit., 29.08.2002, par. IX. 9 (enfasi aggiunta).

¹⁴³ Questa struttura del delitto di sparizione forzata riprende la definizione della CISFP, ma non corrisponde, come già si è detto, a quella – più ampia quanto ai soggetti attivi – adottata dallo StCPI. Vedi *supra*, cap. II, parr. 6.1 e 6.2.

¹⁴⁴ L'assenza di informazioni sul luogo in cui si trova la vittima, che costituisce il secondo segmento della condotta costitutiva del delitto di sparizione forzata di persone, dopo la privazione illegittima di libertà, è effettivamente il *quid pluris* che consente di distinguere tale reato da quello comune di sequestro o detenzione illegittima. Tuttavia, questo momento della condotta è oggetto di numerosi dibattiti a livello dottrinale, connessi alla sua natura omissiva e alla conseguente necessità di individuare la fonte dell'obbligo di agire la cui violazione viene sanzionata, alla sua relazione con la prima frazione di condotta – la privazione illegittima di libertà –, all'individuazione del *tempus commissi delicti* e alla necessità di una sua permanenza nel tempo. Senza addentrarci in queste

nonostante, li ritroviamo spesso indicati come tratti caratteristici e specializzanti del delitto di sparizione forzata di persone. La giudice Argibay, ad esempio, nel suo voto individuale nella medesima sentenza *Simón*, afferma:

*“La clasificación de los hechos como crímenes contra la humanidad resulta, por lo que diré, en principio plausible. Si se tiene en cuenta que esta categoría de crímenes internacionales se refiere a diversas conductas que también son consideradas delictivas en el derecho interno de los países, se hace necesario determinar cuál es el rasgo que autoriza la inclusión de un acto no sólo en esta última, sino también en la primera. Considero que el criterio más ajustado al desarrollo y estado actual del derecho internacional es el que caracteriza a un delito como de lesa humanidad cuando las acciones correspondientes han sido cometidas por un agente estatal en ejecución de una acción o programa gubernamental”*¹⁴⁵.

Il giudice Lorenzetti, dal canto suo, a fianco del requisito della presenza di un agente statale – o di un gruppo detentore di un dominio comparabile a quello statale – come soggetto attivo, individua come ulteriore elemento – più che specializzante – “eccezionale” della sparizione forzata il soggetto passivo, che coincide con la persona vittima del fatto illecito non solo come tale, ma anche in quanto membro dell’umanità nel suo complesso. Dalla concorrenza di questi due elementi deriva la rilevanza del fatto come crimine contro l’umanità¹⁴⁶.

La distinzione tra il delitto di sequestro e quello di sparizione forzata si fonda poi, secondo numerose altre sentenze, sui beni giuridici protetti dalle due figure. Secondo questa lettura, che ritroviamo in particolare nella giurisprudenza

complesse questioni (e rimandando per un esame approfondito e per la proposta di soluzioni interpretative che permettano di risolverle a K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas*, cit., *passim*), basti segnalare che esse suggeriscono l’opportunità di un ripensamento della struttura tipica del delitto di sparizione forzata, ed in particolare del secondo segmento della condotta costituito dall’omissione di fornire informazioni sulla persona scomparsa, prima di affidare ad esso la funzione discrezionale rispetto al reato di sequestro. Ancora più problematica appare l’individuazione dei possibili soggetti attivi. La delimitazione di questi ultimi agli agenti statali è prevista infatti come requisito strutturale dalla CISFP, ma non invece dallo Statuto di Roma, che ammette nel novero dei soggetti attivi anche “membri di organizzazioni politiche” (cfr. Art. 7.2 lett. i StCPI), aspetto che dimostra l’assenza nel piano internazionale di un consenso unanime intorno alla configurazione di tale figura delittuosa come reato proprio.

¹⁴⁵ Voto della giudice Argibay nella sentenza *Simón*, cit., considerando 10.

¹⁴⁶ “La descripción jurídica de estos ilícitos contiene elementos comunes de los diversos tipos penales descriptos, y otros excepcionales que permiten calificarlos como "crímenes contra la humanidad" porque: 1- afectan a la persona como integrante de la "humanidad", contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2- son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado” (Voto separato del giudice Lorenzetti, considerando 13).

colombiana e peruviana¹⁴⁷, mentre la fattispecie di sequestro è pensata per tutelare unicamente la libertà personale, quella di sparizione forzata mira a proteggere una pluralità di beni giuridici differenti, che includono la libertà personale ma non si limitano ad essa, comprendendo altresì l'integrità fisica e psichica, il diritto di accesso alla giustizia e ad un ricorso effettivo ed infine la vita.

*“En efecto, mientras la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos -tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, el derecho a un juicio imparcial y un debido proceso, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención, entre otros-, el secuestro solamente protege el bien jurídico de la libertad y autonomía personal. Además, mientras el delito de secuestro lo comete quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con los fines determinados en la legislación penal, la comisión de la desaparición forzada se consume en dos actos: la privación de la libertad de una persona -que puede ser, incluso ab initio legal y legítima-, seguida de su ocultamiento, y además la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo legal”*¹⁴⁸.

Questa visione della sparizione forzata come delitto plurioffensivo, che si appoggia su un'interpretazione della Corte IDU che la definisce “una molteplice violazione di vari diritti protetti dalla CADU”¹⁴⁹, è anch'essa oggetto di dibattito¹⁵⁰: di conseguenza, neppure tale criterio discrezionale si profila del tutto esente da critiche.

¹⁴⁷ Corte Constitucional colombiana, C-317/2002, capítulo VI (consideraciones y fundamentos de la Corte), par. 2.d); Sala Penal Nacional peruviana, *Ernesto Castillo Páez (Proceso seguido contra Jiménez del Carpio y otros por el delito contra la libertad – secuestro – de Ernesto Rafael Castillo Páez)*, exp. 111-04, 20.03.2006, par. 7. de las “consideraciones sobre la calificación jurídica”.

¹⁴⁸ *Ibidem*, VI. d) “El caso concreto”.

¹⁴⁹ Cfr. per tutte Corte IDU, *Velásquez Rodríguez*, cit., §155-157.

¹⁵⁰ In realtà, come rileva J. L. MODOLELL GONZÁLEZ [*La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos*, in K. AMBOS, (coord.), *Desaparición forzada de personas*, cit., p. 185], questa interpretazione si limita a descrivere cioè che accade solitamente, senza verificare se effettivamente la configurazione del tipo penale richiede la violazione di tutti quegli interessi. Ad esempio, sebbene la sparizione forzata sfoci normalmente nell'omicidio della vittima, ciò non sempre accade, né d'altra parte la descrizione normativa del delitto sembra specificamente destinata alla protezione del bene giuridico “vita”. Le condotte illecite commesse durante la detenzione illegale dunque, pur manifestandosi nella maggior parte dei casi congiuntamente alla sparizione forzata, non ne determinano la specificità, né giustificano la sua tipizzazione separata rispetto ai reati di omicidio e lesioni. Alla luce di tali considerazioni, si può concludere che il bene che questo tipo penale mira a proteggere in via primaria è la libertà personale, la cui privazione è la prima condotta che concorre ad integrare il delitto. Alcuni autori invece (I. MEINI, *Perú*, in K. AMBOS

Al di là delle sfumature tra i differenti ragionamenti ora riportati, nessuno di essi sembra cogliere quello che è invece un elemento assolutamente centrale nella configurazione della sparizione forzata come crimine contro l'umanità. Mi riferisco al cd. elemento di contesto o *chapeaux*, che, per quanto riguarda i crimini contro l'umanità, consiste nell'aver realizzato la condotta “nel contesto di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile, con la conoscenza di tale attacco”¹⁵¹. La sussistenza di questo elemento, ancor prima che i singoli elementi tipici che abbiamo indicato, costituisce il vero e proprio *discrimen* tra il delitto comune – in questo caso il sequestro – ed il crimine contro l'umanità – la sparizione forzata –, e nel contempo è un requisito indispensabile per l'applicabilità di quel regime giuridico eccezionale cui appunto mirano gli organi giudicanti¹⁵².

2.1.4.3. (Segue) *La mancata applicazione del concorso apparente di norme*

Ma indipendentemente dall'individuazione degli elementi specializzanti che consentirebbero di isolare la sparizione forzata all'interno del più ampio *genus* privazione illegittima di libertà, e tornando a considerazioni di ordine più generale, il rapporto di specialità che si rinviene tra queste due fattispecie – e analogamente tra il reato di tortura e quello di lesioni –, costituisce, a rigore, il presupposto applicativo della disciplina del concorso apparente di norme. Come riconosce il PGN nella sua opinione sul caso *Simón*:

“Debe quedar claro que no se trata entonces de combinar, en una suerte de delito mixto, un tipo penal internacional -que no prevé sanción alguna- con la pena prevista para otro delito de la legislación interna. Antes bien, se trata de reconocer la relación de concurso aparente en la que se hallan parcialmente ambas

(coord.), *Desaparición forzada de personas*, cit., p. 121), focalizzandosi sul momento della sottrazione della vittima dalla protezione giuridica, preferiscono individuare come bene giuridico tutelato la personalità giuridica della vittima. Un'ulteriore proposta interpretativa combina la protezione di due beni, uno di natura personale – la sicurezza individuale – ed un altro collettivo – il corretto funzionamento dell'amministrazione della giustizia [così P. GALAIN, *Uruguay*, in K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas*, p. 147].

¹⁵¹ Tale è la definizione fornita dallo Statuto di Roma.

¹⁵² Suggestisce infatti P. PARENTI (*La persecuzione dei crimini internazionali in Argentina*, cit., p. 286) che i giudici, per applicare correttamente il meccanismo della doppia sussunzione, e in particolare per sussumere i fatti anche nel crimine internazionale, devono specificamente verificare la presenza degli elementi di contesto propri di tale categoria, adducendo come esempio di questa “pratica virtuosa” una sentenza della Cámara Federal de Apelaciones di Buenos Aires (caso *Amarante*, 29.11.2005).

formulaciones delictivas, y el carácter de lesa humanidad que adquiere la privación ilegítima de la libertad -en sus diversos modos de comisión- cuando es realizada en condiciones tales que constituye, además, una desaparición forzada. (...) ello significa que aquellas normas penales internas, en cuyas descripciones típicas pudiera subsumirse la privación de la libertad que acompaña a toda desaparición forzada de personas, adquirieron, en esa medida, un atributo adicional -la condición de lesa humanidad, con las consecuencias que ello implica- en virtud de una normativa internacional que las complementó”¹⁵³.

Tuttavia, la disciplina del concorso apparente di norme impone che trovi applicazione solamente una delle due fattispecie astrattamente adatte alla descrizione del caso¹⁵⁴; in particolare, laddove sussista un rapporto di specialità tra tali disposizioni, prevarrà la *lex specialis*, nella quale la figura più generica viene inglobata. Nel caso in esame, quindi, dovrebbe trovare applicazione la sola figura della sparizione forzata di persone, con esclusione della più generica privazione illegittima di libertà, il cui disvalore è già compreso nella più specifica e più grave fattispecie internazionale.

Non è questo invece, come si è visto, l'esito del metodo della *doblesubsunción*: il tipo penale internazionale e la fattispecie di diritto interno vengono applicati entrambi, congiuntamente, ed ognuno di essi adempie ad una specifica funzione descrittiva e di disciplina. Non si può quindi ritenere che si tratti di un concorso apparente di norme, appunto perché non lo si risolve con l'applicazione della sola norma incriminatrice speciale – il tipo penale internazionale.

Gli insoliti esiti applicativi del metodo della doppia sussunzione discendono da una peculiarità che già abbiamo segnalato: vale a dire, la carenza di autonomia delle due fattispecie che vengono combinate. Nessuna delle due può essere applicata indipendentemente e separatamente dall'altra, poiché ci si troverebbe di fronte o ad una norma, già vigente all'epoca dei fatti, che prescrive la condotta vietata e la corrispondente sanzione nel rispetto del principio di legalità, ma che condurrebbe alla dichiarazione di estinzione del reato – per avvenuta prescrizione o per applicazione di una disposizione di amnistia –, oppure, dall'altra parte, ad una norma internazionale che descrive compiutamente gli elementi tipici e consente il

¹⁵³ Procuración General de la Nación argentina, *Dictamen* nel caso *Simón*, cit., par. IX. 9.

¹⁵⁴ Cfr. l'art. 15 del codice penale italiano.

superamento della prescrizione e di eventuali amnistie, ma non prevede alcuna sanzione ed è spesso carente della tassatività richiesta ad una norma incriminatrice.

2.1.4.4. (Segue) Problemi ricorrenti: sistema delle fonti e validità temporale della regola dell'imprescrittibilità

Ai rilievi critici ora svolti si affiancano, naturalmente, quelli segnalati in precedenza rispetto al ricorso al diritto internazionale come fonte diretta di incriminazione, che costituisce, come si è visto, uno dei passaggi logici in cui si articola la doppia sussunzione, e i cui aspetti problematici non sono sufficientemente risolti dall'applicazione congiunta di una fattispecie di diritto penale interno.

Questo metodo interpretativo, inoltre, lascia impregiudicata la questione della – ancora controversa – validità temporale della regola che stabilisce l'imprescrittibilità e le ulteriori conseguenze speciali dei crimini internazionali. Per riprendere l'esempio della sparizione forzata, la visione secondo cui essa era già contemplata come delitto all'epoca dei fatti, nella fattispecie più generica di privazione illegittima di libertà, non eliminerebbe infatti di per sé l'ostacolo dell'avvenuta prescrizione del reato. In effetti questa conclusione richiede lo svolgimento di due passaggi ulteriori: *in primis*, si deve verificare che nel momento della commissione dei fatti oggetto di giudizio la sparizione forzata di persone esisteva come tipo penale, sufficientemente definito, compreso nel novero dei crimini contro l'umanità; in secondo luogo, occorre dimostrare che la regola dell'imprescrittibilità in relazione a questa categoria delittuosa era già in quel momento riconosciuta nell'ordinamento internazionale.

Nessuno di questi due momenti di accertamento riserva un esito scontato: in primo luogo, come già si è detto, la sparizione forzata di persone non è da sempre contemplata nel novero di condotte costitutive di crimini contro l'umanità. Al contrario, nell'ambito interamericano essa venne definita e proibita dalla Convenzione del 1994¹⁵⁵, mentre nel diritto penale internazionale essa ha trovato

¹⁵⁵ La Convenzione Interamericana, in quanto strumento regionale di protezione dei diritti umani, la qualifica come grave violazione dei diritti umani ed impone un corrispondente obbligo di incriminazione a carico degli Stati. Il considerando 6° del Preambolo afferma che la pratica sistematica della sparizione forzata costituisce un "delitto di lesa umanità": secondo la Convenzione,

espressa previsione ancor più di recente, nello Statuto di Roma. Pur essendo indubbio che la condotta costitutiva del delitto di sparizione forzata di persone fosse *illicita* anche all'epoca dei fatti in questione, la sua configurazione come crimine contro l'umanità in quel momento non si era ancora cristallizzata con un livello di definitezza e certezza sufficienti.

Inoltre, come rileva il giudice Fayt nel suo voto in dissidenza nella sentenza *Simón*:

“Ni aun admitiendo que el delito de desaparición forzada de personas ya se encontraba previsto en nuestra legislación interna como un caso específico del género "privación ilegítima de libertad" de los arts. 141 y, particularmente, 142 y 144 bis del Código Penal, la solución variaría en modo alguno, pues la aplicación del principio de imprescriptibilidad previsto en la citada Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a hechos anteriores a su entrada en vigor (art. 7°), seguiría resultando contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal que establece el principio de legalidad”¹⁵⁶.

D'altra parte, affermare, come frequentemente fanno le Corti Supreme, che tale Convenzione costituisce una mera cristallizzazione di una disciplina che già formava parte del *corpus* della consuetudine internazionale, si scontra con tutte le difficoltà di accertamento del contenuto e dell'operatività della fonte consuetudinaria sopra descritte.

Altro caso esemplificativo dell'insufficienza del metodo della doppia sussunzione per il superamento del limite della prescrizione è illustrato dalla sentenza della Corte Suprema cilena nel caso *Vásquez Martínez Y Superby Jeldres*¹⁵⁷ in relazione non più al reato di sparizione forzata bensì a quello di omicidio. Dopo aver ribadito che secondo la dottrina e la giurisprudenza cilene il diritto internazionale, sia scritto che consuetudinario, gode di primazia su quello interno, la Corte giustappone la tipizzazione dei fatti come omicidio costitutivo di crimine internazionale e quella come delitto comune di omicidio:

“Que la calificación del delito de homicidio cometido en la persona de las dos víctimas asesinadas a fines de 1973 por funcionarios del Estado de Chile, materia

dunque, la sparizione forzata non necessariamente costituisce un crimine internazionale, ma solo quando è commessa, appunto, all'interno di una prassi sistematica.

¹⁵⁶ Voto in dissidenza del giudice Fayt, considerando 38.

¹⁵⁷ Corte Suprema de Chile, Sala Penal, *Caso Molco*, cit.

de autos, como un “crimen contra la humanidad”, no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho nacional “homicidio” y en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad, acorde al contexto precedentemente desarrollado”¹⁵⁸.

Sulla base di questa duplice sussunzione, la Corte accoglie il ricorso per cassazione, dichiarando, al contrario di quanto aveva fatto il tribunale *a quo*, l’imprescrittibilità dei fatti oggetto di giudizio sulla base di un doppio passaggio logico: qualificandoli come crimini internazionali ed applicando, di conseguenza, la regola dell’imprescrittibilità sancita dalla Convenzione del 1968.

Questo ragionamento rivela un nodo problematico: come ricorda il giudice Ballesteros nel suo voto in dissidenza, lo Stato cileno non è parte della Convenzione del 1968, e non può quindi riconoscerne la diretta vigenza nell’ordinamento interno¹⁵⁹. La prevedibile risposta della maggioranza della Corte a questa obiezione è che tale Convenzione ha carattere meramente codificatore di una norma consuetudinaria internazionale che, in quanto tale, vincola anche gli Stati, come il Cile, che non abbiano la corrispondente Convenzione¹⁶⁰. Ricompare quindi quel percorso interpretativo che ricorre alla consuetudine internazionale come fonte diretta di incriminazione e di disciplina penale, con tutte le riserve e le criticità che abbiamo in precedenza messo in evidenza¹⁶¹.

Inoltre, l’argomentazione concretamente svolta dalla Corte Suprema cilena per giustificare la tipizzazione dei fatti come crimini internazionali sembra applicare congiuntamente, quasi confondendole, le categorie dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra. Nei passaggi iniziali della sentenza, infatti, l’organo giudicante si preoccupa di dimostrare che i fatti oggetto di giudizio furono commessi nel contesto di un conflitto armato interno¹⁶², elemento che ne determina la qualificazione come

¹⁵⁸ Ivi, considerando 25.

¹⁵⁹ Il giudice aggiunge che neppure lo Statuto di Roma, che prevede una regola analoga, era in vigore all’epoca del giudizio, posto che la ratifica da parte dello Stato cileno è intervenuta solamente nel 2009 (*ibidem*).

¹⁶⁰ Considerando 13 e 14.

¹⁶¹ Vedi *supra*, par. 2.1.1.

¹⁶² Il giudice Ballesteros nel suo voto dissidente contesta anche quest’affermazione, sostenendo che non si può definire come conflitto armato, sulla base essenzialmente di un decreto dettato dal regime stesso, la situazione interna al Paese all’epoca dei fatti: “el D. L. N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, (...) No se ha acreditado que en la época en

crimini di guerra e la soggezione alle norme di diritto internazionale umanitario. Da tale descrizione si ricava l'applicabilità della Convenzione del 1968 e della norma consuetudinaria che, nell'opinione della Corte, tale strumento ha inteso cristallizzare, salvo poi passare a riferirsi ai crimini oggetto di giudizio non più come crimini di guerra, bensì come crimini contro l'umanità¹⁶³. Questa incongruenza interna, che può essere dovuta a semplice imprecisione, ma che rischia in realtà di tradursi in una "triplice sussunzione" dei fatti, sembra confermare il sospetto che la Corte utilizzi le categorie del diritto penale internazionale in modo prettamente *strumentale* alla dichiarazione dell'imprescrittibilità dei crimini, essendo allo scopo indifferente che la tipizzazione rimandi all'una o all'altra di tali categorie.

2.1.4.5. La sentenza *Fujimori*: un uso "improprio" della doppia sussunzione

Al margine del metodo della doppia sussunzione o, se si vuole, come esempio di un suo uso "improprio", si colloca poi la sentenza del Supremo Tribunale peruviano nel caso *Fujimori*¹⁶⁴.

I giudici della Corte, nel tipizzare i fatti oggetti di giudizio, optano per una soluzione per così dire cumulativa: la sussunzione nelle fattispecie di sequestro aggravato, omicidio aggravato e lesioni gravi, ai sensi del codice penale peruviano¹⁶⁵, è infatti accompagnata dalla qualificazione degli illeciti commessi nei casi *Barrios Altos* e *La Cantuta* come "crimini contro l'umanità d'accordo con il diritto internazionale penale"¹⁶⁶. A parere della Corte, infatti, i reati commessi nei casi *Barrios Altos* e *La Cantuta* "trascendono l'ambito strettamente individuale o

referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. Tampoco se ha acreditado que el 12 de septiembre de 1973 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos" (considerando 9).

¹⁶³ Considerando 25.

¹⁶⁴ Corte Suprema del Perú, Sala Penal Especial, *Fujimori Fujimori, Alberto*, 07.04.2009, exp. n° A.V. 19-2001. La sentenza condanna a venticinque anni di reclusione l'ex-dittatore alberto Fujimori, in qualità di autore mediato in virtù del dominio di un apparato organizzato di potere, per omicidio aggravato plurimo, lesioni gravi plurime e duplice sequestro aggravato.

¹⁶⁵ Rispettivamente artt. 152 co. 2, 108 e 121 c.p. peruviano.

¹⁶⁶ Vedi parte dispositiva, punto II, nonché par. 710 ss. dei fundamentos jurídicos penales.

comune”, poiché presentano i requisiti propri dei crimini contro l’umanità: si afferma che formarono parte di una “politica statale di eliminazione selettiva ma sistematica di presunti membri dei gruppi sovversivi”, disegnata e controllata dalle più alte sfere dello Stato, che colpì un notevole numero di persone indifese della popolazione civile.

Va innanzitutto osservato che tale qualificazione non comporta alcuna conseguenza sul piano sanzionatorio, né sul regime giuridico applicato ai fatti oggetto di giudizio: la determinazione della pena, infatti, prende in considerazione le cornici edittali previste dal codice penale peruviano per i reati comuni di omicidio, lesioni e sequestro, oltre alle circostanze aggravanti speciali sopra menzionate, senza che alcun riferimento venga rivolto, nel momento commisurativo, alla categoria dei crimini internazionali¹⁶⁷. La sussunzione delle condotte in questa tipologia di crimini internazionali si sarebbe diversamente scontrata con l’assenza nell’ordinamento peruviano, all’epoca dei fatti, di una fattispecie incriminatrice corrispondente¹⁶⁸.

Ma la ragione sottesa a questa peculiare soluzione interpretativa è in buona misura connessa alle specifiche vicende processuali che hanno condotto alla sentenza della Corte Suprema: in particolare, essa è stata imposta dai limiti connessi al procedimento di estradizione. Il principio di doppia incriminazione, infatti, impediva alla Corte peruviana di sussumere i fatti nella categoria dei crimini contro l’umanità, poiché il Cile, paese estradante, non li contemplava nel proprio ordinamento. La tipizzazione dei fatti come delitti comuni può dunque essere considerata una sorta di scelta obbligata, che la Corte Suprema peruviana sembra aver voluto in qualche

¹⁶⁷ La sentenza, nel momento della commisurazione, menziona solo, genericamente, “le caratteristiche di esecuzione del fatto, la loro logica pianificata” (par. 766).

¹⁶⁸ I *delitos de lesa humanidad* vennero inseriti nel c.p. peruviano (nel titolo XIV-A) con la l. 26926 del 1998, che abrogò contestualmente il cap. V del titolo I, libro II, rubricato “Genocidio”. Nell’attuale formulazione, essi comprendono genocidio, sparizione forzata, tortura, discriminazione e manipolazione genetica. Manca, tuttavia, nella descrizione delle fattispecie, l’elemento di contesto tipico dei crimini contro l’umanità, secondo cui gli atti devono formar parte di un attacco esteso o sistematico contro una popolazione civile (sulla definizione e sulle funzioni dell’elemento di contesto o *chapeau* si veda: E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, *Introduzione*, in E. AMATI, V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, 2^a ed., Milano, 2010, pp. 2-3). Questa peculiarità dipende dal fatto che la norma è stata introdotta in adempimento agli obblighi imposti dalle Convenzioni interamericane in materia, il cui oggetto, pur sovrapponendosi in parte al diritto penale internazionale, se ne discosta per alcuni – significativi – profili: tra questi, appunto, l’assenza dell’elemento di contesto proprio dei crimini internazionali come elemento costitutivo necessario della figura.

modo compensare con la dichiarazione secondo cui si tratta di crimini contro l'umanità.

Si può inoltre legittimamente ritenere che la Corte Suprema peruviana non si sia inoltrata nella considerazione delle conseguenze derivanti dalla qualifica dei fatti come crimini internazionali semplicemente perché non ne aveva bisogno: i fatti oggetto di giudizio avvennero infatti nel decennio compreso tra il 1990 ed il 2000, e non presentano pertanto i problemi di prescrizione che caratterizzano i reati commessi durante le dittature di altri paesi sudamericani, prevalentemente risalenti agli anni '70-'80 del secolo scorso. Quanto alle leggi di amnistia, la Corte IDU prima ed il *Tribunal Constitucional* poi ne avevano previamente decretato la carenza di effetti giuridici per contrarietà alla CADU e alla Costituzione, aprendo così la strada a tutte le indagini ed azioni penali che erano state paralizzate per effetto di quelle leggi.

Alla luce di questi rilievi, risulta evidente come le argomentazioni poste alla base della tipizzazione dei fatti nel caso *Fujimori* non corrispondano pienamente al metodo della doppia sussunzione che sopra abbiamo analizzato: la dichiarazione secondo cui i fatti sono qualificabili come crimini contro l'umanità, come si è visto, è sprovvista di conseguenze pratiche sul piano commisurativo e sulla disciplina temporale¹⁶⁹, ed è connotata da un valore puramente *simbolico*, volto a sottolineare la gravità estrema dei reati ed il loro inserimento all'interno di un peculiare contesto di violenza sistematica e massiva¹⁷⁰.

In conclusione, cogliere nella sentenza di condanna a carico di Fujimori un'ipotesi applicativa del metodo della doppia sussunzione implica necessariamente una concezione di tale metodo più ampia di quella che è stata finora prevalente nella

¹⁶⁹ Nonostante una considerazione rivolta dal giudice San Martín al Pubblico Ministero, secondo cui, alla luce della natura penale internazionale dei delitti imputati, egli avrebbe potuto chiedere l'applicazione del massimo edittale contemplato dall'ordinamento (30 anni di reclusione, invece dei 25 chiesti e comminati): cfr. il par. 764 della sentenza.

¹⁷⁰ Suggestiscono che lo scopo di questa dichiarazione è fornire un apporto all'effettiva implementazione del "diritto alla verità" L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Algunas consideraciones jurídico-internacionales acerca de la sentencia de la sala Especial de la Corte Suprema de la República del Perú contra Alberto Kenya Fujimori Fujimori*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 10, 2010 (<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/535>), p. 16. Questi autori però criticano la tipizzazione dei fatti adottata dalla Corte peruviana, sostenendo che essa "abbraccia mansuetamente la rigida interpretazione del principio di legalità penale" (p. 14) e che la loro sussunzione nella categoria dei crimini contro l'umanità avrebbe invece costituito un'applicazione della norma penale non retroattiva ma retrospettiva, e quindi ammissibile.

giurisprudenza dei tribunali latinoamericani: i giudici ricorrono in tal caso ai tipi penali internazionali non come veicolo per garantire l'attribuzione del connesso regime d'eccezione, bensì come *chiave di lettura* per una dichiarazione dal mero valore descrittivo e *simbolico*.

2.1.5. *Le sparizioni forzate come reato permanente*

Per superare i limiti temporali alla persecuzione penale con riferimento, in particolare, al delitto di sparizione forzata, la giurisprudenza sudamericana ha elaborato un ulteriore e diverso percorso argomentativo, che fa leva sulla natura permanente del reato.

Le peculiarità che contrassegnano la disciplina del reato permanente – il cui tratto distintivo, com'è noto, è il mantenimento nel tempo della situazione antiggiuridica creata dalla condotta illecita, per volontà del soggetto attivo – comportano infatti rilevanti conseguenze sia per la possibilità di applicare retroattivamente una legge penale sopravvenuta mentre la situazione illecita era ancora in corso, sia per la fissazione del *dies a quo* di decorrenza della prescrizione: due profili che appaiono collegati ma che non necessariamente coincidono nel trattamento che il sistema penale assegna loro¹⁷¹.

Per quanto concerne il primo dei due profili ora menzionati, si ricordi che, secondo un orientamento dottrinale ampiamente maggioritario¹⁷² non solo entro i

¹⁷¹ Né il c.p. italiano né il c.p. spagnolo, ad esempio, prevedono una regola specifica per i reati permanenti nel disciplinare la successione di leggi nel tempo, ma entrambi sanciscono, al contrario, una regola speciale, derogatoria rispetto a quella generale, per il computo del termine di prescrizione in relazione a tale tipologia di reati. L'art. 158 co. 1 ultimo inciso c.p. italiano e l'art. 132 co. 1 c.p. spagnolo, infatti, fissano come *dies a quo* per la prescrizione dei reati permanenti il momento in cui, rispettivamente, "è cessata la permanenza" o "se eliminó la situación ilícita". Si veda sul punto A. GIL GIL, *La aplicación de la ley penal en el tiempo*, in A. GIL GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS, J. NUÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de derecho penal. Parte general*, Madrid, 2011 (specialm. a pp. 56-9): l'Autrice rileva, in prospettiva *de jure condendo*, l'opportunità di prevedere espressamente una regola analoga anche in relazione alla successione di leggi nel tempo.

¹⁷² Nella dottrina italiana, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Padova, 2001, p. 100; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3^a ed., Milano, 2001, p. 68. A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 3^o ed., 2006, p. 191; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Milano, 2003, p. 137; G. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, 2^a ed., Milano, 1947, p. 361.

confini del nostro paese¹⁷³, e recepito anche espressamente dal dettato normativo di vari codici penali¹⁷⁴, il *tempus commissi delicti* per i reati permanenti coincide non con l'inizio della condotta che instaura la situazione illecita, bensì con la cessazione del mantenimento della stessa. E proprio a tale momento si ha riguardo per determinare la legge penale applicabile, con la conseguenza che sarebbe legittima l'applicazione di una norma penale non vigente al momento dell'inizio dell'esecuzione ma sopravvenuta nel corso della permanenza, anche se tale soluzione, come vedremo¹⁷⁵, adombra risultati pregiudizievoli per il reo.

L'individuazione del *tempus commissi delicti* si riverbera poi sulla disciplina della prescrizione, marcando il momento di inizio del suo decorso¹⁷⁶. Anche rispetto a questo profilo i reati permanenti si caratterizzano per la collocazione del *dies a quo* nel momento in cui cessa la situazione anti-giuridica¹⁷⁷, a differenza di quanto previsto in via generale.

Le peculiarità del reato permanente ora descritte offrono evidentemente dei vantaggi tutt'altro che trascurabili alla persecuzione penale dei crimini di Stato che i tribunali sudamericani stanno oggi intraprendendo, poiché consentono sia di

¹⁷³ Nella dottrina spagnola, si veda ad es. M.I. GONZÁLEZ TAPIA, *Determinación del tiempo de comisión del delito*, Granada, 2002 (specialmente a pp. 302-305). L'Autrice individua come momento per determinare in via generale la legge applicabile l'ultimo atto posto in essere dal soggetto, indipendentemente dal fatto che esso coincida con la consumazione del reato (pp. 233 ss.); con particolare riferimento ai reati permanenti, poi, sostiene che il *tempus commissi delicti* coincide con il momento in cui "cessa il volontario mantenimento della situazione anti-giuridica creata dal soggetto" (p. 305, traduzione nostra). L'Autrice afferma che tale criterio è coerente con la visione, da lei condivisa, per cui il reato permanente si caratterizza per la "durata della consumazione", per un vero e proprio "periodo consumativo", ma che è compatibile anche con l'opinione di chi al contrario ne individua la specificità nell' "ininterrotto prolungamento della condotta tipica oltre la consumazione del delitto" (p. 303, traduzione nostra).

¹⁷⁴ Artt. 30 c.p.p. Bolivia, 119 c.p. Uruguay, 109 c.p. Venezuela; nel nostro continente, cfr § 2.2 c.p. tedesco.

¹⁷⁵ V. par. successivo.

¹⁷⁶ Anche se, come segnala GONZÁLEZ TAPIA, la significatività del criterio per individuare tale tempus è senza dubbio minore rispetto alla prescrizione che rispetto alla disciplina della successione di leggi nel tempo: mentre in quest'ultimo caso risponde alla ratio garantista del principio di irretroattività e al principio di colpevolezza, nel primo caso si riduce a mero "mezzo tecnico volto a garantire la certezza giuridica in relazione al computo" della prescrizione (M.I. GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el derecho penal*, Madrid, 2003, pp. 146-7).

¹⁷⁷ In realtà, come ricorda GONZÁLEZ TAPIA, la dottrina ha elaborato differenti criteri al riguardo: quello del risultato o della consumazione, che fissa il *tempus commissi delicti* nel momento in cui si perfeziona l'illecito, quello dell'azione, che guarda invece al momento di realizzazione della condotta tipica, e il criterio dell'ubiquità, che distingue a seconda che si intenda applicare la disciplina della successione di leggi penali nel tempo – nel qual caso si considera il risultato o la condotta con riguardo al risultato più favorevole al reo – oppure la prescrizione – e in tal caso la commissione è segnata generalmente dal risultato, e dall'azione se si rimane allo stadio del tentativo: cfr. M.I. GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el derecho penal*, cit., p. 149.

applicare una norma sopravvenuta nel corso del mantenimento della situazione anti-giuridica – ad esempio una norma che tipizzi la sparizione forzata come crimine contro l'umanità –, sia di aggirare l'ostacolo dell'intervenuta prescrizione. Affermando che la sparizione forzata è un reato permanente e che, visto che solitamente della persona sequestrata e detenuta illegalmente non si hanno ad oggi notizie, la sua commissione continua tuttora, infatti, si conclude che il *dies a quo* della prescrizione non ha ancora iniziato a decorrere.

Il riconoscimento della natura permanente del delitto di sparizione forzata, d'altra parte, non solo riflette la manifestazione fenomenologica della condotta incriminata, ma trova anche espressa conferma nel sistema interamericano. Sulla scorta di quanto sancito dall'art. 3 CISFP¹⁷⁸, infatti, la CorteIDU ha affermato in diverse sentenze che il delitto va considerato come “continuato o permanente fintantoché non si definisca la sorte della vittima ed il luogo in cui si trova”¹⁷⁹. Di conseguenza, come ha sottolineato la Corte stessa, il termine di prescrizione non inizia a decorrere finché rimane incertezza sulla sorte della vittima¹⁸⁰.

Si può rilevare, *a latere*, che queste statuizioni della CorteIDU sembrano basarsi sull'assunto erroneo che i concetti di reato “continuato” e “permanente” si equivalgano, disconoscendo invece che, mentre il primo è una “finzione giuridica”¹⁸¹ che considera in termini unitari una pluralità di condotte legate da un particolare vincolo – nell'ordinamento italiano descritto come il “medesimo disegno criminoso” (art. 81 c.p. italiano) –, il reato permanente “non si caratterizza per nessuna particolarità nella consumazione tipica, semplicemente la consumazione si protrae per un certo tempo”¹⁸².

Al di là di quest'imprecisione terminologica, che non impedisce comunque di comprendere che la natura cui in realtà ci si riferisce è quella di reato permanente¹⁸³,

¹⁷⁸ “... Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

¹⁷⁹ Tra le altre, CorteIDU, *Velásquez Rodríguez*, cit., §155, *Bámaca Velásquez*, cit., §128.

¹⁸⁰ CorteIDU, *Trujillo Oroza*, cit., § 72; *Velásquez Rodríguez*, cit., § 181. Vedremo nel par. successivo come questa interpretazione sia pregiudizievole ai diritti fondamentali dell'imputato.

¹⁸¹ F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2010 (8ª ed.), p. 469.

¹⁸² *Ibidem*, p. 413.

¹⁸³ È interessante citare a tal proposito una sentenza del Tribunal Supremo de Justicia venezuelano, che, consapevole di questa apparente confusione tra reato continuato e permanente, si preoccupa di specificarne le rispettive caratteristiche, per poi concludere che la sparizione forzata di persone,

l'interpretazione proposta nel sistema interamericano è stata colta e sviluppata dalla giurisprudenza dei tribunali nazionali. Il *Tribunal Constitucional* del Perù, ad esempio, ha seguito quest'opzione interpretativa in due noti casi relativi a sparizioni forzate commesse nel contesto del confronto violento tra *Sendero Luminoso* e le Forze armate e paramilitari durante la presidenza Fujimori. L'attribuzione alla sparizione forzata della natura di reato permanente è utilizzato, in entrambi i casi, come veicolo per legittimare l'applicazione retroattiva della norma che tipizza questo delitto.

Come espressamente riconosce il TC nella sentenza *Genaro Villegas Namuche*¹⁸⁴:

“Finalmente, si bien cuando se produjo la presunta detención de Genaro Villegas Namuche no se encontraba vigente en nuestro Código Penal el delito de desaparición forzada, ello no constituye impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal y se sancione a los responsables, por los otros delitos concurrentes en los hechos. En todo caso, si bien el principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2.24,d de la Constitución, incluye entre sus garantías la de la Lex previa, según la cual la norma prohibitiva deberá ser anterior al hecho delictivo, en el caso de delitos de naturaleza permanente, la ley penal aplicable no necesariamente será la que estuvo vigente cuando se ejecutó el delito. La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir

oggetto del processo, è inquadrabile nella seconda categoria, al pari del sequestro e del rapimento, poiché “en todos ellos el proceso consumativo se mantiene durante el tiempo en que el sujeto pasivo permanezca privado de su libertad” (Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, *Recurso de revisión Marco Antonio Monasterios Pérez*, sent. 1747, exp. 06-1656, 10.08.2007, consideraciones IV.1).

¹⁸⁴ Tribunal Constitucional peruviano, *Villegas Namuche, María Emilia, recurso extraordinario de habeas corpus*, Exp. n. 2488-2002-HC/TC, 18.03.2004. La ricorrente aveva interposto azione per *habeas corpus* in favore del fratello, Genaro Villegas Namuche, lamentando la violazione dei suoi diritti alla vita, al giusto processo, alla difesa e alla libertà personale. Egli era infatti scomparso a far data dal 02.10.1992: dopo essere uscito per andare al lavoro non aveva più fatto ritorno, ma il giorno successivo uno squadrone di uomini armati ed incappucciati aveva fatto violentemente irruzione nel suo domicilio alla ricerca di presunto materiale sovversivo. La ricorrente aveva adito le autorità giudiziarie ordinarie chiedendo la restituzione del fratello scomparso o informazioni sul luogo dove si trova la sua salma e l'annullamento del processo penale celebrato dinanzi al foro militare che l'aveva condannato in contumacia per il delitto di tradimento della patria. I tribunali di prima e seconda istanza accolsero quest'ultima richiesta, ma non quella di restituzione del fratello o della sua salma, ritenendo non sufficientemente provata la sua sparizione o assenza. Il *Tribunal Constitucional*, adito mediante *habeas corpus*, nella sentenza che qui si cita dichiarò fondato il ricorso ed ordinò l'apertura delle indagini sulla sparizione del beneficiario dell'azione.

*nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal. Tal es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”*¹⁸⁵.

In termini analoghi si esprime il medesimo organo giudicante nella sentenza *Vera Navarrete*¹⁸⁶, citando peraltro espressamente il precedente appena riportato:

*“Esto quiere decir que entre el 7 de mayo y el 1 de julio de 1992 no existió, taxativamente, en el Código Penal la figura típica correspondiente a la desaparición forzada de personas. Sin embargo, este Tribunal se ha pronunciado con anterioridad respecto a la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas. En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2488-2002-HC/TC [Genaro Villegas Namuche], éste Tribunal señaló expresamente que no se vulnera la garantía de la lex previa derivada del Principio de Legalidad Penal, en caso se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose. En tal sentido, el hecho de que la figura típica de desaparición forzada de personas no haya estado siempre vigente, no resulta impedimento, para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal por dicho delito y se sancione a los responsables. Esta apreciación se fundamenta, además, en lo dispuesto en el artículo III de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas”*¹⁸⁷.

La valorizzazione del carattere permanente del delitto di sparizione forzata viene quindi adoperata dalla giurisprudenza latinoamericana¹⁸⁸ come chiave

¹⁸⁵ Ivi, considerando 26.

¹⁸⁶ Tribunal Constitucional peruviano, *Vera Navarrete, Gabriel Orlando, recurso extraordinario de hábeas corpus*, Exp. n. 2798-2004-HC/TC, 09.12.2004. Questa celebre sentenza presenta la peculiarità di trarre origine da un ricorso presentato non da una vittima dei crimini della dittatura peruviana, ma da un presunto responsabile. Vera Navarrete, infatti, membro del famigerato *Grupo Colina*, era imputato in diversi processi relativi a vari episodi criminosi commessi da tale gruppo (fatti de La Cantuta, sequestro ed omicidio del giornalista don Pedro Herminio Yauri, episodio di El Santa-Chimbote, massacro di Barrios Altos) e si trovava in stato di detenzione preventiva. L'imputato propose ricorso per *habeas corpus* affermando che erano decorsi i termini della detenzione preventiva, ma il *Tribunal Constitucional*, con la sentenza qui citata, rigettò il ricorso dichiarandolo infondato.

¹⁸⁷ Ivi, considerando 22.

¹⁸⁸ Oltre alle sentenze ora citate, si veda C. Const. colombiana, C-580/2002 del 31.07.2002, *Control De Constitucionalidad De Tratado Internacional y Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada De Personas, sub art. 3*; Sala Penal Nacional peruviana, *Ernesto Castillo Páez*, cit., (par. “Situación o contexto de la desaparición forzada de personas en el Perú”); Suprema Corte de Justicia de la Nación messicana, Tribunal Pleno, *Controversia Constitucional*

interpretativa per ampliare la portata applicativa di tale fattispecie a fatti la cui commissione è iniziata prima dell'entrata in vigore della norma corrispondente. La parziale deroga al principio di irretroattività penale e la conseguente estensione nel piano temporale del tipo penale in questione sono qui raggiunte non avocando norme internazionali, ma sulla base della disciplina che gli ordinamenti nazionali riservano ad una determinata classe di reati.

Alcune sentenze ricorrono poi ad un ragionamento simile ma prediligono la sussunzione dei fatti nel reato comune di privazione illegittima della libertà (o detenzione illegittima), che condivide con la sparizione forzata la natura di reato permanente. Un esempio paradigmatico in tal senso è offerto dalla pronuncia del Tribunal Constitucional boliviano nel caso *Trujillo Oroza*, che annulla con rinvio una sentenza in cui si dichiarava l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione rilevando la natura permanente del delitto di privazione illegittima di libertà in cui vennero sussunti i fatti. Il Tribunale afferma:

*“La privación ilegal de libertad o detenciones ilegales, conforme lo entiende de manera uniforme la doctrina y la jurisprudencia comparada, es un delito permanente; debido a que en la ejecución de la acción delictiva, el o los autores están con el poder de continuar o cesar la acción antijurídica y que mientras ésta perdure el delito se reproduce a cada instante en su acción consumativa”*¹⁸⁹.

Alla luce di queste considerazioni, il tribunale conclude che la commissione del delitto non è ancora cessata e che per questo la prescrizione non ha iniziato a decorrere.

Questa soluzione è ancora più saldamente ancorata al sistema penale interno, e presenta vantaggi addirittura maggiori rispetto alla qualificazione dei fatti come sparizione forzata di persone: da un lato, infatti, valorizzando la natura permanente del reato, consente di pervenire al risultato di escludere che sia intervenuta la prescrizione, e dall'altro, non comporta la controversa applicazione retroattiva di una norma penale sfavorevole sopravvenuta – la norma che tipizza la sparizione forzata –

33/2004, 29.06.2004 e, a livello di giurisdizione ordinaria di prima istanza, Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial peruviano, *Auto de apertura de instrucción n. 49-2005* dell'1.07.2005, in relazione al caso della “matanza de Cayara” (su cui D. CARO CORIA, *Sulla persecuzione dei crimini internazionali nella giurisprudenza penale peruviana*, cit., pp. 117-163).

¹⁸⁹ Tribunal Constitucional boliviano, sentencia constitucional N° 1190/01-R *sobre recurso de amparo constitucional, Trujillo Oroza*, 12.11.2001, Exp.te 2001-03164-07-RAC.

, poiché sussume le condotte in una fattispecie comune già contemplata nell'ordinamento nazionale all'epoca dei fatti.

Un percorso interpretativo analogo, ma finalizzato questa volta all'esclusione dell'applicazione di disposizioni di amnistia, viene intrapreso da una Corte d'Appello cilena, e successivamente confermato dalla Corte Suprema, in relazione al caso *Miguel Ángel Sandoval*¹⁹⁰. La Corte d'Appello¹⁹¹, confermando le condanne comminate dal giudice di primo grado, sussume le condotte attribuite agli imputati nel delitto di sequestro ex art. 141 c.p. cileno, aggravato dal prolungamento dell'azione – ben – oltre 90 giorni e dalle gravi conseguenze dell'azione. L'organo giudicante specifica che, in ragione della natura permanente del reato di sequestro, non trova applicazione rispetto alle condotte imputate la legge di amnistia, riservata, per sua espressa previsione, ai delitti *consumati* nel periodo compreso tra l'11 settembre 1973 – data del *golpe* di Pinochet – e il 10 marzo 1978:

*“...teniendo dicho delito de secuestro el carácter de permanente, al seguirse prolongando en el tiempo, no procede, en el caso de autos, la aplicación de la mencionada Ley de Amnistía, ya que ésta se refiere a delitos consumados en el periodo de tiempo que señala, esto es, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978; como tampoco la prescripción de la acción penal, pues la acción ilícita no ha cesado en sus consecuencias para la víctima, la que se encuentra aún desaparecida”*¹⁹².

La natura permanente del reato comune di sequestro viene dunque fatta valere, in questo caso, non solo e non tanto per motivare il mancato decorso della prescrizione¹⁹³, quanto piuttosto per fondare l'inapplicabilità della legge di amnistia¹⁹⁴. Quest'ultima, prevedendo espressamente un termine iniziale e finale di

¹⁹⁰ Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, militante nel MIR (*Movimiento de Izquierda Revolucionaria*) venne sequestrato da un commando militare il 7 gennaio 1975, e detenuto nel centro clandestino “Villa Grimaldi”, nel quale fu torturato e presumibilmente ucciso. Ad oggi risulta scomparso. Per la sua sparizione vennero imputati l'ex-capo dei servizi segreti (DINA) Generale Manuel Contreras Sepúlveda, l'ex-capo del centro clandestino di Villa Grimaldi colonnello Marcelo Moren Brito, ed altri quattro membri della cupola della DINA. Tutti vennero condannati in primo grado, in qualità di autori e complici del sequestro e della sparizione della vittima, alla reclusione da 5 a 15 anni.

¹⁹¹ Corte de Apelaciones de Santiago (Cile), 5° sala, *Miguel Ángel Sandoval, recurso de casación en la forma y de apelación presentado por Laureani Maturana y Krassnoff Marchenko*, 05.01.2004.

¹⁹² Considerando 76.c).

¹⁹³ Conseguenza che comunque viene espressamente affermata dalla Corte: cfr. considerando 83.

¹⁹⁴ Se si ammettesse, al contrario, che la sparizione forzata di persone è un delitto la cui consumazione è istantanea, e che solamente la situazione anti-giuridica da esso provocata permane nel tempo, il fatto oggetto di giudizio rientrerebbe nel periodo coperto dalla legge di amnistia.

applicabilità del beneficio, non sarebbe infatti applicabile a fatti – quali appunto la sparizione forzata di Sandoval Rodríguez, la cui consumazione non era ancora cessata in corrispondenza di tale termine finale.

Nello sviluppare questo argomento, di per sé logico e consequenziale, la Corte d'Appello incorre però in due errori interpretativi: in primo luogo, sostituisce la *detenzione*, che costituisce la situazione antiggiuridica la cui permanenza dovrebbe dimostrare, con la *sparizione*, intesa come mancanza di informazioni sulla vittima illegalmente detenuta. In secondo luogo, l'organo giudicante mescola, per così dire, la fattispecie di sequestro, nella quale concretamente sussume le condotte, ed il delitto di sparizione forzata che, secondo le sue parole, “corrisponde” alla prima. Citando i principali strumenti internazionali ed interamericani che prevedono e disciplinano la sparizione forzata, la Corte ne propone una descrizione, e precisa che essa trova applicazione nell'ordinamento cileno, pur in assenza di una sua espressa tipizzazione, in virtù del principio di preminenza dei trattati internazionali nel sistema interno¹⁹⁵. Dal testo della sentenza non emerge con chiarezza in che termini l'organo giudicante concepisce questa “corrispondenza” tra i due reati – anche se ad un certo punto si afferma che “*la norma del art. 141 c.p. comprende, como consecuencia del secuestro, la desaparición forzada de personas*”¹⁹⁶ –, tanto più che in nessun momento si smentisce la sussunzione dei fatti nella – sola – fattispecie comune di sequestro aggravato¹⁹⁷.

Tale incongruenza non sfugge ai difensori degli imputati, i quali, nel presentare ricorso avanti la Corte Suprema¹⁹⁸, contestano l'applicazione del tipo penale di sparizione forzata, alla luce dell'assenza di una sua espressa tipizzazione e

¹⁹⁵ Ricorda la Corte che tale principio di preminenza viene sancito dall'art. 5 della Costituzione, come modificato nel 1989, e trova conferma, oltre che nella giurisprudenza della Corte Suprema, anche in quella della Corte IDU (citando come esempi i casi *Velásquez-Rodríguez* e *Godínez Cruz*, cit.): considerando 45-57.

¹⁹⁶ Considerando 58.

¹⁹⁷ Per questa ragione non riteniamo che la soluzione interpretativa qui adottata dalle Corti cilene possa rintracciare nel meccanismo della doppia sussunzione sopra esaminato. Il tipo penale internazionale, infatti, non serve qui né per la sussunzione delle condotte, né per l'attribuzione di una specifica e peculiare disciplina (che, come si è visto, viene fatta discendere dalla natura permanente del reato comune di sequestro). Neppure si può affermare che la sparizione forzata sia qui adoperata in chiave simbolica, per sottolineare la gravità dei fatti: l'associazione tra tale delitto ed il reato di sequestro viene collocata su un piano strutturale, come equivalenza o corrispondenza tra i due tipi penali.

¹⁹⁸ Corte Suprema cilena, II Sala, *Miguel Ángel Sandoval*, rol 517-2004, 17.11.2004.

di una corrispondente richiesta da parte dell'accusa o della difesa – e quindi *ultra petita* –, rilevando inoltre come essa si basi su trattati internazionali non incorporati e non vigenti nell'ordinamento cileno¹⁹⁹. Secondo i ricorrenti, la Corte d'Appello ha erroneamente cercato di presentare il delitto di sequestro come “equivalente” a quello di sparizione forzata, “con l'unico scopo di negare l'applicabilità dell'amnistia e della prescrizione”²⁰⁰.

La Corte Suprema rigetta tuttavia questi motivi di impugnazione, ritenendo che la Convenzione sulla Sparizione Forzata e gli altri strumenti internazionali siano stati invocati dal giudice *a quo* solamente “a titolo illustrativo”, senza che ciò contraddica la sussunzione delle condotte nella fattispecie di cui all'art. 141 c.p. cileno²⁰¹. La Corte conferma invece la qualificazione dei fatti come sequestro, la loro permanenza nel tempo e la conseguente inapplicabilità del beneficio dell'amnistia:

*“...no es posible, al parecer de esta Corte, aplicar dicha institución cuando no se han fijado los presupuestos mínimos ello al no haberse determinado la fecha en la cual concluyó el injusto en estudio. De esta manera, no parece razonable que se invoque la aplicación de la “amnis” u “olvido” cuando en la práctica el delito no ha finalizado su perpetración”*²⁰².

Nel caso ora esaminato, dunque, gli organi giudicanti coinvolti non mettono in discussione la validità della disposizione di amnistia *per se*, ma ne negano

¹⁹⁹ “...se ha hecho referencia a la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, lo cual es desarrollado en forma amplia, argumentada (...), aplicándose de esta manera no sólo una legislación inexistente en Chile, sino que se le imputa intencionalmente la comisión de un delito que no fue materia de la acusación y de la defensa” (considerando II).

²⁰⁰ Considerando XVI. I difensori aggiungono che questa interpretazione è frutto di un'impropria estensione delle competenze che la Costituzione riconosce ai giudici (ivi).

²⁰¹ Considerando V e XVIII. La Corte Suprema cilena rigetta inoltre l'argomento, parimenti proposto dai ricorrenti, secondo cui le condotte andrebbero inquadrate nella fattispecie di detenzione illegittima (ex art. 148 c.p.), un reato proprio che solo i pubblici funzionari possono commettere e che gode di un trattamento sanzionatorio più benevolo rispetto al delitto di sequestro. Nel caso di specie non si tratterebbe infatti di detenzione illegittima, poiché gli autori non agirono in conformità alla loro funzione pubblica, e la detenzione non fu motivata dalla presunta commissione di un delitto da parte dell'arrestato, né venne accompagnata dalle corrispondenti garanzie – essenzialmente la messa a disposizione dell'autorità giudiziaria (considerando XIX-XX).

²⁰² Considerando XXX. La Corte nega altresì che possa applicarsi la prescrizione: “...en el evento que los sentenciados expresaren en que lugar se encuentra la víctima, recién ahí comenzaría a contarse la prescripción a su favor, y si esta estuviere muerta, habría que determinar la data del fallecimiento para, en primer término, ver si se encontraba comprendida en el período amparado por la amnistía, y en el caso de no estarlo, comenzar el cómputo de la prescripción. Pero en modo alguno pueden aplicarse estas instituciones al no haber cesado el estado delictivo en el cual incurrieron los secuestradores, toda vez que el injusto se ha mantenido” (considerando XXVIII). In realtà, manca in questa argomentazione la prova che la vittima sia ancora detenuta.

semplicemente l'applicabilità a reati di natura permanente, quali la sparizione forzata e/o il sequestro, la cui consumazione si mantiene fino all'epoca attuale. In altri termini i giudici, pur senza annullare espressamente la scelta del legislatore, procedono sostanzialmente a "svuotare dall'interno" la disposizione di amnistia.

2.1.5.1. Considerazioni critiche

Il cammino interpretativo sopra descritto, che fa leva sulla natura permanente del delitto di sparizione forzata di persone al fine di superare l'ostacolo della prescrizione e del principio di irretroattività, appare preferibile rispetto ai diversi meccanismi esaminati in precedenza, poiché non comporta una modifica surrettizia del sistema di fonti normative, né compromette i principi di riserva di legge, tassatività e determinatezza della norma penale. Tuttavia, al di là del fatto che la sua operatività è limitata al solo delitto di sparizione forzata e non è estendibile alle altre condotte costitutive di crimini contro l'umanità né agli altri crimini internazionali, anch'esso presta il fianco ad alcune considerazioni critiche.

In primo luogo, in relazione alle conseguenze che la natura permanente del reato esplica sulla successione di leggi nel tempo, ammettere l'applicazione di una norma sopravvenuta dopo la realizzazione della condotta, ma durante il mantenimento della situazione antiggiuridica, può produrre conseguenze pregiudizievoli per il reo quando la norma sopravvenuta sia a lui sfavorevole²⁰³. Proprio sulla scorta di questa considerazione un orientamento dottrinale, che ancor oggi può dirsi minoritario – anche se a nostro parere condivisibile –, propone di individuare il *tempus commissi delicti* nel momento dell'inizio dell'esecuzione²⁰⁴. In

²⁰³ N. GUZMÁN [El neopunitivismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema De Justicia De La Nación y de la Corte Interamericana De Derechos Humanos: un pronóstico incierto para el ne bis in idem y la cosa juzgada, in D. PASTOR (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, 2008, pp. 203-251] obietta che, laddove non esista una previsione espressa in questo senso, ammettere l'applicazione retroattiva di una norma sfavorevole sopravvenuta costituisce, anche rispetto al reato permanente, una interpretazione che sfiora la manifesta illegalità.

²⁰⁴ Nella dottrina italiana, ad esempio, M. ROMANO, *op. cit.*, art. 2 nota a margine 3; E. MUSCO, *Coscienza dell'illecito, colpevolezza ed irretroattività*, in *RIDPP*, 1982, p. 795; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 2009, p. 105; M. SINISCALCO, *Tempus commissi delicti*, in AA. VV., *Studi in onore di F. Antolisei*, III, Milano, 1965, p. 249; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2002 (6° ed.), p. 46; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, Padova, 1999, p. 323.

altri termini, la consumazione del reato sarebbe istantanea, al pari della generalità dei reati, e ciò che si protrae nel tempo sarebbero unicamente gli *effetti* di tale consumazione, la situazione antiggiuridica che essa ha provocato²⁰⁵. A ciò si aggiunga, con specifico riferimento alla sparizione forzata, che l'applicazione retroattiva di tale fattispecie è in ogni caso possibile solo in quegli ordinamenti che, nel tempo intercorso tra la commissione dei fatti e la celebrazione del processo, abbiano provveduto a tipizzare tale delitto²⁰⁶.

Ma il problema ora segnalato si intreccia con la struttura tipica della sparizione forzata²⁰⁷ come reato – non solo permanente, ma anche – complesso, composto dalla detenzione illegittima come prima condotta attiva, e dal rifiuto di fornire informazioni come successiva condotta omissiva. La peculiarità che caratterizza la disciplina del reato complesso è che rispetto ad esso una legge penale sopravvenuta risulta applicabile, come hanno avuto modo di chiarire sia il Tribunal Supremo spagnolo²⁰⁸ che la CorteEDU²⁰⁹, solo laddove le condotte commesse dopo la sua entrata in vigore siano di per sé sufficienti a riflettere il disvalore del fatto²¹⁰.

Gli interpreti si trovano dunque di fronte ad un bivio: o cercano di dimostrare che la detenzione illegittima, frutto della prima condotta attiva che compone il delitto, permane anche dopo l'entrata in vigore della nuova norma, oppure concentrano il disvalore del fatto nella condotta omissiva consistente nel non fornire informazioni sulla persona illegalmente detenuta, che effettivamente si continua a commettere anche dopo tale momento.

²⁰⁵ D'altra parte, si può ritenere che il fatto stesso che alcuni codici (come quello italiano e quello spagnolo: v. *supra*) avvertano la necessità di prevedere una disposizione speciale per la prescrizione riferita ai reati permanenti confermi – indirettamente – che la loro consumazione è di per sé *istantanea*, e la permanenza si limita ai soli effetti.

²⁰⁶ La sua estensione a sistemi in cui ancora questa condotta non è stata oggetto di espressa tipizzazione, come ad esempio il Brasile, ci riporterebbe infatti al problema della diretta applicabilità come norme incriminatrici previste da fonti internazionali.

²⁰⁷ Per un esame dettagliato di tali problemi, e per un confronto tra differenti proposte di soluzione, si veda: K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas*, cit., *passim*; sia consentito rinviare anche a E. MACULAN, *La desaparición forzada de personas en el continente latinoamericano: en búsqueda de una definición del concepto jurídico*, in M. REQUENA (ed.), *La seguridad y la defensa en el actual marco socio-económico: nuevas estrategias frente a nuevas amenazas*, Madrid, 2011, pp. 375-400.

²⁰⁸ TS spagnolo, sentenza 2030/2001, 31.10.2001.

²⁰⁹ Cfr. CorteEDU, *Ecer e Zeyreck v. Turchia*, 27.02.2001, § 33.

²¹⁰ Il TC peruviano, invece, ritiene applicabile l'ultima norma vigente mentre si mantiene il reato continuato o complesso (TC peruviano, exp. 0901-2003-PHC/TC, 19.08.2010).

Nella prima ipotesi, per legittimare l'applicazione di una norma penale sopravvenuta durante il mantenimento della situazione anti-giuridica, si dovrebbe a rigore provare che, quando entra in vigore tale nuova legge, la persona offesa si trova ancora in stato di detenzione. Tale circostanza tuttavia non viene provata in sede di giudizio, né potrebbe esserlo; gli organi giudicanti si limitano a fondare i propri argomenti sulla mera *presunzione* che la vittima sia ancora viva:

*“Si partimos de la circunstancia, al parecer indiscutible, de que aún no se ha establecido el paradero del estudiante Ernesto Castillo Páez, debemos presumir que aún se mantiene su privación ilegal de la libertad, y por lo tanto que este delito, y de ahí su caracterización de permanente, se continúa ejecutando”*²¹¹.

Orbene, questa presunzione risulta contraddetta da quanto accaduto nella maggior parte dei casi registrati come sparizioni forzate, che erano soliti sfociare, com'è noto, nell'uccisione della vittima seguita dall'occultamento della sua salma. Si tratta dunque di una presunzione che non corrisponde all'*id quod plerumque accidit*, e che non trova neppure giustificazione nel principio del *favor rei*, posto che determina l'applicazione di una fattispecie penale sanzionata normalmente con una pena più severa e soggetta ad una disciplina decisamente più rigorosa. D'altra parte, prendere in considerazione la morte della vittima – esito normale della condotta illecita – si scontra le evidenti difficoltà di accertamento e di collocazione temporale di tale evento, accaduto in un momento imprecisato durante la detenzione illegittima e nella segretezza assoluta²¹². La sparizione forzata così concepita si convertirebbe insomma un delitto di sospetto (di omicidio)²¹³.

²¹¹ Sala Penal Nacional peruana, *Castillo Páez*, cit.

²¹² Come segnala il Tribunale di Montevideo nella menzionata sentenza a carico di Bordaberry, cit.: “Corresponde señalar que aún cuando se han reunido testimonios de la muerte violenta que sufrió José Arpino Vega lo que podría determinar que se trata de un homicidio, no se entregó el cuerpo ni se informó del destino de sus restos para poder verificar las condiciones de su muerte” (p. 69).

²¹³ Così afferma J.L. GUZMÁN DALBORA, *El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos*, in K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, cit., p. 189; analogamente, J.L. MODOLELL GONZÁLEZ parla di “tipicidad de mera sospecha”, (*El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos*, ivi, p. 200). Una sentenza del Tribunale Supremo spagnolo svolge alcune considerazioni interessanti al riguardo: afferma che la sparizione forzata non può convertirsi in un reato di mero sospetto, in quanto tale incostituzionale e contrario alla presunzione di innocenza, ma che necessita di prova espressa in sede di dibattimento e con l'esclusione dell'inversione dell'onere corrispondente a carico dell'imputato. Quanto all'argomento esposto dal ricorrente, secondo cui solo l'attribuzione di responsabilità per una morte presunta giustificerebbe il *quantum* di pena imposto per il delitto di sparizione forzata, il Tribunale rileva che tale pena appare comunque proporzionata ad una forma

In secondo luogo, la morte della vittima determina il venir meno del soggetto passivo del reato: a partire da quel momento non si può più affermare, dunque, che si stanno violando la libertà personale e la personalità giuridica della vittima scomparsa²¹⁴. La questione si allaccia con il profilo problematico dell'individuazione dei beni giuridici tutelati dalla norma che incrimina la sparizione forzata: se si ritiene che unico titolare di tali interessi – alla libertà personale, all'integrità fisica, all'accesso ad un ricorso effettivo, alla vita – sia la persona scomparsa, si deve accettare che con la morte di quest'ultimo cessi anche la violazione di tali interessi e quindi la condotta illecita sanzionata da quella specifica norma.

L'unica alternativa compatibile con la soluzione della permanenza del reato presuppone, a nostro parere, il riconoscimento della titolarità degli interessi tutelati anche in capo ai familiari della vittima. In altri termini, il bene giuridico che la fattispecie intende proteggere sarebbe il diritto di accesso ad un ricorso effettivo non solo per la persona sottoposta a detenzione illegale, ma anche per i suoi familiari, portatori di un interesse, meritevole di tutela, ad essere informati sulle circostanze della sparizione e della – probabile – morte della persona cara²¹⁵. Questo ampliamento dei soggetti passivi del reato sembra inevitabile se si vuole mantenere il carattere permanente della sparizione forzata senza incorrere in contraddizioni interne, anche se è evidente che ciò avrebbe delle ripercussioni, tra l'altro, sulla titolarità del diritto alla riparazione.

Queste implicazioni problematiche e le difficoltà probatorie summenzionate hanno quindi indotto parte della giurisprudenza, come si è visto, a concentrare il disvalore del fatto nella sola condotta omissiva che compone il delitto di sparizione forzata²¹⁶, con la conseguenza che la consumazione coincide con il primo momento

aggravata di detenzione illegale (cfr. TS spagnolo, Sala de lo Penal, Sección I, sentenza 4918/1990 del 25.06.1990, noto come "caso el Nani", fundamento de derecho 1º, punto 2.b e fundamento de derecho 3º).

²¹⁴ Svolge la stessa considerazione C. LÓPEZ DÍAZ, *Colombia*, in K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas*, cit., pp. 90-91, secondo cui deve esistere una prova della sopravvivenza della vittima, altrimenti saremmo di fronte ad un delitto di omicidio o sequestro aggravato dalla morte del soggetto passivo.

²¹⁵ In questo senso, P. GALAIN [*Uruguay*, in K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas*, cit., p. 147] suggerisce che il bene giuridico tutelato dalla norma sulla sparizione forzata è duplice, e comprende un interesse personale – la sicurezza personale – ed uno collettivo – il corretto funzionamento dell'amministrazione della giustizia.

²¹⁶ Si tratta del secondo segmento di cui si compone la descrizione tipica della sparizione forzata, e segue la privazione illegittima di libertà o detenzione illegittima. La dottrina è divisa sulla

in cui si omette o ci si rifiuta di dare notizie sulla vittima. Tuttavia, anche tale diversa soluzione presta il fianco a importanti critiche.

In primis, pare francamente dubbio che la condotta omissiva concretantesi nel non fornire informazioni sulla persona illegalmente detenuta sia di per sé sufficiente a riflettere il disvalore specifico della sparizione forzata e a giustificare il corrispondente trattamento sanzionatorio.

Il secondo nodo problematico di tale interpretazione consiste nella sua incompatibilità con il principio di colpevolezza e con il diritto costituzionalmente garantito a non auto-incriminarsi. Se si accetta la lettura della CorteIDU, secondo cui il reato permane finché non si chiarisce la sorte della vittima e il luogo in cui si trova²¹⁷, infatti, si fa dipendere la cessazione della consumazione da un avvenimento aleatorio, indipendente dal dominio volontario del soggetto attivo sul fatto, incorrendo di conseguenza in una violazione del principio di colpevolezza. Al tempo stesso, si incorre nell'errore – a dire il vero piuttosto frequente nell'ambito del diritto penale internazionale – di confondere l'obbligo dello Stato di indagare sulle sparizioni e di fornire le informazioni corrispondenti alle persone interessate, e la responsabilità di natura *internazionale* che discende dal mancato adempimento di tale obbligo, con la responsabilità penale *individuale* attribuibile ai singoli soggetti per la violazione di un dovere loro imposto²¹⁸.

Ma tale conversione di un obbligo statale in un dovere del singolo, e precisamente dell'imputato, è ancora più grave perché comporta la violazione del diritto a non auto-incriminarsi che molte Costituzioni annoverano tra i diritti fondamentali. Tale diritto si vedrebbe inevitabilmente leso dall'imposizione di un obbligo, esteso a tutti i cittadini, a dare informazioni su una condotta o situazione illecita, anche quando essi vi abbiano partecipato²¹⁹.

classificazione di questo primo momento della condotta: secondo alcuni esso determina l'inizio dell'esecuzione (C. LÓPEZ DÍAZ, *Colombia*, in K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas*, cit., pp. 90-94), secondo altri invece configura un mero presupposto, al di fuori del comportamento tipico (I. MEINI, *Perù*, e P. GALAIN PALERMO, *Uruguay*, entrambi in K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas*, cit., rispettivamente a pp. 119-121 e pp. 147-164). L'adesione all'una o all'altra teoria si ripercuote sull'individuazione del *tempus commissi delicti*.

²¹⁷ Cfr., tra le altre, CorteIDU, *Velásquez Rodríguez*, cit., §155, *Bámaca Velásquez*, cit., §128.

²¹⁸ In questo senso anche A. GIL GIL, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, 2008, p. 162.

²¹⁹ Si può invece ritenere che tale obbligo possa essere legittimamente imposto ai soli pubblici funzionari, che in virtù del loro incarico hanno, oltre che il dovere, i poteri necessari per

La classificazione della sparizione forzata come reato permanente – e le stesse considerazioni valgono anche per la sussunzione dei fatti nelle fattispecie comuni di sequestro o privazione illegittima di libertà sopra esemplificate – apre dunque un ventaglio di questioni e dubbi di difficile soluzione. Non stupisce pertanto che alcuni autori propongano di classificare la sparizione forzata di persone non come reato permanente, ma come delitto istantaneo, che si consuma con la prima infrazione del dovere di informare; la permanenza della situazione giuridica sarebbe invece irrilevante ai fini della consumazione²²⁰. Questa interpretazione, che la definisce come delitto istantaneo con effetti permanenti²²¹, sembra preferibile, alla luce delle considerazioni sopra esposte, rispetto a quella dominante. Naturalmente, il “prezzo” da pagare per una classificazione libera di contraddizioni interne è la perdita dei vantaggi applicativi che il reato permanente offre rispetto alla disciplina ordinaria della prescrizione e della irretroattività.

2.1.6. *La sospensione del termine di prescrizione durante il governo de facto*

Per superare lo specifico problema della prescrizione, infine, alcuni tribunali latinoamericani hanno elaborato una diversa ed originale proposta interpretativa, che non incide direttamente sul contenuto e sulla portata dei tipi penali internazionali, e che prescinde, in realtà, dalla sussunzione dei fatti in tale categoria.

Il presupposto da cui muove questo percorso argomentativo è lo *stato d'eccezione* in cui si collocano i fatti oggetto di giudizio: i regimi dittatoriali sul cui sfondo – o meglio ad opera dei quali – si sono perpetrati i delitti erano infatti connotati dalla sospensione, *de jure* o *de facto*, di tutta una serie di garanzie, e dall'impossibilità, normativa e/o fattuale, di esercitare l'azione penale contro i responsabili delle violazioni secondo le vie ordinarie. Fintantoché perdurava questa sospensione generalizzata dello Stato di diritto, si afferma, non decorrevano i termini

intraprendere le ricerche del caso e procurarsi documenti e informazioni relativi alla sparizione delle vittime. I funzionari pubblici rivestirebbero insomma quella posizione di garanzia che giustifica l'imposizione di una sanzione penale per l'omissione delle condotte connesse a tale posizione: così concepita, la sparizione forzata di persone – o quantomeno la sua componente data dalla condotta omissiva – si configura un reato proprio, che solo i funzionari pubblici possono commettere.

²²⁰ I. MEINI, *Perú*, cit., pp. 124-127.

²²¹ G.F. VÉLEZ FERNÁNDEZ, *La desaparición forzada de personas y su tipificación en el Código penal peruano*, Lima, 2004, p. 133.

di prescrizione, pensati e disciplinati nel presupposto del normale funzionamento del sistema giudiziario. Sarebbe assolutamente contrario ai principi costituzionali ammettere l'applicazione della prescrizione secondo i termini ordinari quando la persecuzione penale si trovava in realtà impossibilitata dalla vigenza di un regime autoritario che è peraltro il responsabile degli illeciti.

Una dettagliata argomentazione a supporto di questa interpretazione è rinvenibile nella già menzionata sentenza di condanna a carico dell'ex-dittatore uruguayano Bordaberry, anche se la si riferisce, concretamente, al delitto di attentato alla Costituzione, e non ad un crimine internazionale²²². Nel rigettare l'eccezione di prescrizione sollevata dalla difesa, il tribunale di prima istanza di Montevideo afferma recisamente:

“No puede computarse el período transcurrido entre el año 1973 a 1985 (...), no habiéndose verificado el funcionamiento del estado de derecho en el lapso comprendido entre el año 1973 a 1985, período en el cual el Poder Judicial se vio privado de sus características esenciales para que pudiera cumplir su función, ello al ser sometido al Poder Ejecutivo, cesándose a varios magistrados cuyas resoluciones eran contrarias a la filosofía imperante dejando en disponibilidad a todos los demás, desoyendo y desobedeciendo abiertamente las disposiciones dictadas por los jueces cuando ello fuera contrario a los intereses del gobierno de facto, etc. En suma, privado de autonomía funcional, de imparcialidad y de garantía de cumplimiento de sus decisiones, en estas condiciones, cualquier planteo que cuestionara las acciones del gobierno imperante era absolutamente previsible que fuera desestimado. No siendo posible en consecuencia garantizar el desarrollo de un juicio bajo las garantías del debido proceso, el transcurso del plazo de prescripción no podrá considerarse en tanto las circunstancias adversas anotadas deben considerarse como justa causa referida por el art. 98 del C.G.P. Finalizada la dictadura, reinstalados los poderes del Estado y en el ejercicio de sus funciones corresponde comenzar a contabilizar los plazos a partir de ese momento, esto es, desde el 1 de marzo de 1985”²²³.

²²² Per un commento sulla sentenza si veda G. FORNASARI, *Dittatori alla sbarra*, cit., *passim*. Inoltre, J.L. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *op. cit.* (p. 523), riferisce come la medesima interpretazione fosse stata proposta, sempre nel sistema uruguayano, dal *Fiscal Moller* in un caso relativo all'omicidio di otto militanti del Partito Comunista avvenuto nel 1972. Il *Fiscal* tuttavia chiese in quel caso l'archiviazione della causa sostenendo che gli imputati avevano agito scriminati dall'obbedienza dovuta, e che il responsabile dei fatti sarebbe stato il Ministro della difesa dell'epoca, nel frattempo deceduto.

²²³ Considerando 1: “excepción previa de prescripción”.

Il tribunale uruguayano, in assenza di un preciso riferimento, nel codice penale, alla possibilità di sospendere il decorso della prescrizione in una situazione di eccezionalità, trova un appiglio normativo nella disciplina della prescrizione contenuta nel codice civile, che prevede espressamente l'ipotesi di "giusta causa". La prescrizione inizierebbe dunque a decorrere non dal momento di commissione del reato, bensì dal recupero di una situazione di normalità democratica nella quale le istituzioni statali e in particolare gli organi giudiziari non siano sottoposti ad impedimenti illegittimi²²⁴.

Troviamo poi traccia di questa interpretazione, oltre che nella nota e discussa causa aperta dal giudice spagnolo Baltasar Garzón per i crimini del franchismo²²⁵, anche in una recente sentenza del Tribunal Constitucional peruviano, che trae origine in un ricorso per *habeas corpus* presentato dal condannato per i fatti avvenuti in occasione della cd. *matanza de Accomarca*²²⁶. In quest'occasione il giudice costituzionale conferma la sussunzione dei fatti nel delitto di omicidio doloso (*asesinato*) adottata dal tribunale *a quo*, nonché la sua dichiarazione secondo cui "por las circunstancias que lo rodean, no se le puede negar la condición de violación a los derechos humanos, y por ende, resulta aplicable el criterio de imprescriptibilidad"²²⁷. Il TC aderisce insomma all'interpretazione secondo cui si tratta di reati imprescrittibili perché costitutivi di crimini internazionali; tuttavia, a questa lettura ne affianca un'altra, considerandola apparentemente come un'alternativa dotata del medesimo valore ("*cualquiera que sea la opción*

²²⁴ Dopo aver delineato così il momento da cui inizia a decorrere la prescrizione, il tribunale nega che i termini si siano comunque compiuti individuando come momento di interruzione della prescrizione la presentazione della denuncia, avvenuta nel 2002 – e non invece l'arresto dell'indagato, avvenuto molto tempo dopo. Di conseguenza, condanna Bordaberry per il delitto di attentato alla Costituzione ex art. 132 n. 6 c.p.

²²⁵ Juzgado Central de Instrucción n° 5, Audiencia Nacional de Madrid, *Diligencias Previas Proc. Abreviado 399/2006 V, Auto* del 16.10.2008. Per un commento critico, cfr. A. GIL GIL, *Justicia de transición*, cit., specificamente sul punto a p. 163.

²²⁶ Tribunal Constitucional peruviano, *Contreras Roberto*, exp. N. 00218-2009-PHC/TC, 11.11.2010. Il caso ha ad oggetto un massacro compiuto il 14 agosto 1985 nella località di Accomarca (Ayacucho), ai danni di 69 contadini. Il tribunale di prima istanza aveva dichiarato l'avvenuta prescrizione del reato, qualificato come delitto di omicidio (*asesinato*), ma la sentenza venne ribaltata dalla Sala Penal Nacional che, sussumendo i fatti nel delitto di genocidio, li dichiarò imprescrittibili. Uno dei responsabili del massacro, Roberto Contreras Matamoros, propose appunto ricorso per *habeas corpus* dinanzi al Tribunal Constitucional chiedendo la dichiarazione dell'avvenuta prescrizione, insistendo sulla qualificazione del fatto come reato comune di omicidio. Il Tribunal Constitucional rigettò il ricorso ritenendolo infondato.

²²⁷ Antecedentes, par. 4.

interpretativa que se tome”, fundamento 19). In questa seconda interpretazione invoca appunto la sospensione del decorso della prescrizione durante la vigenza delle leggi di amnistia emanate dal governo Fujimori, che impedivano l’esercizio dell’azione penale secondo i criteri ordinari. Il TC conclude che la prescrizione è iniziata a decorrere solamente dal momento dell’annullamento del giudizio parziale celebrato nel foro militare, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi di amnistia nel 2002:

“Una interpretación conforme a la Constitución de las normas de prescripción de la acción penal implica dejar de contabilizar todo el lapso en que se sustrajeron los hechos de una efectiva investigación, a través de órganos judiciales incompetentes y leyes de amnistía inconstitucionales (fundam. 17)... según lo interpretado por este Tribunal, los obstáculos para el procesamiento de los hechos fueron recién removidos por el Estado en enero de 2002, cuando se anuló el proceso seguido ante el Fuero Militar”²²⁸.

Mentre il tribunale uruguayano di prima istanza, nella sentenza *Bordaberry* sopra riportata, fissa il *dies a quo* della prescrizione, genericamente, nella restaurazione del regime democratico, il TC peruviano valorizza un momento più strettamente connesso al concreto caso oggetto di giudizio, vale a dire l’annullamento del processo celebrato dinanzi al foro militare per quei medesimi fatti. Al di là di questa – pur importante – divergenza, le due sentenze citate si muovono nella stessa direzione: senza richiamare fonti normative di carattere sovranazionale, e senza pretendere di affermare la natura penale internazionale degli illeciti ascritti agli imputati, pervengono all’eliminazione dell’ostacolo posto dalle norme sulla prescrizione mediante un’interpretazione fondata esclusivamente sulla legittimità dell’ordinamento nazionale.

La soluzione così raggiunta sembra senz’altro preferibile rispetto ad una lettura che applichi in modo retroattivo norme internazionali a volte neppure scritte²²⁹; tuttavia, la sua validità è subordinata alla verifica dell’effettiva esistenza di

²²⁸ Fundamento 19.

²²⁹ Sembra condividere questa opinione PASTOR, quando dice: “... es cuestionable... el hecho de que se ha generalizado una imprescriptibilidad absoluta donde hubiera correspondido establecer nada más que una suspensión de la prescripción mientras la persecución de los hechos estuviera obstruida por el poder real de los autores o sus cómplices” (D. PASTOR, *La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo*, cit., p. 647).

una norma, nell'ordinamento nazionale, che preveda una simile causa di sospensione della prescrizione, nel sistema penale oppure nel dettato costituzionale. In questo senso, non convince pienamente il supporto normativo addotto dal tribunale uruguayano, che fa riferimento ad una norma valida per il diritto civile, ma non per il differente istituto della prescrizione penale. Al di là di questo rilievo, questo percorso argomentativo pone senza dubbio meno problemi di compatibilità con i principi costituzionali in materia penale, e consente comunque di aggirare gli ostacoli che il lungo periodo di tempo intercorso dalla commissione dei crimini pone rispetto alla loro persecuzione e sanzione. Naturalmente, rimangono in quest'ipotesi impregiudicati gli altri limiti che il diritto penale ordinario fissa – amnistia, indulti, *ne bis in idem* – e con cui deve fare i conti la risposta ai crimini dei passati regimi dittatoriali.

2.2. L'ampliamento della portata dei tipi penali internazionali sul piano della struttura tipica

La giurisprudenza latinoamericana ha palesato la sua tendenza ad ampliare la portata dei tipi penali internazionali non solo nella dimensione temporale, ma anche con riferimento alla struttura tipica delle fattispecie.

Come già accennato, questo movimento espansivo assume due forme differenti: da una parte, si concretizza nell'interpretazione ampia che i tribunali adottano, nel contesto di un processo penale, degli elementi costitutivi dei crimini internazionali, in modo particolare del loro elemento di contesto. Dall'altra, si manifesta nel controllo di costituzionalità di quelle norme interne che tipizzano i crimini internazionali introducendo elementi nuovi, non previsti dalla corrispondente definizione internazionale, idonei a restringere il campo applicativo della fattispecie.

Si tratta di due forme di attività giudiziale evidentemente differenti quanto a modalità, oggetto e portata, e che presuppongono inoltre un diverso rapporto con il potere legislativo nazionale. La prima tendenza, infatti, si mantiene su un piano strettamente interpretativo, senza incidere sul dettato letterale della norma ma cogliendone e valorizzandone le potenzialità espansive consentite, forse in misura ancora maggiore rispetto alle norme incriminatrici ordinarie, dal carattere vago e a

tratti evanescente delle definizioni internazionali dei crimini. Questo tipo di interpretazione, che può spingersi fino alla *manipolazione* della struttura tipica, è perfettamente compatibile sia con i casi in cui il legislatore abbia provveduto a tipizzare i crimini internazionali nell'ordinamento interno, d'accordo con la definizione e le indicazioni fornite a livello internazionale, sia con l'opposta situazione di assoluta – o tardiva – inattività legislativa, e con la conseguente applicazione diretta – nelle diverse forme che abbiamo esaminato *supra* – delle norme internazionali convenzionali o consuetudinarie.

La seconda tendenza invece, che si manifesta come detto in sede di controllo di legittimità costituzionale, presuppone un intervento legislativo che abbia scelto di tipizzare uno o più crimini internazionali introducendo alcuni elementi nuovi ed ulteriori rispetto alla definizione internazionale, nell'esercizio del margine di apprezzamento che le Convenzioni ed i Trattati internazionali in materia – incluso lo Statuto di Roma – concedono agli Stati. Questi elementi possono produrre una restrizione dell'ambito applicativo della norma incriminatrice: ciò può avvenire, ad esempio, mediante la previsione di una soglia di rilevanza minima delle condotte, oppure mediante la limitazione della sfera dei possibili soggetti attivi ad una determinata categoria di persone. In questo secondo caso, dunque, nel “dialogo” tra la norma e la giurisprudenza internazionale, da un lato, e la giurisprudenza nazionale, dall'altro, si inserisce un terzo soggetto, il legislatore, che a sua volta offre una definizione del tipo penale, discostandosi da quella internazionalmente valida e scontrandosi poi con il giudizio di legittimità costituzionale.

Le due tendenze interpretative ora delineate si pongono inoltre in una relazione diversa con la norma internazionale che definisce i crimini: mentre l'interpretazione estensiva degli elementi tipici operata dai tribunali penali mira ad ampliarne ulteriormente i confini, il controllo di costituzionalità nelle forme sopra descritte implica solamente una *ri-espansione* del tipo penale ristretto in sede di tipizzazione interna ed il recupero della corrispondenza con la definizione internazionale.

In entrambi i casi comunque, al pari di quanto già rilevato con riferimento all'ampliamento delle fattispecie sul piano temporale, la motivazione sottesa a questo tipo di operazioni interpretative è pervenire, mediante la sussunzione dei fatti nei tipi

penali internazionali, all'applicazione del regime speciale che li caratterizza, e al conseguente superamento degli ostacoli di natura temporale, giurisdizionale o beneficiale.

Accanto a questa ragione di natura eminentemente pratica, tuttavia, si fa strada sullo sfondo anche una differente motivazione, che non si dirige alla produzione di effetti concreti sul piano sanzionatorio e di disciplina, ma è connotata da un valore, come vedremo, meramente comunicativo o simbolico, teso ad offrire un apporto alla costruzione di una *conoscenza* e di una *memoria* dei crimini²³⁰.

Emblematica in tal senso è una sentenza pronunciata in grado di appello dalla *Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Cobán* in relazione al “massacro del Río Negro”²³¹.

Il tribunale guatemalteco, pur confermando la sussunzione dei fatti nella fattispecie di omicidio plurimo, rivolge un esplicito rimprovero al Pubblico Ministero e al *querellante* (un'associazione per la tutela dei diritti umani), per non aver proposto la qualificazione dei fatti come genocidio, cosa che avrebbe consentito l'applicazione di una pena decisamente più severa²³². Si rileva che l'applicazione della fattispecie di genocidio sarebbe stata assolutamente giustificata alla luce delle concrete modalità di commissione, della tipologia delle condotte – omicidi, lesioni gravi, sottoposizione intenzionale a condizioni di esistenza volte alla distruzione fisica, trasferimento forzato di bambini –, del dolo di distruzione che le animava e del soggetto passivo – un gruppo umano che viene identificato come etnico, razziale e nazionale al tempo stesso. Tuttavia, visto l'obbligo processuale di limitare il giudizio d'appello ai motivi invocati dai ricorrenti²³³, e visto che mancava una specifica richiesta in tal senso, questa considerazione della Corte si mantiene allo stadio della mera dichiarazione, priva di corrispondenza nell'effettiva sussunzione dei fatti. Specifica l'organo giudicante:

²³⁰ V. *infra*, cap. IV, par.2.1.4.

²³¹ Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Cobán (Alta Verapaz_Guatemala), Sentenza 96/2008, proceso 89-2008-Of. 4º- Sala, *Macaro Alavarado Toj y otros* (“*Masacre de Río Negro*”), 24.09.2008. Il massacro fu commesso nel 1982 nel villaggio di Río Negro, da parte di forze militari e paramilitari che affermavano di agire nell'ambito della lotta contro i movimenti insurrezionali. Oltre 400 Maya Achi – cioè praticamente tutti gli abitanti del villaggio – vennero sterminati, violentati e torturati, ed i bambini vennero rapiti e costretti a vivere con i militari stessi alla stregua di schiavi.

²³² Precisamente, la pena di morte, che in Guatemala è ancora in vigore.

²³³ Art. 421 c.p.p. guatemalteco.

“*esta consideración se efectúa en razón del Derecho Penal Internacional, porque esta Sala debía pronunciarse y hacer un llamado a los entes encargados de la persecución a efecto de que en posteriores casos hagan valer el Derecho Penal Internacional*”²³⁴.

In questo caso, dunque, la qualificazione come crimini internazionali – specificamente come genocidio – viene effettuata, su un piano puramente dichiarativo o descrittivo, con una finalità apertamente *pedagogica*, per dare istruzioni – o quantomeno suggerimenti – *pro futuro* ai giudici di rango inferiore.

2.2.1. *L'elemento di contesto come chiave di apertura del tipo*

Per illustrare la prima delle due linee interpretative sopra evidenziate, che giunge alla sussunzione nei crimini internazionali mediante un'interpretazione ampia dei loro elementi tipici, occorre precisare che il componente strutturale rispetto al quale maggiormente si è manifestata questa tendenza è il c.d. elemento di contesto o *chapeau*, posto che esso costituisce, come si è detto, il vero *quid pluris* che determina il carattere internazionale del delitti e sul quale pertanto si gioca la qualificazione dei fatti²³⁵. Al tempo stesso, la definizione, che di tale elemento danno le norme internazionali e le disposizioni nazionali che le recepiscono, è per sua natura ampia ed aperta, e si presta quindi ad interpretazioni di tipo estensivo. I tribunali utilizzano dunque l'elemento di contesto – o meglio, i singoli componenti che concorrono a formarlo – come grimaldello interpretativo al fine di espandere la portata applicativa del tipo penale internazionale.

Una figura argomentativa ricorrente in tal senso, in particolar modo nella giurisprudenza argentina, è la qualificazione delle atrocità commesse dai regimi dittatoriali come genocidio, sulla base di un'interpretazione ampia del concetto di “gruppo nazionale” o, in via alternativa, di “gruppo religioso”. Si ricordi a tal proposito che lo *chapeau* del genocidio, che subordina la configurabilità della fattispecie alla presenza di un intento di distruggere in tutto o in parte un determinato gruppo umano, quale dolo specifico che muove alla realizzazione delle condotte

²³⁴ Fundamento jurídico II.

²³⁵ Vedi *supra*, cap. II, par. 3.

criminose sanzionate, limita il novero dei gruppi tutelati a quelli razziali, etnici, nazionali e religiosi²³⁶. Orbene, la nozione di “gruppo nazionale” – e, in minor misura, quella di “gruppo religioso” – è stata sottoposta ad un’interpretazione estremamente ampia che consentisse di ricomprendervi anche gruppi il cui tratto unificante è, in realtà, una determinata ideologia politica.

Questo percorso interpretativo è stato inaugurato dall’*Audiencia Nacional* spagnola, nell’ambito di un procedimento contro 98 militari argentini per i crimini commessi nell’ambito della dittatura militare degli anni ’70²³⁷. La Corte, chiamata a pronunciarsi su un’eccezione di incompetenza formulata dalla difesa, giustificava la competenza del tribunale spagnolo sulla base del principio di giurisdizione universale ex art. 23.4 LOPJ, a sua volta condizionato dalla qualificazione dei fatti oggetto di giudizio come delitti di genocidio²³⁸. Non potendo addentrarci neppure in minima misura nella vasta e complessa questione della giurisdizione universale²³⁹, che trascende peraltro l’oggetto specifico di questa ricerca, ci limiteremo a segnalare che anche in questo caso la sussunzione dei fatti nella categoria dei crimini internazionali pare preordinata al raggiungimento di un risultato concreto ben preciso: appunto, la possibilità di invocare la giurisdizione universale, sulla base della disciplina dettata dalla legislazione spagnola.

²³⁶ Vedi *supra*, cap. II, par. 4.2.1.

²³⁷ Audiencia Nacional spagnola, Pleno de la Sala de lo Penal, *Auto por el que se considera competente la Justicia española para perseguir delitos de tortura, genocidio y terrorismo cometidos en Argentina* (Rollo de Apelación 84/98 – Sección Tercera – Sumario 19/97- Juzgado Central de Instrucción N° 5), 04.11.1998. Il procedimento, noto come “Sumario Chile-Argentina”, trae origine da una denuncia presentata dall’Unión Progresista de Fiscales (cui si erano poi unite altre associazioni di tutela dei diritti umani in qualità di parti civili) per presunti crimini di genocidio, terrorismo e tortura, e si fondava sul principio di giurisdizione universale.

²³⁸ L’art. 23.4 della LOPJ (*Ley Orgánica del Poder Judicial*), infatti, nella sua versione precedente alla riforma del 2009, recitava: “...4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometido por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a. genocidio, b. Terrorismo (...), i. Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

²³⁹ La letteratura sulla giurisdizione universale è vastissima; si rimanda, anche per ulteriori riferimenti, a: M. OLLÉ SESÉ, *Justicia universal y crímenes internacionales*, cit.; I. BLANCO CORDERO, *Compétence universelle. rapport général*, in *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 78 e 79, 2008/1-2, pp. 13-57 e IDEM, *Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo (y II)*, in *La Ley*, n. 2, 2004, pp. 1647-1659. In particolare sull’ordinamento spagnolo: A. GIL GIL, *El principio de jurisdicción universal en España*, in *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 78 e 79, 2008/1-2, cd-rom anexo, pp. 125-191.

Tenendo quindi a mente l'obiettivo ultimo sotteso al ragionamento del tribunale, è interessante analizzare l'interpretazione che propone del tipo penale di genocidio al fine di farvi rientrare i fatti oggetto di giudizio.

La *Audiencia Nacional* argomenta la propria conclusione sulla base di una "concezione sociale" del delitto di genocidio, più ampia di quella giuridica²⁴⁰, e in particolare grazie ad un'interpretazione estensiva del concetto di "gruppo nazionale", inteso come "gruppo umano differenziato, contraddistinto da qualcosa, integrato in una collettività più ampia"²⁴¹. Secondo il tribunale, questa lettura è dettata "dalla necessità, avvertita dagli stati membri della Convenzione del 1948, di rispondere penalmente al genocidio e di evitare l'impunità per tale crimine orrendo di diritto internazionale"²⁴². Nello specifico caso argentino, il piano di sterminio attuato dalla dittatura militare rispondeva appunto alla volontà di distruggere un determinato settore della popolazione, "un gruppo assai eterogeneo ma differenziato"²⁴³ rispetto alla maggioranza, integrato da tutti coloro che non rispondevano all'ideale di cittadino prefissato dai repressori.

²⁴⁰ L'idea di fare appello alla "concezione sociale" di genocidio ed argomentazioni di ordine analogo compaiono anche nell'ambito del procedimento contro l'ex-dittatore cileno Pinochet, che avanzava parallelamente a quello che stiamo esaminando dinanzi alla medesima *Audiencia Nacional*: cfr. Audiencia Nacional spagnola, Pleno de la Sala de lo Penal, *Auto por el que se considera competente la Justicia española para perseguir delitos de genocidio, tortura y terrorismo cometidos en Chile* (Rollo de Apelación 173/98 – Sección Primera – Sumario 1/98, del Juzgado Central de Instrucción Nº 6), 05.11.1998, fundamento de derecho V. Considerano errata tale qualificazione iniziale dei fatti come genocidio: A. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, cit., pp. 181 ss. ed IDEM, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, cit., pp. 145 ss.; si veda anche il rapporto del Max Planck Institut *Sobre la posibilidad de persecución en Alemania de las violaciones de los derechos humanos cometidos en Sudamérica en los casos argentino y chileno*, in *Cuadernos de doctrina jurisprudencial y penal*, n. 8 c, 1999, pp. 441 ss. Critico nei confronti dell'idea di auto-genocidio anche W. SCHABAS, *Genocide in international law*, Cambridge, 2000, pp. 114-120 e B. FEIJOO SÁNCHEZ, *El genocidio en el Derecho penal español*, in *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, n. 8, 1999, pp. 559 ss. Salutano invece con favore questa interpretazione J.R. SERRANO PIEDECASAS, *El delito de genocidio. Especial referencia al "caso Pinochet"*, in *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Dr. José Cerezo Mir*, Madrid, pp. 1505 ss. e J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, *El exterminio de grupos políticos en el Derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad*, in *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 4, 2000, pp. 151 e 157.

²⁴¹ Fundamento de derecho V, traduzione propria.

²⁴² *Ibidem*, traduzione propria. E prosegue: "El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de SIDA, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residen en un país, que, pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional en relación al país donde viven, diferenciado precisamente por no ser nacionales de ese Estado".

²⁴³ *Ibidem*.

Il *Juzgado Central de Instrucción n. 5* di Madrid, in persona del giudice Garzón, nell'emanare il decreto di rinvio a giudizio in relazione al medesimo caso²⁴⁴, sviluppò ulteriormente quest'argomento e ve ne affiancò uno ulteriore ed alternativo. Il giudice, al pari di quanto in precedenza affermato dalla *Audiencia Nacional*, afferma che le vittime della criminalità di Stato argentina possono essere considerate appartenenti ad un "gruppo nazionale", alla luce di un'interpretazione di questo concetto che fa leva non tanto su una caratteristica territoriale, quanto invece sull'esistenza di un tratto che lo distingua all'interno di una popolazione più ampia²⁴⁵. La soluzione interpretativa qui proposta si articola in tre argomenti: primo, una concezione ampia di "nazionale/nazionalità", riferita a "gruppi stabili di persone di origine comune"²⁴⁶; secondo, l'ammissibilità – secondo la dottrina e la giurisprudenza internazionale – del c.d. "auto-genocidio", vale a dire del genocidio commesso ai danni di membri della stessa popolazione degli autori; terzo, la natura intrinsecamente politica che anima non solo la prassi criminale della dittatura argentina ma anche, più in generale, qualsiasi piano diretto all'eliminazione di un determinato gruppo umano.

Le vittime della repressione argentina vennero colpite, si legge, senz'altro per la loro affiliazione politica, ma anche e soprattutto perché a causa di questo loro orientamento integravano un gruppo nazionale, all'interno della più ampia popolazione argentina, che si identificava per opposizione rispetto alle caratteristiche

²⁴⁴ Juzgado Central De Instrucción Nº5 de la Audiencia Nacional de Madrid, giudice Garzón, *Auto de procesamiento*, sumario 19/97-L, 02.11.1999.

²⁴⁵ Nell'*Auto* si rinviene anche un'altra considerazione relativa alla specifica tipizzazione del delitto di genocidio nell'ordinamento spagnolo, che, nel momento della commissione dei fatti, prevedeva come soggetti passivi qualsiasi "gruppo nazionale etnico o sociale" (art. 317 dell'antico c.p. ora abrogato). Queste difformità rispetto alla definizione data dalla Convenzione del 1948 furono dovute probabilmente ad errori di compilazione, e furono infatti oggetto di modifiche successive: il termine "sociali" venne sostituito da "razziali" (nel 1983) e successivamente (con la promulgazione del nuovo codice penale nel 1995, che incrimina il genocidio all'art. 607), venne inserita una virgola tra gli aggettivi "nazionale" ed "etnico", a conferma del fatto che non si richiede la contemporanea presenza di queste caratteristiche distintive in un gruppo al fine di proteggerlo contro tale delitto. La risoluzione che stiamo commentando risolve il problema sulla base di un duplice argomento: da una parte, invocando l'art. 10.2 della Costituzione (entrata in vigore nel 1978), che impone di interpretare le disposizioni in materia di diritti fondamentali in conformità con i trattati internazionali, e quindi, in questo caso, con la Convenzione sul Genocidio del 1948; dall'altra, rilevando come la violenza statale si accanì "anche contro gruppi etnici, come quello ebreo" (razonamiento jurídico I).

²⁴⁶ Razonamiento jurídico II.

che il governo dittatoriale pretendeva di imporre alla “nuova Nazione argentina”²⁴⁷: nazionalista, conservatrice, fascista, fondamentalista cattolica e anti-comunista.

A questa proposta di lettura se ne accompagna immediatamente un'altra, presentata come alternativa per il raggiungimento della medesima soluzione applicativa. Secondo questa visione, le vittime della feroce repressione militare argentina erano accomunate da una particolare ideologia e quindi, sulla base di un'equiparazione tra ideologia e credo religioso, potevano essere assimilate ad un “gruppo religioso”, in quanto tale espressamente annoverato tra i gruppi protetti dalla norma sul genocidio²⁴⁸.

Il giudice spagnolo sembra consapevole della portata innovativa ed espansiva dell'interpretazione della nozione di “gruppo” che difende, ma ritiene nel contempo che essa sia assolutamente necessaria a fronte dell'evoluzione che il concetto di genocidio ha subito nel corso degli anni:

“No aceptar esta interpretación es desconocer la naturaleza viva del concepto de genocidio que no puede permanecer conforme a una interpretación estática y contraria a la propia naturaleza de las cosas, e inalterada por su anclaje en unas posiciones doctrinales, determinadas por el precedente inmediato de la segunda guerra mundial pero que hoy día han evolucionado, conforme las agresiones contra la humanidad se han ido refinando, seleccionando y "acondicionando" a las nuevas situaciones diferentes a aquéllas que impulsaron la Convención del 9.12.48”²⁴⁹.

La concezione estensiva della nozione di gruppo nazionale così elaborata in ambito spagnolo – in realtà poi rigettata da un'altra sentenza della medesima *Audiencia Nacional* nonché dal *Tribunal Supremo*, che la considera violatoria del principio di legalità in quanto costitutiva di analogia *contra reum*²⁵⁰ – è stata successivamente recepita da un tribunale argentino, nell'ambito del processo contro

²⁴⁷ *Ibidem.*

²⁴⁸ Cfr. razonamiento jurídico III.

²⁴⁹ *Ibidem.*

²⁵⁰ Ci riferiamo, rispettivamente ad *Audiencia Nacional*, sentenza 16/2005, cit., e *Tribunal Supremo* spagnolo, sentenza 798/2007, cit. Come già detto, la *Audiencia Nacional* qualificò poi i fatti non come genocidio ma come crimini contro l'umanità, mentre il *Tribunal Supremo* modificò la qualificazione in reati comuni.

Etchecolatz, il primo giudizio celebrato dopo la dichiarazione di invalidità delle leggi di impunità che avevano fino ad allora paralizzato l'esercizio dell'attività penale²⁵¹.

Il *Tribunal Oral Federal* di La Plata, nell'affrontare la questione della possibile qualificazione dei fatti come genocidio²⁵², si limita in realtà a riportare quasi per esteso le motivazioni dei due precedenti sopra analizzati. Facendo propria l'interpretazione estensiva della nozione di "gruppo nazionale" ivi proposta²⁵³, e ricordando inoltre come il Progetto della Convenzione del 1948 avesse in origine previsto sia i gruppi politici sia le opinioni politiche dei suoi membri tra gli oggetti di tutela, l'organo giudicante perviene alla conclusione che i crimini della dittatura argentina costituirono un genocidio ai danni di un gruppo nazionale, citando a conferma le parole di un sociologo argentino:

*"...la caracterización de 'grupo nacional' es absolutamente válida para analizar los hechos ocurridos en la Argentina, dado que los perpetradores se proponen destruir un determinado tramado de las relaciones sociales en un Estado para producir una modificación lo suficientemente sustancial para alterar la vida del conjunto. Dada la inclusión del término 'en todo o en parte' en la definición de la Convención de 1948, es evidente que el grupo nacional argentino ha sido aniquilado 'en parte' y en una parte suficientemente sustancial como para alterar las relaciones sociales al interior de la propia nación...El aniquilamiento en la Argentina no es espontáneo, no es casual, no es irracional: se trata de la destrucción sistemática de una parte sustancial' del grupo nacional argentino, destinado a transformarlo como tal, a redefinir su modo de ser, sus relaciones sociales, su destino, su futuro"*²⁵⁴.

È interessante segnalare che queste considerazioni non corrispondono in realtà all'effettiva sussunzione dei fatti: *Etchecolatz* viene infatti condannato per detenzione illegale, tortura ed omicidio, anche se si dichiara che essi furono commessi "nel contesto di un genocidio". Inoltre, il problema dell'intervenuta

²⁵¹ Tribunal Oral Federal en lo Criminal de La Plata, *Etchecolatz, Miguel Osvaldo*, cit. Miguel Osvaldo *Etchecolatz*, ex commissario di polizia nella Provincia di Buenos Aires, fu condannato all'ergastolo (oltre all'interdizione assoluta permanente), per la detenzione illegale, la tortura e l'omicidio di sei persone *desaparecidas*. *Etchecolatz* era stato Direttore Generale di Investigazioni della Polizia della Provincia di Buenos Aires dal 5 maggio 1976 al 28 febbraio 1979, svolgendo un ruolo chiave all'interno della struttura illegale di repressione e dei centri clandestini di detenzione operanti in quel territorio.

²⁵² Fundamento IV.b.

²⁵³ La sentenza non riprende invece la lettura alternativa che ritiene applicabile il concetto di gruppo religioso.

²⁵⁴ Questo brano, riportato nel fondamento IV.b della sentenza, è tratto da G. D. FEIERSTEIN, *Hasta que la muerte nos separe. Prácticas sociales genocidas en América Latina*, Buenos Aires, 2004, p. 76.

prescrizione viene superato mediante l'attribuzione ai fatti della natura – non di genocidio, bensì – di crimini contro l'umanità, secondo il meccanismo di “doppia sussunzione” che abbiamo in precedenza esaminato.

Ricompare qui, dunque, un fenomeno che già abbiamo riscontrato nella sentenza di condanna all'ex-Presidente del Perù Fujimori²⁵⁵: la qualificazione dei fatti come crimini internazionali – in quel caso, come crimini contro l'umanità, in questo caso come genocidio²⁵⁶ – non esplica alcuna funzione concreta in sede di commisurazione della pena né in relazione alla disciplina applicabile. La dichiarazione del tribunale argentino, a differenza dei precedenti spagnoli che pure espressamente cita²⁵⁷, ha un valore meramente *simbolico*, connesso all'idea del processo penale quale luogo di produzione di verità, e si inserisce dunque in un'ottica più ampia di riparazione alle vittime e costruzione di una memoria storica²⁵⁸ che ben poco ha a che vedere con le finalità proprie del processo penale²⁵⁹.

In termini del tutto analoghi si è poi espresso il medesimo *Tribunal Oral Federal* di La Plata nel caso *Von Wernich*, di poco successivo, particolarmente noto perché offrì una prova tangibile del coinvolgimento di parte della Chiesa cattolica nei crimini della dittatura militare²⁶⁰. Nel trattare la questione della possibile qualificazione dei fatti come genocidio²⁶¹, proposta dai difensori delle vittime e dalle associazioni costitutesi nel processo, il tribunale riprende pedissequamente la motivazione svolta nel precedente *Etchecolatz*, e quindi indirettamente la pronuncia dell'*Audiencia Nacional* spagnola, limitandosi ad aggiungere un citazione tratta da un nuovo libro del sociologo già citato, che sviluppa il concetto di “genocidio

²⁵⁵ V. *supra*, par. 2.1.4.1.

²⁵⁶ E tenendo presente, come si è appena detto, che la diversa qualificazione dei fatti come crimini contro l'umanità si serve a produrre l'effetto concreto di decretarne l'imprescrittibilità.

²⁵⁷ Come già detto, nel caso dinanzi all'*Audiencia Nacional*, la qualificazione dei fatti come genocidio serviva a legittimare l'applicazione della giurisdizione universale, in un momento in cui, peraltro, i crimini contro l'umanità non erano ancora espressamente tipizzati nell'ordinamento spagnolo.

²⁵⁸ La sentenza parla addirittura di una “*necesidad ética y jurídica* de reconocer que en la Argentina tuvo lugar un genocidio”.

²⁵⁹ V. *infra*, cap. IV, par. 2.1.4.

²⁶⁰ Tribunal Oral Federal N°1 di La Plata, *Von Wernich, Christian Federico*, causa 2506/07, sentenza del 9.10.2007. Christian Federico Von Wernich fu cappellano della polizia della Provincia di Buenos Aires quando questa era comandata da Ramón Camps, e si è dimostrato che partecipava alle sessioni di tortura svolte all'interno dei centri clandestini di detenzione, oltre ad estorcere informazioni ai detenuti, approfittando del sacramento della confessione, trasmettendole poi ai militari per facilitarli nella repressione illegale. Questa sentenza lo condannò all'ergastolo in qualità di complice di 7 omicidi, 42 sequestri e 31 episodi di tortura.

²⁶¹ Considerando V.3, “El genocidio”.

riorganizzatore” – modalità genocidiaria caratterizzata dall’impiego sistematico dei campi di concentramento e dalla finalità di trasformare le relazioni sociali all’interno di uno Stato-nazione preesistente, ma in modo così profondo da alterare il suo funzionamento sociale²⁶² – e riportando brani di interviste rilasciate da alcuni autori della repressione che offrivano una prova tangibile di questo piano. Addirittura, si sostiene che il gruppo nazionale vittima del genocidio in Argentina non esisteva già, ma venne creato poco a poco dagli stessi repressori, man mano che individuavano soggetti che si opponevano al loro “piano di riorganizzazione nazionale”²⁶³.

Anche in questo caso, a tali considerazioni non corrisponde la sussunzione dei fatti oggetto di giudizio, che vengono invece qualificati come omicidi, sequestri e torture. La sussunzione in fattispecie comuni, infatti, viene ritenuta “quella che si combina più facilmente con il principio di congruenza senza porre in pericolo la struttura giuridica della sentenza”²⁶⁴; tuttavia, prosegue il tribunale:

*“Pero, existe otro aspecto de la realidad sobre el que cabe pronunciarse porque precisamente forma parte de aquella verdad que es la que en última instancia, junto con la sanción puntual de Von Wernich, permitirá seguir construyendo la memoria de las varias generaciones de víctimas directas e indirectas de los hechos ocurridos y de los largos años de impunidad que le sucedieron”*²⁶⁵.

Il medesimo valore simbolico e la medesima finalità di ricostruzione della verità e della memoria che animavano la dichiarazione della natura genocidiaria dei crimini nel caso *Etchecolatz* riemergono qui in tutta la loro evidenza e problematicità²⁶⁶. Occorre tuttavia precisare che in entrambi i casi i tribunali

²⁶² Si tratta del testo di D. FEIERSTEIN, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Buenos Aires, 2007.

²⁶³ “El grupo nacional se iba integrando con trabajadores, estudiantes, políticos, adolescentes, niños, empleados, amas de casa, periodistas y todo aquel que por cualquier circunstancia los genocidas consideraran sospechoso de entorpecer la realización de sus fines”, citato nella sentenza da M. MÁNTARAS, *Genocidio en Argentina*, Buenos Aires, 2005, p. 68.

²⁶⁴ Considerando V.3, “El genocidio”.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ Una dichiarazione analoga si può rinvenire anche in un passaggio della sentenza della Corte d’Assise di Roma nel celebre caso *Astiz*, che condannò in contumacia il militare argentino – peraltro già condannato in contumacia in Francia e sottoposto a misura cautelare detentiva nel paese d’origine – ed altri commilitoni, per l’omicidio aggravato di tre cittadini italiani detenuti nell’ESMA e da lì scomparsi. La sussunzione dei fatti nei reati comuni di omicidio aggravato è accompagnata, al pari di quanto già rilevato nelle sentenze *Etchecolatz* e *Von Wernich*, da una dichiarazione secondo cui: “All’esito dell’istruttoria dibattimentale si può quindi affermare con certezza che negli anni della dittatura venne realizzato il più grave genocidio della storia argentina” (Corte d’Assise di Roma, Sezione II, proc. N. 12/06, sent. 05/07 del 14.03.2007, depositata il 06.06.2007, pag. 89). Si tratta di

superiori aditi nei gradi successivi di giudizio, ovvero la *Cámara Nacional de Casación Penal*²⁶⁷ e la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*²⁶⁸, non hanno ripreso questa dichiarazione, limitandosi a confermare la sussunzione dei fatti nei reati comuni e la loro imprescrittibilità in quanto crimini contro l'umanità²⁶⁹.

2.2.1.1. Considerazioni critiche

Il percorso interpretativo sopra descritto, che mediante una rilettura del concetto di “gruppo nazionale” mira ad applicare la qualificazione di genocidio anche laddove le vittime siano in realtà colpite per motivi di ordine politico ed ideologico, solleva evidentemente alcuni profili critici.

Nonostante esso si avvalga delle potenzialità espansive insite in una nozione di per sé vaga ed aperta – “nazione” e “nazionale” –, ci si può chiedere se esso non ecceda i limiti posti dal dato letterale. La difficoltà nel tracciare i contorni di tale concetto riguarda più in generale la definizione dei gruppi tutelati dalla norma internazionale sul genocidio, cui né il testo della Convenzione del 1948 né i corrispondenti lavori preparatori apportano alcun aiuto, e per la quale si ricorre a scienze altre rispetto a quella giuridica, come la storia, la sociologia, l'antropologia, pur essendo “le opinioni in questi ambiti talmente varieguate che sembra impossibile

una menzione effettuata quasi di sfuggita nello svolgimento delle motivazioni, che non incide in alcun modo sulla commisurazione della pena né sulla disciplina applicabile, e nella quale si può quindi intravedere la medesima finalità simbolica e comunicativa già messa in rilievo. Tale affermazione non è comunque ripresa nelle sentenze dei gradi successivi di giudizio (sia consentito rinviare a E. MACULAN, *Crimini di massa e modelli di attribuzione della responsabilità: riflessioni a margine della sentenza sul caso “Astiz”*, in *Cassazione Penale*, vol. 4, 2010, pp. 135-152).

²⁶⁷ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, *Etchecolatz, Miguel Osvaldo Roberto s/recursos de casación e inconstitucionalidad*, causa n° 7896, Reg. n° 10.488.1, decisione del 18.05.2007, e Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, *Von Wernich, Christian Federico s/recurso de casación*, causa n° 9517, Reg. N.1 13.516, resolución del 27.03.2009, che rigettò il ricorso per cassazione proposto dalla difesa dell'imputato.

²⁶⁸ CSJN argentina, *Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ recurso extraordinario*, causa n° E. 191. XLIII, sentenza del 17.02.2009, che rigetta il ricorso straordinario in quanto manifestamente infondato e basato su motivi già espressamente rigettati nei precedenti *Arancibia Clavel* e *Simón* (entrambi cit.); e *Von Wernich, Christian Federico s/ recurso de hecho*, causa n° 9517 (V. 411. XLV), sentenza del 19.05.2010 che semplicemente dichiara inammissibile il ricorso per vizi di natura formale.

²⁶⁹ La *Cámara Nacional de Casación Penal*, nella sua sentenza sul caso *Von Wernich*, dedica una lunghissima digressione ai concetti di “diritto delle genti”, “diritti umani”, “umanità” e “crimini contro l'umanità”, ripercorrendone l'origine ed evoluzione storica (voto del Presidente giudice Madueño, fundamento I). Tuttavia, questa ricostruzione, che delinea il “marco de análisis general”, appare francamente priva di collegamento con il prosieguo della sentenza, in cui si esamina la sussunzione – nei reati comuni – operata dal giudice di primo grado.

ottenere un criterio unico e definitivo”²⁷⁰. Come rilevava infatti il TPIY nel caso *Jelusic*: “... tentare di definire un gruppo nazionale, etnico o razziale, attualmente, utilizzando criteri oggettivi e scientificamente irreprensibili, sarebbe un esercizio pericoloso, i cui risultati potrebbero non corrispondere alla percezione delle persone interessate da tale categorizzazione”²⁷¹.

A fronte di questa indeterminatezza, alcuni autori valutano positivamente l’interpretazione ampia del concetto di “gruppo nazionale”, ritenendola una soluzione permessa dal tenore letterale della norma e valida ad evitare l’impunità: PACHECO ESTRADA, ad esempio, nel commentare le sentenze dell’*Audiencia Nacional* spagnola nei casi *Scilingo* e *Pinochet*, sostiene che “nulla sembra impedire che gruppi politici possano essere considerati una parte identificabile del gruppo nazionale argentino” – o cileno –, e che a favore di tale conclusione depongono l’ammissibilità dell’auto-genocidio e dell’intenzione di distruggere il gruppo solo parzialmente, nonché il carattere vago dei termini impiegati dalla norma²⁷².

Ma al di là delle difficoltà definitorie intrinseche nei concetti di “nazionalità”, “religione”, “razza” ed “etnia”, alcuni dubbi sull’identificazione delle vittime della criminalità di Stato argentina sorgono alla luce delle concrete forme con cui si è manifestata. Ne troviamo un’ottima descrizione in una recente sentenza del *Tribunal Oral Federal n. 2* della Capitale Federale argentina²⁷³, in cui appunto si rigetta la qualificazione dei fatti come genocidio proposta dalle parti civili costituite in giudizio. In primo luogo, si rileva la differenza esistente tra il significato comunemente attribuito al termine “genocidio” – inteso come il più grave delitto che si possa commettere contro l’umanità” – e il suo concetto giuridico, che è invece più

²⁷⁰ Così A. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, cit., p. 205.

²⁷¹ ICTY, *The Prosecutor v. Goran Jelusic*, *Judgement* 1-95-10, Trial Chamber, 14 dicembre 1999, § 30, traduzione libera. Il TPIY proponeva dunque in questo precedente l’adozione di un criterio soggettivo per l’identificazione del gruppo-vittima, che desse rilievo alla percezione dei soggetti attivi dei crimini. Le considerazioni critiche che si svolgeranno qui a continuazione, tuttavia, valgono anche nel caso di adesione all’opposta visione che predilige un criterio oggettivo per la descrizione dei gruppi.

²⁷² C. PACHECO ESTRADA, *El tratamiento del exterminio de grupos políticos a la luz del caso Scilingo*, in *Jueces para la democracia*, n. 55, marzo 2006, pp. 48-58.

²⁷³ Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 2 di Buenos Aires, *Miara, Samuel y otros*, causa n° 1668, e *Tepedino, Carlos Alberto Roque y otros*, causa n° 1673, sentenze entrambe del 22.03.2011.

ristretto²⁷⁴. In secondo luogo si prendono in esame le caratteristiche concretamente assunte dalla criminalità di Stato argentina:

“Nos parece importante destacar que a partir de la prueba producida en el debate, se ha podido establecer que los sujetos pasivos -las víctimas constituyen un universo notablemente heterogéneo, desde el punto de vista de edad, sexo, ocupación, clase social, participación política o sindical, etc. Así, algunas de las víctimas podían estimar que corrían el riesgo de ser capturadas por los imputados, mientras en otros casos esta situación no era previsible. Es esta razón lo que nos lleva a concluir que el grupo perseguido no podía definirse nítidamente a partir de características apreciables objetivamente, y de este modo estaba conformado sobre la base de la subjetividad de los autores. Las víctimas no se podían reconocer a priori como posibles objetivos. Si afirmamos que p'grupo nacional' se puede entender una parte del cuerpo social, aunque sea parcial, se debería pretender que los integrantes tuvieran la misma nacionalidad. Ese no ha sido el caso en los hechos que juzgamos. Ha habido víctimas de varias nacionalidades. Al respecto, la doctrina refiere que el factor de cohesión del grupo [sic] que ocasiona la victimización, no puede ser otro que el de la raza, nacionalidad, etnia o religión - que es, precisamente, lo que los distingue del resto-, pues de lo contrario ya no nos encontraríamos “ante la destrucción de un grupo nacional ‘como tal’ ni siquiera parcialmente” (Gil Gil, Alicia, “Posibilidad de Persecución en España de violaciones a los derechos humanos cometidos en Sudamérica”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 8-C, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 509). [...] A partir de la documentación incorporada a la causa, se puede concluir que integraban el grupo quienes se oponían a régimen militar. Es decir que, aunque sea a partir de la clasificación que hacían los autores, lo que los motivaba era un objetivo político. De esta forma se desplaza el eje del factor coaligante hacia la idiosincrasia política, que no está incluida en el texto del cuerpo legal. Otro factor a tener en cuenta a fin de establecer si es adecuado considerar que los sujetos pasivos conforman un grupo nacional, es lo que ocurría con el denominado “Plan Cóndor”. Si bien es cierto que no se ha acreditado que algunas de las víctimas de los hechos sometidos a proceso, hubieran sido trasladadas, [...] es innegable que esas víctimas eran seleccionadas con base en las mismas directivas que surgen de la

²⁷⁴ “La historia asocia a la palabra ‘genocidio’ la idea del mayor delito posible contra la humanidad y, naturalmente, un proceso que diera lugar a los delitos materia de este juicio, inevitablemente evoca ese significado. A su turno, el texto jurídico aplicable, sin restar importancia a la palabra genocidio, la ubica como una especie del género ‘delitos contra la humanidad’. De tal forma la magnitud que otros lenguajes le adjudican a la palabra en cuestión no es, a nuestro juicio, equivalente a la significación jurídica que se le debe acordar a partir de la convención que resulta aplicable” (fundamento VI.A, “Genocidio”).

*documentación antes referida y, dadas las características de este procedimiento - captura en un país y traslado al de origen nacional- no parece adecuado suplantar el pretendido móvil político por el de conformación del grupo nacional*²⁷⁵.

Come emerge dal brano qui riportato, il presunto gruppo su cui si accanì la repressione dittatoriale era in realtà estremamente eterogeneo al proprio interno, poiché accorpava membri di movimenti di insurrezione, affiliati al partito comunista e a quello socialista, semplici simpatizzanti di ideologie politiche genericamente “di sinistra”, sindacalisti, studenti e rappresentanti di movimenti di protesta giovanili, addirittura persone prive di coinvolgimento diretto in attività politiche e legate ai “dissidenti” da meri rapporti di parentela o conoscenza. L’unico tratto comune di questa variegata pluralità di soggetti è, evidentemente, la loro opposizione – vera o presunta tale – al regime dittatoriale e all’ideologia sotto la cui bandiera esso pretendeva di unificare la “Nazione argentina”.

Si tratta dunque, in primo luogo, di un’identificazione in termini puramente negativi, nel senso che le vittime venivano selezionate, indipendentemente dalla loro appartenenza all’uno o all’altro movimento politico-ideologico, solamente perché non corrispondevano al progetto imposto dal regime²⁷⁶.

Inoltre, quest’unico tratto distintivo di segno negativo presenta una natura prettamente politica, che risulta assai difficile far rientrare tra le caratteristiche valide ad individuare un gruppo nazionale²⁷⁷. Anzi, è emerso dalle varie indagini di natura penale svolte finora, così come dai lavori della CONADEP²⁷⁸, che le vittime non di

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ La AC del TPIY, nel caso *Stakic*, rigetta apertamente il ricorso a criteri puramente negativi per l’individuazione del gruppo vittima di genocidio, poiché i gruppi identificati su tali basi son privi di tratti distintivi su cui l’intenzione distruttrice possa concentrarsi: TPIY, AC, *Stakic*, judgment, 22.03.2006, §§ 22-23.

²⁷⁷ Che già la sentenza del TPIR nel caso *Akayesu* definiva “as a collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of rights and duties”: ICTR, TC, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, 02.09.1998, § 512 (al di là dei rilievi che si possono muovere anche ad una definizione che lega in modo così stretto la nazionalità con la cittadinanza, posto che, com’è noto, l’equivalenza tra *popolo*, *Stato* e *nazione* non sempre corrisponde alla realtà). E rileva a tal proposito GIL GIL: “Pero no se puede entender como grupo nacional un grupo definido por determinados caracteres de tipo social, ideológico o según cualquier otro criterio que no sea una identidad nacional que lo distinga del resto, pues en tal caso el grupo víctima, el grupo al que se dirige el ataque no es ya un grupo nacional, sino un grupo social, ideológico, etc., excluidos del ámbito de protección del Convenio” (A. GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, cit., p. 150).

²⁷⁸ Comisión Nacional de Desaparición de Personas, la Commissione per la Verità istituita dal Presidente Alfonsín appena dopo il ripristino del regime democratico nel 1984.

rado non erano neppure di nazionalità argentina, ma che provenivano da altri paesi sudamericani o addirittura europei²⁷⁹. La repressione militare, dunque, si proponeva di sterminare le persone considerate dissidenti, e non mirava invece alla distruzione totale o parziale di un gruppo nazionale *in quanto tale*, come richiede la norma che tipizza il genocidio – che limita appunto l’applicabilità di tale fattispecie ai crimini commessi con l’intenzione di distruggere uno dei quattro gruppi protetti proprio a causa delle caratteristiche che contraddistinguono tali gruppi, come conferma la previsione della formula “in quanto tali”²⁸⁰.

D’altro canto, le caratteristiche del gruppo colpito dalla repressione militare neppure possono valere a classificarlo come gruppo religioso²⁸¹: le vittime non condividevano infatti un medesimo credo, ed assimilare ad esso un’ideologia politica – al di là del fatto che all’interno del gruppo le ideologie erano variegata ed accomunate soltanto dall’opposizione al regime – costituisce nulla più che un’analogia *in malam partem* proibita in diritto penale²⁸².

²⁷⁹ Si pensi ad esempio al celebre caso delle due suore francesi (Alice Domon y Leonie Duquet), sequestrate insieme ad Azucena Villaflor ed altre Madres de Plaza de Mayo durante una raccolta fondi nella chiesa di Santa Cruz nel mese di dicembre del 1977 e scomparse dopo essere state detenute nell’ESMA. Per questi due omicidi Alfredo Astiz venne condannato in contumacia da un tribunale francese.

²⁸⁰ Segnala GIL GIL, nella sua acuta analisi del crimine di genocidio, che la clausola “in quanto tale” venne introdotta nella definizione tipica del crimine in sostituzione dei moventi che inizialmente si era proposto di inserire, al fine di chiarire che l’intenzione distruttiva si deve dirigere contro quei gruppi proprio a causa dei tratti che li identificano come gruppi nazionali, etnici, razziali o religiosi: A. GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, cit., p. 152. L’Autrice collega questa lettura all’idea di fondo per cui il bene giuridico tutelato dalla norma sul genocidio è l’esistenza di determinati gruppi umani, selezionati per la loro particolare riconoscibilità e stabilità. Non concorda invece C. CASTRESANA, secondo cui “lo que se persigue específicamente con la tipificación penal del genocidio es, en realidad, lo que podríamos definir como el exterminio colectivo” (*Persecución de crímenes contra la humanidad en la Audiencia Nacional. Los informes que los fiscales no quisieron firmar*, in *Jueces para la democracia*, n. 31, 1998, p. 3).

²⁸¹ Nella già citata sentenza *Akayesu* del TPIY leggiamo che “The religious group is one whose members share the same religion, denomination or mode of worship” (§ 515).

²⁸² Così sostiene correttamente GIL GIL, la quale contesta inoltre il ricorso che il giudice spagnolo Garzón fa – e che, come si è detto, i giudici argentini invece non riprendono – al Progetto di Convenzione Internazionale per l’eliminazione di ogni forma di intolleranza e discriminazione basata sulla religione al fine di definire il gruppo religioso. Secondo l’Autrice, in quel Progetto ci si riferisce anche ai concetti di “credenza” e “convinzione”, più ampi di quello di “religione”, e allo stesso tempo l’oggetto di tutela sono le credenze e convinzioni *personali*, non quali tratti distintivi di un gruppo: v. A. GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, cit., p. 154. C. PACHECO ESTRADA rileva che, pur potendo affermare che alcune delle vittime furono probabilmente selezionate a causa della loro appartenenza a certi gruppi religiosi, o più in generale per dissentire rispetto alla dottrina religiosa ufficiale del regime, questo criterio non fu determinante rispetto a tutte le vittime: C. PACHECO ESTRADA, *El tratamiento del exterminio de grupos políticos a la luz del caso Scilingo*, cit., p. 14.

Di conseguenza, pur essendo fuor di dubbio che l'intento che animava gli atti criminali della dittatura argentina era quello di eliminare una pluralità di persone, si deve accettare che le vittime designate potevano essere considerate membri, al massimo, di un gruppo *politico*, individuato peraltro in termini negativi, per contrapposizione rispetto all'ideologia politica imperante, e non compreso in quanto tale nel novero delle categorie protette dalla norma sul genocidio. Occorre infatti ricordare che una cosa è il "concetto sociale" di genocidio ed altra è la sua definizione normativa, che, pur essendo più restrittiva della prima, è l'unica che un tribunale penale può applicare nell'esercizio della sua attività giudicante.

Su questa conclusione si innesta la condivisibile critica che molte voci muovono²⁸³ alla limitazione delle categorie protette nella definizione normativa del tipo penale di genocidio. I quattro gruppi tutelati, se nel momento dell'elaborazione della norma potevano forse corrispondere alle vittime che le condotte genocidiarie avevano colpito fino ad allora, di certo non riflettono le modalità fenomenologiche che il delitto è venuto assumendo nel corso degli ultimi decenni. Il verificarsi sempre più frequente di episodi di genocidio ai danni di gruppi politici e/o ideologici suggerisce l'opportunità di sottoporre a revisione una descrizione normativa che risale all'ormai lontano 1948²⁸⁴ e appare ormai obsoleta. Anzi, le tragiche esperienze latinoamericane sembrano aver svolto un ruolo chiave in questo senso, poiché hanno appunto dimostrato che sono possibili – e anzi, sono stati ampiamente sperimentati – paradigmi distruttivi differenti dalla criminalità di matrice nazista.

Un'auspicabile modifica della norma sul genocidio potrebbe dunque includere tra le categorie protette anche altri gruppi umani, come quelli politici, economici, sociali: tale è la strada scelta da alcuni Stati che, nel tipizzare il delitto di genocidio all'interno del proprio ordinamento, hanno aggiunto, ai gruppi contemplati dalla norma internazionale, i gruppi politici – come accade in Colombia, Panama e Costa Rica – o sociali – previsti in Perù e Paraguay – o una pluralità di gruppi di

²⁸³ Sul punto si vedano, ad esempio, E. FRONZA, *Genocidio*, in E. AMATI, V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., pp. 333 ss.; E. MEZZETTI, *I crimini di genocidio*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte Penale Internazionale: organi, competenza, reati, processo*, Milano, 2006, pp. 559-599.

²⁸⁴ Come già detto, lo Statuto di Roma nel tipizzare il genocidio ripropone esattamente la definizione contenuta nella Convenzione del 1948 (cfr. cap. II).

vario genere, come in Uruguay²⁸⁵. In alternativa, la revisione della norma potrebbe consistere nella sostituzione dell'enumerazione dei gruppi con una clausola generale che assegni rilievo all'intenzione di distruggere "un determinato gruppo umano in quanto tale", indipendentemente dal motivo su cui si basa la sua identificazione.

L'adozione di una simile modifica normativa permetterebbe di ampliare il raggio d'azione della disposizione incriminatrice fino a coprire tutte le possibili modalità di manifestazione del reato, e di eliminare pertanto quei vuoti di tutela generati dalla restrizione dei gruppi protetti che la versione attuale della norma impone. In ogni caso, questa soluzione dovrebbe passare necessariamente attraverso un intervento di matrice legislativa, e non può essere attuata mediante un percorso argomentativo come quelli sopra ricordati, che, sulla base dell'immutata definizione internazionale e in assenza di un'espressa previsione normativa a livello nazionale, tende le maglie del concetto di "gruppo nazionale" (o religioso) ben oltre i limiti naturali che il dato letterale impone.

Una recente sentenza di un tribunale argentino di prima istanza²⁸⁶ coglie la necessità di un simile intervento legislativo: dopo un lunghissimo *excursus* sul crimine di genocidio e sui precedenti dei tribunali argentini che hanno applicato – o almeno discusso – la qualificazione come tale dei crimini della dittatura²⁸⁷, la sentenza critica con veemenza l'assenza dei gruppi politici dal novero di quelli tutelati dalla fattispecie in questione²⁸⁸, ma afferma al tempo stesso:

“En suma, en el caso que nos toca juzgar, el ataque estuvo dirigido a un grupo político que, justamente, no se encuentra abarcado en el ámbito de protección

²⁸⁵ L'art. 16 della legge 18.026 del 2006 parla di "grupo nacional, étnico, racial, religioso, político, sindical, o a un grupo con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud".

²⁸⁶ Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 5 di Buenos Aires, *Acosta, Jorge Eduardo; Astiz, Alfredo Ignacio y otros*, cause riunite n. 1270, 1271, 1275-1278, 1298-1299, sentenza del 28.12.2011. I fatti di causa riuniscono diversi episodi criminosi avvenuti nell'ESMA durante la dittatura, e qualificati come privazioni illegittime di libertà, tortura e maltrattamenti, omicidi e rapine. Dei diciotto imputati, dodici vennero condannati all'ergastolo, due a 25 anni di reclusione, uno a 20 anni e un altro a 18 anni di reclusione; due infine vennero assolti.

²⁸⁷ Considerando VI, par. 3 (pp. 1722- 1898).

²⁸⁸ Tra i principali argomenti che supportano tale critica spicca l'idea che la finalità ultima della norma sul genocidio sia la protezione di quei gruppi che si rivelano più vulnerabili rispetto ad altri, e quindi sicuramente anche i gruppi politici (ivi, p. 1794). Inoltre, si sostiene che, se il criterio di selezione dei gruppi tutelati dalla norma è la loro – presunta – stabilità, permanenza ed omogeneità, non si spiega l'inclusione dei gruppi religiosi, i cui tratti unificanti non si discostano poi molto dai gruppi politici (ivi, p. 1793): secondo il tribunale, si tratta di una contraddizione interna alla norma che incrimina il genocidio.

normativo, previsto en la Convención del año 1948. Precisamente por ello, y siendo concedores privilegiados de la injusticia que significa este tipo de matanza, no quede abarcado bajo el concepto de genocidio, es que habremos de librar oficio a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...) a efectos de que se solicite a los demás poderes del Estado que, ante los organismos internacionales pertinentes, postulen la inclusión de la persecución política como causal de genocidio en la Convención respectiva”²⁸⁹.

Il tribunale dunque, dimostrando una notevole consapevolezza dei limiti delle proprie funzioni, auspica un dialogo e una collaborazione con gli altri poteri dello Stato al fine di colmare il vuoto di tutela provocato dalla mancata inclusione dei gruppi politici nella norma incriminatrice del genocidio. Occorre tuttavia rilevare che da tale conclusione si dissocia il giudice Farías il quale, in parziale dissidenza, rileva che una simile proposta *de lege ferenda* “costituisce un’opinione dottrinale estranea alla competenza di questo tribunale”²⁹⁰.

In ogni caso, indipendentemente da simili suggerimenti in prospettiva *de jure condendo*, quando la concreta fenomenologia del reato non permette di parlare propriamente di un genocidio, appunto perché i gruppi colpiti non rientrano nel novero di quelli tutelati – oppure anche nel diverso caso in cui non si riesca a provare l’intenzione distruttiva in capo ai soggetti attivi –, rimane comunque possibile qualificare i fatti come crimini contro l’umanità. Certo, l’applicazione di questa fattispecie è subordinato alla verifica dell’esistenza di un contesto di “attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile”, ma questa verifica pone difficoltà probatorie decisamente inferiori e soglie di rilevanza molto meno restrittive rispetto all’elemento di contesto del genocidio.

Questa soluzione alternativa per attribuire ai fatti oggetto di giudizio rilevanza internazionale è rinvenibile in numerose sentenze: la già citata sentenza nel caso *Miara*, ad esempio, dopo aver spiegato i motivi per cui non ritiene che in Argentina si sia verificato un genocidio, conclude:

“Estos argumentos nos convencen de que los damnificados no fueron escogidos por formar parte de un “grupo nacional” que debía ser exterminado en tanto grupo como tal, sino que se les pretendió adjudicar a estas acciones significación política,

²⁸⁹ Ivi, p. 1897. Enfasi aggiunta.

²⁹⁰ Ivi, p. 1898: voto in parziale dissidenza del giudice Farías.

*constituyéndolos en “enemigos” del régimen dominante y esta caracterización del “enemigo” es lo que ha guiado las conductas que juzgamos, de forma que no es posible atribuir a los autores la intención de cometer genocidio, mientras que claramente corresponde adjudicarles el dolo de un delito de lesa humanidad*²⁹¹.

E conferma infatti nella parte risolutiva la qualificazione dei fatti “come costitutivi di crimini contro l’umanità”²⁹².

Una conclusione analoga è raggiunta dall’*Audiencia Nacional* spagnola in relazione al summenzionato procedimento a carico di novantotto militari argentini, in cui si inserisce il celebre giudizio contro *Scilingo*²⁹³: modificando la sussunzione nel delitto di genocidio operata dal *Juzgado de Instrucción* in sede di rinvio a giudizio, la Corte sceglie di qualificare i fatti come crimini contro l’umanità. In realtà questa modifica si giustifica sulla base di una riforma legislativa nel frattempo intervenuta nell’ordinamento spagnolo, che aveva tipizzato espressamente i crimini contro l’umanità²⁹⁴, e si accompagna ad una dichiarazione secondo cui la validità della soluzione proposta dal giudice Garzón – che qualificava i fatti come genocidio e su tale base legittimava la giurisdizione universale – era venuta meno solo in un momento successivo alla pronuncia, appunto a causa di questa riforma²⁹⁵.

²⁹¹ Tribunal Oral Federal nº 2 della Capital Federal, sentenza *Miara*, cit., fundamento VI.A.

²⁹² Parte risolutiva, punto IV.

²⁹³ Audiencia Nacional spagnola, sentenza 16/2005, cit.

²⁹⁴ L.O. 15/2003, del 25 novembre, entrata in vigore l’1.10.2004, che introdusse nel codice penale spagnolo l’art. 607 bis, che incrimina i crimini contro l’umanità.

²⁹⁵ Afferma la Corte: “Es necesario tener en cuenta que la Sala da esta interpretación superrestricta y restringida del delito de genocidio en el momento actual, precisamente por haberse incorporado al Código Penal el tipo referido a los delitos de lesa humanidad, de carácter mas amplio, y que obliga a reinterpretar este delito en el sentido indicado. No obstante, en el momento de la producción del hecho y hasta la entrada en vigor de este precepto, era correcta su tipificación penal como delito de genocidio” (fundamento de derecho I.A.6). Si precisa inoltre che la sussunzione dei fatti nei crimini contro l’umanità ex art. 607 bis c.p. non viola il principio di legalità perché, pur trattandosi di una norma introdotta successivamente alla commissione dei fatti, la condotta corrispondente si trovava già da tempo prevista dalla consuetudine internazionale. Per una descrizione ed una critica a questo procedimento di sussunzione, si veda A. GIL GIL, *La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-r1(2005), <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>. Si ricordi che il Tribunal Supremo, chiamato successivamente a pronunciarsi sul caso, modificò ancora una volta i capi di imputazione, qualificandoli come plurimi delitti di omicidio e detenzione illegale, e applicando poi un aggravamento di pena in considerazione del contesto in cui furono commessi, valido a caratterizzarli come crimini contro l’umanità. Questa soluzione mette in realtà in discussione la competenza stessa dell’organo giudicante, che sulla qualificazione come crimini contro l’umanità basava appunto l’applicazione della giurisdizione universale ex art. 23.4 LOPJ (A. GIL GIL, *Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo*, cit., pp. 391-409). Cfr. *supra*, par. 2.1.4.

L'applicazione della categoria dei crimini contro l'umanità, in ipotesi in cui la qualificazione come genocidio è preclusa dalla non rispondenza del gruppo-vittima alla previsione normativa, appare dunque come un'ancora di salvezza: da una parte, consente ugualmente di attribuire ai fatti la natura di crimini internazionali ed il conseguente regime speciale, dall'altra rispetta i limiti normativi della struttura tipica del genocidio²⁹⁶. È pur vero che questa qualificazione alternativa non permette di valorizzare la specificità dell'intenzione di distruggere un determinato gruppo umano, laddove davvero sia rinvenibile una simile finalità; al tempo stesso, come rileva la citata sentenza *Astiz e altri*, la categoria dei crimini contro l'umanità è pensata per proteggere gli individui, e non invece l'esistenza di gruppi umani particolarmente vulnerabili, come il genocidio²⁹⁷.

Tuttavia, l'insistenza con cui la pubblica accusa e ancor più i difensori delle parti civili e delle associazioni costituite in giudizio spesso reclamano la sussunzione dei fatti nel delitto di genocidio sembra tradire motivazioni diverse ed ulteriori. Pare infatti che dietro questa insistenza si celi la convinzione – in realtà erronea e sprovvista di supporto normativo – che esista una gerarchia di gravità tra i crimini internazionali, al cui vertice si collocherebbe il genocidio, e che una condanna per tale delitto sia in qualche misura più severa, non certo in termini di sanzione concretamente applicata – dato che solitamente la pena non varia di molto rispetto alle altre categorie di crimini internazionali –, né per quanto concerne la disciplina specifica, che è comune ai crimini contro l'umanità e di guerra, bensì in termini di impatto sociale e, potremmo dire, mediatico. Il sospetto che sorge di fronte a questi meccanismi è dunque che, mediante la pretesa di ottenere una condanna per genocidio, si intenda attribuire al processo penale e alla sentenza, ancora una volta, una funzione e un valore *simbolici*, anche a costo di forzare, nei termini sopra evidenziati, il contenuto della norma di legge.

²⁹⁶ Fermi restando i problemi connessi alla sussunzione dei fatti in un tipo penale introdotto in un momento – di molto – successivo alla loro commissione, di cui già si è detto in relazione al caso spagnolo, ma che si ripropongono in tutti gli ordinamenti che solo di recente hanno provveduto a tipizzare i crimini contro l'umanità.

²⁹⁷ Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 5 di Buenos Aires, sentenza *Acosta, Jorge Eduardo; Astiz, Alfredo Ignacio y otros*, cit., considerando VI.3, p. 1796.

2.2.2. *Il controllo di legittimità costituzionale per eliminare i limiti legislativi al tipo penale internazionale*

L'altra modalità con cui i tribunali latinoamericani sono intervenuti ad ampliare la portata dei tipi penali internazionali è il controllo di costituzionalità delle norme nazionali che tipizzano tali crimini. Come si diceva, quest'esito interpretativo presuppone che il legislatore nazionale, nell'introdurre la fattispecie nell'ordinamento interno, vi abbia inserito alcuni elementi nuovi, non previsti dalla norma internazionale, che pongono soglie di rilevanza penale più elevate, condizioni di punibilità o elementi tipici aggiuntivi il cui effetto è una restrizione del campo applicativo delle norme incriminatrici. Simili scelte legislative, di per sé lecite nell'esercizio del margine nazionale di apprezzamento concesso dagli strumenti internazionali²⁹⁸, possono essere messe in discussione in sede di controllo di costituzionalità: la Corte Costituzionale – o il giudice ordinario nei sistemi a controllo diffuso o misto – può dichiarare l'incostituzionalità della norma, solitamente rilevandone la contrarietà al diritto internazionale recepito in ambito interno con rango costituzionale, e riespandere in tal modo la portata del tipo penale che era stata ridotta dalla legge interna.

Un attore particolarmente prolifico di questa linea giurisprudenziale è la *Corte Constitucional* colombiana, che, mediante la dichiarazione di incostituzionalità parziale delle norme sul genocidio, sulla sparizione forzata e sulla tortura, ha "riscritto" la definizione di tali crimini nell'ordinamento nazionale, cercando di recuperare la conformità agli strumenti internazionali.

Un significativo esempio di tale intervento è la C-177/01²⁹⁹, che dichiara incostituzionale l'espressione "che agiscano in modo conforme alla legge", che il legislatore colombiano aveva inserito, in sede di tipizzazione del genocidio, come requisito dei gruppi protetti da tale norma³⁰⁰. La previsione di questa clausola, così

²⁹⁸ V. *supra*, cap. II, par. 2.3.

²⁹⁹ C. Const. colombiana, C-177/01, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322^a (parcial) del Código Penal, creado por el artículo primero de la Ley 589 de 2000 "Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones"*, 14.02.2001. La domanda era stata presentata da una cittadina, Marcela Adriana Rodríguez Gomez, in applicazione dell'art. 241 numero 5 della Costituzione.

³⁰⁰ Art. 322 legge 589/2000 del 06.07.2000 "Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones":

come l'inclusione, nell'elenco dei gruppi tutelati, di quelli politici, possono essere spiegate alla luce delle peculiari forme di manifestazione che la criminalità di massa ha assunto in Colombia. Da una parte, infatti, nel contesto del conflitto interno che ormai da decenni vede scontrarsi i gruppi guerriglieri e le forze militari e paramilitari, la commissione di crimini di rilevanza internazionale non è una prerogativa statale – come nella maggior parte degli altri Stati del continente – ma è imputabile a tutti gli attori del conflitto, come ha dimostrato il noto episodio di massacro ai danni dei militanti dell'*Unión Patriótica*³⁰¹; dall'altra, i motivi alla base degli scontri e della commissione dei delitti sono primariamente ed essenzialmente politici³⁰². Inoltre, alla base di tale peculiarità legislativa si colloca probabilmente anche l'assenza di una tipizzazione espressa dei crimini contro l'umanità; questa lacuna normativa ha indotto all'ampliamento della fattispecie di genocidio in modo tale da permettere la punibilità di condotte altrimenti prive di copertura penale internazionale.

Le particolarità che contraddistinguono la fenomenologia del crimine nello Stato colombiano e il ritardo nel tipizzare i crimini contro l'umanità hanno dunque indotto il legislatore ad aggiungere alla descrizione tipica del genocidio i due elementi sopra indicati. Ora, mentre è evidente che prevedere tra le possibili vittime anche i gruppi politici esplica un effetto espansivo della portata della fattispecie, all'esito esattamente contrario conduce l'introduzione della condizione per cui deve trattarsi di gruppi che agiscono conformemente alla legge, poiché si escludono così dalla sfera di protezione della norma tutti quei gruppi che intraprendono attività illegali.

La Corte distingue perfettamente questi due opposti effetti pratici, e proprio sulla base di ciò fa salva la previsione dei "gruppi politici", convalidando in tal modo

"Genocidio.- El que con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político *que actúe dentro del margen de la Ley*, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros..." (corsivo aggiunto).

³⁰¹ Si tratta di un massacro avvenuto nel comune di Segovia (dipartimento di Antioquia) nel novembre del 1988, ai danni di numerosi membri del gruppo politico Unión Patriótica, che all'epoca soffriva una feroce repressione da parte delle forze paramilitari. Cfr. A. APONTE CARDONA, *Colombia*, in K. AMBOS, E. MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales*, cit., pp. 241-2.

³⁰² Senza disconoscere naturalmente il ruolo preponderante che ha assunto il narcotraffico, e le motivazioni di natura economica ad esso connesse. Quanto detto è confermato dalla Corte stessa: "...pues no se puede ignorar que en Colombia muchos de los exterminios que podrían ser caracterizados como genocidio son de naturaleza política" (C. Const. colombiana, C-177/01, cit.).

l'espansione del tipo penale determinata dal legislatore interno³⁰³, mentre annulla, al contrario, il segmento “che agiscano dentro ai limiti di legge”, ritenendo inammissibili disposizioni interne che *restringono* il contenuto minimo offerto dalla norma internazionale.

Questa formula, sostiene la Corte, contrasta in primo luogo con l'art. 93 della Costituzione, che sancisce la prevalenza dei trattati internazionali nell'ordinamento interno e impone l'obbligo di interpretare i diritti costituzionalmente garantiti in conformità con i trattati internazionali rilevanti vigenti nell'ordinamento³⁰⁴. Inoltre, si aggiunge, il criterio discrezionale che la norma introduce è assolutamente carente di precisione e chiarezza:

*“por lo cual, resulta contrario al principio de tipicidad general de rango constitucional y, por esa vía a las garantías constitucionales que integran el debido proceso y el derecho a la defensa en materia penal, principalmente el principio nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”*³⁰⁵.

Infine, la restrizione operata dalla disposizione è in palese contrasto con i principi ispiratori della Costituzione³⁰⁶, che non ammettono differenziazioni di alcun genere nella protezione di valori supremi quali il diritto alla vita e all'integrità fisica, i quali godono dello stesso valore per tutti gli esseri umani.

Sulla base di questi argomenti, dunque, la Corte dichiara incostituzionale la clausola “che agiscano in modo conforme alla legge”, e riespande in tal modo la tutela contro il genocidio a tutti i gruppi elencati dalla norma – etnici, razziali, nazionali, religiosi e politici – indipendentemente dal fatto che essi agiscano entro i limiti legali o al di fuori di essi.

³⁰³ V. *infra*, par. 2.2.3.

³⁰⁴ Art. 93 Costituzione colombiana: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

³⁰⁵ Fundamento 5.

³⁰⁶ Cfr. in particolare l'art. 5 Cost. colombiana: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

Un esito analogo ha prodotto un'altra sentenza della *Corte Constitucional* colombiana, la C-317/2002³⁰⁷, in relazione al delitto di sparizione forzata di persone. La disposizione che tipizza questo delitto nell'ordinamento colombiano, infatti, prendeva in considerazione, nella sua formulazione originaria, la sola criminalità riconducibile ai gruppi illegali: prima dell'intervento della Corte, essa prevedeva come possibili soggetti attivi "chiunque appartenga ad un gruppo armato che opera nell'illegalità"³⁰⁸. Questa formulazione si presenta da un lato più ampia di quella adottata in sede internazionale, che limita i soggetti attivi di questo specifico delitto agli agenti statali o a coloro che operino con il sostegno dello stato³⁰⁹; dall'altro, però, ripropone quel discrimine già incontrato in relazione al genocidio³¹⁰ che limita l'intervento punitivo in relazione ai gruppi illegali.

La Corte ritiene che quest'inciso violi il principio di eguaglianza, poiché:

"En efecto, el sujeto activo allí determinado excluye a otros que potencialmente también pueden realizar el supuesto fáctico penalizado en la norma, a saber:

El particular que no pertenezca a ningún grupo. Es decir, quien realiza el hecho punible individualmente o motu proprio.

b- El particular que pertenezca a un grupo pero que éste no sea armado.

c- El particular que pertenezca a un grupo armado pero que no se encuentre al margen de la ley"³¹¹.

³⁰⁷ Corte Const. colombiana, C-317/2002, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 (parcial) de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal"*, 02.05.2002. La domanda venne proposta da una cittadina, Marcela Patricia Jiménez Arango, nell'esercizio del diritto sancito dagli artt. 40.6, 241.4 e 242.1 della Cost. colombiana.

³⁰⁸ È invece il secondo comma della disposizione, lasciato intatto dall'intervento della Corte, a decretare la punibilità del pubblico ufficiale (o del privato che agisce con appoggio o acquiescenza statale). Recita l'art. 165 c.p. colombiano: "Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión (...). 2. A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior". Come si può notare, la pena assegnata al soggetto attivo individuato dal co. 2 è la stessa del co. 1: questa scelta sanzionatoria è, a nostro parere, criticabile, poiché non considera il maggior disvalore della condotta contemplata dalla seconda ipotesi.

³⁰⁹ Pur con le specificazioni indicate *supra* nel cap. II, par. 6.1: lo Statuto di Roma, a differenza della CISFP, include tra i soggetti attivi anche i membri di "organizzazioni politiche".

³¹⁰ Anche se in quel caso andava riferito non ai possibili soggetti attivi ma a quelli passivi, cioè ai gruppi protetti dalla norma.

³¹¹ Fundamento 2.d.

Inoltre, si rileva che questa formulazione “riduce notevolmente il significato e la portata della protezione generale sancita dall’art. 12 della Carta Politica”³¹², che pone un divieto di carattere universale, e che risponde alle concrete forme di manifestazione del reato nell’esperienza colombiana:

*“Así mismo valga recordar que la determinación del constituyente plasmada en el artículo 12 Superior recogió la realidad de nuestro país donde no siempre el sujeto activo o partícipe de la desaparición forzada es un servidor público o un particular que actúa bajo su protección o aquiescencia, pues también existen personas o grupos de personas que pueden cometer este delito como por ejemplo los grupos de limpieza social, la delincuencia común, los grupos de autodefensa o paramilitares, los narcotraficantes, la guerrilla, etc.”*³¹³.

Di conseguenza, la Corte Costituzionale dichiara l’illegittimità costituzionale dell’espressione “che appartenga a un gruppo armato illegale” e riespande in tal modo la definizione tipica e la portata del delitto di sparizione forzata. A ben vedere, in questo caso, l’effetto della sentenza non è semplicemente quello di recuperare la conformità rispetto alla definizione internazionale del crimine, poiché rimane ferma la previsione del privato cittadino come possibile soggetto attivo. La sparizione forzata si caratterizza dunque nell’ordinamento colombiano, in seguito all’intervento della Corte Costituzionale, come un delitto comune, che chiunque può commettere, e garantisce quindi un ambito di protezione decisamente più ampio rispetto alla definizione internazionale che la concepisce come reato proprio³¹⁴. Anche in questo caso, la Corte giustifica quest’esito espansivo sulla base dell’idea per cui il diritto internazionale si limita a porre una soglia minima di protezione che lo Stato è poi libero di ampliare³¹⁵, come lo Stato colombiano ha fatto sia nell’art. 165 c.p. sia, ancor prima, nell’art. 12 della Costituzione:

“resultando de esta manera la consagración constitucional más garantista que la legislación internacional, lo cual es perfectamente posible y le permite a Colombia

³¹² L’art. 12 Cost. prevede infatti: “Nadie será sometido a desaparición forzada (...)”.

³¹³ Fundamento 2.d.

³¹⁴ Con la peculiarità, lo ricordiamo, che lo Statuto di Roma annovera tra i possibili soggetti attivi anche i membri di un’organizzazione politica non statale.

³¹⁵ Fundamento 2.d della sentenza.

colocarse a la vanguardia en materia de responsabilidad ante los organismos encargados de la protección de los derechos humanos”³¹⁶.

Altro esempio di intervento della *Corte Constitucional* colombiana su un elemento tipico peculiare introdotto dalla legislazione interna nella definizione di un crimine internazionale è offerto dalla sentenza C-148/2005³¹⁷, che si pronuncia sulla conformità costituzionale dell’aggettivo “grave” riferito sia alla condotta di lesioni costitutive di genocidio, sia al dolore o sofferenza idonei ad integrare la tortura come crimine di guerra (*tortura en persona protegida* ex art. 137 c.p. colombiano) e come delitto comune ex art. 178 c.p. colombiano.

L’aspetto curioso di questa sentenza è che perviene a due soluzioni opposte in relazione alle due norme impugnate, pur a fronte di un’identica formula letterale, e ciò sulla base di un’analisi rigorosa delle figure penali internazionali.

La Corte ritiene infatti che la previsione di una soglia di gravità perché le lesioni possano integrare il delitto di genocidio sia perfettamente compatibile con la struttura di tale crimine. Solamente le lesioni gravi, rileva, sono compatibili con il dolo specifico che caratterizza tale crimine, vale a dire con l’intenzione di distruggere un gruppo, e possono produrre la violazione del bene giuridico che questa fattispecie mira a tutelare: l’esistenza stessa di un gruppo umano.

“En efecto, como pasa a explicarse, son las lesiones graves a que aluden los textos internacionales reseñados las que resultan compatibles con la intencionalidad específica que se encuentra a la base de la conducta genocida a saber la voluntad de destruir el grupo “en su totalidad o en parte” y desde esta perspectiva mal puede entenderse que con la inclusión por el Legislador de la expresión “grave” los bienes jurídicos que la tipificación del delito de genocidio busca proteger se vean desprotegidos, o pueda entenderse que el legislador estableció en este caso algún tipo de discriminación contraria a la Constitución. [...]

En ese orden de ideas asiste razón al señor Procurador cuando pone de presente que son las lesiones graves y no las leves, las que tienen eficacia para lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos que se busca proteger con la tipificación del delito de genocidio y que no sería razonable que el legislador penalizara como

³¹⁶ *Ibidem.*

³¹⁷ C. Const. colombiana, C-148/2005, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”, 22.02.2005.* La domanda fu interposta dal cittadino Gonzálo Rodrigo Paz Mahecha nell’esercizio dell’azione pubblica di incostituzionalità.

*genocidio actos ajenos a su esencia, que no es otra que la destrucción deliberada de un grupo humano que tenga una identidad definida*³¹⁸.

E, aggiunge la Corte, la fissazione di questa soglia di gravità per attribuire la qualifica di genocidio non significa che le lesioni che non la raggiungano rimangano impunte, poiché esse possono essere sussunte in altre fattispecie comuni, tipizzate nel capitolo dedicato alle lesioni personali³¹⁹.

Occorre tuttavia specificare che questa conclusione non è condivisa da uno dei giudici, che nel suo voto in dissidenza rileva:

*“La supresión del término “grave” haría que la protección sea mayor, al incluir también las lesiones leves. No hay genocidio leve, pues el propósito de esa conducta es el mismo: la destrucción total o parcial de un grupo. Por tanto ratifico mi posición respecto de la inconstitucionalidad de la expresión grave con que se califica al delito que se causa en el genocidio*³²⁰.

Il giudice sembra insomma voler sottolineare la differenza tra la lievità delle lesioni, che può manifestarsi, e la lievità del genocidio *in toto*, che non è invece concepibile.

Al contrario, nell’analizzare la medesima espressione “gravi” riferita al dolore e alla sofferenza inflitta alle vittime di tortura – sia come crimine di guerra sia come reato comune –, la Corte ne dichiara l’incostituzionalità sulla base del dettato della Convenzione Interamericana sulla Tortura:

“Al respecto la Corte constata que en el presente caso y contrariamente a lo que se señaló para el delito de genocidio, es clara la contradicción entre el texto de los artículos 173 y 178 de la Ley 599 de 2000 -que tipifican respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y tortura- y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, instrumento internacional que en armonía con el artículo 93 superior y el principio pro homine es el que corresponde tomar en cuenta en este caso como se explicó en los apartes preliminares de esta sentencia. En efecto en dicho instrumento internacional aprobado mediante la Ley 409 de 1997 no solamente se excluye la expresión ‘graves’ para efectos de la definición de lo que se entiende por tortura, sino que se señala claramente que se entenderá como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no

³¹⁸ Fundamento 4.1.

³¹⁹ Artt. 111-121 c.p. colombiano (cfr. fundamento 4.1).

³²⁰ “Salvamento parcial de voto a la sentencia C-148/2005” del giudice J. Araujo Renteria, punto 3.

*causen dolor físico o angustia psíquica. Es decir que de acuerdo con la Convención Interamericana configura el delito de tortura cualquier acto que en los términos y para los fines allí señalados atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor*³²¹.

Inoltre, aggiunge la Corte, questo requisito è contrario all'art. 12 della Costituzione colombiana, che proibisce in modo assoluto – oltre alla sparizione forzata, come abbiamo visto – le torture, i trattamenti e le pene crudeli, inumane e degradanti. E proprio sulla base di questa norma un membro del collegio giudicante contesta il voto di maggioranza per non aver dichiarato l'incostituzionalità anche della norma sul genocidio, nella parte in cui limita la rilevanza delle lesioni a quelle gravi:

“En efecto, si el artículo 12 de la Constitución Política establece de manera clara y sin distinción alguna la prohibición de infligir a cualquier persona tratos crueles, inhumanos o degradantes y proscribire toda forma de tortura, resulta inaceptable la distinción entre lesiones graves y lesiones leves a la integridad física o mental para disminuir la pena en este último caso a quienes incurran en el gravísimo delito de genocidio, hoy reprimido por la legislación universal.

*Resulta por completo inaceptable que se declare acorde con la Constitución Política que se disminuya la pena a quien con el propósito de distribuir [sic] total o parcialmente un grupo humano cause lesiones físicas o psíquicas a cualquiera de los miembros que lo conforman. Esto significa, ni más ni menos que calificar para efectos punitivos en forma benigna la conducta del genocida, según que su censurable actividad culmine con la muerte de la víctima o con lesiones graves o leves*³²².

Al di là dei rilievi critici formulati nei voti in dissidenza, questa sentenza offre un ottimo esempio di come una Corte Costituzionale – in questo caso quella colombiana – può intervenire sulla definizione tipica che la legislazione nazionale dà di un crimine internazionale, eliminando quegli elementi che contrastano con la norma internazionale corrispondente, o che ne limitano la portata, e confermando invece quelli con essa compatibili.

³²¹ Fundamento 4.2 della sentenza.

³²² “Salvamento parcial de voto” del giudice A. Beltrán Sierra alla sentenza C-148/2005, punto 2.

2.2.3. *La convalida di scelte legislative espansive dei tipi penali internazionali*

Il controllo di costituzionalità può produrre un effetto espansivo della portata dei tipi penali internazionali anche attraverso un altro meccanismo, vale a dire confermando la legittimità di norme nazionali che ampliano la definizione di tali figure rispetto a quella internazionale.

In quest'ipotesi, a differenza di quella esaminata nel paragrafo precedente, il giudice costituzionale non contraddice una scelta legislativa, ma al contrario la convalida, cooperando in tal modo con il legislatore nazionale ad un'espansione della definizione tipica del delitto rispetto alla corrispondente definizione internazionale.

L'argomento attorno cui ruota questa interpretazione è l'idea che il diritto internazionale si limiti a porre dei parametri *minimi* di protezione, che il sistema nazionale è poi libero di ampliare, in sede di tipizzazione interna dei crimini internazionali. Come afferma la *Corte Constitucional* colombiana nella già menzionata sentenza C-177/01³²³:

“Esta Corte encuentra que ningún reparo puede formularse a la ampliación que de la protección del genocidio a los grupos políticos, hace la norma cuestionada, pues es sabido que la regulación contenida en los Tratados y Pactos Internacionales consagra un parámetro mínimo de protección, de modo que nada se opone a que los Estados, en sus legislaciones internas consagren un mayor ámbito de protección.

*Así, pues, no hay óbice para que las legislaciones nacionales adopten un concepto más amplio de genocidio, siempre y cuando se conserve la esencia de este crimen, que consiste en la destrucción sistemática y deliberada de un grupo humano, que tenga una identidad definida”*³²⁴.

Su questo presupposto la Corte dichiara costituzionalmente legittima la previsione, nella norma colombiana che tipizza il delitto di genocidio, dei gruppi politici all'interno del novero dei soggetti passivi protetti, anche se ciò non corrisponde alla definizione internazionale della fattispecie. Come già detto, nella medesima sentenza la Corte elimina invece la formula “che agiscano entro i limiti di legge” riferita ai gruppi tutelati contro il genocidio: tale conclusione rappresenta a ben vedere il rovescio della medaglia di quanto appena affermato, poiché, se si

³²³ C. Const. colombiana, C-177/01, cit. V. *supra*, par. 2.2.2.

³²⁴ Fundamento 5.

riconosce che lo Stato è libero di ampliare i parametri *minimi* di protezione fissati dal diritto internazionale, si deve anche ammettere che non è legittimato all'opposta riduzione di tali limiti.

Identica affermazione ritroviamo in una sentenza del *Tribunal Constitucional* boliviano³²⁵, che rivendica l'autonomia del legislatore nazionale rispetto alla tipizzazione dei crimini internazionali, affermando che essa è consustanziale al principio di complementarità su cui si regge il sistema della CPI:

*“Si bien el Estatuto, establece las modalidades típicas del Genocidio; no es menos cierto, que los Estados miembros, respetando los lineamientos generales establecidos a nivel internacional, pueden, en su legislación penal interna, incorporar otros supuestos de hecho atendiendo a una determinada realidad social”*³²⁶.

Tale sentenza risulta particolarmente interessante ai fini della nostra analisi, poiché avvalga una scelta espansiva del tipo penale di genocidio operata dal legislatore in sede di tipizzazione interna del crimine: l'art. 138 del codice penale boliviano, infatti, sanziona, accanto alla figura di genocidio sostanzialmente coincidente con quella internazionale³²⁷, il delitto di *masacre sangrienta* (massacro sanguinoso), privo di rispondenza nella norma internazionale e così descritto:

“En la misma sanción [prevista dal comma anteriore per il genocidio] incurrirán él o los autores u otros culpables directos o indirectos de masacres sangrientas en el país”.

³²⁵ Tribunal Constitucional boliviano, sentencia constitucional 0034/2006 (exp. 2005-12941-26-RDI), *Leigue Hurtado diputado nacional v. Sandra Giordano Presidente de la Cámara de Senadores*, 10.05.2006.

³²⁶ Fundamento II.3.2., “Sobre la supuesta vulneración al principio de taxatividad”. In realtà, osserva SANTALLA VARGAS, la norma impugnata – che tipizza la “masacre sangrienta” – non è stata introdotta nell'ambito dell'implementazione dello Statuto di Roma, bensì per adeguare l'ordinamento alla Convenzione sul Genocidio del 1948, ed il richiamo al sistema della CPI non è quindi pertinente: E. SANTALLA VARGAS, *Bolivia*, in K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, cit., p. 76.

³²⁷ Anche se con alcune differenze: non vengono previsti, tra i soggetti tutelati, i gruppi razziali, mentre la condotta di trasferimento forzato viene estesa anche alle ipotesi in cui sia commessa contro gli adulti del gruppo. La formulazione della norma di cui all'art. 138 c.p. boliviano risale ad un Progetto di Codice del 1964, e venne successivamente modificata unicamente nei limiti edittali della pena, che vennero elevati nel 1972; il codice penale approvato nel 1997 l'ha mantenuta inalterata.

Questa fattispecie, introdotta avendo in mente un preciso episodio verificatosi nel lontano 1942³²⁸, differisce dal genocidio perché non limita il novero dei possibili soggetti passivi a determinati gruppi umani, raggiungendo quindi un campo applicativo astrattamente più ampio; inoltre, non prevede tra gli elementi tipici il dolo specifico di distruzione che è richiesto per la configurazione del genocidio.

Si tratta dunque di una figura delittuosa del tutto diversa dal genocidio, che condivide con esso, al massimo, le macro-dimensioni, ma non certo la specificità: ci sembra quindi legittimo chiedersi perché il legislatore boliviano ha ritenuto di collocarla a fianco del genocidio, e non invece, ad esempio, in prossimità del reato di sterminio, col quale presenta notevoli somiglianze³²⁹.

Inoltre, l'assenza, tra gli elementi tipici, dell'elemento di contesto proprio del crimine di genocidio, ma anche di quello caratterizzante i crimini contro l'umanità, induce a concludere che si tratta di un reato comune, cui non può essere applicato il regime speciale riservato ai crimini internazionali.

La domanda di incostituzionalità che viene presentata a carico di questa norma si concentra tuttavia su un altro aspetto critico, che riguarda, più che la sua collocazione, la sua formulazione. Le si contesta, *in primis*, di essere strutturata come una norma penale in bianco, e di contrastare pertanto con il principio di riserva di legge. Tale lettura viene decisamente rifiutata dal *Tribunal Constitucional*, che afferma:

“El segundo párrafo del art. 138 no se constituye en una ley penal en blanco, toda vez que tanto el supuesto de hecho -masacres sangrientas – como la sanción -10 a 20 años de presidio- están establecidas en la norma penal. Por otra parte, una de las características de la ley penal en blanco, que podría vulnerar el principio de reserva de ley y por ende, el principio de legalidad, es la remisión a una disposición legal inferior que describe en forma total la supuesta conducta considerada

³²⁸ Noto come “massacro di Catavi”, nel quale una manifestazione pacifica venne repressa con una violenza estrema, trasformandosi in una strage.

³²⁹ In termini analoghi si esprime E. SANTALLA VARGAS, *Bolivia*, in in K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, cit., p. 79: “Si los elementos constitutivos del tipo de genocidio no son aplicables a la figura de *masacres sangrientas*, ¿qué relación jurídica puede inferirse que justifique mantener dicha figura en el tipo de genocidio? Estas interrogantes quedan sin resolverse en la sentencia constitucional que se comenta”.

*delictiva, lo que no acontece en el presente caso, por cuanto en ninguna parte de su texto la norma impugnada remite a disposición legal de inferior jerarquía*³³⁰.

La formulazione troppo ampia adottata dalla norma costituirebbe inoltre, secondo i ricorrenti, una violazione del principio di tassatività. Anche in questo caso, però, il tribunale boliviano nega questo contrasto, ritenendo che il concetto di “masacre sangrienta” sia sufficientemente chiaro e definito, salvo poi ricorrere, per la sua definizione, ad una fonte extra-normativa, il dizionario della *Real Academia de la Lengua Española* – il che fa quantomeno dubitare della sua presunta chiarezza all’interno dell’ordinamento giuridico:

*“De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, masacre significa ‘matanza de personas, por lo general indefensas, producida por ataque armado o causa parecida’, siendo ése, por consiguiente, el acto típico contenido en el segundo párrafo del art. 138 del CP; no siendo necesario que el supuesto contemple otras características. [...] Por otra parte, el sujeto activo -al igual que en los supuestos contemplados en el primer párrafo- no se encuentra especificado, toda vez que la masacre puede provenir de uno o varios particulares, o puede ser realizada, de acuerdo al párrafo tercero, por autoridades o funcionarios públicos. En ese entendido, la norma impugnada no vulnera el principio de taxatividad; toda vez que establece con claridad la configuración del supuesto de hecho a ser sancionado*³³¹.

Infine, il tribunale rigetta pure il motivo di ricorso fondato sulla presunta violazione del divieto di analogia, provocata dal fatto che la norma descrive il tipo oggettivo in termini talmente ampi che consentono di sanzionare qualsiasi condotta. Questo rilievo viene superato sulla base di un argomento che sfrutta la comparazione con il reato di omicidio, e che appare francamente debole:

“Es preciso señalar que la norma impugnada en ningún momento establece la posibilidad de aplicar analógicamente el tipo penal a casos similares; al contrario, señala el supuesto de hecho ‘masacres sangrientas’; en cuyo mérito, sólo aquellas conductas que sean subsumibles en el tipo penal podrán ser sancionadas con la pena establecida por esa norma. Un entendimiento diferente, determinaría que, por ejemplo el delito de homicidio, que simplemente señala ‘El que matare a otro, será

³³⁰ Fundamento II.3.2., “Sobre la supuesta vulneración del principio de reserva legal”.

³³¹ Fundamento II.3.2., “Sobre la supuesta vulneración al principio de taxatividad”.

*sancionado con presidio de cinco a veinte años', sea considerado inconstitucional por ser demasiado extenso; lo que ciertamente no es posible*³³².

Il *Tribunal Constitucional*, confutati tutti i motivi di ricorso sulla cui base si argomenta la contrarietà della norma rispetto al principio di legalità, ne dichiara la legittimità costituzionale.

Questa decisione – il cui esito pare difficilmente condivisibile, alla luce dell'effettiva vaghezza della formulazione normativa – si pone dunque sulla scia della tendenza giurisprudenziale che abbiamo definito *espansiva*: in questo caso, l'ampliamento del tipo penale internazionale – il genocidio – non è effettuato autonomamente dall'organo giudiziale, ma dal legislatore, ed il Tribunale Costituzionale si limita ad avvallarne la scelta.

In realtà, alla luce delle differenze sostanziali esistenti tra “masacre sangrienta” e genocidio, è lecito dubitare che si tratti di un vero e proprio ampliamento di tale ultima figura tipica: piuttosto, siamo di fronte ad una mera giustapposizione di fattispecie differenti, che il legislatore ha inspiegabilmente deciso di tipizzare all'interno della stessa disposizione, ma che non condividono né la struttura tipica, né il carattere di crimini internazionali e la disciplina corrispondente. Questa chiave di lettura, pur lasciando inalterati i profili di contrarietà rispetto al principio di legalità in ambito interno, consente di superare le frizioni con il diritto penale internazionale e con il suo movimento armonizzatore.

Tuttavia, occorre almeno menzionare una recente sentenza della Corte Suprema boliviana che pare smentire questa interpretazione, nel momento in cui condanna i sette imputati del massacro noto come “Octubre Negro” per “delito de genocidio *bajo la modalidad de masacre sangrienta*”³³³: tale formulazione sembra suggerire che, a differenza di quanto da noi sostenuto, il reato di “masacre sangrienta” costituisce una mera modalità commissiva del delitto di genocidio.

³³² Fundamento II.3.2., “Sobre la prohibición de la analogía”.

³³³ Corte Suprema de Justicia boliviana, Tribunal de Sentencia, *Claros Flors Roberto y otros*, 31.08.2011 (corsivo aggiunto). I sette imputati nel processo penale che ebbe inizio nel 2003 sono solo alcuni dei responsabili del massacro avvenuto nel mese di ottobre del 2003, durante il governo di Gonzal Sánchez de Lozada. Gli altri responsabili, che all'epoca erano Ministri o capi militari, fuggirono negli Stati Uniti, che rifiutarono poi di concederne l'estradizione. La sentenza condanna gli ex-capi militari a pene comprese tra i 10 e i 15 anni, e due ex-Ministri a 3 anni di reclusione, tutti, pur con differenti gradi di responsabilità, per il delitto di “genocidio bajo la modalidad de masacre sangrienta”.

3. *Interpretazione dei tipi penali in chiave riduttiva*

All'estremo opposto rispetto alla tendenza espansiva sinora descritta si colloca un orientamento giurisprudenziale che si muove in direzione per così dire centripeta, cercando di delimitare l'ambito applicativo dei tipi penali internazionali.

Protagonisti di questa tendenza sono, ancora una volta, le Corti Supreme, nella loro veste di giudici di cassazione e di giudici costituzionali, che agiscono in simili ipotesi come "custodi" della tipicità dei crimini internazionali. Questi organi infatti, mediante una valorizzazione degli elementi tipici, si impegnano a ripristinare la definizione internazionale di tali figure criminose, a fronte di un'eccessiva estensione realizzata dal legislatore nazionale o dai giudici di rango inferiore. La posizione assunta dalle Corti Supreme determina dunque una diversa configurazione dei loro rapporti con le altre istituzioni statali: in alcuni casi, mediante il controllo di legittimità costituzionale, i giudici si contrappongono ad una soluzione legislativa che, nell'esercizio del margine di apprezzamento statale, ha tipizzato un crimine internazionale in termini assai più ampi di quelli tracciati dalla norma internazionale. In altri casi, invece, i tribunali superiori richiamano la definizione internazionale dei tipi penali internazionali discostandosi da un'interpretazione eccessivamente estensiva operata dalle corti di prima e seconda istanza.

In entrambe queste ipotesi, comunque, le Corti Supreme recuperano la tipicità per contrarrestare le spinte espansive manifestate a livello interno, e tornano ad allinearsi con l'interpretazione che di tali figure delittuose forniscono le norme e la giurisprudenza internazionali.

Al pari di quanto abbiamo rilevato in relazione all'opposta tendenza interpretativa espansiva, questo tipo di intervento appare strettamente condizionato dalla possibilità di applicare il regime speciale dei crimini internazionali. Il carattere eccezionale di tale regime, e i rilevanti effetti *contra reum* che esso provoca, impongono una particolare cautela nella delimitazione delle fattispecie che ne legittimano l'applicazione. Di conseguenza, l'intervento limitativo o specificativo delle Corti Supreme assume un ruolo chiave per evitare un'espansione eccessiva della categoria dei crimini internazionali e del regime speciale loro assegnato.

Questa circostanza viene rilevata da un giudice del *Tribunal Constitucional* peruviano: egli, pur sostenendo l'importanza dell'esclusione della prescrizione – e di altri limiti alla persecuzione e punizione – per i crimini contro l'umanità, segnala che al riconoscimento di tale disciplina eccezionale deve accompagnarsi una concezione *restrittiva* di tale categoria delittuosa, per evitarne un'indebita inflazione e strumentalizzazione:

“Para ello, le corresponde al juez sujetarse a criterios restrictivos a fin de evitar que los actos de brutalidad individual o exceso en el uso de la fuerza sean calificados como delitos de lesa humanidad a la luz de lo establecido por los tribunales internacionales, y reiterado por este Tribunal Constitucional.

En consecuencia, la calificación del delito debe ser estricta y ésta no debe extenderse a todos los supuestos que comprenden las graves violaciones de derechos humanos. Así, la naturaleza excepcional de los delitos de lesa humanidad hace sumamente estrictos los supuestos de imprescriptibilidad”³³⁴.

Nell'intraprendere l'opera riduttiva ora descritta, non di rado gli organi giudicanti svolgono un'analisi della tipicità dei crimini internazionali che non solo recupera gli intendimenti internazionali al riguardo, ma che ne definisce e chiarisce ulteriormente i singoli elementi strutturali, attingendo al bagaglio di strumenti e categorie della dogmatica penale.

Si profila dunque un'ulteriore, possibile funzione della giurisprudenza latinoamericana in materia di crimini internazionali: nel configurare la struttura tipica di tali figure delittuose, essa non solo mira ad allinearne l'interpretazione nazionale con quella internazionale, ma, adottando in quest'operazione le lenti del diritto penale classicamente inteso, fornisce un apporto definitorio che chiarifica e perfeziona la norma internazionale.

Questa tendenza giurisprudenziale può dunque rivestire un ruolo fondamentale nel progressivo ed auspicabile fenomeno di armonizzazione del diritto penale, interno ed internazionale, in relazione alla persecuzione dei crimini internazionali.

³³⁴ Fundamento de voto del magistrado Álvarez Miranda, § 2 della sentenza del Tribunal Constitucional del Perú, Pleno jurisdiccional, *Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo n° 1097*, exp. N° 0024-2010-PI/TC, 21.03.2011.

3.1. L'elemento di contesto del tipo penale internazionale in funzione selettiva

All'interno di questa macro-tendenza *riduttiva* si colloca una prima figura argomentativa che, mediante una valorizzazione dell'elemento di contesto dei crimini internazionali, confuta quelle interpretazioni, proposte solitamente dai giudici di rango inferiore, che pretendono di sussumere i fatti oggetto di giudizio in tale categoria delittuosa mediante un'estensione impropria della fattispecie. In particolare, alcune sentenze qualificano i fatti come crimini internazionali anche se commessi in assenza dello specifico contesto che determina la natura internazionale del crimine, mediante un'interpretazione impropria degli elementi tipici di tali crimini – talora carente anche dal punto di vista della motivazione. Quest'artificio argomentativo è solitamente finalizzato ad aggirare i limiti che il sistema penale pone alla persecuzione – ad esempio la prescrizione –, e che impedirebbero nel caso concreto di addivenire alla condanna del responsabile. Tale strumentalizzazione dei tipi penali internazionali, preordinata all'applicazione del corrispondente regime speciale – che si inserisce dunque in quella tendenza espansiva esaminata nei paragrafi precedenti – viene in alcune occasioni respinta dalle Corti Supreme, che intervengono riportando nei giusti binari l'interpretazione della tipicità del reato.

Illustra perfettamente questo meccanismo una sentenza della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina che, in controtendenza rispetto all'interpretazione espansiva da essa stessa spesso manifestata in relazione all'applicazione delle figure penali internazionali, interviene nel caso *Derecho*³³⁵ con un indirizzo esattamente opposto. L'aspetto peculiare di questa sentenza è che si riferisce ad un episodio isolato di tortura, avvenuto nella ripristinata democrazia e senza alcun tipo di collegamento col piano sistematico di repressione attuato dall'ultima dittatura

³³⁵ CSJN argentina, *Recurso de hecho deducido por Juan Francisco Bueno Alves y Carlos A. B. Pérez Galindo (querellantes) en la causa Derecho, René Jesus, s/ incidente de prescripción de la acción penal*, causa n° 24.079 (D. 1682. XL), sentenza del 11.07.2007. I fatti oggetto di questa causa risalgono al 5 e 6 aprile 1988, quando Bueno Alves – parte offesa – venne detenuto illegalmente, da René Jesús Derecho, membro della Polizia Federale, all'interno della Divisione Frodi e Truffe di tale istituzione, e sottoposto a maltrattamenti che gli provocarono gravi lesioni. Queste condotte sarebbero state poste in essere per indurlo a fornire una dichiarazione che compromettesse il suo avvocato, Carlos Pérez Galindo, all'interno di un'indagine per truffa. L'imputato venne assolto in primo grado per intervenuta prescrizione del reato, sentenza che venne confermata in secondo grado dalla Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. La parte civile interpose ricorso straordinario dinanzi alla CSJN e, a fronte del rigetto da parte di quest'ultima, presentò dinanzi al medesimo tribunale il *recurso de queja* che qui si esamina.

militare. Ciò nonostante, le parti civili costituite in giudizio, per superare la dichiarazione di intervenuta prescrizione del reato resa dal giudice di primo grado, si avventurano nella dimostrazione della presunta natura internazionale del crimine. La Corte Suprema, investita della questione, conferma la dichiarazione di intervenuta prescrizione del reato³³⁶, rimettendosi integralmente agli argomenti svolti dal *Procurador General de la Nación* (PGN) nel suo lucido parere. Le motivazioni della sentenza prendono le mosse da una dichiarazione preliminare in cui si manifesta la consapevolezza che all'epoca dei fatti non esisteva una norma che tipizzasse i crimini contro l'umanità, ma che essi già erano proibiti dal diritto internazionale consuetudinario con piena vincolatività³³⁷. Pur tenendo a mente tale rilievo, la Corte dichiara di voler analizzare questa figura alla luce degli sviluppi più recenti della materia, vale a dire, sulla base della definizione internazionalmente condivisa offerta dallo Statuto di Roma, recependo l'evoluzione storica degli anni precedenti.

La sentenza segnala correttamente che le condotte che integrano i crimini contro l'umanità costituiscono al tempo stesso "attentati contro beni giuridici individuali"³³⁸, al pari dei reati comuni, e che per questo è di fondamentale importanza individuare un criterio discretivo che permetta di separarli da questi ultimi. Per tracciare questa distinzione la Corte ricorre a due percorsi argomentativi differenti: dapprima prende a riferimento una definizione in termini generali, basata sull'individuazione del bene giuridico tutelato, rilevando che il tratto distintivo dei crimini contro l'umanità è che ledono non solo la vittima diretta, ma anche l'umanità nel suo complesso. Le norme penali che li tipizzano, pertanto, proteggono solo secondariamente i beni giuridici individuali delle persone direttamente colpite, che

³³⁶ Pur con un voto in dissidenza della giudice Argibay, che ritiene inammissibile il ricorso straordinario da cui traeva origine il *recurso de queja*. Segnaliamo che sul medesimo caso si era pronunciata anche la Corte IDU, adita dalla vittima del reato, che aveva condannato lo Stato argentino a realizzare le indagini per determinare le responsabilità per i reati ed applicare le conseguenze previste dalla legge, senza tuttavia imporre nulla di specifico in relazione alla prescrizione (Corte IDU, *Bueno Alves v. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, 11.05.2007).

³³⁷ "En lo que sigue, se explorará la posibilidad de subsumir los hechos supuestamente ocurridos en la categoría de crímenes de lesa humanidad en consideración del desarrollo más reciente de la materia. Ello no implica, sin embargo, que en el momento en que habrían ocurrido los hechos la categoría de crímenes de lesa humanidad no formara parte del derecho internacional y que sus consecuencias (imprescriptibilidad, por ejemplo) no tuvieran plena vigencia –más allá del distinto nivel de positivización de sus normas respecto del alcanzado hoy en día– en la comunidad internacional" (Considerando III.A del *Dictamen* del PGN riportato integralmente nella sentenza).

³³⁸ *Ibidem*.

già troverebbero tutela nell'incriminazione di reati comuni come l'omicidio: loro scopo primario è invece la tutela dell'*umanità*.

La sentenza, pur riconoscendo la carenza di seri tentativi dottrinali di individuare l'essenza del bene giuridico tutelato da questa categoria delittuosa³³⁹, riporta la nota proposta interpretativa di LUBAN³⁴⁰, che, sviluppando reminiscenze aristoteliche, individua tale elemento nella protezione dell'essere umano come "animale politico" contro la perversione degli ordinamenti all'interno dei quali gli uomini si organizzano, nei casi in cui i governi – od organizzazioni ad essi comparabili – commettono atrocità ai danni della popolazione civile posta sotto il loro controllo.

A partire da questa visione, che la Corte dichiara di assumere come "test generale" per individuare i crimini contro l'umanità, risulta inevitabile concludere che gli episodi di tortura presuntamente commessi dall'imputato Derecho ai danni di Bueno Alves non possono rientrare in questa categoria:

*"Aun cuando el hecho de la tortura particular se encontrara demostrado, es evidente que en la República Argentina, durante el año 1988, no existía un Estado o una organización dependiente del Estado que evidenciara la característica básica de haberse convertido en una maquinaria perversa de persecución sistemática y organizada de un grupo de ciudadanos, desviándose en su fin principal de promover el bien común y la convivencia pacífica de la sociedad"*³⁴¹.

Alla medesima conclusione si perviene anche seguendo l'ulteriore percorso argomentativo che la Corte svolge di seguito, basato essenzialmente su un'analisi dettagliata degli elementi costitutivi dei crimini contro l'umanità secondo la norma internazionale oggi vigente, consolidata nello Statuto di Roma.

La sentenza individua giustamente come elementi tipici, oltre alle condotte elencate dalla norma – e che corrispondono ad un "nucleo di atti di crudeltà estrema"

³³⁹ "No son muchos los intentos realmente dogmáticos de encontrar un criterio de distinción, o si se prefiere expresarlo con un lenguaje más tradicional, de determinar cuál es la esencia del bien jurídico protegido en los crímenes contra la humanidad" (Considerando IV).

³⁴⁰ D. LUBAN, *A Theory of crimes against humanity*, in *The Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004, pp. 85-161. L'Autore specifica che l'"umanità" lesa dalle condotte integranti tale categoria delittuosa può essere intesa in una duplice accezione: come complesso degli esseri umani (*humanity*) e al tempo stesso come intima essenza dell'essere umano (*humanness*). Ed è proprio quest'ultima, che Luban identifica con la natura di "animale politico", che le norme incriminatrici dei crimini contro l'umanità intendono tutelare.

³⁴¹ Considerando IV del *Dictamen* del PGN riportato integralmente nella sentenza.

–, il loro inserimento in un attacco generalizzato o sistematico diretto contro una popolazione civile e realizzato in esecuzione di, o per promuovere, una politica di uno Stato o di un'organizzazione³⁴². E proprio alla luce delle caratteristiche di tale ultimo elemento, il c.d. *policy element* – che richiede, secondo la dottrina e la giurisprudenza internazionale³⁴³, il coinvolgimento dello Stato o di un'organizzazione ad esso comparabile, che goda cioè del controllo su di un determinato territorio –, la sentenza conclude che le forme con cui si è manifestato il reato oggetto di giudizio non corrispondono a tale struttura:

*“Ahora bien, también la consideración somera de estos requisitos aquí brevemente delineados demuestra que la conducta presumiblemente cometida en perjuicio de Bueno Alves no reviste la característica de constituir un ataque que forme parte de un conjunto de actos y, sobre todo, de una política estatal. El querellante sostiene que la conducta investigada forma parte de una práctica global de la Policía Federal, [...] aun cuando se tuviera comprobada la existencia de una práctica semejante, difícilmente fuera correcto que se tratara de una política del Estado argentino, ni de un grupo no gubernamental que ejerce un dominio cuasi estatal (es decir, cumpliendo los roles de un Estado pero no siendo reconocido internacionalmente como tal) en un territorio. [...] Por lo tanto, aun cuando se entendiera que existe una práctica policial extendida de perjudicar a ciudadanos, no existe ninguna razón para interpretar ese fenómeno como la ejecución por omisión de una política específica del Estado contra algún grupo definible por características comunes”*³⁴⁴.

La Corte non rinviene dunque, nel caso in esame, nessuna delle caratteristiche che contraddistinguono i crimini contro l'umanità, in modo particolare quel *policy element* che contribuisce, insieme agli altri componenti dell'elemento di contesto – e al di là dei dibattiti che esso ancora suscita a livello giurisprudenziale e dottrinale³⁴⁵ –, ad attribuire alle condotte quel *quid pluris* di specificità e gravità che ne motiva la rilevanza internazionale. E conclude criticando apertamente l'evidente strumentalità

³⁴² L'art. 7 co. 2 lett. a StCPI prevede che l'attacco sia “pursuant to or in furtherance of a state or organizational policy to commit such attack”, elevando così ad autonomo requisito tipico un elemento che già era stato in precedenza individuato dalla giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*. Permangono tuttavia voci discordanti, anche nella stessa giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*, che negano che esso costituisca un elemento essenziale: cfr. *supra*, cap. II, par. 5.2.1.

³⁴³ La CSJN cita in particolare la sentenza del TPIY nel caso *Tadic* (ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, 07.05.1997, § 654).

³⁴⁴ *Ibidem*, considerando V.

³⁴⁵ Cfr. *supra* cap. II, par. 5.2.1.

della qualificazione proposta dai ricorrenti rispetto all'applicazione del regime speciale dei crimini internazionali, al fine di legittimare la persecuzione dei reati anche in deroga agli ordinari istituti del diritto penale:

“El deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos no puede constituir fundamento autónomo suficiente para proseguir el ejercicio de una acción penal que ha sido declarada extinguida cuando el hecho investigado no es un delito imprescriptible. [...] También la auto-limitación en el tiempo del poder punitivo estatal, la irretroactividad de la ley penal y tantos otros institutos jurídicos más son igualmente valiosos y poseen rango de derecho fundamental y, en tanto no haya ninguna sospecha de que la modificación del régimen de alguno de ellos obedece exclusivamente al propósito de otorgar impunidad a personas imputadas por graves violaciones de los derechos humanos, no hay razón para su no aplicación a los casos concretos. En síntesis, la obligación de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos lo es en el marco y con las herramientas del Estado de Derecho, y no con prescindencia de ellas”³⁴⁶.

Questa considerazione coglie il nocciolo problematico delle tendenze giurisprudenziali che stiamo analizzando, riassumendo perfettamente e con grande lucidità i termini del conflitto di valori ad esse sotteso³⁴⁷.

3.1.1. L'elemento di contesto quale discriminazione tra i crimini internazionali e le gravi violazioni dei diritti umani

La valorizzazione dell'elemento di contesto dei crimini contro l'umanità esplica dunque una fondamentale funzione riduttiva che fa da scudo, per così dire, contro espansioni eccessive ed improprie del campo applicativo di tali delitti. Ma al tempo stesso essa ricopre un ruolo essenziale nella definizione dei rapporti intercorrenti tra le diverse fonti normative che, a diverso titolo e in ambiti differenti, incriminano le medesime condotte illecite. Come già si segnalava³⁴⁸, numerosi atti sono sanzionati sia come gravi violazioni dei diritti umani, nel contesto del diritto internazionale, sia come crimini internazionali, all'interno del diritto penale internazionale. Pur condividendo un nucleo comune, queste due figure non

³⁴⁶ *Ibidem*, considerando VI.

³⁴⁷ Torneremo approfonditamente su questo punto nel capitolo IV.

³⁴⁸ V. *supra*, cap. II, par. 2.2.

coincidono pienamente, e la distinzione tra di esse è fondamentale perché solamente alle condotte che rientrano nella seconda categoria consegue l'applicabilità del regime speciale sopra descritto³⁴⁹.

Un ottimo esempio di questa duplicità è offerto dalla sparizione forzata di persone³⁵⁰ che, come si diceva, è oggetto di espressa condanna sia nell'ambito della tutela internazionale dei diritti umani – che la cristallizza nella Convenzione Interamericana e in quella Internazionale sulla Sparizione Forzata – sia nel diritto penale internazionale, dove è tipizzata tra le condotte costitutive di crimini contro l'umanità. La differenza essenziale tra questi due ambiti – oltre a quelle, pure importanti, relative alla descrizione della condotta tipica e all'identificazione dei possibili soggetti attivi³⁵¹ – è che solo il secondo prevede tra i requisiti strutturali l'elemento di contesto, dal quale dipende appunto la sussunzione nella categoria dei crimini contro l'umanità. In altri termini, la sparizione forzata di persone costituisce sempre una grave violazione dei diritti umani, che il diritto internazionale impone agli Stati di tipizzare e sanzionare penalmente, ma solo la sua pratica *sistematica* raggiunge la soglia di rilevanza propria dei crimini contro l'umanità.

Questa fondamentale distinzione, che si ripercuote anche sulle legislazioni nazionali³⁵², è talora colta dalla giurisprudenza latinoamericana. La *Corte Suprema de Justicia* costaricana, ad esempio, afferma:

“[D]ebe entenderse que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas, constituye un crimen de lesa humanidad, por los medios y formas utilizados en su ejecución, generalmente disimulados en complejos mecanismos de poder, de donde se desprende también una clara incompatibilidad con el Estado

³⁴⁹ Oltre al fatto che solo i crimini internazionali sono di competenza della CPI.

³⁵⁰ Ma considerazioni del tutto analoghe valgono, ad esempio, per la tortura, proibita dalla Convenzione del 1984 e sanzionata anch'essa come condotta costitutiva di crimini contro l'umanità oppure – in presenza dell'elemento di contesto corrispondente – come crimine di guerra.

³⁵¹ Ancora una volta v. *supra*, cap. II, par. 6.1.

³⁵² Le leggi nazionali prevedono infatti l'elemento di contesto oppure no a seconda di quale sia lo strumento internazionale che mirano ad implementare, appunto la CISFP oppure lo Statuto di Roma. Come abbiamo visto, in alcuni ordinamenti (Argentina, Uruguay) sono tipizzate espressamente e separatamente entrambe le forme di sparizione forzata, vale a dire come crimine contro l'umanità e come reato comune/grave violazione dei diritti umani. V. *supra*, cap. II, par. 6.3.

*constitucional y democrático de derecho, que promueve la consolidación de la libertad, un trato digno y el desarrollo pleno de las personas*³⁵³.

Tuttavia, i tribunali nazionali non sempre dimostrano di cogliere questo tratto discrezionale, facendo discendere la qualifica di crimini contro l'umanità dall'inserimento della sparizione forzata in una generica "prassi", senza analizzare nel dettaglio le specifiche caratteristiche che essa deve assumere per integrare questa categoria, come dimostra la seguente affermazione del *Tribunal Constitucional* peruviano:

*"Ahora bien, cuando [la desaparición forzada] es cometid[a] como parte de una estrategia general o representa sólo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que las convierte en crimen de lesa humanidad"*³⁵⁴.

Una simile imprecisione nella definizione degli elementi strutturali, e dell'elemento di contesto in particolare, rischia di generare confusione specialmente in quegli ordinamenti nei quali – si pensi al Perù – la sparizione forzata è tipizzata come reato comune o comunque, pur essendo inserita nel titolo dedicato ai "delitti contro l'umanità", non prevede tra i requisiti strutturali quell'elemento di contesto dal quale dipende la sussunzione nei crimini internazionali. L'ammissione alla categoria dei crimini contro l'umanità sulla base di elementi generici – "patrón de violaciones" – che non corrispondono alla definizione normativa internazionale rema in direzione contraria rispetto all'auspicata armonizzazione degli ordinamenti penali – nazionali ed internazionale – in materia di persecuzione dei crimini internazionali.

Di conseguenza, la giurisprudenza interna dovrebbe sempre tenere a mente che, indipendentemente dal *nomen juris* che la legislazione nazionale assegna alla condotta tipica, la sua corrispondenza con gli elementi tipici della sparizione forzata così come indicati dalla CISFP non basta di per sé a sussumerla nella categoria dei crimini contro l'umanità: a tal fine sarà necessario provare che essa formava parte di un attacco esteso o sistematico contro una popolazione civile, compiuto in esecuzione di una precisa politica statale. Qualora questo elemento contestuale non

³⁵³ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *Consulta sobre el proyecto de ley de aprobación del "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional"*, sent. N° 09685, exp. N° 00-008325-0007-CO, Consulta Judicial Perceptiva, 01.11.2000, considerando II.A.

³⁵⁴ Tribunal Constitucional peruviano, *Vera Navarrete*, cit., considerando 25.

risultati soddisfatto, è senz'altro possibile castigare la condotta come reato comune di sparizione forzata – oppure, ove non sia prevista come tale, sussumendola in altre fattispecie affini come la privazione illegittima di libertà o la detenzione illegale –, ma non sarà invece possibile attribuirle la qualifica di crimine contro l'umanità né tantomeno il regime speciale che contraddistingue tale categoria delittuosa.

3.2. *Crimini contro l'umanità e delitti di narcotraffico e terrorismo: criteri delimitativi*

All'interno della linea giurisprudenziale che abbiamo definito riduttiva spiccano alcune sentenze dei tribunali superiori che si oppongono all'espansione delle condotte annoverate tra i crimini contro l'umanità volta a ricomprendervi, in particolare, i delitti di narcotraffico e di terrorismo. La dimensione transfrontaliera che caratterizza tali figure delittuose ha spesso indotto a parlare di una loro presunta rilevanza internazionale; tuttavia, pur nel contesto di un dibattito sul punto, prevale l'orientamento che li classifica come crimini *transnazionali* e non internazionali in senso stretto³⁵⁵. La distinzione tra queste due categorie si basa sulla loro differente *natura* e sul fatto che solamente rispetto a questi ultimi gli elementi tipici, le cause di non punibilità e i modelli di attribuzione della responsabilità si applicano in modo sostanzialmente uniforme nei vari Stati³⁵⁶. Inoltre, rispetto ai delitti transnazionali non trova applicazione il c.d. regime speciale dei crimini internazionali, né per

³⁵⁵ In particolare, li considera crimini *transnazionali*, e non *internazionali* in senso stretto I. BANTEKAS, *International criminal Law*, Oxford-Portland, 2010, pp. 8-9 e 260 ss. Numerose voci propongono tuttavia di tipizzare il terrorismo come nuovo crimine internazionale, a fianco delle tre categorie già esistenti, oppure di farlo rientrare nei crimini contro l'umanità, rispetto ai quali presenta numerose affinità, assumendo una concezione ampia del concetto di "organizzazione": si veda, anche per ulteriori riferimenti, M. DI FILIPPO, *Terrorist crimes and international co-operation: critical remarks on the definition and inclusion of terrorism in the category of international crimes*, in *EJIL*, n. 19, 2008, p. 533 ss. Parla invece di una "parziale sovrapposizione" delle due categorie, ad es., F. JIMENEZ GARCÍA, *Derecho Internacional Penal y Terrorismo: Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente*, in J. SOROETA LICERAS (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Bilbao, 2004, 346. Si tratta in ogni caso di proposte *de jure condendo*, che non disconoscono la disciplina normativa attuale di tali fattispecie penali.

³⁵⁶ Così sostiene I. BANTEKAS, *op. cit.*, p. 9. A dire il vero, non concordiamo pienamente con quest'affermazione: allo stato attuale continuano ad esistere numerose e rilevanti differenze nella definizione tipica e nella disciplina dei crimini internazionali tra i vari ordinamenti nazionali, quello penale internazionale e quello internazionale in senso stretto: cfr. *supra*, cap. II, par. 2.3. Più che di una raggiunta uniformità sembra più appropriato parlare di una crescente e auspicabile *tendenza* verso l'armonizzazione tra i diversi sistemi.

espressa previsione convenzionale – la Convenzione sull’Imprescrittibilità del 1968 non li menziona – né secondo il diritto consuetudinario, vista l’assenza di una prassi statale consolidata e di un consenso al riguardo³⁵⁷.

Tuttavia, non sono mancate proposte interpretative, formulate dalla pubblica accusa e dalle parti civili e accolte talora dai tribunali, che, proprio al fine di giustificare l’applicazione del regime speciale dei crimini internazionali, ed in particolare la regola dell’imprescrittibilità, hanno azzardato la classificazione di tali condotte delittuose come crimini contro l’umanità, facendole rientrare nella clausola di apertura con cui termina l’elencazione delle condotte costitutive del crimine, oppure facendo leva sulla formulazione adottata nella corrispondente legislazione interna.

Simili artifici interpretativi sono stati poi disattesi dalle Corti Supreme, che hanno dispiegato anche in questi casi il loro ruolo di “custodi dei limiti”³⁵⁸ normativi a fronte di interpretazioni eccessivamente ampie, spesso fondate su premesse errate e su un’incorretta percezione delle norme internazionali in materia.

Un intervento correttivo di tal genere emerge in una sentenza della CSJN argentina in relazione al caso *Lariz Iriondo*³⁵⁹. In quest’occasione, già il Tribunale di primo grado, chiamato a pronunciarsi sull’extradizione di un presunto terrorista dell’ETA richiesto dalla Spagna, aveva deciso di negarla ritenendo scaduti i termini di prescrizione dei reati a lui ascritti. Tale sentenza, impugnata dal *Ministerio*

³⁵⁷ BANTEKAS sostiene che solamente i c.d. *core international crimes* danno origine alla responsabilità penale internazionale degli autori indipendentemente dalle previsioni del diritto interno, sulla base di una applicabilità ed obbligatorietà diretta che deriva dalla loro origine consuetudinaria, e che non condividono invece i crimini transnazionali, la cui persecuzione dipende dai trattati internazionali e dalle modalità con cui i singoli Stati si adeguano ad essi: I. BANTEKAS, *op. cit.*, p. 9.

³⁵⁸ V. ONIDA, *Politica e diritto nelle decisioni della Corte Costituzionale*, lezione presso l’Università di Trento, 31.03.2010.

³⁵⁹ CSJN argentina, *Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición*, (L. 845. XL. R.O.), decisione del 10.05.2005. La richiesta di estradizione si riferiva ad un attentato compiuto l’8 e 9 ottobre 1984 da Jesús María Lariz Iriondo (a) Maki ed altri membri dell’organizzazione terroristica ETA presso un ufficio della polizia spagnolo. I terroristi fecero esplodere una bomba che provocò il ferimento di alcuni funzionari e sequestrarono il proprietario di un’auto che si trovava nelle vicinanze, lasciandolo poi legato ad un albero. La Spagna chiese l’extradizione dell’autore dell’attentato che si trovava su suolo argentino, imputandogli in una prima ordinanza i delitti di appartenenza a banda armata, detenzione illegale, strage, furto di veicolo, detenzione di armi da guerra e di esplosivi ed in un secondo atto – decreto di apertura del giudizio e di detenzione cautelare – tre delitti di terrorismo ex art. 572 numeri 1 e 2 c.p. spagnolo nella modalità di tentato omicidio. Il *Juzgado Nacional en lo criminal y Correccional Federal n. 11*, che si era pronunciato in prima istanza sulla richiesta di estradizione, aveva qualificato i fatti come associazione illecita in concorso materiale con tentato omicidio aggravato ed in concorso formale con i delitti di lesioni gravi e strage e, dichiarando l’avvenuta prescrizione dei reati, aveva denegato l’extradizione.

Público Fiscal con l'adesione del rappresentante del Regno di Spagna, venne confermata dalla Corte Suprema.

La pronuncia del Supremo Tribunale desta particolare interesse ai fini della nostra analisi perché rigetta recisamente la lettura proposta dal Pubblico Ministero appellante, secondo cui i fatti ascritti a Lariz Iriondo dovevano essere sussunti negli "atti di terrorismo" ai sensi della Convenzione Internazionale per la repressione degli attentati terroristi con esplosivo³⁶⁰, e costituivano in quanto tali crimini contro l'umanità. Da tale qualificazione gli appellanti facevano discendere, com'è prevedibile, la conseguenza dell'imprescrittibilità, eliminando in tal modo l'ostacolo sulla cui base il giudice di primo grado aveva denegato l'extradizione.

La Corte Suprema, dopo aver analizzato la definizione di "terrorismo" e "atti di terrorismo" formulata dagli strumenti internazionali rilevanti in materia, conclude:

*"Que, en suma, el Tribunal considera que en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como "actos de terrorismo" puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancias delitos de lesa humanidad"*³⁶¹.

Alla luce di tale differenza, si nega la possibilità di applicare al presente caso il criterio elaborato nel precedente *Arancibia Clavel*³⁶², che legittimava l'imprescrittibilità del delitto di associazione illecita finalizzata alla commissione di crimini contro l'umanità, ritenuto a sua volta costitutivo di un crimine contro l'umanità³⁶³. Quella soluzione, che dal carattere internazionale dei reati-scopo faceva discendere l'attribuzione del medesimo carattere al reato associativo, non può essere trasposta al presente caso, posto che qui i reati-scopo costituiscono atti di terrorismo e non sono quindi annoverati tra i crimini contro l'umanità.

La differenza tra il caso *Lariz Iriondo* ed i precedenti della CSJN in materia di imprescrittibilità è ulteriormente specificata dal voto particolare dei giudici Maqueda e Zaffaroni, i quali aggiungono:

³⁶⁰ Adottata dall'Assemblea Generale ONU il 15.12.1997 ed entrata in vigore il 23.05.2001.

³⁶¹ CSJN argentina, *Lariz Iriondo*, cit., considerando 26.

³⁶² CSJN argentina, *Arancibia Clavel*, cit.

³⁶³ V. *supra*, par. 2.1.1.2.

“Que en los casos considerados por el Tribunal, especialmente en el caso Priebke (...) y en la causa "Arancibia Clavel" (...), según el derecho internacional convencional se trata de crímenes contra la humanidad y también éste establece expresamente su imprescriptibilidad, pero también – y esto marca la diferencia sustancial – al menos desde los primeros años de la última posguerra tanto su categoría como su imprescriptibilidad se hallaban consagradas por el derecho internacional consuetudinario, que los tratados posteriores no han hecho más que reafirmar y precisar.

Que no puede decirse lo mismo de los delitos de terrorismo, sin que importe la calificación actual conforme al derecho internacional fundado en los tratados vigentes, pues, al menos respecto de todos los actos hoy calificados como tales conforme al derecho de los tratados, no puede afirmarse la existencia de un derecho internacional consuetudinario previo a éstos. El concepto de terrorismo ha sido sumamente difuso y ampliamente discutido, al punto que ni siquiera se logró un consenso en el Estatuto de Roma, donde no fue posible lograr una definición, pese a la unánime condena. Tampoco en el sistema regional americano la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en Barbados el 3 de junio de 2002 (ratificada por ley 26.023) logró un consenso sobre su tipificación ni sobre su consideración como crimen de lesa humanidad”³⁶⁴.

I due magistrati confermano pertanto la linea interpretativa seguita nei precedenti della Corte, che fonda l’imprescrittibilità dei crimini contro l’umanità sul diritto consuetudinario e ne legittima quindi l’applicazione a fatti commessi prima dell’entrata in vigore delle Convenzioni in materia³⁶⁵; tuttavia, precisano che tale criterio non trova applicazione rispetto a delitti come il terrorismo che, secondo il diritto consuetudinario, né rientrano in quella categoria né godono autonomamente del regime di imprescrittibilità.

L’estraneità di tali condotte rispetto al novero dei crimini contro l’umanità permane anche allo stato attuale, visto che dalle norme internazionali e dalla giurisprudenza non emerge un consenso univoco sul punto, né la dottrina concorda su di esso, anche se ciò non esclude *a priori*, come suggerisce a sua volta il giudice Fayt, una possibile evoluzione futura del diritto internazionale in tale direzione:

“Que, en suma, el Tribunal considera que en el derecho internacional no existe – al menos por el momento – un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir

³⁶⁴ Voto concorrente dei giudici Maqueda e Zaffaroni, considerando 27-28.

³⁶⁵ V. *supra*, par. 2.1, anche per le considerazioni critiche al riguardo.

*que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como "actos de terrorismo" puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancia, delitos de lesa humanidad. Tampoco que de ello – o de algún otro extremo – deba necesariamente derivarse su imprescriptibilidad. Ello sin perjuicio de la evolución futura que pudiera experimentar el derecho internacional con motivo de las nuevas manifestaciones de violencia terrorista*³⁶⁶.

Occorre tuttavia menzionare il voto in dissidenza del giudice Boggiano che, al contrario dei suoi colleghi, ritiene perfettamente ammissibile l'inclusione degli atti di terrorismo all'interno dei crimini contro l'umanità, adottando come appiglio normativo la clausola di apertura, presente nella norma internazionale fin dai tempi dello Statuto del Tribunale di Norimberga, che incrimina "altri atti disumani" di natura e gravità assimilabile:

*"El art. 6 (c) de la Carta o Estatuto del Tribunal Internacional [de Nuremberg], al definir los crímenes de lesa humanidad incluye a "otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra". Esta definición, pese a su amplitud, resulta sumamente precisa en cuanto permite incluir dentro de ella a un delito iuris gentium, como el terrorismo*³⁶⁷.

D'altra parte, aggiunge il giudice in dissidenza, sarebbe assurdo negare l'applicabilità della dottrina *Barrios Altos* – che come abbiamo visto afferma l'imprescrittibilità, l'impossibilità di amnistiare e l'obbligo di persecuzione e castigo rispetto ai crimini internazionali –, elaborata per episodi di terrorismo di Stato, a tutti gli atti di terrorismo, anche se non riconducibili a responsabilità statali, poiché si tratta semplicemente di forme diverse di manifestazione dei medesimi crimini³⁶⁸.

Il voto in dissidenza qui riportato dimostra quanto la possibilità di considerare i delitti di terrorismo come crimini contro l'umanità sia tuttora controversa³⁶⁹, ma

³⁶⁶ *Voto concurrente* del giudice Fayt, considerando 27.

³⁶⁷ Voto in dissidenza del giudice Boggiano, considerando 13.

³⁶⁸ Cfr. considerando 26 e 27 del medesimo voto.

³⁶⁹ Curiosamente, poco tempo dopo la sentenza che stiamo commentando, si produsse un caso di estradizione inverso. Un giudice argentino (il giudice federale di San Rafael de Mendoza) emise un mandato di cattura internazionale a carico dell'ex- Presidentessa María Estela Martínez "Isabelita" Perón (ultima moglie di Perón, ed ultima presidentessa prima del *golpe* militare del 1976) per la sparizione forzata di uno studente avvenuta nel 1976 sulla base dei decreti da lei emanati che legittimavano le forze armate ad agire per l'eliminazione dei sovversivi. Ad esso si sommò un mandato di cattura emanato da un altro giudice argentino, Norberto Oyarbide, per il presunto coinvolgimento della ex-Presidentessa nei crimini del gruppo paramilitare "Triple A". Dopo la sua detenzione il 12.01.2007 nelle vicinanze di Madrid, lo Stato argentino chiese la sua estradizione, qualificando i fatti a lei ascritti come atti di terrorismo e appunto come crimini contro l'umanità. Tale

che, come giustamente rileva la maggioranza della Corte, non esistono una norma né un consenso internazionale sufficiente, allo stato attuale, che supportino tale qualificazione.

Una vicenda simile ha interessato l'ordinamento boliviano, dove la *Corte Suprema de Justicia* ha in diverse occasioni affermato che i reati di narcotraffico – anch'essi tradizionalmente ritenuti crimini transnazionali – rientrano tra i crimini contro l'umanità, poiché “ledono la stabilità e la pace sociale del popolo boliviano”³⁷⁰. A supporto di tale affermazione si cita l'art. 145 della legge in materia di traffico di stupefacenti³⁷¹, che lo definisce “un delitto transnazionale lesa umanità e contrario al diritto internazionale”, disconoscendo la differente natura dei delitti transnazionali rispetto a quelli internazionali propriamente detti. La conseguenza di tale qualificazione, nonché l'obiettivo perseguito dai tribunali che la sostengono, è la sottrazione di tale reato al regime ordinario di prescrizione penale.

Il *Tribunal Constitucional* boliviano ha avuto una prima occasione per pronunciarsi al riguardo³⁷² in un ricorso per *habeas corpus* interposto nell'ambito di un processo per narcotraffico. Il ricorso viene tuttavia dichiarato inammissibile per vizi di procedimento³⁷³, senza entrare nel merito della correttezza dell'interpretazione proposta dall'accusa, che qualifica il delitto di narcotraffico come crimine contro l'umanità e lo dichiara pertanto imprescrittibile³⁷⁴. La sentenza

classificazione venne confutata dall'*Audiencia Nacional* spagnola, che, “restituendo il favore” (così dice ironicamente D. PASTOR, *La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo*, cit., p. 651), negò di conseguenza l'extradizione dell'ex-Presidentessa: cfr. *Audiencia Nacional* spagnola, Sala de lo Penal, Sección II, *Auto* del 28.04.2008. La risoluzione dell'*Audiencia Nacional* è interessante perché opta per una concezione restrittiva della categoria dei crimini contro l'umanità di cui all'art. 607 bis c.p. spagnolo, ma anche perché chiarisce che l'associazione illecita non equivale ad una forma di partecipazione nel reato, come pretendeva la richiesta di estradizione formulata dal giudice argentino.

³⁷⁰ Corte Suprema de Justicia boliviana, *Auto supremo n. 179*, 13.06.2006, considerando III, par. 4.

³⁷¹ Ley 1008/1988, “Ley del regimen de la coca y sustancias controladas”, 19.07.1988.

³⁷² Tribunal Constitucional boliviano, *sentencia constitucional 0543/2006-R*, 12.06.2006.

³⁷³ La Corte sostiene che invece che come ricorso per *habeas corpus* avrebbe dovuto essere presentato come *recurso de amparo constitucional* (Fundamentos jurídicos, par. 1).

³⁷⁴ Assai critica nei confronti di questa interpretazione è anche SANTALLA VARGAS, che la definisce “delicata, se non criticabile”, e rileva come, da un lato, la disposizione invocata (l'art. 145 della Legge 1008/1988) non fu oggetto di un reale dibattito al momento dell'approvazione della legge – che si concentrò più sulla regolamentazione della coltivazione e del traffico di coca che sugli aspetti penali e processuali –, dall'altro, come si ricorra ad una Convenzione inapplicabile ai delitti di narcotraffico, “violando in tal modo la certezza giuridica che costituisce il fondamento dell'istituto della prescrizione, con evidenti ripercussioni sui principi dell'equo processo” (E. SANTALLA VARGAS, *Bolivia*, in AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, cit., p. 86).

si limita a riportare l'argomento opposto dalla ricorrente, secondo cui tale qualificazione è del tutto arbitraria, posto che nessuno strumento internazionale assegna a tale delitto il carattere di "*lesa humanidad*", ma non lascia realmente trapelare l'orientamento del tribunale al riguardo. Pur rimanendo in attesa di una presa di posizione più chiara, dunque, si può ipotizzare – o quantomeno auspicare – che anche tale organo agisca come "custode dei limiti" della tipicità dei crimini internazionali, circoscrivendola rispetto ad interpretazioni fuorvianti ed eccessivamente espansive.

*3.3. L'impegno della giurisprudenza latinoamericana nella definizione dei contorni di tipi penali dalla "qualificazione vaporosa"*³⁷⁵

L'intervento delle Corti Supreme latinoamericane in chiave limitativa dei tipi penali internazionali si manifesta, oltre che nell'espresso rifiuto di proposte argomentative che pretendono di applicare tale qualificazione a condotte estranee a quelle incriminate dalla norma internazionale (par. 3.2.), oppure a fatti commessi nell'assoluta assenza di un contesto idoneo ad attribuire loro rilevanza internazionale (par. 3.1.), anche nella diversa forma della precisazione degli elementi tipici di tali fattispecie.

Come rileva CARO CORIA, infatti, i crimini internazionali presentano, ancor più che i reati comuni, una "necessità di delimitazione concettuale"³⁷⁶ che deriva dalla loro stessa natura, caratterizzata da una grande apertura, per non dire indefinitezza, sul piano tipico. La giurisprudenza latinoamericana, nel momento in cui applica tali fattispecie, si preoccupa spesso di disegnarne i contorni, provvedendo a definirne con più precisione i singoli elementi strutturali e ad individuare i tratti peculiari che determinano la distinzione rispetto ai reati comuni. I tribunali, all'interno di quest'opera di delimitazione, compiono inoltre una preziosa *sintesi* tra la definizione internazionale dei crimini, che viene calata nel sistema nazionale, e gli istituti propri del diritto penale interno, che sono chiamati ad applicare.

³⁷⁵ Suggestiva immagine proposta da D. PASTOR, *La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo*, cit., p. 648.

³⁷⁶ D. CARO CORIA, *Sulla persecuzione dei crimini internazionali nella giurisprudenza penale peruviana*, cit., p. 119.

L'intervento di minuziosa ricostruzione e di combinazione così intrapreso offre un apporto fondamentale alla definizione dei tipi penali internazionali che ne evita facili manipolazioni a fini strumentali, e contribuisce nel contempo al loro inserimento negli ordinamenti interni in armonia con i principi e gli istituti del diritto penale.

3.3.1. *La fissazione di parametri interpretativi del tipo*

Le Corti Supreme latinoamericane, nell'ambito dell'opera definitoria ora descritta, dettano talora alcuni parametri interpretativi per la definizione e l'applicazione dei tipi penali internazionali, esercitando il loro ruolo nomofilattico destinato a condizionare tutte le giurisdizioni dell'ordinamento interno.

Esempio paradigmatico di tale intervento è un Accordo Plenario stilato dalla *Corte Suprema de la República* peruviana³⁷⁷ in cui si stabiliscono alcuni criteri vincolanti per discernere il delitto di sparizione forzata di persone da altri reati comuni disciplinati dal codice penale. La Corte, appurato che elemento essenziale e distintivo della sparizione forzata è il rifiuto o l'omissione di fornire informazioni sul destino della vittima, si preoccupa di "tradurre" questo elemento in categorie familiari al penalista interno, affermando:

“...el deber de informar es fundamental para la tipificación de la conducta delictiva: es un delito de incumplimiento del deber. El funcionario o servidor público infringe este deber, que fluye de la normativa penal, si no cumple con proporcionar la información necesaria –que está en el ámbito de su conocimiento o potestad de acceso a las fuentes de conocimiento sobre el suceso– para hacer cesar la sustracción del individuo afectado del sistema legal de protección, sin que sea necesario un requerimiento expreso. El deber de información se impone en virtud del principio de injerencia, sea que la privación de libertad sea legal o ilegal. Mientras perdura el estado de desaparición de la persona, a todos los agentes que estén en la potestad y en las condiciones de conocer lo acontecido le es exigible este deber. No es necesario que los autores o partícipes intervengan desde el comienzo de la ejecución para que respondan penalmente. [...] el sujeto activo mantiene su

³⁷⁷ Corte Suprema de la República peruviana, *Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116*, “que fija criterios interpretativos del delito de desaparición forzada de personas”, 13.11.2009 (adottato ai sensi dell'art. 116 del Texto único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

obligación de cumplir con informar sobre el destino o situación jurídica de la persona privada de libertad así haya dejado de ser funcionario, por cuanto en su oportunidad y en determinadas circunstancias generó o conoció de la privación de libertad, situación que –según se ha destacado- lo convierte en garante y esta seguirá hasta que se deje considerar desaparecido a una persona (aparezca vivo o muerto)”³⁷⁸.

E ancora, quanto all’individuazione dei possibili soggetti attivi, specifica:

“El delito de desaparición forzada de personas es un delito especial propio. Sólo puede ser perpetrado por un agente estatal competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del afectado –aquí reside, como ha quedado expuesto, el principal defecto de la legislación nacional, censurada por la CIDH, puesto que el Derecho Internacional Penal también comprende a una organización política, sin que necesariamente pertenezca a la estructura estatal-. El agente estatal, como sujeto cualificado, mantiene un deber específico sobre el suceso, de carácter extrapenal respecto al sujeto privado de la libertad, dada la posición de proximidad fáctica con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico”³⁷⁹.

I criteri così fissati dalla Corte Suprema sono destinati a condizionare l’applicazione della norma che incrimina la sparizione forzata da parte di tutti i tribunali del Paese, e si pongono dunque come fonte interpretativa di primaria importanza della tipicità di tale crimine internazionale.

Un’altra manifestazione di questo impegno delle Corti Supreme nel definire e circoscrivere gli elementi tipici che determinano l’attribuzione del carattere di crimine contro l’umanità è offerto da una sentenza del *Tribunal Constitucional* peruviano, chiamato a pronunciarsi sulla conformità costituzionale di un decreto legislativo che stabilisce una disciplina uniforme per i delitti che costituiscono, appunto, violazioni dei diritti umani³⁸⁰:

“De esta manera, en primer lugar, un crimen de lesa humanidad no se presenta como consecuencia de la violación de cualquier derecho fundamental, sino sólo como consecuencia de la violación de algunos de ellos. Aunque la determinación de cuál sea el núcleo duro de los derechos cuya afectación es requisito indispensable

³⁷⁸ Fundamento jurídico 11°.

³⁷⁹ Fundamento jurídico 13°.

³⁸⁰ Tribunal Constitucional del Perú, Pleno jurisdiccional, *Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo n° 1097*, cit.

para la verificación de un crimen de lesa humanidad, no es un asunto pacífico, siguiendo lo expuesto en el artículo 7º, inciso 1, del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dichos derechos serían, cuando menos, la vida (artículo 2º, inciso 1, de la Constitución), la integridad personal (artículo 2º inciso 1, de la Constitución), la libertad personal (artículo 2º, inciso 24, de la Constitución) y la igualdad (art. 2º, inciso 2, de la Constitución). [...]

En segundo término, tampoco basta la violación de este núcleo esencial de derechos fundamentales para dar lugar a un crimen de lesa humanidad. Para ello, es preciso que dicha afectación sea reveladora de un abierto y doloso desprecio por la dignidad de la persona humana. Debe tratarse de actos de singular inhumanidad y gravedad en razón de su naturaleza y carácter, lo cual determina que, por ejemplo, aunque todo homicidio da lugar a la violación del derecho a la vida, no todo homicidio es un crimen de lesa humanidad, sino sólo el que es ejecutado con ferocidad, crueldad o alevosía (asesinato) y en un contexto determinado; o que, aunque toda lesión física o psíquica ocasionada dolosamente da lugar a una violación del derecho a la integridad personal, no toda lesión a la integridad personal signifique un crimen de lesa humanidad, siendo una de este carácter, por ejemplo, la que implica generación de dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o el sometimiento a condiciones o métodos que anulen la personalidad del individuo o disminuyan su capacidad física o mental, con el fin de castigarla, intimidarla o coaccionarla (tortura), todo ello bajo un contexto determinado.

En tercer lugar, para que un acto de las características reseñadas constituya un crimen de lesa humanidad, debe, además, ser ejecutado en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Es éste el factor determinante que hace que la conducta delictiva, que prima facie aún podría revestir la apariencia de un delito común, pase a constituir un crimen de lesa humanidad. [...]

En todo caso, tal como dispone el artículo 7º, inciso 2, literal a), del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el ataque generalizado o sistemático debe haberse realizado “de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”, mas no es exigible que dicha política sea expresa ni declarada de forma clara y precisa, ni es necesario que se decida en el más alto nivel. La existencia del elemento político debe ser apreciada en función de las circunstancias concurrentes.

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que basta que un sólo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito y con conocimiento, siquiera parcial, de éste, para que se produzca un crimen de lesa humanidad, y por

lo tanto, se genere la responsabilidad penal individual del agente, el cual, no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable. Es decir, por ejemplo, un único asesinato puede configurar delito de lesa humanidad cuando este hecho individual forme parte de una agresión generalizada o sistemática dirigida contra población civil. [...]

A la luz de lo expuesto, resumidamente, puede sostenerse que un acto constituye un crimen de lesa humanidad: a) cuando por su naturaleza y carácter denota una grave afectación de la dignidad humana, violando la vida o produciendo un grave daño en el derecho a la integridad física o mental de la víctima, en su derecho a la libertad personal o en su derecho a la igualdad; b) cuando se realiza como parte de un ataque generalizado o sistemático; c) cuando responde a una política (no necesariamente formalmente declarada) promovida o consentida por el Estado; y, d) cuando se dirige contra población civil. Siendo que estas condiciones deben presentarse copulativamente”³⁸¹.

Il brano ora riportato dimostra ancora una volta come le Corti costituzionali possano svolgere un ruolo fondamentale nella definizione dei tipi penali internazionali, precisandone gli elementi tipici e tracciandone dei confini più precisi rispetto a quelli che il diritto internazionale tende a lasciare confusi ed incerti. D’altro canto, è lo stesso Tribunale Costituzionale peruviano a sottolineare questo ruolo centrale della giurisprudenza:

“En atención a que, según lo expuesto, la configuración de los crímenes de lesa humanidad presupone un comportamiento típico, resultados y circunstancias típicas, elementos subjetivos especiales de la responsabilidad y elementos o circunstancias contextuales, su comisión prima facie es un asunto que debe ser determinado por los jueces y tribunales penales. [...]

No obstante constituir una atribución del Juez Penal calificar si un hecho constituye un delito de lesa humanidad, el Tribunal Constitucional recuerda que también es competencia de la jurisdicción constitucional ejercer el control sobre la subsunción de los hechos en los tipos penales que resulten violatorios del principio-derecho fundamental a la legalidad penal”³⁸².

³⁸¹ Ivi, considerando 46-49.

³⁸² Considerando 50 e 52.

3.4. *L'individuazione del bene giuridico tutelato quale strumento per annullare una scelta legislativa restrittiva*

Nel tracciare i contorni dei tipi penali internazionali che intendono applicare, le Corti Supreme latinoamericane dedicano una particolare attenzione all'identificazione del bene giuridico che la norma incriminatrice intende tutelare. Questo elemento spesso è adoperato come base argomentativa per trarre conseguenze attinenti alle caratteristiche del delitto e alla sua disciplina.

Un primo esempio di questa applicazione del bene giuridico emerge dalla sentenza C-148/05, già analizzata in precedenza³⁸³, in cui la Corte Costituzionale colombiana si sofferma a definire il bene giuridico tutelato dalla norma che incrimina il genocidio, ricordando che esso trascende i beni giuridici individuali come la vita e l'integrità fisica, che pure vengono direttamente lesi, e coincide invece con l'esistenza stessa di determinati gruppi umani.

“Al respecto cabe recordar que el bien jurídico que se busca proteger al penalizar el genocidio, no es tan sólo la vida e integridad sino el derecho a la existencia misma de los grupos humanos, sin supeditarlo a su nacionalidad, raza, credo religioso o político. Así mismo que el delito de genocidio supone el elemento intencional especial a saber la destrucción total o parcial del grupo humano de que se trate. Dicho bien jurídico específico y dicha intencionalidad igualmente específica hacen que de la misma manera que no cualquier agresión racista pueda considerarse como genocidio, no toda lesión a la integridad física o mental de los miembros del grupo deba calificarse como tal”³⁸⁴.

In questo caso, dunque, l'individuazione del bene giuridico tutelato, unitamente alla valorizzazione dello specifico elemento intenzionale, serve a giustificare la legittimità costituzionale dell'apposizione di una soglia di gravità alle condotte di lesione integranti genocidio, introdotta dalla legislazione colombiana in sede di tipizzazione di tale crimine. Gli elementi strutturali ed il bene giuridico fungono quindi da chiave per circoscrivere – meglio, per convalidare una delimitazione prevista dal legislatore nazionale – del campo applicativo della fattispecie di genocidio.

³⁸³ V. *supra*, par. 2.2.2.

³⁸⁴ Considerando 4.1.

3.5. *La definizione della natura non politica del genocidio*

Anche la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* messicana si è pronunciata sul delitto di genocidio, in occasione della richiesta di estradizione formulata dalla Spagna a carico di Ricardo Miguel Cavallo, un ex militare argentino coinvolto nel piano repressivo criminale della dittatura³⁸⁵. La Corte chiarisce in quest'occasione che il genocidio non costituisce un delitto politico, e non rientra pertanto tra quei reati per i quali la legge messicana vieta l'extradizione³⁸⁶. Questa conclusione è tratta, in primo luogo, sulla base della connotazione che la lingua corrente e il linguaggio scientifico danno al termine "politico", e che induce ad intendere come delitto politico quello commesso ai danni dello Stato. In secondo luogo, svolgendo una dettagliata ricostruzione delle origini e dell'evoluzione storica della nozione di genocidio, l'organo giudicante ne identifica la *ratio*, che consiste nella protezione di determinati gruppi umani caratterizzati da stabilità, e il bene giuridico tutelato, che coincide appunto con l'esistenza e l'integrità di tali gruppi: in entrambi i casi, si tratta di aspetti estranei alla nozione di delitto politico. Infine – e questo è forse il dato più interessante ai fini del nostro discorso – la Corte Suprema messicana precisa che la tipicità del delitto contempla un "*elemento subjetivo del injusto*", vale a dire il dolo

³⁸⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación messicana, Tribunal Pleno, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo n° 140/2002*, 10.06.2003. Ricardo Cavallo, ex capitano di corvetta della Marina argentina sospettato di aver partecipato ai crimini della dittatura, venne detenuto in Messico, dove si era trasferito a vivere, nel 2000, sulla base di un mandato di cattura internazionale emesso dal giudice Baltasar Garzón dell'*Audiencia Nacional* spagnola, che intendeva processarlo, nell'ambito del già menzionato "Sumario Chile-Argentina", in virtù del principio di giurisdizione universale. Quando il giudice distrettuale di prima istanza incaricato di decidere sulla richiesta di estradizione la concesse, Cavallo appellò la sentenza per mezzo di *recurso de amparo* dinanzi alla Corte Suprema, allegando, tra gli altri motivi, che i reati che gli venivano ascritti – genocidio, terrorismo e tortura – erano delitti politici e in quanto tali esclusi dall'extradizione. La Corte risolse di concedere l'extradizione per i delitti di terrorismo e genocidio, ma non per quello di tortura che dichiarò prescritto. Successivamente, mentre Cavallo si trovava in stato di detenzione cautelare in Spagna, un giudice argentino, che aveva aperto un fascicolo a suo carico dopo la dichiarazione di incostituzionalità delle leggi di *Obediencia Debida* e *Punto Final*, formulò a sua volta richiesta di estradizione, che venne concessa nel 2008 dal Governo spagnolo con il consenso del Messico, ritenendo prevalente la giurisdizione individuata sulla base del criterio territoriale.

³⁸⁶ "Contrariamente a lo alegado por el recurrente, este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera que el Juez de Distrito sí estuvo en lo correcto al determinar que el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio reclamado, no contraviene el artículo 15 de la Constitución Federal, ya que efectivamente el delito de genocidio no es de naturaleza política": *ivi*, considerando 11.

specifico di distruzione di uno dei gruppi protetti, ma che rimane indifferente rispetto agli eventuali moventi del reato, all'interno dei quali può assumere rilievo una motivazione di ordine politico:

“Para nuestro estudio resulta relevante precisar que la serie de conductas que enumera el artículo II de la Convención impugnada es necesario que sean cometidas con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, racial, étnico o religioso, debiendo distinguirse que esa intención de destruir a un grupo, no se trata del móvil del delito, sino del elemento subjetivo del injusto, lo que se traduce en que el móvil con el que se actúe es irrelevante para la existencia del delito, ya que se puede actuar con el propósito de destruir al grupo por motivos políticos, económicos, por venganza u otros, es decir, para la configuración del delito de genocidio, no es necesario conocer las razones o móvil de la intención de destruir a un grupo. La anterior conclusión, encuentra sustento en el hecho de que no se aprobó la propuesta de definir el delito de genocidio como los actos deliberados cometidos con la intención de destruir un grupo nacional, racial, religioso o político, por razón de la nacionalidad o del origen racial, creencias religiosas u opiniones políticas de sus miembros, ya que en contra de esa definición se argumentó por parte de la Delegación Británica, que lo esencial era la intención de cometer el delito, cualesquiera que fuesen las razones del autor, además de la innecesaria inclusión de los motivos que podrían ser utilizados, por su naturaleza limitativa para escapar de la acusación del genocidio aduciendo móviles diferentes. Por ello, debe concluirse que el delito de genocidio protege la existencia de determinados grupos humanos, es decir, se trata de un bien jurídico supraindividual, cuyo titular no es la persona física sino el grupo como colectividad”³⁸⁷.

La precisazione della natura dell'elemento intenzionale e della sua estraneità rispetto ai moventi del reato, oltre a contribuire allo scopo concreto di negare il carattere politico del delitto di genocidio e di legittimare quindi l'extradizione del suo presunto responsabile, può altresì fornire strumenti utili a contrastare una crescente tendenza, specialmente diffusa nell'ambito latinoamericano – e già emersa nel corso della nostra analisi³⁸⁸ –, “a ritrarre come genocidio qualsiasi conflitto che comporti

³⁸⁷ Ivi, considerando 11.

³⁸⁸ V. *supra*, dove sostenevamo che quest'inflazione del concetto di genocidio deriva da un fraintendimento circa la sua presunta maggior gravità rispetto agli altri crimini internazionali.

un certo grado di violenza e che produca vittime all'interno di minoranze etniche o gruppi socialmente percepiti come marginali"³⁸⁹.

3.6. La configurazione delle relazioni concorsuali con i reati comuni

Anche se, come abbiamo visto, esistono numerose sentenze che si pronunciano sul delitto di genocidio, la sentenza del *Supremo Tribunal Federal* brasiliano in merito al caso noto come *masacre de Haximu*³⁹⁰ è probabilmente l'unica sentenza ad oggi pronunciata nel continente latinoamericano a svolgere una vera e propria analisi di tale fattispecie penale. Oggetto della controversia era in questo caso l'individuazione del tribunale competente, contestata nel ricorso in appello presentato dai condannati in primo grado, all'esito di un processo celebrato dinanzi ad un giudice monocratico federale. I ricorrenti sostenevano che il delitto di genocidio loro ascritto rientrava nella categoria dei delitti dolosi contro la vita, che una norma costituzionale assegna alla competenza del *Tribunal do Júri* (collegiale e comprendente giudici non togati).

Il Tribunale Supremo brasiliano rigetta il ricorso, confutando la classificazione del genocidio come delitto doloso contro la vita sulla base di un dettagliato esame della struttura tipica e delle caratteristiche del crimine di genocidio. Ancora una volta, centrale in quest'analisi è l'individuazione del bene giuridico tutelato dalla norma, che, si legge, trascende i beni individuali vita o integrità fisica – la cui violazione costituisce unicamente una *modalità* della condotta genocida –, e

³⁸⁹ E. SANTALLA VARGAS, *An Overview of the Crime of Genocide in Latin American Jurisdictions*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, p. 447 (traduzione libera).

³⁹⁰ Supremo Tribunal Federal brasiliano (STF), Tribunal Pleno, *Recurso extraordinário 351.487-3 Roraima* (“*masacre de Haximu*”), 03.08.2006. Questo ricorso ha origine in un procedimento a carico dei responsabili di un massacro commesso nella località di Haximu ai danni di una comunità di indigeni Yanomami. L'episodio si sostanzì in due attacchi compiuti dai *garimpeiros* (cercatori di pietre preziose che lavorano nelle miniere, spesso situate in zone abitate dagli indigeni Yanomami): il primo a metà giugno del 1993, in cui rimasero uccisi quattro indigeni in un'imboscata, ed il secondo avvenuto invece tra il 22 e il 23 luglio, quando un gruppo di *garimpeiros* armati fece irruzione in una capanna e massacrò barbaramente gli adulti, le donne e i bambini che vi si trovavano. Ventidue *garimpeiros* furono denunciati alla giustizia federale per i delitti di estrazione mineraria illegale, contrabbando e appropriazione indebita, occultamento di cadavere, danneggiamento aggravato, banda armata, tutti in connessione con i delitti di genocidio e associazione finalizzata alla commissione di genocidio; cinque di loro furono condannati in primo grado con sentenza di data 19.12.1996.

coincide essenzialmente con l'esistenza di gruppi umani che compongono l'"umanità nella sua diversità":

"CELSO LAFER, analisando a obra de HANNAH ARENDT, pondera: 'O genocídio representa 'um ataque à diversidade humana como tal', isto é, 'as características de status humano, sem o qual as exatas expressões gênero humano ou humanidade ficariam sem sentido'.

A conduta incriminada pode recair sobre o corpo humano, lesando-o ou extinguindo a vida, mas, perante nosso direito positivo, não está aí o bem jurídico tutelado sob a figura criminosa, senão modalidades da prática do genocídio. Ao lado de comportamentos que atingem o corpo humano (vida e integridade física), podem a liberdade de locomoção e a liberdade de livre disposição do corpo constituir objeto de conduta incriminada, o que está logo a predicar que não são esses os bens jurídicos protegidos, ao menos vistos na sua singularidade, mas, sim, conforme percebia com agudeza HANNAH ARENDT – a qual dizia que a exterminação física de seis milhões de judeus foi crime contra a humanidade perpetrado no corpo do povo judeu –, a humanidade na sua diversidade. Ou seja, o que se tem é crime contra a condição humana, que a consciência e a ordem jurídica pretendem tutelar no plano doméstico e internacional:' Com efeito, a possibilidade e a intencionalidade de exterminar grupos étnicos, nacionais, religiosos ou racionais – o comportamento ilícito tipificado no art. 2º da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio –, sejam eles judeus, poloneses, ciganos ou quaisquer outros – vale dizer, a aspiração de fazer desaparecer da face da terra um grupo, antes de ser um delito que fere os direitos das minorias é um crime contra a humanidade e a ordem internacional porque visa eliminar a diversidade e a pluralidade que caracterizam o gênero humano, que Kant pretende preservar falando do direito à hospitalidade universal e apontando que a violação dos direitos de uns alcança a todos'. [...]

O objeto jurídico tutelado imediatamente pelo crime de genocídio há de ser, pois, a existência de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. A lesão à vida, à integridade física, à liberdade de locomoção etc., são apenas meios de ataque ao bem jurídico tutelado, que, nos diversos tipos de ação genocida, se não confunde com os bens primários também lesados por essas ações instrumentais, como logo veremos."³⁹¹.

La determinazione del bene giuridico tutelato dalla norma che incrimina il genocidio funge dunque da criterio discrezionale rispetto alla categoria dei delitti contro

³⁹¹ Considerando 1 del voto del Relatore (Ministro Cezar Peluso) (pp. 11-13).

la vita e, di conseguenza, da presupposto metodologico per negare la competenza speciale del *Tribunal do Juri*³⁹².

Ma il Supremo Tribunale brasiliano non si limita a questa conclusione, ed analizza la possibilità di considerare competente tale organo sulla base del criterio di connessione, sul presupposto che esista un concorso di reati tra il genocidio e gli omicidi accertati. Preliminare a tale questione è la verifica della configurabilità di un concorso di reati tra il crimine di genocidio ed i singoli delitti che ne determinano le condotte costitutive: si tratta di un tema di estrema rilevanza pratica, che tuttavia è stato raramente studiato dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Il tribunale brasiliano si addentra invece in profondità nella questione, citando una sentenza del BGH tedesco³⁹³ – la prima sentenza di un tribunale nazionale a condannare per genocidio – e soprattutto il commento che ne fa GIL GIL³⁹⁴, dimostrando di aderire pienamente alla tesi interpretativa di quest'autrice.

Il richiamo alla sentenza del Supremo Tribunale tedesco, che, in riforma della sentenza di primo grado³⁹⁵, condannò l'imputato per un solo delitto di genocidio in concorso formale con trenta omicidi, è ritenuta del tutto opportuna alla luce della perfetta corrispondenza tra la descrizione tipica del genocidio prevista in quell'ordinamento e quella adottata dal legislatore brasiliano, dichiaratamente ispiratosi al modello tedesco.

La sentenza brasiliana, ricalcando il menzionato articolo di GIL GIL, scompone il problema delle relazioni concorsuali del delitto di genocidio in due dimensioni: da una parte, rimanendo all'interno di questo tipo penale, occorre

³⁹² Concorde sul punto si era dichiarato anche il *Procurador Geral da República* nel suo parere: "Como se vê, diferentemente do homicídio, no qual o elemento subjetivo do agente é matar alguém, no genocídio o dolo é de exterminar, total ou parcialmente, fisicamente ou culturalmente determinado grupo. Não se inclui, por isso, o genocídio, dentre os crimes dolosos contra a vida, muito embora os bens jurídicos vida e integridade física e mental também são afetados por este crime" (riportato nella sentenza del STF).

³⁹³ Bundesgerichtshof, *Jorgic*, 3 StR 215/98- OLG Düsseldorf, sentenza del 30.04.1999. L'imputato era un serbo-bosniaco coinvolto nella commissione dei gravi crimini avvenuti nel contesto del conflitto nella ex-Yugoslavia.

³⁹⁴ A. GIL GIL, *Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio (Sentencia del BGH de 30 de abril de 1999 -3 StR 215/98- OLG Düsseldorf)*, in *Revista de derecho Penal y Criminología*, 2ª epoca, n. 4, 1999, pp. 771-798.

³⁹⁵ Il Tribunale Superiore dello Stato di Düsseldorf aveva condannato l'imputato per 11 delitti di genocidio, in concorso formale con 30 omicidi, 47 reati di lesione e più di 300 detenzioni illegali, sulla base del rigetto dell'idea di una unità naturale d'azione tra i vari fatti illeciti, i quali, secondo il tribunale, costituivano altrettante lesioni di beni giuridici personalissimi diversi tra loro e di diversa titolarità.

definire se la commissione di più condotte omogenee e costitutive di una modalità genocidiaria – ad esempio, più omicidi – si traduce nell’ascrizione di più delitti di genocidio in concorso materiale tra loro e, parallelamente, se la stessa conclusione vale di fronte alla commissione di più condotte eterogenee costitutive di genocidio – ad esempio, uno o più omicidi e lesioni. D’altra parte, il problema fuoriesce dai confini tipici della fattispecie, e riguarda il rapporto tra il genocidio e ciascuna della condotte che lo integrano e che costituiscono nel contempo autonome fattispecie comuni poste a tutela di beni giuridici individuali, quali la vita e l’integrità fisica³⁹⁶. Il tribunale prosegue:

“A solução deste caso envolve as duas ordens de questões: (i) a de perquirir se as condutas homogêneas importam a prática de um ou de vários delitos de genocídio, e (ii) a da relação entre o crime de genocídio e cada um dos (doze) homicídios praticados pelos recorrentes. [...]”

“Quanto ao primeiro ponto, a solução adotada pelo Tribunal alemão foi que todos os atos cometidos em execução de um genocídio constituem um só crime, ou seja, “una unidad de acción en sentido típico, pues así se desprende de la génesis, el fin de protección y la descripción típica del precepto”³⁹⁷.

Questa conclusione, che il tribunale brasiliano condivide pienamente, deriva ancora una volta dall’identificazione del bene giuridico tutelato dalla norma sul genocidio con l’esistenza di un determinato gruppo umano, e dell’accezione dell’individuo che concretamente subisce la lesione come mero “oggetto” dell’illecito³⁹⁸. I differenti atti delittuosi che integrano il crimine non rilevano quindi come fattispecie autonome, ma come mere modalità commissive di un unico crimine di genocidio, o, detto altrimenti, come forme differenti di attacco al medesimo bene giuridico. Di conseguenza, l’imputazione di un unico delitto di genocidio riflette compiutamente il disvalore del fatto:

“Uma só aplicação do tipo penal, nesses casos, realiza todo o juízo de desvalor nele representado, em curial correspondência com sua estrutura típica: crime decomponível em vários atos, em que a intenção de destruir o grupo compreende a

³⁹⁶ Cfr. A. GIL GIL, *Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio*, cit., p. 773.

³⁹⁷ Considerando 1 (p. 15).

³⁹⁸ A. GIL GIL, *Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán*, cit., p. 774. Questa tesi era già sostenuta dall’autrice nel suo *Derecho penal internacional*, cit., pp. 177 ss.

intenção de praticar os atos individuais que levam à destruição perseguida. Entende-se, pois, haja o tribunal alemão proclamado hipótese típica de crime que se comete mediante repetição de atos e, em cujos limites, um ataque se soma a outro ou outros como mera progressão no mesmo ataque ao bem jurídico”³⁹⁹.

Il genocidio si caratterizza dunque come “unità di azione tipica”, nel senso che il tipo si realizza una sola volta anche in presenza della ripetizione di più atti omogenei⁴⁰⁰. A fronte di una pluralità di condotte eterogenee, invece, la conclusione a favore dell’unità delittuosa deriva dalla concezione del genocidio come “tipo misto alternativo”, rispetto al quale le singole modalità esecutive rappresentano semplicemente un differente grado di disvalore dell’azione⁴⁰¹.

Quanto poi al secondo profilo, relativo alle relazioni “esterne” intercorrenti tra il crimine di genocidio, considerato in modo unitario, e le differenti condotte delittuose che lo integrano, il Supremo Tribunale brasiliano sostiene che non può applicarsi il criterio dell’assorbimento:

“Os crimes praticados em concurso contra os bens jurídicos personalíssimos (vida, integridade física, liberdade etc.), esses remanescem como tais, sem absorção pelo crime de genocídio. A forma de cominação da pena em nossa lei é, aliás, a prova mesma de que o genocídio corporifica crime autônomo contra bem jurídico coletivo, diverso dos ataques individuais que compõem modalidades de sua execução. Ou seja, o desvalor do crime de genocídio não absorve nem dilui o desvalor dos crimes contra bens jurídicos individuais ofendidos na prática dos atos próprios de cada modalidade de sua execução”⁴⁰².

Si esclude quindi che l’astratta sussumibilità dei fatti in entrambe le fattispecie penali possa essere risolto come un concorso apparente di norme. Ispirandosi alla dottrina italiana, il Tribunale brasiliano nega l’esistenza di un rapporto di specialità tra le norme – che in questo caso non disciplinano la stessa materia, intesa come “una medesima situazione di fatto sussumibile a prima vista

³⁹⁹ Considerando 1 (p. 18).

⁴⁰⁰ Così lo definisce A. GIL GIL, *Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán*, cit., p. 775, citando a conferma l’utilizzo di concetti globali (morti, lesioni...) da parte della stessa descrizione tipica del genocidio.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 778. Aggiunge l’Autrice che questa conclusione è coerente anche con la struttura del genocidio, che lei sostiene, come “*delito mutilado de varios actos*”, nel quale il secondo atto commesso non comporta una nuova consumazione, e quindi un nuovo reato, ma costituisce una progressione all’interno di un unico attacco contro il bene giuridico (pp. 779-780).

⁴⁰² Considerando 1 (p. 23).

sotto più norme”⁴⁰³. Neppure si considera applicabile il criterio di sussidiarietà, a causa dalla differenza essenziale tra i beni giuridici rispettivamente protetti dalle norme incriminatrici che vengono in gioco:

*“Conforme põem em relevo GIOVANNI FIANDACA e ENZO MUSCO, só há subsidiariedade diante de tipos dispostos à proteção do mesmo bem jurídico (...).Ora, é inaplicável o critério ao caso, porque não há identidade de bem jurídico entre os crimes de genocídio e homicídio”*⁴⁰⁴.

Infine, si esclude il criterio della consunzione o assorbimento, dato che presuppone una relazione di valore che non si manifesta nel presente caso:

*“Não há, portanto, como dar por consunção dos homicídios pelo crime de genocídio, já que, em nosso ordenamento, a cominação da sanção penal logo revela que o desvalor do homicídio não está absorvido pelo desvalor da conduta do crime de genocídio. [...] o crime de genocídio [...] nele não há fusão normativa de dois crimes sob outra figura típica, mas a construção de novo tipo penal, que protege bem jurídico próprio (existência de grupo nacional, étnico, racial ou religioso) e que pode realizado por modalidades de agir que, por si sós, constituem crimes contra outros bens jurídicos (individuais), cuja vulneração teórica não está compreendida no desvalor do crime de genocídio”*⁴⁰⁵.

La logica conclusione di tale configurazione è che tra il crimine di genocidio ed i singoli delitti che lo integrano sussiste un concorso di reati, che vanno tutti presi in considerazione ai fini della commisurazione della pena. La relazione concorsuale si sviluppa per così dire in due direzioni: i vari delitti di omicidio sono legati tra loro da un vincolo di continuazione, determinato dall'identità di condotte e dalle condizioni di tempo e luogo e di modalità esecutive. Il reato continuato così configurato si pone poi in rapporto di concorso formale con il crimine di genocidio, valutato in termini unitari⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Così lo definiscono G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 673. A questo manuale fa appunto riferimento la sentenza nell'analisi dei possibili rapporti di concorso apparente di norme.

⁴⁰⁴ Considerando 1 (p. 23).

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

⁴⁰⁶ Il tribunale brasiliano si discosta dunque dalla proposta di GIL GIL, che individua in simili situazioni un “concorso di concorsi”, vale a dire un concorso formale tra il delitto di genocidio ed il concorso reale tra i vari reati di omicidio, con conseguente scelta della pena più grave, ai fini del cumulo giuridico, tra quella prevista per il genocidio e quella risultante dal cumulo materiale delle pene per i vari omicidi. La soluzione qui fatta propria somiglia più che altro a quella offerta dal BGH tedesco sulla base della c.d. “teoria dell’effetto graffetta” (*Klammerwirkung*), per cui in presenza di

Dopo quest'ampia ed elaborata argomentazione, tuttavia, l'organo giudicante sembra "atterrare" bruscamente, riconoscendo di essere limitato dal divieto di riforma *in pejus* della sentenza quando il ricorso è stato presentato dalla difesa. Posto che i ricorrenti non erano stati condannati per i delitti di omicidio, ma solamente per quello di genocidio, imputare loro anche i vari omicidi avrebbe comportato un aggravamento di pena non consentito dal principio sopra ricordato. Il tribunale si limita a ribadire che il genocidio non rientra tra i delitti dolosi contro la vita, e che la competenza a giudicare su di esso non spetta quindi al *Tribunal do Jurí*, rigettando di conseguenza il ricorso.

Al di là dell'esito risolutivo della sentenza, comunque, il Supremo Tribunale brasiliano svolge in quest'occasione un'interessantissima analisi del tipo penale genocidio ed in particolare della complessa questione delle sue relazioni concorsuali con la singole condotte che lo integrano, offrendone un'interpretazione – o meglio, aderendo all'interpretazione proposta da GIL GIL e seguita dal BGH tedesco – rigorosa e saldamente ancorata agli istituti classici e alla dogmatica penale.

In questo modo, offre un valido apporto alla definizione dei contorni del tipo penale internazionale – in questo caso il genocidio –, precisandone un profilo – le relazioni concorsuali – che il diritto penale internazionale ancora non ha sviscerato in profondità, ma che riveste un'estrema rilevanza pratica nel momento applicativo.

3.7. *La convalida giurisprudenziale di scelte legislative restrittive*

Un'ultima manifestazione del moto giurisprudenziale centripeto che stiamo esaminando emerge in alcune sentenze che, nel giudicare della conformità costituzionale delle norme che tipizzano i crimini internazionali, avvallano scelte legislative restrittive rispetto alla corrispondente definizione internazionale.

Si tratta, se vogliamo, del rovescio della medaglia rispetto a quelle sentenze delle Corti Costituzionali che ribadiscono la libertà del legislatore nazionale di estendere il campo applicativo delle norme incriminatrici internazionali, sul

due o più delitti, anche privi di relazione unitaria, se ciascuno di essi separatamente coincide con una parte di una ulteriore unità delittuosa (in questo caso il genocidio), vanno considerati in un rapporto di unità d'azione: v. A. GIL GIL, *Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán*, cit., pp. 792-798.

presupposto che queste ultime si limitino a fissare un *minimum* di protezione che non può essere derogato ma, al contrario, può benissimo essere ampliato. Ebbene, esistono anche alcune – non numerose, per il vero – sentenze che convalidano scelte legislative operanti in direzione opposta, che omettono alcuni elementi strutturali della fattispecie previsti dalla norma internazionale. In realtà, il giudizio positivo in ordine alla conformità costituzionale di simili disposizioni non sembra mettere in discussione il necessario rispetto di quella soglia minima che la norma internazionale impone: semplicemente, si ritiene che tale standard non sia compromesso dalla mera assenza di un elemento testuale specifico che è comunque ricompreso nella norma globalmente considerata.

Tale argomentazione appare con evidenza in una recente sentenza della *Corte de Constitucionalidad* guatemalteca, chiamata a pronunciarsi sulla presunta incostituzionalità della norma incriminatrice del genocidio, nella parte in cui non prevede, tra i gruppi tutelati, quelli razziali⁴⁰⁷. La domanda di incostituzionalità⁴⁰⁸ rileva che l'art. 376 del codice penale guatemalteco, che prevede come gruppi tutelati dalla norma contro il genocidio i soli gruppi nazionali, etnici e religiosi, con l'esclusione di quelli razziali, contrasta con la Costituzione. In particolare, esso violerebbe i diritti alla vita, all'integrità fisica e alla sicurezza, di cui agli artt. 2 e 3 Cost., riconosciuti non solo ai singoli individui ma anche ai gruppi umani

⁴⁰⁷ Corte de Constitucionalidad guatemalteca, exp. 2242-2010, *Recurso por inconstitucionalidad parcial de ley de carácter general por omisión nueva*, 22.02.2011.

⁴⁰⁸ Il ricorso venne presentato dal giovane avvocato Alexander Aizenstadt, in qualità di cittadino guatemalteco, nella forma di un *recurso por inconstitucionalidad parcial de Ley de carácter general por omisión*. Elemento peculiare, che non possiamo tuttavia approfondire in questa sede, è che oggetto della domanda è appunto un'omissione legislativa – dell'inciso “gruppi razziali” –, in difformità rispetto al consueto oggetto dei ricorsi per incostituzionalità. Non a caso, il *Congreso de la República* ed il *Ministerio Público*, costituitisi nel procedimento, rilevarono l'inammissibilità di un'azione di incostituzionalità per omissione, che implicherebbe l'imposizione, da parte della Corte Costituzionale, di un obbligo di legiferare in capo al Congresso, con conseguente violazione del principio di separazione dei poteri. Il ricorrente, tuttavia, pur riconoscendo l'inesistenza di una norma costituzionale che espressamente la preveda, sostiene l'esperibilità del ricorso per incostituzionalità per omissione, riconosciuta dalla dottrina maggioritaria e “dalla giurisprudenza dei tribunali costituzionali più avanzati” (Punto II.b del ricorso, inedito), affermando che è una diretta derivazione del principio di supremazia costituzionale e uno strumento necessario alla sua completa attuazione. Il rispetto della separazione dei poteri sarebbe comunque assicurato dalla pronuncia, da parte della Corte Costituzionale, di una “sentenza esortativa” che affidi al potere legislativo l'emanazione di un nuovo testo conforme alla Costituzione. In ogni caso, aggiunge il ricorrente, la Corte Costituzionale non costituisce uno dei tre poteri dello Stato, ma è un'autorità indipendente rispetto ad essi. La Corte Costituzionale accoglie la lettura proposta dal ricorrente, confermando che le violazioni della Suprema Carta possono trarre origine sia in azioni che in omissioni.

complessivamente intesi⁴⁰⁹, nonché il principio di eguaglianza (art. 4 Cost.), posto che marca una differenza di trattamento ingiustificata ed irragionevole fra le tre categorie previste dalla norma ed i gruppi razziali che ne rimangono invece esclusi.

Inoltre, il ricorrente rileva la violazione del principio di preminenza del diritto internazionale pattizio dei diritti umani, espressamente previsto dall'art. 46 Cost.⁴¹⁰, poiché la norma impugnata si discosta dalla Convenzione sul Genocidio, che impone agli Stati membri l'obbligo di tipizzare il crimine di genocidio e di prevedere sanzioni penali adeguate ed efficaci (art. 5) secondo la definizione fornita dalla Convenzione stessa (art. 2). Quest'argomento pare specialmente interessante, poiché entra nel merito delle relazioni tra fonti normative interne ed internazionali, reclamando la preminenza di queste ultime, anche quando questa collisione coinvolga disposizioni penali che tipizzano delitti⁴¹¹. Il contenuto del trattato internazionale – la Convenzione sul Genocidio – viene dunque adoperato come parametro per valutare il vizio di incostituzionalità della norma di legge per il tramite dell'art. 46 Cost., che funge da anello di congiunzione tra l'ordinamento internazionale e quello interno⁴¹².

Infine, il ricorso attribuisce alla norma impugnata la violazione dell'obbligo di tipizzare penalmente le gravi violazioni dello *jus cogens*, ricavabile per via interpretativa dagli artt. 44 e 149 della Costituzione⁴¹³.

⁴⁰⁹ Il ricorrente specifica che a tale lacuna non può porre rimedio neppure l'applicazione di altre fattispecie penali quali l'omicidio, posto che queste proteggono beni giuridici differenti rispetto alla norma sul genocidio, e cita a supporto di tale affermazione una sentenza della Corte Costituzionale colombiana (la C-177/01) che abbiamo già esaminato in precedenza. Cfr. punto II.d) del ricorso (inedito). Questa citazione costituisce un ottimo esempio di circolazione transnazionale dei precedenti tra i differenti Paesi dell'America Latina, su cui v. *amplius*, cap. successivo.

⁴¹⁰ Art. 46 Cost.: “Se establece el principio general de que e maeria de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

⁴¹¹ Afferma infatti il ricorrente: “La simple prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno sin efectos sustanciales sobre la norma inferior en casos penales no cumple objetivo alguno” (Punto II, f.1 del ricorso, inedito).

⁴¹² Si può rilevare a tal proposito che i tribunali guatemaltechi hanno dimostrato una particolare attenzione anche alla giurisprudenza interamericana: la Cámara Penal della Corte Suprema, infatti, ha disposto, in adempimento ad alcune sentenze della CorteIDU, la nullità delle sentenze nazionali che tale Corte aveva ritenuto violatorie della CADU e la conseguente riapertura dei processi penali corrispondenti: cfr. Corte Suprema de Justicia guatemalteca, Cámara Penal, solicitudes de ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana, *Efraín Bámaca Velásquez e Carpio Nicolle*, entrambe dell'11.12.2009, e *Masacre de las Dos Erres* dell'8.02.2010.

⁴¹³ I quali prevedono, rispettivamente, una clausola di apertura a diritti inerenti alla persona umana che non compaiono espressamente nella Carta Costituzionale e il criterio cui improntare i rapporti con gli altri Stati, che deve mirare a contribuire al mantenimento della pace e della libertà e al rispetto e alla difesa dei diritti umani.

La Corte Costituzionale, con una motivazione piuttosto concisa, rigetta il ricorso sulla base di un argomento di tenore linguistico, senza prendere in considerazione nello specifico i – pur interessanti – argomenti esposti dal ricorrente. A parere dell'organo giudicante, infatti, con il termine “razziale” – per la cui definizione si cita il Dizionario della *Real Academia* – le norme che regolano la pacifica convivenza si riferiscono alla razza umana latamente intesa, e trovano quindi applicazione rispetto a tutti gli esseri umani⁴¹⁴. Inoltre, la Corte sostiene, basandosi sulla definizione di “discriminazione razziale” fornita dalla Convenzione Internazionale in materia, che non esiste una vera e propria differenza tra il concetto di “razza” e quello di “appartenenza etnica”:

“...ambos comprenden un grupo de personas que, por características físicas, culturales e históricas, conforman un conglomerado social que los distingue de otros, que deben ser protegidos”⁴¹⁵.

Di conseguenza, conclude la sentenza, la norma di legge impugnata, nel prevedere tra i destinatari della tutela i gruppi etnici, comprende anche i cosiddetti gruppi razziali, e non risulta quindi contraria alla Costituzione.

Senza volerci addentrare nella complessa questione della differenza tra “razza” ed “etnia”, che meglio può essere risolta da antropologi e sociologi, è sufficiente notare che la Corte considera equivalenti due termini che le norme internazionali sul genocidio – sia la Convenzione del 1948, sia i trattati istitutivi di tribunali penali internazionali – espressamente distinguono. In questo modo, la Corte Costituzionale sceglie di avvallare una scelta del legislatore interno che si discosta evidentemente dal dettato normativo internazionale.

Tuttavia, a ben vedere, quella che può apparire come la conferma di una tipizzazione restrittiva viene smentita dalla Corte, secondo cui la differenza tra la norma interna e quella internazionale è di natura puramente letterale, e non ne

⁴¹⁴ Quest'argomento, che non viene ulteriormente sviluppato dalla Corte, appare quantomeno confuso, se non discutibile: il concetto di “razza” non coincide infatti con quello di “umanità”, ed è anzi utilizzato per indicare determinati gruppi umani che si contraddistinguono per particolari tratti somatici o ereditari.

⁴¹⁵ Considerando II della sentenza.

pregiudica l'effettivo campo di applicazione, che rimane invariato ed esteso anche ai gruppi razziali⁴¹⁶.

Un procedimento del tutto analogo è stato di recente attivato per iniziativa del medesimo ricorrente in relazione all'art. 201 bis del codice penale guatemalteco, che tipizza il delitto di tortura⁴¹⁷. In particolare, si rileva l'incostituzionalità per omissione della norma, nella parte in cui non prevede l'obbligo di sanzionare penalmente le condotte e la discriminazione od ogni altro fine come scopo che anima il soggetto attivo, in difformità rispetto alla definizione del crimine fornita dalla Convenzione internazionale del 1984. Inoltre, si impugna l'omessa previsione, tra le possibili modalità della condotta, dell'applicazione di metodi volti ad annullare la personalità della vittima o a diminuirne la capacità fisica o mentale, anche qualora non causino dolore fisico o sofferenza psichica, in violazione del disposto della Convenzione Interamericana sulla Tortura. Gli argomenti su cui si fonda il ricorso sono identici a quelli, esaminati in precedenza, posti alla base del ricorso contro la norma incriminatrice del genocidio, vale a dire: la violazione dei diritti alla vita, all'integrità fisica e alla sicurezza, del principio di eguaglianza, della preminenza dei trattati internazionali in materia di diritti umani e dell'obbligo di tipizzare come reati le gravi violazioni dello *jus cogens* e dei diritti umani. Il procedimento è tuttora in corso: sarà interessante verificare, quando sopraggiunga la pronuncia della Corte Costituzionale guatemalteca, se essa si mantiene sulla linea della convalida delle scelte legislative nazionali, oppure se, al contrario di quanto accaduto in relazione alla norma sul genocidio, si riterrà che la norma sulla tortura, nell'omettere elementi tipici previsti dalla definizione internazionale, contravviene effettivamente agli standard minimi di protezione che quest'ultima impone.

Al giudice costituzionale si prospetta dunque l'alternativa tra invalidare la soluzione normativa adottata dal legislatore interno, ripristinando il campo applicativo più ampio della corrispondente norma internazionale, o aderire invece alla scelta legislativa restrittiva, ricercandone una giustificazione rispetto agli obblighi internazionalmente imposti. Ancora una volta, si palesa con evidenza il

⁴¹⁶ "...ya que, al haber incluido en la norma ordinaria la denominación *grupos étnicos*, ésta abarca también a los denominados *grupos raciales*" (considerando II).

⁴¹⁷ A. AIZENSTADT, *Recurso por inconstitucionalidad parcial de ley de carácter general por omisión en la tipificación del delito de tortura en el art. 201 bis c.p.*, 20.05.2011, inedito.

ruolo chiave che il giudizio di costituzionalità esplica nella combinazione ed armonizzazione delle fonti nazionali ed internazionali, e la sua ricaduta immediata sulle definizioni dei tipi penali internazionali e sulle rilevanti conseguenze pratiche, in termini di punibilità e disciplina, che la sussunzione dei fatti in tale categoria comporta.

TENDENZE INTERPRETATIVE DELLE CORTI SUPREME LATINOAMERICANE:
LA SUSSUNZIONE NEI CRIMINI INTERNAZIONALI COME GRIMALDELLO INTERPRETATIVO

CAPITOLO QUARTO
L'IMPATTO DELLA GIURISPRUDENZA
DELLE CORTI SUPREME LATINOAMERICANE
VALORE, EFFETTI E CIRCOLAZIONE

1. *Premessa*

Dopo l'esame delle sentenze svolto nel capitolo precedente, e al di là degli specifici rilievi critici mossi ad alcuni dei percorsi interpretativi da esse elaborati, possiamo svolgere a questo punto delle considerazioni di ordine più generale. In particolare, ci concentreremo sull'impatto proprompente che tale giurisprudenza provoca sia nell'ordinamento nel quale si colloca, sia, per mezzo dei fenomeni di circolazione e interazione, al di fuori dei confini nazionali. Si tratta di temi molto complessi e molto ampi, ciascuno dei quali meriterebbe senz'altro ulteriori approfondimenti; tuttavia, pare opportuno tracciare quantomeno alcune riflessioni utili a comprendere il significato e l'importanza della giurisprudenza finora analizzata.

2. *L'impatto interno*

L'influsso che la giurisprudenza esaminata esercita all'interno del sistema giuridico di riferimento assume toni differenti a seconda che la si possa inscrivere nella macro-tendenza espansiva o in quella riduttiva. Come detto, gli effetti *in malam* o *in bonam partem*, che ciascuna di queste due tendenze rispettivamente genera, motiva un differente giudizio sull'attività giudiziaria così intrapresa. In entrambi i casi, poi, l'impatto si manifesta sui rapporti con gli altri poteri dello Stato e con attori non istituzionali, ed assegna alle Corti Supreme uno speciale valore *costituente* – che a sua volta può assumere forme e valori differenti – all'interno di società di transizione come quelle latinoamericane in cui si situa la nostra ricerca.

2.1. *La tendenza espansiva e la creazione di un diritto penale differenziato*

La tendenza interpretativa *espansiva*, come si è visto, determina un ampliamento della portata delle fattispecie penali internazionali, o sul piano temporale, o su quello più propriamente tipico. Lo scopo comune di tutti i percorsi argomentativi che abbiamo collocato all'interno di questa macro-tendenza è quello di giustificare la qualificazione come crimini internazionali di fatti che di per sé non rientrano in quelle fattispecie, perché commessi prima della loro tipizzazione nell'ordinamento oppure perché carenti di alcuni elementi tipici. L'impegno profuso nell'adattare, per così dire, le fattispecie penali internazionali in modo tale da renderle applicabili ai fatti oggetto di giudizio discende a sua volta, come si è detto, dalla necessità di impiegare il c.d. regime speciale riservato a questa particolare classe di crimini al fine di superare una serie di ostacoli alla persecuzione penale.

Questo tipo di attività comporta dunque, in primo luogo, una parziale inversione di quello che dovrebbe essere, almeno a livello ideale, l'ordine delle operazioni cui è chiamato l'interprete in sede di accertamento giudiziale: invece di ricercare nell'ordinamento una fattispecie che rifletta il fatto concreto, per poi valutare le conseguenze che ciò determina a livello di disciplina, egli si preoccupa *prima* di raggiungere determinati effetti – l'imprescrittibilità, l'impossibilità di concedere amnistie ai responsabili –, e solo successivamente, dopo aver realizzato che la produzione di tali conseguenze è subordinata alla qualificazione come crimini internazionali, cerca un *escamotage*¹ per permetterne la sussunzione del fatto concreto all'interno di tale categoria².

Ma l'aspetto che più desta preoccupazione sono gli effetti pratici che simili operazioni ermeneutiche provocano nella fisionomia dell'intervento penale. Il carattere derogatorio del c.d. regime speciale dei crimini internazionali rispetto alle regole sancite in via ordinaria dal sistema penale e dalla Costituzione crea un "diritto

¹ Alcuni dei percorsi argomentativi che abbiamo preso in considerazione somigliano in effetti a dei veri e propri *escamotage*.

² In realtà, si può sospettare che una simile inversione dell'ordine dell'attività interpretativa, che permette l'individuazione di certe conseguenze pratiche (in termini di disciplina o di sanzione) al giudizio di conformità alla fattispecie, essendo per così dire teleologicamente orientata, non sia una prerogativa della giurisprudenza latinoamericana in materia di crimini internazionali, ma un tratto che accomuna ogni tipo di interpretazione giudiziale, pur facendo parte di quella sfera di "non-detto" che non si vuole ammettere.

penale differenziato”³, uno *spazio giuridico autonomo*, anche se interno al diritto penale, nel quale non si applicano la prescrizione né le amnistie, si può derogare agli ordinari criteri di competenza, al principio di irretroattività della legge penale e a quello di *ne bis in idem*. Un simile spazio ha effetti decisamente pregiudizievoli per l'imputato, poiché sospende o annulla una serie di garanzie di difesa solennemente sancite da tutte le Costituzioni e da numerosi strumenti internazionali. Ci sembra quindi di poter manifestare qualche riserva rispetto al regime speciale dei crimini internazionali *per se*, posto che esso genera frequenti antinomie con i principi penali e costituzionali che mirano a garantire la dignità dell'imputato e la libertà dei cittadini. Infatti, anche ammettendo che l'imputato non goda di alcun *diritto* alla prescrizione, e che tale istituto possa quindi legittimamente essere escluso rispetto a certi reati⁴, assai più difficile ci sembra giustificare l'applicazione retroattiva di norme incriminatrici o comunque sfavorevoli per il reo, la sospensione del *ne bis in idem* e l'esclusione *in toto* di un istituto, qual è l'amnistia, normalmente contemplato dagli ordinamenti democratici, senza distinguere le ipotesi in cui essa è auto-disposta o invece legittimamente approvata secondo il procedimento democratico. A ciò si aggiunga che la validità e il contenuto specifico di questo regime, come abbiamo

³ E. MALARINO, *Argentina*, in K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá, 2009, p. 25.

⁴ Una simile previsione esiste peraltro anche rispetto a reati diversi dai crimini internazionali: l'art. 157 ult. co. c.p. italiano esclude ad esempio la prescrizione per i reati (comuni) puniti con l'ergastolo. Al contrario, PASTOR dubita della correttezza del criterio della gravità quale unico fondamento per legittimare l'imprescrittibilità di certe categorie di crimini: secondo lui, “no se puede recurrir a un fundamento para la prescriptibilidad y a otro para la imprescriptibilidad, en tanto que son, evidentemente, las dos caras de una misma medalla” [D. PASTOR, *La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo*, in J.R. SERRANO-PIEDecasas, E.D. CRESPO (dirs.), *Terrorismo y estado de derecho*, Madrid, 2010, p. 643]. Più radicalmente, secondo l'Autore, la prescrizione penale, in quanto istituto (di diritto sostanziale) che forma parte del Diritto penale liberale e non invece “mera liberalità”, non dovrebbe ammettere alcuna eccezione (ivi, p. 644). Una visione esattamente opposta, fondata ancora una volta sulla natura specialmente aberrante di tali crimini, è manifestata dal giudice Maqueda nella sentenza *Simón*: “La imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes opera, de algún modo, como una *cláusula de seguridad* para evitar que todos los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados mediante el mero transcurso del tiempo. El castigo de estos delitos requiere, por consiguiente, de *medidas excepcionales* tanto para reprimir tal conducta como para evitar su repetición futura en cualquier ámbito de la comunidad internacional” (CSJN argentina, *Simón*, cit., voto del juez Maqueda, considerando 92. Corsivo aggiunto). SILVA SÁNCHEZ, afferma con toni critici che “quienes propugnan la imprescriptibilidad de delitos contra los derechos humanos [...] no parecen pretender tanto el castigo efectivo, cuanto la necesidad de reafirmación jurídica de la dignidad de la víctima como ser humano” (J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”*, in *Derecho Penal siglo XXI*, n. VIII, 2007, p. 337).

osservato, non appaiono per nulla chiari, posto che molte delle sue previsioni compaiono nella sola giurisprudenza degli organi interamericani, o in Convenzioni ratificate da un esiguo numero di Stati, e che la sua presunta natura di norma consuetudinaria è tuttora oggetto di accesi dibattiti⁵.

Ma al di là di queste riserve sulla legittimità di tale regime, si deve riconoscere che, trattandosi di un disciplina di carattere eccezionale, esso dovrebbe essere soggetto ad un'applicazione *restrittiva*, a meno di non voler aprire una pericolosa *breccia* nel sistema penale e nelle garanzie di difesa, la cui estensione può divenire difficilmente controllabile. Per questo motivo la tendenza espansiva che stiamo commentando suscita un disagio ancora più profondo: essa infatti non si limita ad applicare tale regime speciale, dai tratti *illiberali*, bensì cerca di ampliarlo ben oltre i confini delle fattispecie penali internazionali⁶.

L'espansione così realizzata, inoltre, è solitamente raggiunta mediante delle vere e proprie forzature dei limiti semantici del dettato normativo, considerate quasi un "prezzo da pagare" pur di sconfiggere l'impunità dei responsabili di crimini tanto smisurati. A tal proposito pare interessante riportare un passaggio del voto in dissidenza di un membro del Tribunal Constitucional peruviano, secondo cui:

*"el deber de protección no tiene que ser un pretexto para hacer interpretaciones extravagantes o caprichosas con el único objetivo del poder punitivo del Estado"*⁷.

Questa considerazione suggerisce un importante *caveat*: pur riconoscendo la particolare meritevolezza di pena che caratterizza questa classe di reati, e pur ammettendo la difficoltà di accettare – socialmente – l'idea che i loro responsabili rimangano impuniti, convertire la *lotta contro l'impunità* nell'obiettivo primario del diritto penale comporta seri rischi. Da una parte, come si è visto, impone di forzare il dettato normativo e i confini delle fattispecie che si intendono applicare, dall'altra

⁵ V. *supra*, cap. II, par. 9.

⁶ Tale esito applicativo contraddice apertamente un monito formulato da DELMAS-MARTY: "L'idea dell'imprescrittibilità di certi crimini è moralmente accettabile solo a una duplice condizione: *che vi sia una definizione precisa e restrittiva dei crimini ai quali debba applicarsi tale regola*, e che non sia consentito rimettere in discussione il principio di personalità delle pene": M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992, p. 67. Corsivo aggiunto.

⁷ Tribunal Constitucional del Perú, *Pleno jurisdiccional, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo n° 1097*, exp. N° 0024-2010-PI/TC, 21.03.2011, voto del juez Vergara Gotelli, considerando 12.

provoca la sospensione di una serie di principi garantistici coessenziali al sistema penale. Inoltre, questa sorta di ossessione nei confronti dell'“impunità” dei responsabili di crimini internazionali sembra dimenticare alcuni importanti *distinguo*.

In alcuni casi, infatti, la situazione di impunità è auto-provocata ad opera dei medesimi responsabili dei crimini, come accade con le c.d. auto-amnistie, sulla cui contrarietà al diritto internazionale non sussistono ormai dubbi; ma esistono anche ipotesi in cui essa discende da una libera scelta del legislatore – si pensi alle amnistie approvate da un regime democratico e nel rispetto delle procedure legislative –, oppure deriva dall'ordinaria applicazione degli istituti e della disciplina del diritto penale, ad esempio della prescrizione. Ora, mentre rispetto a situazioni di impunità auto-procurate ci pare ammissibile e anzi necessario un intervento forte, che dovrebbe assumere le forme della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni che prevedono quel beneficio, il dilemma si presenta decisamente più complesso quando l'impunità sia l'effetto di misure o istituti penali legittimi da un punto di vista democratico.

Nella giurisprudenza latinoamericana, anche a causa dell'influsso degli orientamenti “radicali” degli organi interamericani, sembra invece essersi persa questa distinzione di fondo, in nome di una presunta priorità di una lotta “senza quartiere” contro l'impunità che, oltre a ripudiare scelte di politica criminale di segno opposto ma legittime, finisce per oscurare completamente la dimensione garantista del diritto penale.

2.1.1. *Il ripensamento del principio di legalità penale*

“La cuestión sería la siguiente: deben los derechos fundamentales capitular ante las “peculiaridades” del derecho penal internacional, ya sea en referencia al sistema de fuentes o al de garantías? Es decir, tenemos que aceptar un derecho penal “a dos velocidades”, una en el ámbito internacional – anclado en el derecho anterior al Estado liberal – y otra en el nacional – con todas las garantías propias del vigente Estado democrático?”⁸.

⁸ F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, 2009, p. 101.

L'altro ambito su cui incide direttamente la tendenza espansiva della giurisprudenza latinoamericana esaminata è, come si è detto, il principio di legalità nei suoi vari corollari⁹. In realtà si può ritenere che anche questo principio rientri tra le garanzie dell'imputato¹⁰ – o per meglio dire sia strumentale alla garanzia dell'imputato –, e più ampiamente tra i diritti fondamentali¹¹, pur non esaurendosi in questa dimensione: l'aspetto che tende ad assicurare la conoscibilità della norma risponde infatti ad una funzione garantista¹², che intende tutelare l'imputato e i cittadini in generale contro i possibili arbitri del potere punitivo¹³ e assicurare l'eguaglianza dinanzi alla legge¹⁴.

Questo nucleo minimo, per così dire, del principio di legalità è espressamente riconosciuto anche dagli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani: lo consacrano l'art. 7 CEDU, l'art. 15 PIDCP, l'art. 11 co. 2 DUdu, l'art. 7 della Carta Africana, l'art. 9 CADU e l'art. 99 della III Convenzione di Ginevra del 1949. Lo riconoscono inoltre la giurisprudenza degli organi regionali di tutela dei diritti

⁹ SOTIS afferma, riferendosi alle norme comunitarie europee ma con considerazioni perfettamente mutuabili anche nel contesto nella nostra ricerca, che “un tradizionale e valido indicatore dello *stress* cui è sottoposto il principio di legalità è offerto dalla valutazione degli effetti che produrrebbe [...]: qualora l'applicazione della norma [...] producesse un'espansione del penalmente rilevante, si *deve* invece presumere che il principio di legalità venga coinvolto o comunque venga messo sotto *stress*” (C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 40).

¹⁰ “Uno de esos «derechos» elementales es el de legalidad penal, pues es el que mejor blindada frente al ejercicio arbitrario del poder en el ámbito penal” (F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 102).

¹¹ Addirittura, si è sostenuto che la giurisprudenza della Corte EDU ha ascrivito la legalità al nucleo di diritti *invulnerabili*, e quindi sottratti a qualsiasi forma di bilanciamento (a differenza dei diritti c.d. *qualificati*): cfr. O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2205. L'Autrice segnala però che tutti i principi sono oggi sottoposti ad un “ineluttabile destino di flessibilizzazione”, mediante un'operazione di *bilanciamento* che caratterizza l'attività del giudizio di costituzionalità (ivi, p. 2206).

¹² Come la definisce GUZMÁN DALBORA (“función garantizadora”), accostandovi poi la “función limitadora” connessa al principio di separazione dei poteri: J.L. GUZMÁN DALBORA, *El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlin-Montevideo, 2010, pp. 173-4.

¹³ “El principio de legalidad debe ser respetado en el Derecho penal internacional, igual que en los Derechos nacionales, como exigencia de la seguridad jurídica, como garantía contra el abuso y la arbitrariedad que podrían transformar la justicia penal en un instrumento de opresión o de venganza y como expresión de la igualdad ante la ley” (A. GIL GIL, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, 1999, p. 72).

¹⁴ Proprio il legame della legalità con questo meta-principio spiegherebbe quel “*bésin de légalité, lequel est essentiel à tout système punitif*”, che si mantiene intatto nonostante la “mutazione” che sta subendo il concetto di legalità: così E. FRONZA, E. MALARINO, C. SOTIS, *Le principe de précision et la justice pénale internationale*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, É. LAMBERT-ABDELAGAWAD (eds.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Paris, 2004, p. 158.

umani¹⁵ e, nell'ambito del diritto penale internazionale, lo Statuto di Roma agli artt. 22-24 – dove però assume una configurazione in parte diversa¹⁶. È pur vero che a livello internazionale – e regionale – tale principio assume una configurazione differente rispetto a quella tipica all'interno degli ordinamenti nazionali: come già accennato in precedenza¹⁷, mancano in quest'ambito sia la componente *democratica*, legata alla separazione dei poteri, a causa della diversa architettura istituzionale assunta dalla sfera internazionale, sia la legalità delle *pene*, con l'unica eccezione dello Statuto di Roma che sancisce espressamente anche questo profilo¹⁸. Inoltre, nell'ambito del diritto penale internazionale, le norme incriminatrici si caratterizzano per un grado di precisione e tassatività decisamente inferiore rispetto alle norme

¹⁵ Cfr. CorteEDU, *Baskaya e Okçuoglu v. Turquía*, 08.07.1999; *Pessino v. Francia*, 10.10.2006, e CorteIDU, *Castillo Petruzzi y otros v. Perù*, 30.05.1999; *García Asto y Ramírez Rojas v. Perù*, 25.11.2005.

¹⁶ A. CASSESE sostiene che il principio di *strict legality*, tipico dei paesi di *civil law*, era stato già recepito, anche se implicitamente, nella giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* (*International Criminal Law*, Oxford, 2° ed., 2008, p. 41). Sottolinea invece la profonda innovazione rappresentata dall'espressa affermazione di tale principio, nei suoi vari corollari, da parte dello Statuto di Roma, all'interno di un settore (la giustizia penale internazionale) fino ad allora dominato dalla ben diversa concezione propria degli internazionalisti e dalla prevalenza dell'ispirazione di *common law*, M. CATENACCI, *Legalità e tipicità del reato nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003, *passim*. Cfr. anche M. CAIANIELLO, E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Indice Penale*, 2002, pp. 307-334, secondo i quali invece l'espressa previsione del principio di legalità nello StCPI non implica il disconoscimento del ruolo della giurisprudenza nella configurazione delle norme, come confermano il riferimento espresso, tra le fonti applicabili in via sussidiaria, ai precedenti giudiziali (anche se in assenza di un vincolo formale: art. 21 co. 2) e ai "principi generali del diritto" (art. 21 co. 1 lett. c).

¹⁷ V. *supra*, cap. I, par. 9.

¹⁸ Secondo un'altra corrente di pensiero, inaugurata già da KELSEN, e che sembra oggi contraddetta *in primis* dal dettato dello Statuto di Roma, il principio di legalità non troverebbe alcuna applicazione in diritto internazionale e penale internazionale: si veda, per una panoramica (critica) di tali teorie e per riferimenti bibliografici, A. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, cit., pp. 66-70. Una visione simile compare nella celebre decisione nel caso *Schwammburger*, relativa alla domanda di estradizione di un criminale nazista: il giudice argentino Schifffrin rilevò in quell'occasione che il principio di legalità penale perde la propria ragion d'essere al di fuori dei confini nazionali, e quindi nel diritto penale internazionale, posto che – secondo il giudice – suo *unico* scopo è assicurare la divisione dei poteri ed evitare l'arbitrarietà provocata dalla confusione tra di essi (Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de La Plata, *Schwammburger*, 30.08.1989, considerando 32-33). Addirittura, il giudice arrivò ad affermare che il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* finirebbe per svolgere, nel piano internazionale, un ruolo esattamente contrario alla sua finalità originaria, poiché contribuirebbe all'oppressione anziché tutelare contro di essa (considerando 33). MALARINO critica questa posizione, rilevando come anche nel piano internazionale si producano rischi di disuguaglianze ed arbitrarietà non tanto legate al mancato rispetto della separazione dei poteri, quanto piuttosto al ruolo particolarmente intenso dei giudici e della politica in questo settore del diritto: v. E. MALARINO, *Argentina*, in K. AMBOS, E. MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Berlin-Montevideo, 2003, p. 59.

penali nazionali, a causa delle modalità con cui è avvenuta la loro genesi e della loro natura compromissoria e ibrida¹⁹.

Quanto alla sfera della tutela internazionale dei diritti umani, poi, sia la CEDU sia il PIDCP prevedono espressamente, in un secondo comma delle rispettive disposizioni, un'eccezione al principio di legalità, secondo cui sono perfettamente ammissibili la sottoposizione a processo e a sanzione del responsabile di una condotta che al momento della sua commissione costituiva delitto "secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili" (o, nella formulazione del PIDCP, "riconosciuti dalla comunità delle nazioni"): una simile clausola, al di là dei rilievi che si possono muovere alla sua formulazione piuttosto vaga²⁰, offre un perfetto appiglio per affermare la sufficienza, ai fini della punibilità, della generica previsione di illiceità della condotta nell'ambito dei "principi generali" o della consuetudine internazionale. Tale clausola, introdotta per evitare che fosse messa in discussione la legittimità dei giudizi di Norimberga – e di altri giudizi celebrati dinanzi a tribunali nazionali che applicarono il c.d. diritto di Norimberga incorporato *ex post facto* agli ordinamenti interni –, è stata citata con frequenza dalla giurisprudenza interamericana, come abbiamo visto²¹, a supporto dell'accettabilità di

¹⁹ Evidenzia queste carenze delle fattispecie penali internazionali sotto il profilo della precisione C. SOTIS, *Problèmes de précision et éléments normatifs dans le Statut de la CPI* in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, A. LAMBERT, *Les sources du droit pénal international. L'expérience du Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Paris, 2005, pp. 196-210, che rileva come l'operazione di etero-integrazione necessaria per "riempire" di contenuto gli elementi normativi delle fattispecie risenta sia delle difficoltà ad individuare le norme cui si fa rinvio (vista la pluralità di fonti applicabili), sia del pluralismo strutturale e della naturale tendenza degli interpreti a ricorrere a significati e nozioni ricavati dalla propria specifica formazione giuridica e a fondare i giudizi valore sulle norme etico-sociali della propria comunità di appartenenza, che non sempre coincidono a livello planetario. Un giudizio positivo di questa tassatività "attenuata" viene invece dato da DANA, secondo cui: "A strict approach to nulla poena combined with a flexible approach to nullum crimen may be well suited to international criminal prosecutions, even if at first glance, such an approach seems counter-intuitive. International crimes, such as those which the ICC is called upon to prosecute, occur in a context that defies the law's ability to capture all forms of deviant conduct" (S. DANA, *Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing*, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 99, n. 4, p. 58).

²⁰ Rileva DI GIOVINE che "il principio di legalità trova una (beffarda?) smentita già nella sua stessa formulazione, quando richiama i *principi generali del diritto*": O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2221.

²¹ Cfr. cap. precedente, par. 2.1.1. A. GIL GIL (*La excepción al principio de legalidad del n. 2 del art. 7 del CEDH*, in *Anuario de derecho penal*, 2010, in corso di pubblicazione) spiega come invece la Corte EDU si sia dimostrata reticente ad applicare il comma 2 dell'art. 7 CEDU, pervenendo tuttavia al medesimo esito di indebolimento del principio di stretta legalità sulla base di interpretazioni ancorate al primo comma della medesima disposizione. L'Autrice porta ad esempio i casi *K.-H. W. v.*

un'accezione *debole* del principio di legalità in relazione a condotte – quali i crimini internazionali – la cui illiceità è internazionalmente riconosciuta ormai da tempo, anche se la CADU, che tale giurisprudenza è chiamata ad applicare, non prevede una clausola di tal genere²².

Queste peculiari caratteristiche assegnano al principio di legalità a livello internazionale un'accezione differente rispetto a quella adottata in ambito nazionale: esso sembra ridursi alla componente di conoscibilità e prevedibilità della norma, la quale, secondo il “test” elaborato dalla CorteEDU²³, è un parametro atto a garantire la certezza giuridica, a sua volta preposta alla garanzia della libertà di autodeterminazione dell'individuo. Una simile configurazione del principio prescinde dalla riserva di legge, e in certa misura anche dall'esigenza di determinatezza e tassatività della norma incriminatrice.

Gli aspetti critici che emergono a tal proposito sono però due: in primo luogo, pur ammettendo che il principio di legalità nell'ambito internazionale non sia inteso in modo “stretto” (*strict legality*), è necessario interrogarsi sulla validità di una simile accezione nel momento in cui una disposizione penale internazionale viene declinata dai tribunali nazionali, quindi all'interno di un ordinamento nel quale tradizionalmente vige l'opposta accezione stretta. Anzi, attenendoci ad un principio che regola i rapporti tra ordinamento interno e sovranazionale – e di cui troviamo

Germania (37201/97) e *Streletz, Kessler and Krenz v. Germania* (34044/96, 35532/1997 e 44801/1988), entrambe del 22.03.2001, in cui la prassi nella RDT di giustificare gli spari contro chi cercava di valicare il muro di Berlino venne considerata contraria al diritto internazionale e alla legislazione scritta dello Stato, che nei fatti “svuotava di contenuto”. Nel caso *Kononov v. Lettonia* (36376/04), 17.05.2010, la Corte confermò l'applicazione retroattiva di una norma incriminatrice effettuata dai tribunali lettoni affermando che la condanna si fondava sull'applicazione del diritto internazionale (cfr. sul punto anche E. FRONZA, M. SCOLETTA, *Crimini di guerra, legalità penale e Corte Europea dei diritti umani: la sentenza del 17 maggio 2010 sul caso Kononov*, in *Jus17*, 2011). Questa tendenza sembra sovvertita nel caso *Kolk y Kisliyy v. Estonia*, (23052/04 e 24018/04), del 17.01.2006, nel quale la Corte espressamente applica l'eccezione contemplata dal secondo comma.

²² Non a caso, la CorteIDU cita con frequenza la clausola di cui all'art. 7 co. 2 della CEDU, anche se essa naturalmente è sprovvista di qualsiasi valore vincolante all'interno del suo sistema. L'art. 9 CADU adotta invece una formulazione assai vaga, che richiama il “diritto applicabile”, senza specificare se fa riferimento a quello interno o a quello internazionale. Cfr. sul punto J.L. GUZMÁN DALBORA, *El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 175, che rileva come la CorteIDU l'abbia però inteso come riferito al diritto interno).

²³ Il criterio della sufficiente accessibilità e prevedibilità compare in CorteEDU, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germania*, cit. (§ 105) e in *Jorgic v. Germania* (74613/01), 12.07.2007, §§ 100-1. All'opposto, l'impossibilità di dimostrare la *prevedibilità* del fatto che certe condotte, al momento della loro realizzazione, costituissero crimini contro l'umanità, conduce alla dichiarazione di violazione dell'art. 7 CEDU: *Korbely v. Ungheria* (9174/02), 19.09.2008.

un'espressa previsione, in ambito europeo, nell'art. 53 CEDU –, quando un diritto umano o una libertà fondamentale tutelati dallo strumento internazionale trovano una protezione maggiore nelle disposizioni dell'ordinamento interno, sono queste ultime a prevalere²⁴. Di conseguenza, se annoveriamo il principio di legalità tra i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, tra la versione *debole* della legalità applicata a livello internazionale e quella *più forte* vigente nel sistema nazionale dovrebbe essere preferita quest'ultima, poiché offre maggiori garanzie a tutela della libertà e dignità dell'imputato²⁵.

Al contrario, limitarsi a riportare nell'ordinamento interno la concezione del principio di legalità adottata a livello internazionale induce a sottoporre a revisione la configurazione del principio di legalità *anche* nell'ordinamento nazionale. Di conseguenza, occorre *in primis* interrogarsi seriamente sui “termini di negoziabilità” di questo principio²⁶. Inoltre, se, come accade solitamente, tale revisione interessa la sola sfera dei crimini internazionali, mentre l'accezione stretta del principio viene mantenuta rispetto agli altri reati, si perviene alla creazione di un diritto penale *a due velocità*²⁷.

L'ammissione di una sorta di doppio binario per l'applicazione del principio di legalità genera tuttavia un'antinomia con il principio di eguaglianza dinanzi alla legge²⁸: anche se è vero che alcune categorie di reati – anche comuni – sono

²⁴ Così A. GIL GIL, *La excepción al principio de legalidad del n. 2 del art. 7 del CEDH*, cit. (p. 45 del manoscritto).

²⁵ In termini analoghi: “Podría desarrollarse un concepto de principio de legalidad en el orden internacional, que establezca mínimos; sin embargo, si en el orden interno este principio se aplica de una forma más rigurosa, las figuras delictivas que se apliquen dentro del sistema nacional no podrán obviar el principio de legalidad” P. HERNÁNDEZ BALMACEDA, *Costa Rica. Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el derecho interno*, in K. AMBOS, E. MALARINO, S. WOISCHNIK (eds.), *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Berlin-Montevideo, 2005, p. 158.

²⁶ G. FORNASARI, E. FRONZA, *Le antinomie tra diritto penale interno e diritto penale internazionale nella tutela dei diritti umani. Alcune osservazioni dal punto di vista del penalista italiano*, in IIDEM (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Trento, 2011, p. 14.

²⁷ Espressione ripresa da J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades industriales*, Madrid, 2ª ed., 2001, pp. 149-167. Afferma ad esempio il PGN argentino, nel suo *Dictamen* in relazione al caso *Simón*: “... no puede obviarse que el principio de legalidad material no proyecta sus consecuencias con la misma intensidad sobre todos los campos del Derecho Penal, sino que ésta es relativa a las particularidades del objeto que se ha de regular” (CSJN argentina, *Simón*, cit., *Dictamen* del PGN, punto IX, B.2.).

²⁸ Paventa tale rischio il giudice Ballesteros in un voto dissidente: “Esta reflexión se formula por este disidente, en vista que pareciera que lo perseguido en materias como las que motivaron la presente causa, es que debe imponerse sanción a toda costa, y que quienes quebrantan la ley penal pueden

legittimamente trattati con maggiore severità rispetto ad altri, in conformità peraltro al principio di proporzionalità, pare opportuno riflettere sulla possibilità che questo trattamento speciale investa principi assolutamente centrali, quale appunto quello di legalità.

Inoltre, la creazione di tale doppio binario dovrebbe passare necessariamente, a nostro parere, attraverso la previsione di una clausola espressa in tal senso all'interno della Carta Fondamentale. Se si ha riguardo infatti alla collocazione di tale principio all'interno di quel "nucleo duro" di diritti e libertà fondamentali costituzionalmente tutelati, pare difficile ammettere che esso possa subire un allentamento ad opera di fonti estranee a quell'ambito. Il problema si intreccia evidentemente con il complesso tema della gerarchia delle fonti normative, ed in particolare del rapporto tra la Costituzione e le norme internazionali: in questa sede possiamo limitarci a riportare quanto detto poc'anzi, vale a dire che, in relazione alla tutela dei diritti fondamentali, dovrebbe prevalere in ogni caso quella norma che offra maggiori garanzie all'individuo, e quindi in tal caso quella interna, sulla scorta di un approccio che si avvicina alla "teoria dei controlimiti" maturata nell'ambito del diritto comunitario²⁹. Un rilassamento del principio di legalità entro i confini nazionali sembrerebbe richiedere la previsione di una clausola costituzionale che ammetta l'instaurazione di un simile *doppio binario*³⁰.

Ma anche nel caso in cui tale innovazione sia ancorata al testo costituzionale, non sembra sopito il rischio che simili eccezioni si trasformino in "regole

verse expuestos a ser sancionados mediante estatutos diferentes, unos en una forma y otros con normas diversas, con grave quebrantamiento del principio de igualdad que informa tanto al derecho nacional como al derecho internacional" (Corte Suprema cilena, Sala Penal, *caso Molco – Vásquez Martínez y Superby Jeldres*, rol n. 559-2004, 13.12.2006, voto disidente del Ministro Ballesteros, considerando 14).

²⁹ Sarebbe interessante interrogarsi inoltre sulla validità di un simile criterio di *favor* (non *rei* bensì più ampiamente) *civis* all'interno di ordinamenti la cui Costituzione assegna espressamente alle fonti internazionali rango sovra-costituzionale.

³⁰ Una soluzione di questo tipo è stata adottata nell'ordinamento colombiano: nel 2001 è stato riformato l'art. 93 della Costituzione, mediante l'introduzione di un nuovo comma in cui si ammette esplicitamente un trattamento differente nella materie disciplinate dallo Statuto di Roma, rispetto a quanto previsto nell'ordinamento interno (cfr. E. FRONZA, *Il principio di complementarità*, in E. AMATI, V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2° ed., 2010, p. 62). Tuttavia, l'ammissione di questo binario differenziato è limitata, come ha avuto modo di precisare la Corte Costituzionale colombiana nella sentenza 578/2002 (*Control de constitucionalidad de Tratados internacionales y ley aprobatoria*, 30.07.2002), ai soli processi celebrati dinanzi alla CPI, e non riguarda invece i processi interni.

permanenti”³¹, e soprattutto che finiscano per essere oggetto di un’indebita espansione per via interpretativa – come accade con la tendenza giurisprudenziale che stiamo commentando – a categorie di crimini che non si era inteso includere nella sfera applicativa di tale eccezione, e che spesso neppure la giustificano.

Un’idea simile a quella del *doppio binario* viene proposta da OLLÉ SESÉ, secondo cui: “Non si tratta di combattere il classico principio di legalità interno, neppure di riformularlo, bensì di coniugare due principi: quello di legalità interna e quello di legalità internazionale, a partire dall’interazione del sistema di fonti di entrambe le discipline, al fine di fondare e sviluppare la sua vigenza all’interno di quest’altra disciplina di cui sono parte, il diritto penale internazionale”³². Quest’idea di coniugare due accezioni diverse del principio di legalità presuppone, naturalmente, l’abbandono del dogma per cui solo la *legge scritta* può essere fonte del diritto, ed apre la porta a fonti di natura differente, che, secondo i sostenitori di questa visione, assicurano comunque quella “accessibilità e prevedibilità” in cui si sostanzia il contenuto *minimo* del principio di legalità penale³³.

Tuttavia – ed è questo il secondo profilo critico cui si accennava –, ci sembra che si possa dubitare dell’idoneità delle fonti internazionali a superare questo tipo di “test”, posto che esse non sempre garantiscono tale prevedibilità, quantomeno non in una misura sufficiente a fondare un’imputazione penale e le conseguenze sanzionatorie corrispondenti³⁴. La consuetudine internazionale, *in primis*, è per sua natura una fonte di difficile verificabilità, che si presta a facili manipolazioni in funzione del risultato auspicato: non è infatti scritta, né si caratterizza per una

³¹ E.C. SARRABAYROUSE, *El caso “Arancibia Clavel”: el paso del tiempo, los delitos imprescriptibles y la indeterminación de la acusación: los temores se hicieron realidad?* in D.R. PASTOR (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los Derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, 2008, p. 416.

³² M. OLLÉ SESÉ, *op. cit.*, p. 165. Traduzione libera.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Dimostra una certa consapevolezza di tale aspetto critico il giudice Lorenzetti nel suo voto particolare nel caso *Simón*: “El derecho de gentes es claro en sus efectos, ya que se reconoce su carácter imperativo («ius cogens»), pero su contenido es todavía impreciso en las condiciones actuales del progreso jurídico, por lo cual es necesario obrar con suma cautela y reconocerle el carácter de fuente complementaria a los fines de garantizar su aplicación sin que se lesione el principio de legalidad (art. 18 Constitución Nacional). Es necesaria la prudencia extrema en el campo de la tipificación de los delitos internacionales con base en el denominado derecho de gentes”, salvo poi concludere che “no obstante, en lo que respecta a esta causa, la violación de derechos humanos y el genocidio están ampliamente reconocidos como integrantes del derecho de gentes” (CSJN argentina, *Simón*, cit., voto particular del juez Lorenzetti, considerando 19).

precisione sufficiente a soddisfare quel livello di conoscibilità cui mira il principio di tassatività e determinatezza³⁵. Inoltre, come si rilevava già nel capitolo precedente, è assolutamente carente dal punto di vista della legalità delle pene, poiché non prevede alcuna cornice edittale per sanzionare le condotte che definisce come illecite. Ben diverso è insomma proscrivere determinate condotte a livello di diritto internazionale generale, sanzionandone la commissione con la responsabilità statale, dal tipizzare una condotta, precisandone gli elementi costitutivi e le sanzioni corrispondenti, castigando con una pena l'individuo che ne sia responsabile.

Ma anche ancorare una determinata figura delittuosa ad una Convenzione, quando essa sia stata ratificata dopo la commissione del fatto concreto, non può dirsi conforme al principio di legalità, e precisamente al suo corollario di irretroattività, neppure qualora il ricorso a un simile strumento lo consideri un mero indicatore dell'esistenza di una norma consuetudinaria, secondo un argomento rinvenibile anche nella giurisprudenza del TPIY³⁶. Applicare retroattivamente – o, come pure è stato detto, *retrospettivamente*, a consolidamento di una norma consuetudinaria di per sé difficilmente conoscibile – una disposizione venuta ad esistenza dopo il fatto viola chiaramente la possibilità per il soggetto agente di conoscere la norma: egli avrà al massimo saputo – e questo è innegabile – che la condotta da lui posta in essere aveva, genericamente, carattere criminoso, ma di certo non ne conosceva nel dettaglio gli elementi costitutivi, né la pena corrispondente, né tantomeno l'applicabilità di un regime speciale così severo.

Infine, ancorare una determinata figura delittuosa o una regola alla sola giurisprudenza – interamericana – neppure sembra conforme al requisito di *conoscibilità*, poiché, come abbiamo visto, le decisioni della Corte IDU vanno spesso ben oltre il testo della CADU, mediante un'interpretazione evolutiva il cui esito pare

³⁵ Lo sottolinea ÁLVAREZ GARCÍA: “El principio de legalidad, tal y como se articula por el derecho penal continental, resulta radicalmente vulnerado tanto en su expresión formal (pues incluye no sólo fuentes convencionales y costumbre, lo que ya sería suficiente para entender consagrada la vulneración del principio de legalidad, sino también los principios generales) como en lo que importa a la taxatividad (pues ninguna determinación previa de la conducta punible puede esperarse con unas fuentes como las indicadas)”: F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 97-8.

³⁶ Cfr. sul punto, anche per riferimenti giurisprudenziali, J. POWDERLY, *Judicial Interpretation at the Ad Hoc Tribunals: Method from Chaos?*, in S. DARCY, J. POWDERLY (eds.), *Judicial creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford, 2010, pp. 17 ss. (specialmente a pp. 28-32). L'Autore ricorda che anche lo Statuto di Roma prima della sua entrata in vigore è stato più volte citato dal TPIY come “evidence of customary international law”.

difficilmente immaginabile, prima che avvenga la pronuncia, ma anche perché gli orientamenti di quest'organo hanno dimostrato di essere spesso mutevoli.

Di conseguenza, quando le Corti Supreme latinoamericane applicano le fonti internazionali nei termini ora descritti, rischiano di incorrere in una violazione del principio di legalità non solo e non tanto nella sua dimensione formale legata al procedimento democratico e alla separazione dei poteri, quanto piuttosto nel suo aspetto di garanzia della *conoscibilità* da parte dei consociati. In altri termini, si rischia di tradire quella *ratio* garantista che costituisce il nucleo centrale del principio di legalità e che si mantiene intatta anche a livello internazionale, quale vero e proprio diritto fondamentale³⁷ volto a tutelare il cittadino contro abusi ed arbitrii del potere punitivo. Anzi, si può sostenere che un indebolimento di questo principio in relazione ai crimini internazionali sembra ancora più inopportuno poiché:

*“On the contrary, it is precisely when the acts are abhorrent and deeply shocking that the principle of legality must be most stringently applied, to ensure that a defendant is not convicted out of disgust rather than evidence, or of a non-existent crime. Nullum crimen may be a house hold phrase, but it serves as some protection against the lynch mob”*³⁸.

Ritorniamo dunque al punto centrale dei profondi interrogativi che suscita l'esame delle sentenze ascrivibili alla tendenza espansiva, e che ha a che vedere, in ultima istanza, con l'approccio garantista posto a limitazione dell'intervento penale.

2.1.2. *Garantismo vs. punitivismo?*

“Le evitación de la impunidad se ha convertido en el más moderno de los fines del Derecho penal y, desde luego, en uno de los factores más relevantes de la

³⁷ “... sería como decir que los autores de delitos de violación a los derechos humanos, no tendrían a su vez derechos humanos que los protejan, lo que es impensable en el estado de derecho nacional ni en el propio *ius cogens*” (CSJN argentina, *Arancibia Clavel, Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros* -causa n° 259, sentenza del 24.08.2004, voto del giudice Vázquez, considerando 28).

³⁸ SCSL, AC, *Norman*, SCSL-2004-14-AR72(E), *Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)*, 31.05.2004, dissenting opinion of Justice Robertson, § 12. Simili considerazioni sono rinvenibili di frequente nelle opinioni dissenzienti che accompagnano sentenze che ascrivono agli imputati la responsabilità per crimini internazionali.

*modificación – durante la última década – del alcance de principios políticos-criminales clásicos*³⁹.

Volendo interrogarci sulle ragioni profonde che provocano le dinamiche sopra evidenziate, si può notare che dietro all'elaborazione dei percorsi interpretativi volti ad espandere la portata applicativa delle fattispecie penali internazionali si cela un'idea di giustizia *sostanziale* che pretende di scavalcare i limiti posti dall'applicazione della giustizia *formale*. Se è vero che l'antitesi tra certezza formale, “ancorata ad un sistema di tassative fattispecie legali” ed il bisogno di una giustizia sostanziale “assume toni di più intensa drammaticità sul terreno del diritto penale”, come affermava BRICOLA⁴⁰, potremmo aggiungere che questa drammaticità è acuita ancor più nella sfera della giustizia penale internazionale.

Quest'ultimo ambito si caratterizza infatti per la speciale gravità dei crimini, per la loro idoneità a ledere interessi di rilevanza mondiale, e per la conseguente idea che sia inammissibile e ingiusta – da un punto di vista *sostanziale* – l'impunità dei loro responsabili. L'antinomia, in un certo senso “naturale”, tra “premesse logico-semantiche e premesse topico-teleologiche”⁴¹ appare qui connotata da una maggior drammaticità, e sembra essere risolta assegnando una decisa prevalenza a queste ultime. Assumere la “lotta contro l'impunità” – lemma spesso usato dalla giurisprudenza interamericana e presente, anche se formulato in termini leggermente differenti, nel Preambolo dello StCPI⁴² – come finalità primaria dell'intervento penale entra però in aperta contraddizione con l'altra anima del diritto penale, quella garantista, che si preoccupa della dignità dell'imputato e di minimizzare il più possibile gli effetti violenti e desocializzanti dell'intervento punitivo. Anzi, numerose voci avvertono come dietro a tale lemma si celi in realtà spesso la pretesa *neopunitivista* di castigare i responsabili dei crimini – senza dubbio gravissimi e

³⁹ J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Nullum crimen sine poena?*, cit., p. 330.

⁴⁰ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. IX.

⁴¹ Riprendendo la terminologia adoperata da G. FORNASARI, *Brevi riflessioni sul rapporto fra ragionamento retorico e decisioni del giudice penale*, in G. FERRARI, M. MANZIN (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004, p. 316.

⁴² Cfr. parr. 4 e 5 del Preambolo dello Statuto di Roma: “Affirming that the most serious crimes of concern to the international community as a whole *must not go unpunished* and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation; *Determined to put an end to impunity* for the perpetrators of these crimes and thus to contribute to the prevention of such crimes” (corsivo aggiunto).

meritevoli di sanzione – oltre ogni limite stabilito⁴³, con una riviviscenza dell'antica massima, di stampo tutt'altro che democratico, *in delictis atrocissimis jura transgredi licet*.

Dal punto di vista dello Stato, ciò significa assegnare una prevalenza assoluta alla prospettiva della vittima, le cui pretese vengono innalzate a veri e propri diritti⁴⁴ e a fulcro dell'intervento penale, anche a discapito delle garanzie dell'imputato che pure il diritto penale è chiamato a tutelare. Anzi, come segnala PASTOR, storicamente sono proprio i diritti dell'imputato quelli che non solo il diritto penale – sostanziale e processuale – si è preoccupato di tutelare, ma anche gli strumenti internazionali hanno voluto primariamente affermare⁴⁵, a causa della speciale vulnerabilità di tale soggetto e dell'estrema invasività dell'intervento punitivo nella sua sfera di libertà e dignità. La crescente ossessione punitivista, che sembra diffondersi nelle risposte ai crimini internazionali, rischia insomma di far dimenticare che, secondo il noto insegnamento listziano, il diritto penale è, prima e soprattutto, *Magna Charta* del delinquente; “onde finisce col riproporsi (...) l'interrogativo imbarazzante relativo alla compatibilità assiologica tra la richiesta sociale di pene draconiane e i valori fondamentali dell'ordinamento democratico”⁴⁶. Come segnala DONINI, “in diritto

⁴³ D.R. PASTOR, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, in *Iura gentium*, II, 1, 2006, <http://www.juragentium.unifi.it/topics/latina/es/pastor.htm>; E. MALARINO, *Attivismo giudiziario, punitivismo e sovranazionalizzazione: tendenze antidemocratiche e illiberali della Corte Interamericana dei Diritti umani*, in G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Trento, 2011, pp. 33 ss.

⁴⁴ Si pensi alla progressiva affermazione, ad opera della giurisprudenza della CorteIDU, del già menzionato diritto alla verità e dell'obbligo statale di assicurare un'indagine penale e la sanzione corrispondente (dal quale è facile introdurre surrettiziamente un diritto della vittima alla persecuzione e al castigo dei responsabili dei crimini): v. *supra*, cap. II, par. 6. SILVA SÁNCHEZ critica tale approccio chiamandolo la “doctrina de la víctima al castigo del autor”, ed affiancandolo alla dottrina della “lucha contra la impunidad” che condividerebbe la medesima idea di fondo di “*nullum crimen sine poena*”: J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Nullum crimen sine poena?*, cit., p. 329.

⁴⁵ D. PASTOR, *La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?*, in AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Vol. II*, Berlin-Montevideo, 2011, pp. 482-506. L'Autore sottolinea come la medesima CorteIDU si sia dimostrata particolarmente attenta alla tutela dei diritti dell'imputato, ma abbia adottato tutt'altro metro nei casi di crimini internazionali o gravi violazioni dei diritti umani, al punto da poter parlare al riguardo di una “metamorfosi” (ivi, p. 484), o di “doble standard” (p. 487). Le considerazioni estremamente critiche svolte dall'Autore, pur riferendosi a questa giurisprudenza della CorteIDU, sono perfettamente mutuabili nella descrizione della tendenza interpretativa espansiva delle Corti Supreme latinoamericane, che peraltro richiama quasi sempre i precedenti dell'organo interamericano.

⁴⁶ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, 2007, p. 1261.

penale, [...] estendere la tutela dei diritti delle possibili vittime significa inventarsi nuovi beni giuridici o nuove tipologie di condotte punibili, al fine di proteggere le persone offese da queste «nuove» aggressioni: ma il tutto al di fuori della legalità, della riserva di legge, che «garantiscono» il reo, che sono la sua «Magna Charta», come diceva von Liszt. In diritto penale, pertanto, l'unico spazio per un interventismo legittimo del giudice, per una sua «politica interpretativa», parrebbe costituito dai diritti dell'imputato verso lo Stato, non da quelli della vittima o della società»⁴⁷.

L'identificazione di questi due contrapposti fini assegnati al diritto penale permette di tracciare la “topografia del conflitto”⁴⁸, un conflitto con cui il sistema penale si è già ampiamente misurato in relazione ai reati comuni – e che ha risolto nel senso di assegnare la prevalenza ai diritti di difesa dell'imputato⁴⁹ – ma che si ripropone con maggior veemenza e che pare di ancor più difficile soluzione rispetto ai crimini internazionali.

Si deve riconoscere che i giudici si trovano di fronte ad un atroce dilemma: elaborare interpretazioni forzate o comunque molto audaci per assicurare la persecuzione e sanzione dei responsabili di crimini di estrema gravità, oppure attenersi scrupolosamente ai limiti e ai principi del diritto penale pur sapendo che questo condurrà all'impunità. Questa seconda alternativa sembra in effetti difficilmente percorribile, perché ripugna l'idea che i responsabili di simili atrocità rimangano impuniti: la *dismisura* di questi crimini⁵⁰, “che non si possono punire né perdonare”⁵¹, sembra infatti far saltare completamente la razionalità su cui si sostiene il sistema penale, mettendone in discussione i limiti ed i fini.

⁴⁷ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, pp. 78-79.

⁴⁸ Secondo la definizione di BIN, la “topografia del conflitto” descrive le modalità con cui, “nel caso specifico, la norma che tutela un determinato interesse incide nell'ambito di tutela dell'interesse concorrente”: R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 62.

⁴⁹ Anche se esiste una corrente di pensiero piuttosto recente, che trae spunto soprattutto dalla *victimology* statunitense, che propugna la rivalutazione del ruolo della vittima all'interno del processo penale, e che ha favorito la diffusione di forme di giustizia (solitamente destinate solo ad alcuni tipi di reato o di responsabili, ad es. i minori) improntate alla mediazione o ad un approccio *restorative* anziché puramente retributivo. Cfr., fra i molti, M. FINDLAY, *Activating a Victims' Constituency in International Criminal Justice*, in *IJTJ*, vol. 3, issue 2, 2009, pp. 183-206).

⁵⁰ Dal titolo di un interessante Convegno svoltosi a Firenze presso l'Istituto italiano di Scienze Umane, il 3 marzo 2008.

⁵¹ A. GARAPON, *Crimini che non si possono punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna, 2004.

Tuttavia, se da un lato è davvero difficile accettare, socialmente ed eticamente, l'idea dell'impunità per tali crimini, dall'altro di deve riconoscere che il costo di una "lotta contro l'impunità" priva di limiti è senza dubbio molto alto, e mette a repentaglio il garantismo penale come ispirazione profonda degli attuali sistemi penali⁵².

Un sistema penale incentrato sugli interessi della vittima – alla punizione dei responsabili – subisce infatti delle "gravi distorsioni"⁵³, appunto perché mette in discussione la gerarchia di valori e fini su cui si struttura il diritto penale, le cui prime e principali funzioni sono la razionalizzazione dei conflitti, mediante il monopolio del potere punitivo e l'esclusione della vittima dal suo esercizio, e la protezione della dignità dell'imputato, per quanto gravi possano essere i fatti da lui commessi. Alla luce di questa missione primigenia del diritto penale, "i diritti dell'imputato nel contesto dei processi penali prevalgono su ogni altra considerazione"⁵⁴. Si tratta di quella che BARATTA definisce come la *funzione negativa* dei diritti umani, che li adopera come limiti all'intervento penale, e che coesiste con la *funzione positiva*, che li pone invece ad oggetto di tale intervento⁵⁵. Naturalmente, la tensione – probabilmente ineliminabile – tra queste due funzioni dei diritti umani – "scudo e spada del diritto penale"⁵⁶ – e tra queste due finalità sottese al diritto penale rimane un dato costante, e non solo in relazione ai crimini internazionali. Tuttavia, la disciplina che si è venuta configurando rispetto a questi ultimi ha esasperato questa intrinseca conflittualità, accentuando il volto repressivo del potere statale e trasformandolo in un potere punitivo assoluto, libero da vincoli, "truccato da obbligo dello Stato nei confronti delle vittime"⁵⁷. I diritti di garanzia dell'imputato, che fungono appunto da limite dell'azione punitiva statale, vengono qui sospesi o accantonati a esclusivo beneficio di quei diritti – delle vittime e, se si vuole, dei

⁵² Una fondazione teorico-filosofica di tale ideologia si trova in L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.

⁵³ A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3, 1985, p. 458.

⁵⁴ I. BANTEKAS, *International Criminal Law*, Oxford-Portland, 2010, p. 20; l'Autore individua tra questi diritti quello all'equo processo, il divieto di applicazione retroattiva delle norme, il *ne bis in idem*.

⁵⁵ A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., p. 443.

⁵⁶ M. DELMAS-MARTY, *Los procesos de interacción*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (eds.), *Los caminos de la armonización penal*, Valencia, 2009, p. 539.

⁵⁷ D. PASTOR, *La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos*, cit., p. 505.

consociati – che ne costituiscono invece l'oggetto⁵⁸, rompendo in questo modo un equilibrio – di per sé fragile – e calpestando una delle funzioni essenziali del diritto penale⁵⁹.

Di fronte allo sviluppo di una simile “zona franca”, in cui alcune delle principali garanzie costituzionalmente previste a beneficio dell'imputato vengono sospese o eliminate⁶⁰, è difficile scacciare il fantasma del “diritto penale del nemico”, elaborato in tutt'altro contesto, ma i cui tratti caratterizzanti riemergono qui in tutta la loro pericolosità⁶¹. Anche se in nome di finalità condivisibili – evitare l'impunità dei responsabili dei crimini più gravi –, la linea giurisprudenziale in esame conduce proprio in quella direzione, convertendo i responsabili dei crimini internazionali in *hostis humani generis*⁶².

Naturalmente, la tendenza manifestata dalla giurisprudenza latinoamericana ad espandere la portata dei crimini internazionali e del regime speciale

⁵⁸ In termini simili, VIGANÒ afferma che “dal piano della tutela dei diritti umani *contro* il diritto penale si passa così alla prospettiva dei diritti umani come *oggetto necessario* della tutela penale, e l'accento si sposta dai diritti dell'*accusato* e del *condannato* [...] ai diritti della *vittima* della violazione”: F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2654.

⁵⁹ Concorde sul punto R. ROTH, *Synthèse des débats et perspectives*, in M. HENZELIN, R. ROTH (publié par), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, 2002, che rileva come la “giustizia penale internazionale di seconda generazione” sia appunto contrassegnata dall'inversione di tendenza per cui i diritti umani sono considerati non più *limitation* alla repressione ma sua *légitimation* (p. 354).

⁶⁰ “Ciò che rispetto all'imputato di un reato comune costituisce una violazione dei diritti umani non lo è se il delitto imputato è grave o di lesa umanità” (D. PASTOR, *La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos*, cit., p. 487).

⁶¹ Sull'ampio ed irrisolto dibattito intorno al diritto penale del nemico si vedano, anche per ulteriori riferimenti, M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007 ed i contributi (di M. PAPA, G. JAKOBS, F. MUÑOZ CONDE, M. DONINI, E. RAÚL ZAFFARONI, M. DELMAS-MARTY) in *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, n. 1, 2009, pp. 1-68. Con specifico riferimento al diritto penale internazionale, cfr. D.R. PASTOR, *El poder penal internacional. Una aproximación Jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, 2006 e E. FRONZA, *Diritto penale del nemico e giustizia penale internazionale*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDO (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. In memoria di Mario Sbriccoli*, Bologna, 2007, pp. 373 ss.

⁶² Per quanto un simile esito venga recisamente negato dagli stessi tribunali: “A modo de colofón, habremos de decir que no existe un derecho penal del enemigo, existe un único derecho penal como respuesta estatal para incluir a los aquí imputados dentro del sistema legal, de forma tal que gocen e todas las garantías que la CN les otorga a quien, sospechado de haber infringido la norma, tenga que transitar por el debido proceso, necesario para definir su situación ante la ley y la sociedad” (Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 5 di Buenos Aires, *Acosta, Jorge Eduardo; Astiz, Alfredo Ignacio y otros*, cause riunite n. 1270, 1271, 1275-1278, 1298-1299, sentenza del 28.12.2011, consideración general 2). ÁLVAREZ GARCÍA parla a tal proposito di un vero e proprio “contagio” proveniente dal diritto internazionale, che tradizionalmente contempla il paradigma del “nemico”, con la conseguenza che si inverte il movimento di esportazione dei diritti fondamentali, riconosciuti da ogni Costituzione ai consociati del proprio ordinamento, all'ambito internazionale, favorendone il consolidamento e l'universalizzazione (F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 296).

corrispondente non fa che approfondire ulteriormente la problematicità che abbiamo, seppur sinteticamente, adombrato.

2.1.3. *La funzione strumentale della tendenza espansiva*

“Si può dunque pensare [...] che la Corte abbia seguito un procedimento di deduzione delle premesse dalle conclusioni [...], mirando in tal modo a soddisfare esigenze [...] molto sentite anche nell’ambiente sociale, ma insuscettibili di realizzazione nel quadro del sistema legale vigente”⁶³.

A conclusione delle riflessioni sulla tendenza interpretativa espansiva manifestata dalle Corti Supreme latinoamericane, pare opportuna un’ultima precisazione. La rilevanza degli effetti provocati dall’applicazione del c.d. regime speciale dei crimini internazionali, unitamente alla loro assoluta necessità per superare gli ostacoli alla persecuzione e sanzione dei responsabili di tali crimini nei contesti di transizione sudamericani, spiegano l’importanza della qualificazione dei fatti oggetto di giudizio in questa particolare classe di reati.

L’analisi delle sentenze svolta nel capitolo precedente ha dimostrato che la sussunzione nelle fattispecie penali internazionali è spesso – più o meno manifestamente – *teleologicamente orientata* all’applicazione di tale disciplina speciale quale chiave per porre fine all’impunità. L’interpretazione espansiva di tali fattispecie assume a sua volta un valore *strumentale*, volto a farvi rientrare i fatti oggetto di giudizio anche a costo di forzare gli elementi costitutivi e i limiti, temporali e strutturali, di tali figure.

Le Corti Supreme latinoamericane sembrano dunque agire in queste ipotesi come “giudici di scopo”, intendendo come tali coloro che “applicano le regole in vista della finalità generale da raggiungere”⁶⁴, utilizzando la sussunzione nelle fattispecie sulla base di una precomprensione. Quest’ultima costituisce in realtà un elemento presente in qualsiasi intervento interpretativo di natura giudiziale: se si ammette infatti che l’interpretazione instaura un’interazione tra fattispecie astratta e

⁶³ G. FORNASARI, *Brevi note sul metodo interpretativo del giudice penale e sulla funzione dogmatica della giurisprudenza*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 254.

⁶⁴ L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, p. 51.

caso concreto, alimentando un movimento a spirale tra queste due entità, risulta inevitabile che entrino a formar parte di questo processo anche “le vedute personali dell’interprete, [...] le sue preoccupazioni per le conseguenze che la decisione può provocare nella realtà esterna o sullo stesso reo, le aspettative dell’ambiente o di alcuni gruppi sociali”⁶⁵. Tuttavia, essa può poi concretamente convertirsi, come sembra che accada nei casi esaminati, in “pregiudiziale preoccupazione politico-criminale, vale a dire come preoccupazione dei magistrati di estendere il controllo penale a fatti avvertiti come meritevoli di sanzione in ogni caso, (...) a prescindere dalla loro diretta riconducibilità ad una fattispecie incriminatrice [noi aggiungeremmo internazionale] preesistente”⁶⁶.

Si tratterebbe quindi di una precomprensione che trascende il dato naturale del processo interpretativo: la preoccupazione per il raggiungimento di precisi risultati – nel nostro caso, l’evitare ad ogni costo una situazione di impunità mediante l’eliminazione di qualsiasi istituto, anche legittimo, che possa condurre ad essa – determina qui una slabbratura dei margini della fattispecie penale quando non un suo snaturamento, convertendo l’interpretazione giudiziale in uno strumento di espansione potenzialmente illimitata del penal-internazionalmente rilevante.

2.1.4. *Funzione simbolica e valore costituente delle sentenze*

Accanto a questo impiego strumentale dei percorsi interpretativi volti all’espansione delle fattispecie penali internazionali esiste anche, come è emerso nella nostra analisi, un certo numero di pronunce che intraprende le medesime operazioni senza però dirigersi verso la produzione di una specifica conseguenza a livello di disciplina. In queste ipotesi – di cui troviamo ottimi esempi nelle sentenze *Fujimori*⁶⁷, *Masacre de Río Negro*⁶⁸, *Etchecolatz* e *von Wernich*⁶⁹ – la categoria dei crimini internazionali viene richiamata non ai fini della sussunzione dei fatti – che sono tecnicamente qualificati come reati comuni –, bensì con un valore puramente

⁶⁵ G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in A. PALAZZO (a cura di), *L’interpretazione della legge penale alle soglie del XX secolo*, Napoli, 2001, p. 303.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 323-4.

⁶⁷ V. *supra*, cap. III, par. 2.1.4.5.

⁶⁸ V. *supra*, cap. III, par. 2.2.

⁶⁹ Per entrambe v. *supra*, cap. III, par. 2.2.1.

dichiarativo⁷⁰. Sembra difficile rinvenire in queste statuizioni – secondo cui i fatti si collocano “nel contesto di” un crimine internazionale – un valore ulteriore rispetto a quello puramente *simbolico*, proteso a sottolineare l'atrocità e la *dismisura* degli illeciti oggetto di giudizio.

L'espansione operata da queste pronunce non produce quindi alcun effetto pratico a livello di disciplina, né incide direttamente sulla sfera di garanzie del soggetto imputato. Tuttavia, essa sembra favorire il profilarsi di una nuova forma di *diritto penale simbolico*: anche se in questo caso la funzione simbolica dell'intervento penale viene enfatizzata dagli organi giudicanti e non dal legislatore – come di solito accade nelle manifestazioni del fenomeno che la dottrina ha studiato e denunciato⁷¹ –, le insidie che ciò nasconde sono le medesime.

Infatti, se una funzione simbolica è senza dubbio connaturata al diritto penale, essa dovrebbe coesistere normalmente con la sua dimensione per così dire strumentale, che ne preserva l'effettività⁷². In questa sfera del diritto convivono normalmente “funzioni manifeste”, che coincidono essenzialmente con la protezione dei beni giuridici di cui specificamente si occupa la norma, e molteplici “funzioni latenti”⁷³, appunto simboliche, che operano sullo sfondo, e si dirigono ad un ventaglio di destinatari ben più ampio, cercando di placare le pretese o i timori della popolazione, o di dimostrare la forza dello Stato. Nel momento in cui questo secondo tipo di funzioni prevale sul primo, si verifica “l'assolutizzazione della funzione simbolica, la sua elevazione a funzione esclusiva o comunque a fattore primario”⁷⁴, che si traduce in un “inganno”, poiché determina l'allentamento dell'effettività della

⁷⁰ Ricordiamo inoltre che tali affermazioni, sancite nelle sentenze di primo grado, non vengono però riprese nelle pronunce dei gradi successivi di giudizio: cfr. *supra*, cap. III, par. 2.2.1.

⁷¹ Cfr., anche per ampi riferimenti dottrinali, S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Indice penale*, 2003, pp. 491-534.

⁷² Per uno studio approfondito di tale principio, articolato nella sua collocazione nel quadro dei principi della politica criminale, nella sua nozione “criminalmente praticabile” e nella definizione di alcuni lineamenti in prospettiva *de lege ferenda*, si veda C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *RIDPP*, fasc. 2, 1990, pp. 430-544. L'Autore mette in guardia, d'altro canto, anche rispetto ai rischi insiti nell'opposto estremo, vale a dire nell'assunzione di un modello penale *iper-effettivo*, che si traduce nel “paradigma del Grande Fratello” e nel “paradigma della arancia ad orologeria” (pp. 475 ss.).

⁷³ Queste terminologia è impiegata da W. HASSEMER, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, in AA.VV., *Pena y Estado*, Santiago, 1995, pp. 23-36.

⁷⁴ S. BONINI, *op. cit.*, p. 519.

norma⁷⁵ e, nel contempo, l'abbandono di quell'ispirazione liberale che lo vuole attestato su un intervento *minimo*, prudente e sussidiario. Il rischio di una simile ossessione simbolica portata all'estremo è di far rivivere il meccanismo sacrificale⁷⁶, mediante l'utilizzo dell'imputato come capro espiatorio, con pregiudizio dei suoi di diritti di difesa e della sua dignità, al fine di inviare un messaggio alla comunità. Si assolutizza insomma la funzione *pedagogica* del diritto penale, a discapito della funzione *garantista* che con la prima si mantiene in perenne antitesi⁷⁷.

La preponderanza di tale funzione pedagogica emerge in modo evidente nelle dichiarazioni che sanciscono che i fatti costituiscono crimini internazionali senza poi effettuare la sussunzione all'interno di questi ultimi. Simili affermazioni pretendono unicamente di far percepire le macro-dimensioni e la speciale gravità degli illeciti commessi e di manifestare la recisa condanna rispetto ad essi, contribuendo in tal modo al consolidamento di una *memoria collettiva* su di essi. Per lo stesso motivo, gli organi giudicanti, in moltissime delle sentenze che abbiamo esaminato, si dilungano in una ricostruzione estremamente dettagliata del contesto storico-politico in cui si collocano i fatti, delle cause all'origine dell'ascesa dei regimi autoritari, del funzionamento della macchina repressiva da questi ultimi ideato⁷⁸. In questo modo le Corti si convertono in voci narranti dell'esperienza della dittatura complessivamente considerata, e dimostrano spesso "una forza espansiva in grado di colonizzare altri «spazi» al di fuori di quello giuridico, finendo per influenzare considerevolmente la percezione collettiva di determinati avvenimenti"⁷⁹.

⁷⁵ Il problema si pone quindi, evidentemente, in un diritto penale ispirato dall'idea di offensività e proiettato nella realtà esterna delle conseguenze della condotta illecita.

⁷⁶ A. GARAPON, *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia*, Milano, 1997, pp. 73-4. Più avanti nella stessa opera l'Autore aggiunge: "Il sacrificale è il senso sempre riattivabile della giustizia", che rimane disponibile quando gli altri modi di regolazione hanno fallito (p. 89).

⁷⁷ Cfr. C.E. PALIERO, *op. cit.*, p. 453 ss.

⁷⁸ Lo rileva anche FORNASARI in sede di commento alla sentenza di condanna a carico di Bordaberry: "non è del tutto facile scindere il discorso strettamente giuridico-penale dai fondamenti di una narrazione pubblica che vuole recuperare i valori della verità e della giustizia materiale in riferimento a pagine orribili..." (G. FORNASARI, *Dittatori alla sbarra. Il "caso Bordaberry" come pietra miliare della giustizia di transizione in Uruguay*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2303). Questa tendenza sembra più accentuata, in realtà, nelle sentenze dei tribunali di primo grado che in quelle delle Corti Supreme, forse semplicemente perché queste ultime non ritengono necessario ripetere l'intera ricostruzione già svolta nelle pronunce dei giudici *a quo* rispetto al medesimo caso.

⁷⁹ A. LOLLINI, *La Commissione Sudafricana per la Verità e la Riconciliazione: la costruzione di una memoria collettiva tra "ipertrofia della storia" e "ipertrofia della sentenza"*, in *Critica del diritto*, fasc. 2-3, 1999, p. 382.

Il foro penale è infatti dotato di una particolare potenzialità espressiva e appunto simbolica, favorita dalla sua organizzazione spaziale e nella sua ritualità⁸⁰, ed è connotato dalla “supposta razionalità del diritto e delle procedure giudiziarie, insieme all’etica retributiva della sanzione”⁸¹; i risultati degli accertamenti compiuti al suo interno si contraddistinguono poi per una particolare autorevolezza, ulteriormente accresciuta dalla diffusione garantita dagli attuali mezzi di comunicazione. Per questi motivi tale foro viene considerato un luogo privilegiato per la ricostruzione storica del passato e per l’elaborazione di una memoria condivisa, due esigenze che si manifestano con particolare forza all’interno di società di transizione come quelle latinoamericane di cui ci stiamo occupando e a seguito di fenomeni criminosi di grande ampiezza come sono i crimini internazionali.

In simili contesti, la giustizia penale risponde all’“imperativo di dire”⁸², di denunciare pubblicamente e solennemente i crimini passati e i loro responsabili per poggiarvi le basi della nuova società e identificare i valori che la ispirano⁸³, svolgendo un ruolo propriamente *costituente* per la società in formazione⁸⁴. In questo senso, la tendenza manifestata da molte delle sentenze esaminate si inserisce in quello che è stato definito un fenomeno di “giuridicizzazione del passato e della memoria”⁸⁵.

Tuttavia, concentrarsi esclusivamente su questa dimensione, preoccupata di riuscire a far “dire l’indicibile”, rischia di far dimenticare che il processo penale è prima di tutto uno strumento di accertamento della responsabilità di un singolo

⁸⁰ Si veda su tali aspetti l’interessante lavoro di A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997, *passim*.

⁸¹ A. LOLLINI, *L’expansion “interne et externe” du rôle du juge dans le processus de création du droit international pénal*, in DELMAS-MARTY M., FRONZA E., LAMBERT-ABDELAGAWAD É. (eds.), *Les sources du droit international pénal*, cit., p. 225. Traduzione libera.

⁸² A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, cit., p. 149.

⁸³ Sottolineano lo stretto collegamento tra la tendenza ad assegnare al diritto penale il compito di narrazione e riaffermazione mnemonica e lo spazio sempre più ampio che si tende a riconoscere alle vittime e ai loro diritti e pretese G. FORNASARI, E. FRONZA, *Le antinomie tra diritto penale interno e diritto penale internazionale*, cit., pp. 3 ss. Gli Autori tracciano una rapida panoramica sui profili problematici delle tendenze giurisprudenziali emergenti in ambito latinoamericano, non celando la propria preoccupazione rispetto alle possibili derive cui essi possono condurre, ai danni di principi fondanti il sistema penale e, in generale, delle garanzie dell’imputato e del cittadino.

⁸⁴ Un’interessante analisi dei meccanismi *costituenti* nelle società in transizione è condotta, con particolare riferimento all’esperienza sudafricana ma con considerazioni di ben più ampio respiro, da A. LOLLINI, *Constitutionalism and transitional justice in South Africa*, New York-Oxford, 2011.

⁸⁵ A. LOLLINI, *La Commissione Sudafricana per la Verità e la Riconciliazione: la costruzione di una memoria collettiva tra “ipertrofia della storia” e “ipertrofia della sentenza”*, cit., p. 394, riprendendo un termine di H. Rousso.

individuo per un determinato fatto concreto: esso si connota dunque per una prospettiva ben più ridotta, oltre a dover rispettare una serie di limiti processuali e sostanziali volti a garantire il rispetto della dignità dell'imputato e ad evitare di convertirlo in un capro espiatorio. Di conseguenza, anche se l'accertamento compiuto all'interno di un processo può contribuire, in modo *indiretto*, alla conoscenza e alla memoria dei crimini passati, non è questo il suo scopo né la prospettiva da cui dovrebbe muovere⁸⁶. Concentrarsi esclusivamente o eccessivamente in quest'operazione ricostruttiva e nella funzione pedagogica che la anima rischia di generare una "ipertrofia della sentenza"⁸⁷, e di confondere il ruolo del giudice con quello dello *storico*, che invece, come già brillantemente spiegava CALAMANDREI, è importante mantenere separati⁸⁸.

Inserire nella sentenza una dichiarazione per cui i fatti oggetto di giudizio costituiscono – oppure si collocano all'interno di – un crimine contro l'umanità o un genocidio, ma condannare poi per reati comuni – ad esempio di omicidio o detenzione illegale – non ha alcun risvolto pratico rispetto a quella specifica condanna. Si tratta di un'affermazione rivolta ad un pubblico ben più ampio, e situata su un piano puramente simbolico, che intende rimarcare l'insolita atrocità dei

⁸⁶ La capacità del processo penale di contribuire alla costruzione di una memoria sui crimini di massa è oggetto di un ampio ed interessantissimo dibattito sul quale non possiamo dilungarci. Si vedano al riguardo i diversi contributi in P. EIROA, J.M. OTERO (eds.), *Memoria y derecho penal*, Buenos Aires, 2008; A. GARAPON, *Crimini che non si possono punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna, 2004; M. OSIEL, *Mass atrocity, collective memory and the law*, New Brunswick-New Jersey, 1997. FRONZA dimostra inoltre come si collochi nella medesima tendenza alla "giuridicizzazione della storia" anche l'introduzione, in un numero sempre maggiore di ordinamenti, dei reati di negazionismo come strumento per la protezione – penale – della memoria: E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, 1999, pp. 1034 ss. e, della stessa Autrice, il più recente *¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria*, in *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3° época, n. 5, 2011, pp. 97-144. Riflette in particolare sul ruolo, storico e processuale, del testimone e sull'importanza di mantenere la distinzione tra *testes* e *superstes* G. AGAMBEN, *Quel che resta di Auschwitz. L'archivio e il testimone*, Torino, 1998.

⁸⁷ A. LOLLINI, *La Commissione Sudafricana per la Verità e la Riconciliazione: la costruzione di una memoria collettiva tra "ipertrofia della storia" e "ipertrofia della sentenza"*, cit., p. 396. Questo fenomeno, che si verifica quando "sempre di più le sentenze dei giudici statuiscono sui medesimi fatti oggetto dei dibattiti storiografici", si accompagna, secondo l'Autore, ad una "ipertrofia della storia", consistente nell'"accumulo di studi, analisi e dibattiti storiografici" (*ibidem*).

⁸⁸ Cfr. P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, XVII, 1939, pp. 105-128 e il più recente omonimo lavoro di C. GINZBURG, *Il giudice e lo storico*, Torino, 1991. Entrambi gli Autori rilevano i punti di contatto e i tratti comuni di tali due professioni, ma nel contempo segnalano le profonde differenze di fini e funzioni che le distanziano, mettendo in guardia contro i rischi insiti nella confusione di questi due piani.

crimini, non solo e non tanto quelli concretamente ascritti all'imputato, ma più in generale quelli dell'intero apparato repressivo di cui costui faceva parte.

Gli organi giudicanti si caricano in questo modo di un compito che i loro strumenti e i loro fini non consentono di svolgere adeguatamente, e che anzi li obbliga talora, come abbiamo visto, ad espandere per via interpretativa la portata delle fattispecie penali internazionali dal punto di vista temporale – come accade nella sentenza *Fujimori* – oppure tipico – come nei casi *Etchecolatz* e *von Wernich*, in relazione all'individuazione dei gruppi protetti contro il genocidio.

Queste brevi notazioni lasciano emergere l'estrema complessità dei temi coinvolti, e la difficoltà nel tracciare un valido confine all'apporto della giustizia penale nella fase *costituente* delle società in transizione, in quanto tale essenziale, rispetto ad una eccessiva espansione “esterna” del ruolo del giudice⁸⁹ che può trasformarsi nello snaturamento della sua funzione e nella pericolosa commistione con compiti e strumenti che appartengono alla sfera della politica e della storia.

2.2. *La tendenza riduttiva: attuazione della tipicità e offensività penale internazionale e funzione ri-costituente*

Diametralmente opposti rispetto all'esito della tendenza espansiva finora descritta sono gli effetti della tendenza riduttiva, che consiste nel tracciare – o recuperare – dei confini precisi alla portata delle fattispecie penali internazionali e non ha quindi, in linea di principio, effetti *in malam partem*.

Questo tipo di operazione, che compare con minor frequenza nella giurisprudenza latinoamericana esaminata, si prospetta però di grande utilità per l'evoluzione del diritto penale internazionale. In primo luogo, nello specificare alcuni elementi tipici delle fattispecie penali internazionali, le Corti contribuiscono a dare attuazione al mandato di determinatezza e precisione delle norme penali che, come si è visto, viene difficilmente rispettato da figure delittuose così ampie e disciplinate da norme di natura ibrida e compromissoria.

⁸⁹ A. LOLLINI, *L'expansion “interne et externe” du rôle du juge dans le processus de création du droit international pénal*, cit., *passim*. L'Autore affianca queste espansione “esterna” ad un'altra definita “interna”, che si manifesta rispetto al potere legislativo nel processo normopoietico.

Inoltre, ricorrendo a parametri e concetti propri del diritto penale interno, quali la nozione di bene giuridico, le Corti Supreme offrono un notevole aiuto alla soluzione di profili complessi che a livello internazionale non sono ancora stati compiutamente risolti: si pensi ad esempio alle relazioni concorsuali, analizzate in profondità con riferimento al genocidio dalla sentenza brasiliana sul *masacre de Haximu*. Una simile operazione può essere molto utile all'elaborazione di criteri generali per l'interpretazione e applicazione delle fattispecie penali internazionali, la cui utilità trascende il singolo caso e l'ordinamento nazionale di riferimento. L'apporto interpretativo delle Corti Supreme nazionali appare in quest'ambito particolarmente importante, poiché tali organi possono contare sulla propria abbondante e consolidata giurisprudenza, che spesso offre soluzioni, o criteri di soluzione, di comprovata validità⁹⁰. L'effetto complessivo di questo tipo di interventi giudiziari è dunque una chiarificazione e miglior precisazione degli elementi tipici, di alcune forme di manifestazione o aspetti particolari delle fattispecie penali internazionali.

Inoltre, quelle pronunce rese in sede di controllo di costituzionalità che pure possono essere ascritte alla tendenza riduttiva in commento – poiché dichiarano l'invalidità di alcuni elementi tipici aggiunti dal legislatore nazionale per ampliare la norma, o al contrario confermano elementi finalizzati a restringerne l'applicazione –, determinano un rafforzamento o un recupero dell'offensività e sussidiarietà penale internazionale. Al tempo stesso, tali decisioni favoriscono l'avvicinamento della norma incriminatrice interna alla definizione internazionale del crimine, valorizzando gli elementi e le soglie di rilevanza da quest'ultima adottati per caratterizzare quella specifica figura delittuosa.

Tutti questi percorsi interpretativi svolgono il compito di tracciare un perimetro più nitido delle fattispecie internazionali, preservando in questo modo le caratteristiche peculiari e la speciale gravità che dovrebbero giustificare una considerazione – almeno parzialmente – separata rispetto ai reati comuni. In questo

⁹⁰ Non a caso, anche i Tribunali *ad hoc* hanno spesso guardato agli ordinamenti nazionali e alla giurisprudenza delle Corti Supreme di vari Paesi, mediante il ricorso ai “principi generali condivisi dalle nazioni civili”, per risolvere specifici problemi interpretativi: emblematico in tal senso il voto del giudice Cassese nel caso *Erdemovic*, considerato un autentico esercizio di comparazione giuridica (TPIY, *Erdemovic*, AC, IT-96-22-A, 07.10.1997, separate and dissenting opinion of judge Cassese). Sul punto *amplius* par. 3 e ss. di questo capitolo.

modo, le Corti Supreme definiscono inoltre con maggior chiarezza la portata applicativa del c.d. regime speciale dei crimini internazionali: pur rimanendo impregiudicate le riserve già manifestate in relazione alla validità e agli effetti di tale trattamento derogatorio, questa tendenza giurisprudenziale ne evita l'espansione a condotte per le quali esso difficilmente risulta giustificabile. Si recupera in questo modo la *tipicità* penale internazionale nella sua funzione di garanzia, contribuendo alla realizzazione della sua duplice dimensione, formale e materiale, e dei principi ad esse collegati, rispettivamente di legalità e offensività-sussidiarietà.

Sembra dunque profilarsi un'altra possibile funzione *costituente* – o, potremmo dire, *ri-costituente* – della giurisprudenza delle Corti Supreme, che coniuga l'impegno per la riaffermazione dei diritti umani e la recisa condanna delle loro più gravi violazioni – i crimini internazionali – con il riconoscimento ed il recupero di principi ispiratori dell'intervento penale – legalità, offensività e proporzionalità – e dell'approccio garantista che ne costituisce la *ratio* profonda, assegnando loro uno spazio anche all'interno del nuovo assetto democratico ed anche nella sfera “eccezionale” dei crimini internazionali.

2.3. *L'impatto sulla struttura statale: il protagonismo giudiziale*

Entrambe le macro-tendenze giurisprudenziali che abbiamo individuato producono poi un significativo impatto sull'architettura istituzionale che regge lo Stato, *in primis* sulle relazioni che intercorrono tra il potere giudiziario e quello legislativo. In questo, senso, la giurisprudenza analizzata offre una conferma tangibile del più ampio fenomeno di *attivismo* del giudice⁹¹, che si erige a vero e proprio sostituto del legislatore, e diviene l'epicentro verso cui si rivolgono ora le richieste *politiche*: “la giustizia deve prendere il posto occupato un tempo dalla politica, perché non può sottrarsi dal *dire il diritto*”⁹².

Ma la tensione che caratterizza i rapporti tra potere legislativo e giudiziario risulta ulteriormente aggravata, nella materia di cui ci occupiamo, dall'inserimento di

⁹¹ Cfr. *supra*, cap. I.

⁹² A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, cit., p. 145. Alle radici di tal trasformazione l'Autore individua un intreccio di cause, tra cui la delegittimazione del potere legislativo, l'indebolimento dello Stato di fronte alle pressioni del mercato e la “crisi dell'uomo democratico” (p. 15).

un terzo fattore all'interno di questa dinamica: vale a dire, il diritto internazionale nelle sue molteplici fonti. La pressione degli obblighi – od oneri – che esso impone a livello nazionale in materia di tipizzazione ed adeguamento agli standard internazionali ricade in prima battuta, com'è naturale, sul legislatore, ma anche sugli organi giudiziari, in quanto depositari di uno dei poteri statali⁹³.

A fronte dell'inerzia legislativa rispetto all'adempimento degli obblighi internazionalmente imposti, i tribunali intervengono dunque quali vere e proprie *controfigure* del legislatore, svolgendo il compito che egli ha ommesso di portare a termine⁹⁴. In altri casi, gli organi giudiziari operano non in sostituzione del potere legislativo ma manifestamente contro di esso, annullandone o vanificandone specifiche scelte di incriminazione e tipizzazione⁹⁵. Una simile attività è invero perfettamente legittima ed anzi connaturata al giudizio di legittimità costituzionale, mentre può suscitare alcune perplessità se svolta da giudici con competenza penale; tuttavia, deve essere valutata alla luce delle *rationes* che hanno indotto il legislatore ad adottare una determinata scelta e di quelle che, all'opposto, hanno portato a considerarla invalida. Ancora una volta, fattori determinanti per queste valutazioni sono le fonti internazionali, gli obblighi da esse imposti e le definizioni da esse adottate. In questa complessa interazione tra livelli normativi, l'attività interpretativa svolta dalle Corti Supreme serve spesso a ridurre le distanze tra la sfera internazionale e quella legislativa interna, che mantiene ancora, come si è visto, numerosi punti di difformità⁹⁶. In altri termini, l'attivismo giudiziale cerca di risolvere ipotesi in cui la legislazione non sia conforme al “programma” di tutela dei

⁹³ Lo afferma espressamente la sentenza della CSJN argentina nel caso *Simón* (cit.): “El respeto absoluto de los derechos y garantías individuales exige un compromiso estatal de protagonismo del sistema judicial; y ello por cuanto la incorporación constitucional de un derecho implica la obligación de su resguardo judicial” (punto b).

⁹⁴ Una pronuncia della CorteIDU sembra invero legittimare espressamente un simile meccanismo sostitutivo: “Cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1. de la misma Convención (la CADU), y consecuentemente debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella” (CorteIDU, *Almonacid Arellano v. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26.09.2006, § 123). In realtà la Corte si limita qui ad imporre un meccanismo analogo alla *disapplicazione* prevista nell'ambito dell'Unione Europea, e nulla dice in relazione alla *creazione* di norme non contemplate dalla *voluntas legis*.

⁹⁵ “Se trata de un fenómeno que se suele producir en todos aquellos casos en los cuales el intérprete, especialmente el Juez, no está “conforme” con lo legislado, por considerar que existen supuestos que deberían estar incluidos en la tipificación y, sin embargo, no es así” (F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, cit., pp. 278-9).

⁹⁶ V. anche *infra*, par. 3.5.

diritti umani e di lotta contro l'impunità imposto – non dalla Costituzione, bensì, per il tramite di essa – dalle fonti internazionali.

Questa nuova legittimazione del potere giudiziario si appoggia interamente alla “intangibilità dei diritti fondamentali”⁹⁷; tuttavia, come già si rilevava nel primo capitolo, il passo che separa simili interventi di sostituzione od “ortopedia giuridica”⁹⁸ da un eccesso di protagonismo giudiziario è breve. Le possibili derive cui induce tale eccesso – specialmente se combinato con l'attivismo mediatico ed associativo – sono noti: “inchiesta, denuncia selvaggia, emozione, orrore, sfiducia nei confronti delle istituzioni tradizionali: la *nobiltà* della lotta li pone al di sopra delle leggi civili e delle procedure democratiche”⁹⁹.

Per scongiurare un simile esito, occorre in primo luogo riflettere sui limiti dell'intervento dei giudici, sulla direzione cui esso mira e sugli effetti, voluti o no, che esso produce. Ma il fenomeno del protagonismo giudiziale impone anche una riflessione sulla necessità che il legislatore torni ad assumersi le proprie responsabilità. Le radici dell'attivismo giudiziario sono infatti rinvenibili, almeno in parte, nell'abdicazione che il legislatore ha fatto delle proprie responsabilità, ed è anche verso di lui, quindi, che occorre rivolgere l'attenzione per eliminare le derive indesiderate di tale fenomeno¹⁰⁰.

Ma questo protagonismo giudiziale non incide solamente sui rapporti con il potere legislativo, traducendosi altresì nell'invasione di sfere non istituzionali. Mediante l'accentuazione dell'intervento giudiziario nella ricostruzione storica dei fatti e nell'elaborazione di una memoria sociale condivisa, il ruolo del giudice, come già si è detto, si espande “all'esterno”¹⁰¹, invadendo settori propri della storia e della politica. L'assegnazione di un simile ruolo alla giustizia e al suo artefice dipende in buona parte dall'eccezionalità e dalla dismisura che caratterizzano i crimini

⁹⁷ L. FERRAJOLI, *Il diritto come sistema di garanzie*, in *Ragion pratica*, 1993, p. 149.

⁹⁸ Secondo la nota ed efficace espressione di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1974, p. 16.

⁹⁹ A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, cit., p. 82.

¹⁰⁰ FORNASARI legge nell'attuale espansione del ruolo del giudice un paradossale “doppio binario, nel senso che il potere politico, attraverso l'inattività oppure norme assolutamente anfibologiche, induce il potere giudiziario ad effettuare le vere scelte ordinarie, salvo poi avvallarle o criticarle duramente” (G. FORNASARI, *Brevi riflessioni sul rapporto fra ragionamento retorico e decisioni del giudice penale*, in G. FERRARI, M. MANZIN (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004, p. 318).

¹⁰¹ A. LOLLINI, *L'expansion “interne et externe” du rôle du juge*, cit., *passim*.

commessi dai passati regimi¹⁰², e dallo stravolgimento che essi provocano nell'architettura di principi e valori sui quali si fonda la società. La sfida posta da questo profondo ribaltamento non può tuttavia essere assunta unicamente dagli organi giudiziari, che devono rispettare le proprie funzioni e i propri limiti, e che possono adoperare solo alcuni strumenti predefiniti. Anche in relazione a questo profilo si manifesta dunque la necessità di una cooperazione di poteri ed attori differenti, e del contemporaneo mantenimento della divisione dei rispettivi compiti e funzioni.

In conclusione, dalle esperienze analizzate sembra emergere che il superamento di un passato criminale e, al tempo stesso, l'adeguamento dell'ordinamento agli obblighi e agli standard imposti dal diritto internazionale a tutela dei diritti umani non possono essere lasciati alla sola iniziativa degli organi giudiziari, ma abbisognano dell'azione *sinergica* di tutti i poteri statali e di attori non istituzionali.

2.4. *La jurisdiction delle Corti Supreme e la specificità delle Corti Costituzionali*

Nella delimitazione iniziale dell'ambito di ricerca si è giustificata la scelta di concentrarsi sulle pronunce delle Corti Supreme sulla base dell'assunto che esse siano rivestite di un'autorità maggiore rispetto a quelle dei tribunali ordinari. Una simile constatazione, che a prima vista appare ovvia, può assumere tuttavia sfumature differenti a seconda dell'articolazione dell'ordinamento giudiziario, del valore – vincolante o no, e con quali limiti – che per previsione legislativa o costituzionale assumono i precedenti dei Supremi Tribunali, nonché a seconda della prassi invalsa, che può anche non coincidere con tali previsioni. Al di là dell'inoperatività, all'interno dei sistemi giuridici latinoamericani, della regola del *binding precedent* vigente nella tradizione di *common law*, la capacità delle Corti Supreme di condizionare la giurisprudenza dei tribunali inferiori dipende da una serie

¹⁰² Afferma GARAPON: “(...) il crimine contro l'umanità è così diventato il riferimento che fonda una nuova parte della storia dell'umanità. È fondatore anche perché dà la chiave per comprendere la funzione della giustizia delle società senza trascendenza. Il crimine contro l'umanità ricorda alla giustizia il suo compito primo, che è quello di *dire il giusto*” (A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, cit., p. 147).

di fattori, quali la compattezza della loro struttura, il numero di giudici che le compone¹⁰³, l'affidamento ad esse di un potere disciplinare nei confronti degli altri giudici¹⁰⁴, l'attribuzione di competenze in materia esclusivamente penale, o esclusivamente costituzionale, oppure di entrambe congiuntamente¹⁰⁵.

In termini generali, e senza poter approfondire in questa sede l'organizzazione giudiziaria e le forme del controllo di costituzionalità in ciascuno dei Paesi latinoamericani¹⁰⁶, si può affermare che le pronunce delle Corti Supreme sono dotate sempre di una speciale *autorità*, che talora assume le forme di una vera e propria vincolatività per le giurisdizioni inferiori, e talaltra si limita invece ad una *persuasività* che pure assegna loro un ruolo di guida per il sistema nazionale nel suo complesso¹⁰⁷.

Nonostante le differenze determinate dai fattori ora elencati, si può osservare che le pronunce delle Corti Supreme godono, in termini generali, di una speciale autoritatività all'interno dell'ordinamento, pur in assenza di un espresso effetto vincolante *extra iudicium*. Questo valore deriva non dall'*imperium*, “ossia il potere di imporre una soluzione alle parti”, bensì dalla “*jurisdictio*, ossia la capacità di pronunciare il diritto”¹⁰⁸: mentre il primo chiama in causa il carattere coercitivo del

¹⁰³ Cfr. sul punto M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, pp. 104-5. L'Autore compara questi fattori nei sistemi di *civil law* e in quelli di *common law*, concludendo che nei primi l'autorità delle Corti e delle loro pronunce subisce uno “stemperamento”, ed è “incomparabilmente inferiore” rispetto a quella degli omologhi organi nei sistemi di *common law*.

¹⁰⁴ Ad esempio, il verticalismo cui è improntato l'ordinamento giudiziario cileno e il forte controllo che esercita la Corte Suprema sui tribunali ordinari dipende “sia dall'*influenza* delle sue pronunce sui giudici inferiori, sia dall'esercizio della potestà disciplinare” che le riconosce la Costituzione: R. GARRETÓN, *Los tribunales con jurisdicción penal durante la transición a la democracia en Chile*, in J. ALMQVIST, C. ESPÓSITO (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, 2009, p. 69.

¹⁰⁵ La CSJN argentina, ad esempio, racchiude in sé competenze sia di natura penale sia di natura costituzionale, queste ultime esercitate nell'ambito della giurisdizione per appello di carattere straordinario (le competono inoltre quella di carattere ordinario e quella originaria). Cfr. S. CAYUSO, *La Corte Suprema de Justicia en el sistema jurídico constitucional argentino*, in J. ALMQVIST, C. ESPÓSITO (coords.), *op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁶ Uno studio comparativo dei sistemi giudiziari latinoamericani è svolto da MADLENER K., *La justicia como garante de los derechos humanos en Latinoamérica, I: La independencia de la justicia y del juez. Análisis comparativo de diez informes centroamericanos y mexicanos*, in *Revista de derecho penal y criminología*, n. 6, 1996, pp. 689-782, anche se è un lavoro ormai un po' datato e non contempla quindi una serie di riforme intervenuta nel frattempo.

¹⁰⁷ DONINI rileva peraltro che è l'ampliamento della “rete” di fonti del diritto penale, che comprende anche “una giurisprudenza che si affianca alla legge” ad accrescere l'importanza, in luogo di un vincolo “formale” positivo, di una “vincolo di fatto (raggiunto in via consuetudinaria)”: M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., pp. 165-6.

¹⁰⁸ Così J. ALLARD, A. GARAPON, *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto*, Macerata, 2006, p. 40.

diritto e discende dal potere, la *jurisdictio* discende invece dall'autorità, e manifesta "la necessità di convincere, di imporre una decisione coerente con delle regole e dei principi"¹⁰⁹. Le Corti Supreme, la cui composizione comprende figure di particolare esperienza nel campo giuridico, e il cui intervento è subordinato ad una serie di filtri che lo rendono più selettivo e – quindi- probabilmente più accurato, sono dotate appunto di una *jurisdictio* maggiore rispetto ai tribunali ordinari. Questi ultimi, anche se liberi di discostarsi dalle decisioni del Supremo Tribunale, solitamente ne seguono gli orientamenti, e non solo per mera deferenza, come conferma un passaggio della sentenza *Astiz e Acosta* che abbiamo esaminato:

*"... es del caso destacar, que el tribunal sigue la doctrina establecida por la CSJN, pero no solo por un mero acatamiento formal, sino porque comparte dicho criterio; a punto tal que en nuestro caso en particular iremos un poco más allá al momento de pronunciarnos respecto del delito de genocidio"*¹¹⁰.

Il peculiare valore che le pronunce delle Corti Supreme assumono nell'ordinamento nazionale dipende dunque sia dalla loro particolare collocazione e configurazione, sia dalla capacità persuasiva che dimostrano solitamente.

Quanto finora detto vale evidentemente in relazione alle Corti Supreme che agiscono come giudici penali di ultima istanza; un discorso parzialmente differente deve invece essere svolto rispetto alla loro attività come giudici costituzionali – che, come si è visto, talora è affidata al medesimo organo, talora invece ad un organo differente¹¹¹. È noto che il controllo di costituzionalità si svolge sulla base di strumenti e presupposti completamente diversi da quelli del giudizio penale, così come differenti sono gli effetti che esso produce in relazione alla norma impugnata e a tutti i casi nei quali essa viene in rilievo. Senza dilungarci in queste considerazioni ovvie, ci preme rilevare, in primo luogo, che l'autoritatività di cui godono le

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 5 di Buenos Aires, *Acosta, Jorge Eduardo; Astiz, Alfredo Ignacio y otros*, cit., p. 435.

¹¹¹ Oppure anche, come in Argentina, a tutti i giudici sulla base di un meccanismo di controllo diffuso; anche se come già segnalato anche all'interno di quell'ordinamento le pronunce della CSJN sono dotate di una speciale autoritatività.

pronunce delle Corti Supreme rese nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale unisce all'aspetto persuasivo un più spiccato elemento di *imperium*¹¹².

In secondo luogo, il metodo adoperato nel giudizio di costituzionalità si differenzia da quello dell'*interpretazione* giuridica adottato nel giudizio penale. Mentre quest'ultimo – riprendendo la distinzione proposta da BIN – si ispira ai valori di “razionalità, coerenza e relativa stabilità” e mira ad assegnare *un* significato al discorso del legislatore, cercando “il punto di equilibrio tra le posizioni di interesse in gioco nel caso specifico”¹¹³, il controllo di legittimità costituzionale si basa invece sul metodo del bilanciamento di interessi, che rientra nel “mondo delle decisioni e delle relative giustificazioni retoriche” e non in quello “dei significati e dei relativi fondamenti ermeneutici”¹¹⁴. L'Autore chiarisce ulteriormente che la distinzione di competenze tra giudice penale e costituzionale dipende dal carattere assunto dalla compressione dell'interesse costituzionalmente protetto: se essa costituisce la *ratio* di una norma spetta necessariamente alla Corte Costituzionale procedere con il bilanciamento degli interessi in gioco; se invece tale compressione è un mero effetto indiretto provocato dalla norma, è possibile “delegare” al giudice di merito il compito di decidere caso per caso se si verifica un conflitto tra gli interessi in gioco e quale ne è un'equilibrata composizione¹¹⁵.

La Corte Costituzionale, con i suoi specifici strumenti, ben si presta dunque a ricercare un punto di equilibrio tra la lotta all'impunità “senza quartiere” e il rispetto dei principi penali e costituzionali, primo fra tutti il principio di legalità che come visto rientra tra i diritti fondamentali riconosciuti anche dagli strumenti internazionali¹¹⁶.

All'interno della *sinergia* di interventi che sopra auspicavamo nel disegno della giustizia penale internazionale, la Corte Suprema come giudice di legittimità costituzionale si trova in una posizione privilegiata per ricercare sia il punto di

¹¹² Naturalmente la portata e il grado di vincolatività di queste pronunce varia in dipendenza di alcuni fattori, quali il momento in cui si svolge il controllo di costituzionalità (*a priori* o *a posteriori*), e la sua natura di controllo incidentale e quindi concreto oppure diretto e quindi astratto: cfr. sul punto C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1996, pp. 108-11.

¹¹³ R. BIN, *op. cit.*, p. 60.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 70.

¹¹⁶ In termini analoghi O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2203.

equilibrio tra i contrapposti interessi sottesi all'intervento punitivo, sia la combinazione e l'armonizzazione tra diverse fonti e diversi livelli normativi, ancor più in "fasi straordinarie"¹¹⁷ della gestione dei diritti costituzionali, vale a dire in fasi di crisi come le transizioni democratiche in cui si colloca il nostro studio.

3. Le dinamiche di circolazione giurisprudenziale e l'amplificazione dell'impatto della giurisprudenza

All'importante e variegato impatto che la giurisprudenza analizzata esercita sull'ordinamento interno in cui si inserisce, e che possiamo definire come "effetto dipendente o interno"¹¹⁸, si affianca poi l'impatto, "indipendente o esterno"¹¹⁹, che esse provocano al di fuori dei confini nazionali, per effetto del fenomeno di *circolazione giurisprudenziale*.

3.1. Fenomeni di interazione non formalizzati

La prassi giudiziale di citare soluzioni o schemi argomentativi di tribunali di altri paesi si è notevolmente diffusa negli ultimi decenni, favorita dallo sviluppo tecnologico, dalla transnazionalizzazione di numerosi fenomeni giuridici – non solo criminali – e dalla crescente ingerenza degli strumenti internazionali negli ordinamenti interni.

Tale movimento di interazione giudiziaria (definito anche *jurisprudential cross-fertilization*), pur interessando tutte le sfere del diritto, si manifesta con una speciale intensità in relazione a quella penale e, all'interno di essa, ai crimini internazionali. La loro rilevanza internazionale genera infatti una particolare necessità di garantire una risposta adeguata, efficace e mondialmente condivisa, che

¹¹⁷ R. BIN, *op. cit.*, p. 161.

¹¹⁸ La terminologia è proposta da M. OLLÉ SESÉ, *op. cit.*, pp. 157-8, che la riferisce però alle decisioni del medesimo tribunale.

¹¹⁹ *Ibidem*.

spinge i tribunali a cercare nei “collegi” oltreconfine degli interlocutori permanenti a fronte di fenomenologie e problemi giuridici comuni¹²⁰.

Il fatto che questo fenomeno circolatorio si manifesti oggi – non esclusivamente¹²¹, ma con maggiore intensità – in relazione alla tutela dei diritti umani e alle risposte alle loro più gravi violazioni costituisce un tratto innovativo, che lo distingue rispetto alle sue precedenti manifestazioni nelle relazioni tra i poteri imperiali e le colonie e all'interno del Commonwealth¹²².

Un alto aspetto che contribuisce ad assegnare alla *cross-fertilization* attuale un volto diverso rispetto all'esperienza del *common law* è la sua fisionomia non più unidirezionale – dall'Impero alle colonie –, bensì bidirezionale ed *interattiva*. I tribunali delle “colonie” – e i paesi latinoamericani lo sono stati davvero per lungo tempo – non si limitano più a recepire la giurisprudenza della madrepatria o, più concretamente, delle istanze internazionali, ma, sulla base di una *reciproca permeabilità dei sistemi*, instaurano un dialogo¹²³ che genera reciproche influenze.

Questa circolazione si sviluppa dunque in una duplice direzione: *importando* dall'esterno paradigmi ermeneutici elaborati da tribunali stranieri, ed *esportando* le proprie soluzioni ed argomenti. Le Corti Supreme latinoamericane costituiscono un ottimo esempio di questa bidirezionalità, poiché citano con frequenza pronunce rese da tribunali stranieri o internazionali, ma a loro volta si prestano ad influenzarne le soluzioni.

¹²⁰ ROTH si chiede se il termine “interazione” sia appropriato per descrivere tali fenomeni, oppure se si tratta semplicemente di “*ajustements internes*” dell'ordinamento penale, che mantengono però due “diritti penali differenti” tra il sistema statale e quello sovranazionale, transnazionale o internazionale. Ripercorrendo i risultati emersi dalle ricerche espone in quel volume (che riguardano fenomeni e profili differenti del diritto penale internazionale), l'Autore conclude che si può forse parlare di due diritti penali differenti se si considera la “positivation” del diritto penale internazionale, ma che tale conclusione perde di validità attualmente, alla luce soprattutto degli artt. 22-24 e 21 co. 1 lett. c StCPI (che include tra le fonti applicabili anche le “leggi nazionali degli Stati” che avrebbero giurisdizione rispetto al crimine in questione: R. ROTH, *op. cit.*, pp. 348 e 352-3).

¹²¹ Segnala ad esempio SLAUGHTER che esso si manifesta anche tra le Corti Costituzionali dei vari Stati, e nelle controversie di diritto civile di dimensioni transnazionali. (A.-M. SLAUGHTER, *A new world order*, Princeton, 2004, pp. 65-103).

¹²² *Ibidem*, p. 71. Analogamente A. LOLLINI, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 1, 2007, p. 481, che lo classifica come un formante tipico del *common law* in particolare nei rapporti tra madrepatria e colonie.

¹²³ Così A.-M. SLAUGHTER, *op. cit.*, p. 74. Afferma l'Autrice: “Unlike past legal borrowings across borders, judges are now engaged not in passive reception of foreign decisions, but in active and ongoing dialogue” (ivi, p. 66).

Il “prestito (attivo o passivo) di soluzioni interpretative”¹²⁴ si svolge su due livelli diversi e comunicanti: su un piano *orizzontale*, tra tribunali di paesi differenti ma dello stesso rango, e su un piano *verticale*, tra corti nazionali e organi internazionali, comprendendo in questi ultimi sia i tribunali penali internazionali sia gli organi internazionali o regionali di tutela dei diritti umani¹²⁵. Il movimento che sentenze e schemi argomentativi seguono su tale piano verticale è a sua volta sia *discendente*, sia *ascendente*, poiché l'influenza si produce non solo dalle giurisdizioni internazionali verso quelle interne, ma anche in direzione contraria. In quest'ultimo caso – ma lo stesso discorso vale anche per la circolazione orizzontale – il fatto che organi internazionali seguano precedenti formulati da tribunali nazionali non dipende da un obbligo, formalizzato o *de facto*, di adeguarsi a quella giurisprudenza, che non ha alcun tipo di efficacia vincolante al di fuori del sistema nazionale in cui viene pronunciata. La circolazione oltre confine della giurisprudenza si fonda dunque su un presupposto ben diverso dalla vincolatività: essa deriva dall'*auctoritas* persuasiva delle pronunce, di cui già abbiamo sottolineato la speciale forza in relazione alle Corti Supreme¹²⁶. Ciò che determina la diffusione di una sentenza è dunque la *jurisdictio*, la capacità di imporre l'autorità di una decisione sulla base della persuasione e, quindi, della bontà degli argomenti in essa sviluppati. Si tratta di una caratteristica meno afferrabile della vincolatività, ma che si presta, proprio per questo motivo, ad una diffusione ancora più ampia e libera da vincoli di

¹²⁴ A. LOLLINI, *La circolazione degli argomenti*, cit., p. 482.

¹²⁵ M. DELMAS-MARTY, *Interacciones entre el derecho comparado y el derecho penal internacional*, *Interacciones entre el derecho comparado y el derecho penal internacional*, in *Revista Conciencia Política*, 2008, http://portal.veracruz.gob.mx/pls/portal/docs/page/colver/difusion/revista_conciencia/revistano.8/8.-mireille%20delmas.pdf, *passim*.

¹²⁶ Un interessante studio rileva come questa medesima autorità persuasiva sia alla base della prassi delle Camere di prima istanza dei tribunali *ad hoc* di riconoscere una certa forza ai precedenti di altre Camere di pari grado, pur non essendo ad essi vincolata da una regola di *binding precedent*: cfr. G. DELLA MORTE, *Les Tribunaux Pénaux Internationaux et les références à leur propre jurisprudence: auctoritas rerum similiter judicatarum?*, in DELMAS-MARTY M., FRONZA E., LAMBERT-ABDELAGAWAD É. (eds.), *Les sources du droit international pénal*, cit., pp. 211-222. La medesima “capacità di persuadere” è individuata quale causa alla base della circolazione di parametri interpretativi extra-sistemici tra le Corti Costituzionali analizzata da LOLLINI A., *La circolazione degli argomenti*, cit., che adotta come modello esemplificativo l'attività della Corte Costituzionale sudafricana.

natura formale¹²⁷. Al tempo stesso, essa può fomentare, anche se indirettamente, il miglioramento della qualità dell'argomentazione svolta nelle pronunce, essendo questo l'unico presupposto su cui si basa la loro circolazione e ricezione¹²⁸.

Il valore assegnato alla *jurisdictio* spiega altresì la circolazione di precedenti tra sistemi assolutamente separati, geograficamente e quanto a natura: pensiamo alle frequenti occasioni in cui i tribunali latinoamericani citano decisioni della CorteEDU¹²⁹, che si inserisce in un sistema di tutela dei diritti umani privo di qualsiasi incidenza diretta nel continente latinoamericano.

3.1.1. Fenomeni di importazione nella giurisprudenza analizzata

I tribunali latinoamericani aderiscono pienamente a questo movimento di circolazione, importando soluzioni ed argomenti sviluppati altrove: ne costituiscono un ottimo esempio le sentenze *Etchecolatz* e *Von Wernich*, che citano il precedente dell'*Audiencia Nacional* spagnola nel caso *Scilingo* per supportare un'interpretazione ampia del concetto di gruppi nazionali al fine di qualificare come genocidio i crimini commessi dalla dittatura argentina¹³⁰. Similmente, il *Supremo Tribunal Federal* brasiliano, nel pronunciare sentenza sul *masacre de Haximu*, cita a riferimento la soluzione interpretativa che una sentenza del *BGH* tedesco – nel caso *Jorgic* – dà alla questione delle relazioni concorsuali tra crimini internazionali e reati comuni¹³¹. La

¹²⁷ Similmente si è detto: “The legitimacy of any court flows in part from how clear and compelling their reasons are” (SHEPPARD D., *The International Criminal Court and “Internationally recognized Human Rights”*: *Understanding Article 21(3) of the Rome Statute*, in *ICLR*, n. 10, 2010, p. 44).

¹²⁸ Lo suggeriscono ALLARD e GARAPON: l'organo giudiziario, “dato che aspira ad un grado superiore di razionalità, dà alla sua sentenza un carattere più universalizzabile” (J. ALLARD, A. GARAPON, *La mondializzazione dei giudici*, cit., p. 67); inoltre, la citazione della giurisprudenza straniera “testimonia soprattutto una capacità di distacco del giudice, che diventa giudice del proprio pensiero, della propria tradizione” (ivi, p. 70). E ancora: “Mano a mano che l'*imperium* diminuisce, questi giudici sono tentati di far valere non soltanto una legittimità sempre più razionale e argomentativa, ma anche altre qualità particolari, come la padronanza del diritto internazionale, l'apertura al mondo e l'interesse per gli altri sistemi, o ancora la capacità di svolgere un ruolo di interprete culturale” (ivi, p. 87).

¹²⁹ Ma lo stesso fenomeno emerge anche al di fuori del continente latinoamericano: per menzionare solo un esempio, la Constitutional Court sudafricana fa proprio un criterio elaborato dalla giurisprudenza della CorteEDU (citandone alcune sentenze) per determinare quando una pubblicazione può essere diffamatoria: Constitutional Court of South Africa, case CCT 23/10 [2011], ZACC 11, 08.04.2011, par. 95.

¹³⁰ Cfr. *supra*, cap. III, par. 2.2.1.

¹³¹ V. cap. III, par. 3.6. Rientra in questa interazione circolare anche la sentenza peruviana nel caso *Fujimori* (Corte Suprema de la República peruviana, Sala Penal Especial, *Fujimori*, 7 aprile 2009,

circolazione avviene anche tra paesi del medesimo continente latinoamericano: abbiamo visto ad esempio come una sentenza della Sala Penal Nacional peruviana riporti una sentenza della Corte Constitucional colombiana per individuare gli elementi discretivi della sparizione forzata di persone rispetto al reato comune di sequestro¹³².

Sul piano verticale, poi, la giurisprudenza esaminata importa costantemente argomenti e decisioni elaborati dagli organi interamericani: l'esempio più eclatante è offerto dalla sentenza della CSJN argentina nel caso *Simón*, che fonda la dichiarazione di incostituzionalità delle leggi di *Obediencia debida* e *Punto final* sulla c.d. dottrina *Barrios Altos*, sviluppata dalla CorteIDU nell'omonimo caso, ma si possono menzionare anche le numerosissime sentenze aventi ad oggetto fatti qualificabili come sparizione forzata, che definiscono tale reato come “una violazione molteplice e continuata di diritti umani tutelati dalla CADU” e gli assegnano natura permanente citando pressoché letteralmente precedenti della CorteIDU¹³³. Nei casi di identità tra i fatti oggetto di giudizio dinanzi al tribunale nazionale e quelli venuti in rilievo in procedimenti dinanzi alla CorteIDU, poi, l'organo giudiziario interno tende a recepire la ricostruzione e la qualificazione operata da quest'ultima: la Sala Penal peruviana, ad esempio, nel dichiarare che gli illeciti commessi a *Barrios Altos* e *La Cantuta* costituiscono crimini contro l'umanità

exp. A.V. 19-2001), che cita numerosi precedenti tedeschi relativi agli spari sul muro di Berlino e il *Juicio a las Juntas* argentino – oltre ad altri precedenti peruviani –, in relazione però ad un profilo che non rientra nell'oggetto delle nostre ricerche, vale a dire i modelli di attribuzione della responsabilità e precisamente dell'autoria mediata mediante dominio di apparati organizzati di potere. Si rimanda a tal proposito a E. MACULAN, *La responsabilità per gravi violazioni dei diritti umani tra diritto penale interno e diritto penale internazionale: considerazioni a partire dal caso Fujimori*, in *Archivio penale*, n. 3, 2011, pp. 1023 ss.

¹³² Rispettivamente, Sala Penal Nacional peruviana, *Ernesto Castillo Páez (Proceso seguido contra Jiménez del Carpio y otros por el delito contra la libertad – secuestro – de Ernesto Rafael Castillo Páez)*, exp. 111-04, 20.03.2006, par. 7. de las “consideraciones sobre la calificación jurídica” e Corte Constitucional colombiana, C-317/2002, capítulo VI (consideraciones y fundamentos de la Corte), par. 2.d). V. *Supra*, cap. III, par. 2.1.4.2.

¹³³ Cfr. Corte Constitucional (C. Const.) colombiana, C-317, 02.05.2002, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 (parcial) de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal"*, (punto 2); Sala Penal Nacional del Perú, *Sentencia contra Jiménez del Carpio y otros por el delito contra la Libertad – secuestro – en agravio de E.R. Castillo Páez*, 26.03.2006 (consideraciones sobre la calificación jurídica de los hechos); Juzgado de Primera Instancia en lo Penal de 7° turno de Montevideo, *Jueza Motta, Borbaderry Arocena, Juan Maria*, 09.02.2010: v. *supra*, cap. III, par. 2.1.2. Un altro esempio evidente di questa circolazione discendente è fornito dal diritto alla verità, affermato dapprima dalla CorteIDU (per la prima volta in *Velásquez Rodríguez*, cit., § 181) e successivamente recepito dal TC peruviano (*Villegas Namuche, María Emilia, recurso extraordinario de hábeas corpus*, exp. n.° 2488-2002-HC/TC, 18.03.2004, par. 4).

– anche se, come si è detto, non utilizza tale categoria per la sussunzione dei fatti propriamente detta –, richiamano le omonime sentenze della CorteIDU che già avevano affermato lo stesso¹³⁴.

Compaiono spesso anche citazioni dei precedenti di tribunali penali internazionali, specialmente quando le Corti si misurano con la definizione dei crimini internazionali¹³⁵, riconoscendo quindi implicitamente la specifica competenza di tali organismi giudiziari in materia penale internazionale e il loro importante apporto nella definizione di tali categorie criminose. Infine, anche se con minor frequenza, si registrano alcune citazioni della giurisprudenza della CorteEDU, solitamente riferite alla concezione “debole” del principio di legalità applicabile ai crimini internazionali¹³⁶.

Oggetto di tale circolazione sono non tanto le decisioni strettamente intese, quanto invece i percorsi argomentativi che hanno portato a quelle soluzioni – e che, come si è visto, non sempre coincidono pur nell'identità dell'esito decisionale¹³⁷. Nell'analisi giurisprudenziale è emerso per esempio come il metodo della *doppia sussunzione*, ampiamente utilizzato dalle Corti Supreme latinoamericane per estendere ai fatti oggetto di giudizio il regime speciale dei crimini internazionali – pur sussumendolo in via primaria in fattispecie comuni previste dall'ordinamento nazionale –, sia stato fatto proprio anche dal Tribunal Supremo spagnolo nella sentenza *Scilingo*¹³⁸. Analogamente, ritroviamo il medesimo percorso argomentativo

¹³⁴ Corte Suprema de la República peruviana, *Fujimori*, cit., par. 717.

¹³⁵ Si vedano ad esempio la sentenza della CSJN argentina nel caso *Derecho* (CSJN argentina, *Recurso de hecho deducido por Juan Francisco Bueno Alves y Carlos A. B. Pérez Galindo (querellantes) en la causa Derecho, René Jesus, s/ incidente de prescripción de la acción penal*, causa n° 24.079 (D. 1682. XL), sentenza del 11.07.2007), che cita precedenti del TPIY (par. V), o la sentenza della Sala Penal della Corte Suprema peruviana nel caso *Fujimori* (cit.), che trattando della possibile qualificazione dei fatti come crimini contro l'umanità riporta le pronunce del TPIR e del TPIY che ne hanno definito elementi e caratteristiche (par. 713-717 e rispettive note).

¹³⁶ La sentenza *Fujimori* (cit.), ad esempio, cita la sentenza della CorteEDU *Kolk y Kislyiy v. Estonia*, del 17.01.2006 per affermare che i crimini contro l'umanità erano già sanzionati dal diritto consuetudinario all'epoca dei fatti avvenuti a *Barrios Altos* e a *La Cantuta*: cfr. par. 711 (nota 1024). La Corte Suprema de Justicia colombiana, in un interessante *Auto*, cita addirittura, sempre per dimostrare l'accettazione di questa accezione debole del principio di legalità, la sentenza *Duch* delle ECCC: vedi Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación Penal, *Bánquez Martínez*, n. 33039, auto del 16.12.2010 (segundo problema, punto 2).

¹³⁷ Lo dimostra la frequente presenza, nelle sentenze che abbiamo analizzato, di più voti concorrenti, nei quali i singoli membri del collegio giudicante motivano con argomenti differenti il raggiungimento di una soluzione condivisa. Un ottimo esempio a tal proposito è la sentenza della CSJN argentina nel caso *Simón*, cit., dove ciascun giudice manifesta il proprio voto separato.

¹³⁸ V. *supra*, cap. III, par. 2.1.4.

che aggira l'ostacolo interposto dalla prescrizione dei reati affermando la sospensione del suo decorso durante il governo *de facto* sia nella sentenza di primo grado che condanna l'ex-dittatore uruguayano Bordaberry, sia, in ambito spagnolo, nell'*Auto* con cui il giudice Garzón apre la – discussa – causa per i crimini del franchismo, sia infine – seppur con qualche elemento di differenza – nella recente pronuncia del Tribunal Constitucional peruviano sulla *matanza de Accomarca*¹³⁹.

3.1.2. Fenomeni di esportazione della giurisprudenza analizzata: una circolazione sotterranea

Già si è detto come le pronunce delle Corti Supreme latinoamericane circolino ampiamente all'interno di quel continente: non deve d'altra parte stupire che tali organi giudiziari guardino con molta attenzione a quello che fa “il vicino”, alla luce della somiglianza degli illeciti con cui si misurano – gravissimi crimini commessi su larga scala in attuazione di un preciso piano repressivo da parte di regimi dittatoriali – e dei problemi giuridici che devono affrontare.

Ma gli schemi interpretativi elaborati dalle Corti Supreme si diffondono anche al di fuori di tale continente, approdando anche, in direzione ascendente, presso i tribunali penali internazionali e gli organi per la tutela dei diritti umani. Questo movimento non si traduce in realtà in una citazione espressa e specifica delle pronunce delle Corti latinoamericane, ma avviene in modo più sottile e quindi forse più difficilmente percepibile.

In primo luogo, filtrano alcuni *orientamenti* assunti dalla giurisprudenza latinoamericana: si pensi al ruolo che ha avuto la sentenza *Simòn* nell'ampliamento della regola dell'inapplicabilità di disposizioni di amnistia ai responsabili di crimini internazionali, inizialmente sancita dalla CorteIDU limitatamente alle ipotesi di auto-amnistia¹⁴⁰, e poi progressivamente estesa, dalla medesima Corte, a disposizioni

¹³⁹ Rispettivamente, Juzgado de Primera instancia en lo Penal de 7º turno, *Borbaderry*, cit.; Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional de Madrid, *Diligencias Previas Proc. Abreviado 399/2006 V*, *Auto* del 16.10.2008 e Tribunal Constitucional peruviano, *Contreras Roberto*, exp. N. 00218-2009-PHC/TC, 11.11.2010. V. sul punto *supra*, cap. III, par. 2.1.6.

¹⁴⁰ Cfr. CorteIDU, *Barrios Altos*, fondo, 14.03.2001, e *Castillo Páez*, fondo, 3.11.1997.

approvate nel rispetto della procedura legislativa democratica¹⁴¹ e finanche confermate direttamente dalla volontà popolare mediante referendum¹⁴².

Inoltre, oggetto di questa circolazione ascendente si presta ad essere anche il contenuto di quelle sentenze che si sforzano di definire in termini più precisi gli elementi tipici, le relazioni concorsuali ed altri aspetti specifici dei crimini internazionali: si vedano ad esempio, tra le sentenze analizzate, quella del Tribunal Constitucional peruviano sul d. lgs. 1097¹⁴³, che traccia alcune precisazioni sulla struttura tipica dei crimini contro l'umanità, e l'*Acuerdo Plenario* della Corte Suprema peruviana che fissa alcuni criteri interpretativi per il delitto di sparizione forzata¹⁴⁴. Simili pronunce, nelle quali le Corti Supreme utilizzano i loro specifici strumenti interpretativi e l'ampia esperienza maturata nel contesto della loro attività giudicante, offrono un contributo assai utile alla configurazione delle fattispecie penali internazionali che si presta ad essere poi utilizzato, mediante il "filtro" dei principi generali del diritto¹⁴⁵, anche dalle giurisdizioni penali internazionali, di ben più recente creazione¹⁴⁶. Le soluzioni interpretative in questo modo recepite dai tribunali penali internazionali si prestano poi ad essere a loro volta cristallizzate in strumenti normativi, come è avvenuto con lo Statuto di Roma, che ha spesso colto e fatto proprie acquisizioni raggiunte grazie alla giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*.

¹⁴¹ CorteIDU, *Gomes Lund y otros v. Brasil (Guerrilha do Araguaia)*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24.11.2010.

¹⁴² Cfr. CorteIDU, *Gelman v. Uruguay*, fondo y reparaciones, 24.02.2011. VIGANÒ osserva inoltre una crescente influenza della giurisprudenza del continente latinoamericano anche in ambito europeo, e paventa l'importazione in quest'ultimo dell'obbligo di fornire tutela penale alle vittime di violazioni dei diritti sanciti dalla CEDU, portando come esempio di possibile condanna le vicende di Bolzaneto e della scuola Diaz di Genova, pur rilevando poi le differenze di fondo che ancora sussistono tra l'orientamento della CorteIDU e quello della CorteEDU al riguardo: cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., pp. 2645 ss.

¹⁴³ Tribunal Constitucional del Perú, Pleno jurisdiccional, *Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo n° 1097*, exp. n° 0024-2010-PI/TC, 21.03.2011 (cfr. *supra*, cap. III, par. 3.3.1.).

¹⁴⁴ Corte Suprema de la República peruviana, *Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116*, "que fija criterios interpretativos del delito de desaparición forzada de personas", 13.11.2009.

¹⁴⁵ Sull'importanza dei principi generali di diritto quali "useful source for the judicial creativity" o addirittura "magic wand", in modo particolare nell'esperienza dei tribunali *ad hoc*, si veda l'interessante studio di F. RAIMONDO, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts*, Leiden, 2008.

¹⁴⁶ La speciale rilevanza che sempre più la giurisprudenza latinoamericana ed interamericana sta assumendo nella circolazione giurisprudenziale sembra smentire quanto Raimondo rilevava nel 2006: "That international criminal courts and tribunals have not often taken into account the national legal systems of Latin America in order to derive general principles of law" (*ibidem*, p. 182).

Il frutto di questi molteplici e pluridirezionali movimenti di circolazione è una “crescente interdipendenza tra spazi nazionali ed internazionali”¹⁴⁷, la creazione di uno spazio giuridico reticolare ed aperto che sembra sfuggire ad ogni tentativo di sistematizzazione.

3.2. Funzione suppletiva, interpretativa e di legittimazione

Le ragioni che spingono i giudici a guardare all'esterno dei confini nazionali possono essere molteplici, così come diverso è il valore che si attribuisce alla giurisprudenza di volta in volta citata. In termini generali, si possono distinguere una funzione *suppletiva* o *integratrice*, una funzione *interpretativa* ed una funzione *di conferma* o *legittimazione*¹⁴⁸.

La prima funzione si manifesta nei casi in cui il giudice, nell'affrontare un fenomeno criminale o un problema giuridico nuovo, per il quale non esistono regole specifiche né orientamenti giurisprudenziali consolidati, si rivolge a quelle giurisdizioni che già hanno avuto occasione di misurarsi con esso, e che hanno elaborato una soluzione ritenuta valida¹⁴⁹. Si pensi ad esempio alle sentenze di primo grado nei casi *Etchecolatz* e *von Wernich*, che riprendono quasi pedissequamente gli argomenti svolti dall'*Audiencia Nacional* spagnola per qualificare i crimini della dittatura argentina come genocidio¹⁵⁰. Oppure ancora, il voto dissidente del giudice Belluscio nel caso *Arancibia Clavel*, che cita un precedente della Corte di Cassazione

¹⁴⁷ M. DELMAS-MARTY, *Interacciones entre el derecho comparado y el derecho penal internacional*, cit., p. 1.

¹⁴⁸ Questa tripartizione delle possibili funzioni assegnate ai precedenti citati è proposta, nel contesto di un'interessante analisi dell'utilizzo dei “general principles of law” da parte dei Tribunali *ad hoc*, da F. RAIMONDO, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts*, Leiden, 2008, che parla di “gap-filling, interpretative or supplementary function” (p. 173). Analogamente IDEM, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence des Tribunaux ad hoc: une approche fonctionnelle*, in DELMAS-MARTY M., FRONZA E., LAMBERT-ABDELAGAWAD É. (eds.), *Les sources du droit international pénal*, pp. 75-95.

¹⁴⁹ Non stupisce quindi che questa funzione fosse specialmente presente nella prima giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*, che potevano contare su un *corpus* normativo proprio ancora allo stato rudimentale: cfr. F. RAIMONDO, *General Principles of Law, Judicial Creativity and the Development of International Criminal Law*, in S. DARCY, J. POWDERLY (eds.), *Judicial creativity at the international criminal tribunals*, Oxford, 2010, p. 46.

¹⁵⁰ V. *supra*, cap. III, par. 2.2.1.

francese che aveva motivato il rifiuto dell'applicazione retroattiva di strumenti internazionali¹⁵¹.

Nelle pronunce straniere si individuano talvolta soluzioni diverse ad un problema che nei precedenti interni era stato risolto in modo differente, al fine di valutare l'opportunità di un *overruling*. Ad esempio, il giudice Petracchi nel proprio voto concorrente nel caso *Simón*, dichiara di aderire alla dottrina *Barrios Altos* elaborata dalla CorteIDU e di discostarsi quindi dal proprio precedente voto nel caso *Priebke* nel quale aveva assunto una posizione esattamente opposta¹⁵². In entrambe tali ipotesi la giurisprudenza straniera viene utilizzata come vera e propria "cassetta delle idee"¹⁵³ da cui il giudice attinge per risolvere casi nuovi o rispetto ai quali è maturata una sensibilità e una visione nuova.

Una seconda funzione, più propriamente *interpretativa*, viene svolta dai precedenti stranieri citati per fornire la definizione di una fattispecie o di suoi singoli elementi tipici. Alla giurisprudenza della CorteIDU viene spesso dichiaratamente assegnata la funzione di criterio di interpretazione¹⁵⁴, poiché proviene dall'organo funzionalmente preposto all'interpretazione ed applicazione della CADU, di cui praticamente tutti gli Stati latinoamericani sono parte: tale visione appare più corretta di quella che pretende di assegnare a tale giurisprudenza carattere direttamente vincolante a prescindere dall'estraneità dello Stato dal processo dinanzi alla CADU¹⁵⁵.

In altre occasioni, le sentenze straniere vengono citate semplicemente a supporto di un argomento sviluppato autonomamente dall'organo giudicante, con la pretesa di rafforzarne in questo modo l'autorità. La funzione assegnata ai precedenti stranieri in tali ipotesi è dunque *autoritativa* o *di conferma*: si cerca per così dire di assorbire l'autorevolezza riconosciuta alle giurisdizioni straniere citate, che

¹⁵¹ CSJN argentina, *Arancibia Clavel, Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros* - causa n° 259, sentenza del 24.08.2004, voto dissidente del giudice Belluscio, punto 17.

¹⁵² V. *supra*, cap. II, par. 2.1.1.

¹⁵³ Così ALLARD J., GARAPON A., *La mondializzazione dei giudici*, cit., p. 19.

¹⁵⁴ Cfr. ad es. Corte Costituzionale colombiana, C-010/00 del 19.01.2000, che la definisce una "pauta relevante para la interpretación". Si rimanda a cap. III, par. 2.1.2.1.

¹⁵⁵ V. *infra*, par. 3.4.

condividono un medesimo argomento o una medesima soluzione interpretativa già individuata dall'organo giudicante¹⁵⁶.

Non di rado, infine, le pronunce di tribunali stranieri e soprattutto internazionali vengono richiamate dalle Corti Supreme latinoamericane al fine di dimostrare l'esistenza di una consuetudine internazionale in merito ad una determinata fattispecie o ad uno specifico profilo di disciplina¹⁵⁷: lo dichiara espressamente la sentenza della Corte Suprema cilena nel caso *Vásquez Martínez y Superby Jeldres*¹⁵⁸. In queste ipotesi le sentenze straniere sono solo uno strumento tra i tanti citati a sostegno dell'esistenza di una norma consuetudinaria.

Naturalmente, queste tre differenti funzioni non sono sempre distinguibili in modo nitido, poiché spesso si sovrappongono¹⁵⁹.

3.3. *La jurisprudential cross-fertilization nel diritto penale internazionale*

Lo sviluppo di questo movimento circolare ha portato all'emersione di un fenomeno di *jurisprudential cross-fertilization*¹⁶⁰, grazie al quale la giurisprudenza di

¹⁵⁶ Questa funzione sarebbe dunque di "légitimation a posteriori": M. DELMAS-MARTY, *La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international*, in *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, n. 1, 2003, p. 3.

¹⁵⁷ E. FRONZA, *Derechos Humanos y Crímenes Internacionales. Observaciones sobre el Párrafo 3 del Artículo 21 del Estatuto De Roma*, in AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Vol. II*, cit., p. 239. Lo rileva anche M. DELMAS-MARTY, *La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international*, cit., p. 3. CASSESE avvalsa questa prassi: "both customary rules and principles may normally be drawn or inferred from judicial decisions" (A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 17).

¹⁵⁸ Corte Suprema cilena, Sala Penal, *caso Molco (Vásquez Martínez y Superby Jeldres)*, rol n. 559-2004, 13.12.2006, parr. 18-20.

¹⁵⁹ F. RAIMONDO, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Court*, cit., p. 173.

¹⁶⁰ Utilizzano quest'espressione, tra gli altri, J. DONDÉ MATUTE, *El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlin-Montevideo, 2010, p. 264, e A. GIL GIL, *La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena. Ejemplificación en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su cita por otros tribunales*, in *Revista de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires, Número Extraordinario 2011, in corso di pubblicazione. Anche il giudice Caçado Trindade della CorteIDU la riconosce espressamente nel suo voto separato nel caso *Almonacid Arellano* (cit.): "En muestra de jurisprudential cross-fertilization, la Corte evoca la jurisprudencia constante del Tribunal Penal Internacional ad hoc para la Ex-Yugoslavia (TPIY, Trial Chamber)" (§ 27 del suo voto razonado). Parla di judicial cross-fertilization, con un significato analogo, W.W.

vari paesi e di vari livelli si influenza vicendevolmente, contribuendo ad un progressivo avvicinamento di *tutte* le giurisdizioni rispetto all'interpretazione e alla risoluzione di determinati crimini.

Questo fenomeno di *ibridazione*¹⁶¹ del diritto non riguarda solo il diritto penale internazionale, ma trova in questo settore un luogo privilegiato di gestazione e sviluppo principalmente a causa di due ragioni. In primo luogo, le giurisdizioni penali internazionali nelle quali questa materia ha mosso i primi passi, come si è ricordato, sono sorte in assenza di un potere legislativo di riferimento, ed operano sulla base di Statuti piuttosto scarni sia nella parte generale sia nella definizione tipica delle singole fattispecie¹⁶². Questo stato rudimentale del diritto penale internazionale ha indotto i giudici dei tribunali *ad hoc* e, anche se in termini diversi, quelli della CPI, ad avvalersi delle regole e delle interpretazioni elaborate dalle Corti nazionali, sulla base di un movimento di natura ascendente. Un passaggio della sentenza del TPIY nel caso *Kupreskic* offre un'interessante conferma di questa visione:

“The Tribunal’s need to draw upon judicial decisions is only to be expected, due to the fact that both substantive and procedural criminal law is still at a rudimentary stage in international law. [...] In particular, there exist relatively few treaty provisions on the matter. By contrast, especially after World War II, a copious amount of case law has developed on international crimes. Again, this is a fully understandable development: it was difficult for international law-makers to reconcile very diverse and often conflicting national traditions in the area of criminal law and procedure by adopting general rules capable of duly taking into account those traditions. By contrast, general principles may gradually crystallize

BURKE-WHITE, *A Community of Courts: toward a System of International Criminal Law Enforcement*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 24, n. 1, 2002, pp. 63 ss.

¹⁶¹ E. FRONZA, *Introduction*, in DELMAS-MARTY M., FRONZA E., LAMBERT-ABDELAGAWAD É. (eds.), *Les sources du droit international pénal*, cit., p. 21, e M. DELMAS-MARTY, *La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international*, cit., p. 6. Quest'ultima descrive l'ibridazione come quel fenomeno che, lungi dal limitarsi ad una giustapposizione di elementi o di sistemi, svolge su di essi un lavoro di composizione che ne cerchi una sintesi, un equilibrio (*ibidem*), precisando che il criterio discretivo rispetto all'*armonizzazione* è che, mentre quest'ultima si limita a promuovere un avvicinamento dei diversi sistemi intorno a dei principi comuni, ammettendo l'esistenza di differenze tra di essi, l'*ibridazione* intende fondarsi su quei principi elaborare delle regole internazionali comuni (ivi, p. 9).

¹⁶² Questi difetti di determinazione, come si è detto, sono stati almeno in parte corretti in sede di redazione dello Statuto di Roma, che ha compiuto dei significativi passi avanti nella definizione delle singole fattispecie e dei principi generali (oltre che delle regole processuali).

*through their incorporation and elaboration in a series of judicial decisions delivered by either international or national courts dealing with specific cases. This being so, it is only logical that international courts should rely heavily on such jurisprudence*¹⁶³.

Questa pronuncia svolge inoltre alcune interessanti considerazioni sul valore giuridico da attribuire al *corpus* giurisprudenziale così individuato: innanzitutto, precisa che le sentenze di altri tribunali, nazionali o internazionali, che vengano eventualmente citate per ricavarne l'esistenza di un determinato principio generale del diritto, fungono unicamente da *mezzi sussidiari* di interpretazione, e non da *fonte normativa* propriamente intesa. Inoltre, chiarisce che se la giurisprudenza dei tribunali nazionali si basa sull'applicazione *diretta* di norme internazionali – che sono le stesse su cui può contare il tribunale *ad hoc* –, potrà essere pienamente considerata da quest'ultimo; il suo peso diminuirà invece quando essa si fonda sulla legislazione nazionale¹⁶⁴.

¹⁶³ TPIY, *Kupreskic*, sala II, IT-95-16, 14.01.2000 (cap. 4: The Importance the International Tribunal can Attach to Case Law in its Findings of Law, § 537). Enfasi aggiunta.

¹⁶⁴ “538. The value to be assigned to judicial precedents to a very large extent depends on and is closely bound up with the legal nature of the Tribunal [...] 540. Being international in nature and applying international law principaliter, the Tribunal cannot but rely upon the well-established sources of international law and, within this framework, upon judicial decisions. What value should be given to such decisions? *The Trial Chamber holds the view that they should only be used as a “subsidiary means for the determination of rules of law”.* [...] *Clearly, judicial precedent is not a distinct source of law in international criminal adjudication.* The Tribunal is not bound by precedents established by other international criminal courts such as the Nuremberg or Tokyo Tribunals, let alone by cases brought before national courts adjudicating international crimes. Similarly, the Tribunal cannot rely on a set of cases, let alone on a single precedent, as sufficient to establish a principle of law: *the authority of precedents (auctoritas rerum similiter judicatarum) can only consist in evincing the possible existence of an international rule. More specifically, precedents may constitute evidence of a customary rule in that they are indicative of the existence of opinio iuris sive necessitatis and international practice on a certain matter, or else they may be indicative of the emergence of a general principle of international law. Alternatively, precedents may bear persuasive authority concerning the existence of a rule or principle, i.e. they may persuade the Tribunal that the decision taken on a prior occasion propounded the correct interpretation of existing law. Plainly, in this case prior judicial decisions may persuade the court that they took the correct approach, but they do not compel this conclusion by the sheer force of their precedential weight. Thus, it can be said that the Justinian maxim whereby courts must adjudicate on the strength of the law, not of cases (non exemplis, sed legibus iudicandum est) also applies to the Tribunal as to other international criminal courts. 541. As noted above, judicial decisions may prove to be of invaluable importance for the determination of existing law. Here again attention should however be drawn to the need to distinguish between various categories of decisions and consequently to the weight they may be given for the purpose of finding an international rule or principle. [...] In many instances no less value may be given to decisions on international crimes delivered by national courts operating pursuant to the 1948 Genocide Convention, or the 1949 Geneva Conventions or the 1977 Protocols or similar international treaties. In these instances the international framework on the basis of which the national court operates and the fact that in essence the court applies international substantive law,*

Ma l'interazione giurisprudenziale nel diritto penale internazionale costituisce altresì una modalità essenziale per il coordinamento di tale settore giuridico con quello della tutela internazionale dei diritti umani, che come abbiamo visto coopera ed in parte converge con esso. Da questo punto di vista si può osservare una circolazione bidirezionale tra le Corti regionali di tutela dei diritti umani e la CPI e gli altri tribunali penali internazionali. La CPI cita con frequenza precedenti delle Corti IDU¹⁶⁵ ed EDU¹⁶⁶, per mezzo della clausola di ricezione di cui all'art. 21 comma 3 dello Statuto¹⁶⁷, sia con riferimento ad aspetti processuali che rispetto a temi di diritto penale sostanziale; ma anche altri tribunali penali internazionali – o misti – fanno riferimento a tale giurisprudenza¹⁶⁸. Viceversa, le Corti regionali, nel misurarsi con fatti qualificabili come crimini internazionali, spesso ricorrono alle

may lend great weight to rulings of such courts. Conversely, depending upon the circumstances of each case, generally speaking decisions of national courts on war crimes or crimes against humanity delivered on the basis of national legislation would carry relatively less weight" (Ivi, §§ 538, 540-1. Corsivo aggiunto).

¹⁶⁵ Si vedano ad es. ICC, PTC I, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, judge Steiner, *Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, ICC-01/04-01/07-474, 13.05.2008; ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, *Decision on victims' participation*, 18.01.2008. In entrambi i casi le sentenze della Corte IDU sono citate a supporto del riconoscimento in capo alle vittime di ampi diritti di partecipazione nel procedimento avanti la CPI.

¹⁶⁶ Dalla giurisprudenza della Corte IDU vengono solitamente mutuati principi e standard di natura processuale: si veda ad es. CPI, *Lubanga Dyilo*, AC, ICC-01/04-01/06-824, *Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo"*, 13.02.2007, § 124, 126; CPI, *Al-Bashir*, PTC I, ICC-02/05-01/09-3, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 04.03.2009, § 32.

¹⁶⁷ Descrive le differenti modalità con cui si è fatto ricorso a questa disposizione quale clausola di apertura, portandone esemplificazioni concrete, E. FRONZA, *Derechos Humanos y Crímenes Internacionales. Observaciones sobre el Párrafo 3 del Artículo 21 del Estatuto De Roma*, cit., pp. 229-248. L'Autrice conclude affermando che l'art. 21 co. 3 StCPI dovrebbe essere utilizzato quale strumento per assicurare la conformità del sistema della CPI agli *standard* imposti dal diritto internazionale dei diritti umani, ma non, come è accaduto, per creare nuovi diritti o ampliare i poteri della Corte stessa.

¹⁶⁸ Ad esempio, la sentenza delle ECCC nel caso *Duch* (TC, judgment, 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26.07.2010) cita precedenti della Corte EDU in relazione alla definizione della nozione di crimini contro l'umanità (§ 292) oltre che dei *fair trial standards* (§ 498). Del medesimo tribunale, la *Decision on Appeals against the Closing Order* nel caso *Nuon Chea, Ieng Thirith*, del 15.02.2011 mutua dalla giurisprudenza della Corte EDU la distinzione tra concezione della legalità secondo il diritto interno e secondo il diritto internazionale: cfr. A. GIL GIL, *La fertilización cruzada*, cit., p. 6 del manoscritto. La giurisprudenza europea è stata citata anche dalla SCSL (ad es. *Normann, Decision on Preliminary motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)*, AC, 31.05.2004, § 25), e dal TPIY (ad es. *Multinovic et al., Decision on Ojdic's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise*, AC, 21.05. § 37). Il TPIR si è rivolto ai precedenti della Corte EDU in materia di libertà di espressione per cercare *standard* e limiti da applicare ai casi di *hate speech*: cfr. W. SCHABAS, *Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights*, in *JICJ*, n. 9, 2011, p. 623.

pronunce dei Tribunali *ad hoc*¹⁶⁹ per trarne indicazioni sulla struttura tipica del crimine o su suoi specifici aspetti. Il risultato complessivo di queste molteplici interazioni, pur nella specificità che contraddistingue ciascuna di queste giurisdizioni rispetto alle altre, assume la forma di una “sinergia”¹⁷⁰ tra i tribunali penali internazionali e gli organi di tutela dei diritti umani.

In conclusione, il fenomeno di *jurisprudential cross-fertilization* assume un valore costruttivo speciale nella sfera del diritto penale internazionale, contribuendo al miglioramento della qualità delle decisioni giudiziarie e alla progressiva armonizzazione sia tra le diverse branche del diritto internazionale – penale internazionale e tutela dei diritti umani –, sia tra il livello internazionale e quello interno.

3.4. I “lati oscuri” dell’interazione giudiziale

Tuttavia, gli aspetti indubbiamente positivi di questo fenomeno nascondono talora alcuni “lati oscuri”, che si traducono in un utilizzo consapevolmente errato o strumentale delle pronunce citate, oppure nell’involontaria commissione di errori nella loro ricezione.

Il problema è che la circolazione giurisprudenziale, che come abbiamo visto è assolutamente *informale* – nel senso di libera da vincoli formalizzati –, non sempre si fonda su premesse e metodi del tutto corretti. Essa può infatti avvenire sulla base di quello che è stato definito uno *shotgun approach*¹⁷¹, vale a dire facendo ricorso ad una pluralità di fonti – normative e giurisprudenziali – differenti al fine di spiegare un determinato concetto o principio, senza tuttavia soffermarsi ad analizzare la specifica accezione che esso assume negli strumenti o nelle pronunce di

¹⁶⁹ Meno frequente è l’apparizione di citazioni della giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* nelle pronunce della Corte EDU: cfr. Corte EDU, *Al-Adsani v. The United Kingdom*, App. N., 35763/97, 21.11.2001 (§§ 30-31) e *M.C. v. Bulgaria*, App. n. 39272/98, 04.12.2003 (§§ 102-107).

¹⁷⁰ W. SCHABAS, *Synergy or Fragmentation?*, cit., p. 632.

¹⁷¹ Utilizza questo termine, riferendosi in particolare al metodo con cui la CPI importa soluzioni ed interpretazioni mediante la clausola di cui all’art. 21 co. 3 StCPI, D. SHEPPARD, *The International Criminal Court and “Internationally Recognized Human Rights”: Understanding Article 21(3) of the Rome Statute*, in *ICLR*, N. 10, 2010, p. 49. Il termine descrive la prassi per cui “the Court identifies as many concurrent sources as possible for the proposition [aggiungiamo noi: inclusa la giurisprudenza di altre giurisdizioni] and then conclude that the right is internationally recognized” (*ibidem*).

riferimento¹⁷². Si finisce così per ignorare le differenze, talora significative, che esistono tra un sistema di tutela e l'altro (ad esempio tra organi interamericani e CorteEDU), e che possono talora incidere in modo significativo sul modo in cui un determinato concetto viene ivi inteso. Simili citazioni, condotte a *random* e forse un po' superficialmente¹⁷³, rischiano di minare la bontà e l'utilità del meccanismo di *cross-fertilization*. L'assenza di vincoli formali nel criterio selettivo delle pronunce da citare e dei sistemi da prendere a riferimento può infatti condurre a compiere scelte arbitrarie e trasformarsi in un "fattore scatenante incoerenza e confusione sistematica"¹⁷⁴.

Inoltre, lo sviluppo di questo movimento informale provoca una certa confusione sui reali limiti del valore vincolante che hanno le pronunce di alcuni organi: particolarmente emblematici in tal senso sono i numerosissimi richiami che le Corti Supreme latinoamericane fanno ai precedenti della CorteIDU, affermando di esserne *vincolati* in quanto istituzioni di uno Stato che è parte della CADU. Quest'efficacia vincolante estesa a tutti gli Stati, affermata anche dalla stessa CorteIDU in base alla c.d. *doctrina del control de convencionalidad*¹⁷⁵, risulta in realtà contraddetta dal dettato della CADU¹⁷⁶, che assegna espressamente efficacia

¹⁷² GIL GIL descrive questa prassi come "uso selectivo, según el esquema interpretativo que se quiera apoyar": A. GIL GIL, *La fertilización cruzada*, cit., p. 3 del manoscritto. L'Autrice cita come esempio di questa "cattiva" *cross-fertilization* una pronuncia delle ECCC (*Decision on Appeals against the Closing Order* nel caso *Nuon Chea, Ieng Thirith*, del 15.02.2011, nota 215), che ricorre alla giurisprudenza della CorteEDU per argomentare il differente *standard* che il principio di legalità impone in relazione ai crimini internazionali (rispetto all'accezione del principio nel diritto interno), citando indifferentemente casi in cui si applicano schemi interpretivi e soluzioni assai diverse tra loro (p. 10 del manoscritto). FRONZA, analizzando i fenomeni di interazione tra CPI e organi regionali di tutela dei diritti umani, rileva come la prima spesso cita, in relazione agli *standard* probatori, molte decisioni delle Corti regionali che solo apparentemente adottano il medesimo *standard*, ma che in realtà affermano soluzioni diverse: E. FRONZA, *Derechos Humanos y Crímenes Internacionales*, cit., p. 243, nota 38.

¹⁷³ In alcune occasioni le imprecisioni nel riportare le pronunce sembrano invece frutto di una deliberata scelta volta ad renderli per così dire più adatti a ciò che si vuole dimostrare: GIL GIL riporta l'esempio della sentenza della CorteIDU nel caso *Gelman v. Uruguay*, che estrapola alcune frasi da una sentenza della CorteEDU, decontestualizzandole e addirittura modificando l'espressione "the granting of an amnesty or pardon *should not* be permissible" nel ben più deciso "no se *debe* permitir..." (A. GIL GIL, *La fertilización cruzada*, cit., p. 9 del manoscritto).

¹⁷⁴ A. LOLLINI, *La circolazione degli argomenti*, cit., p. 484.

¹⁷⁵ Secondo tale dottrina, descritta dalla CorteIDU nella sentenza *Almonacid Arellano v. Chile*, cit., i tribunali degli Stati parte della CADU devono controllare che siano rispettati "no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (§ 124).

¹⁷⁶ Art. 68 CADU.

vincolante alle pronunce della Corte limitatamente al concreto caso che ha dato origine al procedimento e allo Stato che vi abbia preso parte¹⁷⁷.

Ma gli errori in cui incorrono gli autori dell'importazione di sentenze straniere possono cadere anche sulla portata per così dire interna della pronuncia citata. Così, ad esempio, la c.d. “dottrina *Barrios Altos*”, elaborata dalla CorteIDU in un procedimento contro il Perù, si è imposta anche al di fuori di tale Stato, fungendo anzi da argomento cruciale per la dichiarazione di incostituzionalità delle leggi argentine di *Obediencia debida* e *Punto final*¹⁷⁸. Abbiamo già visto nel capitolo precedente come l'acritica ricezione di quella dottrina da parte della CSJN argentina sia suscettibile di critiche, poiché assimila leggi – quelle argentine e quelle peruviane – profondamente diverse tra loro quanto a funzione, *ratio* e soprattutto modalità di approvazione. A ciò si può aggiungere che la contrarietà di *qualsiasi* disposizione di amnistia rispetto alla CADU, che molti tribunali nazionali hanno poi preteso di ricavare dalla sentenza della CorteIDU nel caso *Barrios Altos*, si trova in realtà espressa in un *obiter dictum*, e neppure in termini così chiari¹⁷⁹. Sembra insomma che i richiami effettuati dalla CSJN argentina e da altri tribunali latinoamericani alla sentenza *Barrios Altos* le abbiano in realtà fatto dire molto più di quanto essa intendeva.

Infine, questo fenomeno circolatorio può in certi casi riprodurre ed amplificare errori di interpretazione e valutazione commessi da altri tribunali in relazione alle fonti normative prese a riferimento¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Cfr. anche l'analisi critica che di questa espansione del valore vincolante della giurisprudenza della CorteIDU svolge E. MALARINO, *Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales*, in AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Vol. II, pp. 421 ss. Un'opinione più favorevole esprime invece R. GARCÍA FALCONÍ, *Límites y alcances de la privación de libertad de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ibidem, pp. 283 ss.

¹⁷⁸ CSJN argentina, *Simón*, cit.

¹⁷⁹ Come rileva P. PARENTI, *La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, pp. 213-4.

¹⁸⁰ A ciò contribuisce il fatto che “en numerosas ocasiones las citas incorrectas son reproducidas en ulteriores sentencias del mismo u otro tribunal con una deficiente técnica de corta y pega” (A. GIL GIL, *La fertilización cruzada*, cit., p. 3 del manuscritto).

3.5. *Le Corti Supreme quali artefici dell'armonizzazione*

“Para protegernos contra el desorden de los sistemas no armonizados y contra el orden totalitario de un sistema perfectamente completo y coherente, nos decantamos por una armonización imperfecta inspirada en un modelo pluralista con tendencia legal hacia el legalismo y el humanismo”¹⁸¹.

A questo ruolo pioneristico della giurisprudenza latinoamericana se ne affianca un altro, che contribuisce a spiegarne la centralità, specificamente, nel consolidamento delle fattispecie penali internazionali.

Abbiamo visto come la definizione e la struttura tipica di tali crimini siano “a geometria variabile, ma a vocazione universale”¹⁸², poiché, pur potendo parlare di una unica fattispecie di “genocidio” o di “crimine contro l’umanità”, permangono alcune difformità, anche significative, nella loro descrizione a livello di legislazione nazionale. All’interno di questo quadro frammentario, l’apporto giurisprudenziale delle Corti Supreme cerca spesso di recuperare – com’è emerso dall’analisi svolta – una corrispondenza il più possibile stretta tra la norma incriminatrice nazionale e la sua definizione secondo le norme internazionali, contribuendo a mitigare le disomogeneità esistenti a livello locale.

In questo modo, le Corti Supreme operano come dei veri e propri *artefici* del processo di armonizzazione delle fattispecie penali internazionali: il loro apporto interpretativo si trasforma in elemento unificante che, mitigando le difformità che ancora permangono a livello locale, favorisce l’avvicinamento dei vari ordinamenti nella comune persecuzione e sanzione dei crimini internazionali su scala mondiale.

Al tempo stesso, quelle pronunce – di legittimità costituzionale – che, al contrario, convalidano scelte legislative che si discostano dalla definizione normativa del crimine adottata dalle fonti internazionali¹⁸³, lungi dal contrastare questa

¹⁸¹ M. DELMAS-MARTY, *Evaluación crítica de las prácticas en relación a los modelos*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (eds.), *Los caminos de la armonización penal*, cit., p. 563.

¹⁸² E. FRONZA, *La réception des crimes contre l’humanité en droit interne*, in M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA, L. NEYRET, *Les crimes contre l’humanité*, Paris, 2009, p. 78. Cfr. *supra*, cap. II.

¹⁸³ Pensiamo ad esempio alla sentenza della Corte Constitucional guatemalteca che fa salva la disposizione che tipizza il genocidio, anche se non prevede i gruppi razziali tra quelli tutelati (Corte de Constitucionalidad guatemalteca, exp. 2242-2010, *Recurso por inconstitucionalidad parcial de ley de*

progressiva armonizzazione delle norme che tipizzano i crimini internazionali, in realtà ne confermano la natura aperta e dialogica. Esse dimostrano insomma che il diritto penale internazionale è frutto della convergenza e della cooperazione tra diverse fonti e diverse istanze, sulla base di un *modello di armonizzazione misto*, che non pretende di imporre un'unificazione¹⁸⁴, ma si ispira ad un ideale *pluralista*.

Questo movimento armonizzatore coniuga la tensione verso un progressivo avvicinamento dei sistemi con il rispetto di un margine di apprezzamento nazionale concesso dagli strumenti pattizi e arricchito dal principio di complementarità adottato dallo Statuto della Corte Penale Internazionale¹⁸⁵. La “polifonia”¹⁸⁶ continua dunque a caratterizzare questo settore del diritto, mentre il suo carattere intrinsecamente dinamico si traduce in un’“approssimazione graduale” dei sistemi¹⁸⁷.

In questo movimento interattivo si inseriscono, come attori di primo piano, le Corti Supreme latinoamericane, che spesso fungono da ago della bilancia tra pulsione verso l'avvicinamento e rispetto del pluralismo, contribuendo in tal modo alla creazione dello *spazio* della giustizia penale internazionale come spazio *complesso*¹⁸⁸, reticolare, regolato da un innovativo modello – per riprendere la felice espressione di DELMAS-MARTY – di *pluralismo ordinato*¹⁸⁹.

carácter general por omisión nueva, 22.02.2011); oppure alla dichiarazione di conformità alla Costituzione della disposizione colombiana che, nel tipizzare il genocidio, inserisce tra i gruppi protetti anche quelli politici (C. Const. colombiana, C-177/01, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322ª (parcial) del Código Penal*, 14.02.2001). V. *supra*, cap. III, rispettivamente parr. 3.7 e 2.2.3.

¹⁸⁴ “Dialogue is prized over uniformity; debate and reasoned divergence over adherence” (A.-M. SLAUGHTER, *op. cit.*, p. 103).

¹⁸⁵ FRONZA e MALARINO parlano di “effetto armonizzatore” dello Statuto di Roma: FRONZA E., MALARINO E., *El efecto armonizador del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (cur.), *Los caminos de la armonización penal*, cit., pp. 79-96.

¹⁸⁶ Espressione di M. DELMAS-MARTY, *Los procesos de interacción*, ibidem, p. 528.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 538.

¹⁸⁸ M. Delmas-Marty, *Los modelos de armonización*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (eds.), *Los caminos de la armonización penal*, cit., p. 547. L'Autrice afferma che questo nuovo concetto (post-moderno) di “spazio” giuridico sostituisce l'idea (moderna) di *sistema* penale quale entità chiusa, completa e coerente. Tale trasformazione richiede un mutamento epistemologico che interessa la concezione stessa del diritto penale: si deve ammettere che esso sta diventando, a causa appunto dei molteplici fenomeni di armonizzazione, uno spazio complesso, e di conseguenza incoerente ed incompleto, quantomeno in questa prima fase transitoria (ivi, pp. 547-9).

¹⁸⁹ M. DELMAS-MARTY, *Los modelos de armonización*, cit., p. 549. Si tratta della “scommessa del *flo*” che percorre tutto l'originale pensiero di quest'Autrice: esso consiste essenzialmente nell’“ordinare il molteplice senza ridurlo all'unità, all'ordine unico”, e trova nella dimensione dei diritti dell'uomo una delle più vivide espressioni: cfr. DELMAS-MARTY M., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992, p. 6.

Le due macro-tendenze che abbiamo individuato nella giurisprudenza di queste Corti, quando si misurano con la definizione delle fattispecie penali internazionali, sembrano riflettere appieno i due approcci che DELMAS-MARTY individua come vie percorribili per trasformare questo spazio *in fieri* in un vero e proprio ordinamento giuridico, mediante il recupero di alcuni strumenti di coerenza e completezza e il loro inserimento nella nuova dimensione plurale e complessa. Più precisamente, la tendenza espansiva – che dalla nostra analisi è risultata prevalente – ci sembra corrispondere all’approccio *umanista*, che cerca di “ridurre le discontinuità settoriali mediante giochi di interpretazione incrociata, che permettono di incorporare all’interpretazione penale i valori adottati dagli strumenti di protezione dei diritti fondamentali, ma non garantisce la completezza formale del sistema”¹⁹⁰; al contrario, la tendenza riduttiva, nel recuperare principi del diritto penale *moderno*, quali quello di offensività e sussidiarietà – naturalmente riferiti alla specifica sfera del penal-internazionalmente rilevante –, può essere ascritta all’approccio *legalista*, che tende a migliorare la completezza ma non risolve “le incoerenze legate alle contraddizioni”¹⁹¹.

La coesistenza di questi due approcci nelle tendenze giurisprudenziali manifestate dalle Corti Supreme latinoamericane ripropone dunque in forma tangibile la difficoltà che presenta la loro combinazione ai fini della conformazione di un *ordinamento* penale internazionale, e costituisce la cifra distintiva del movimento di armonizzazione che percorre questa sfera del diritto¹⁹², e del quale le Corti Supreme latinoamericane dimostrano di essere attori ed artefici¹⁹³.

Infine, si può rilevare, a livello di semplice considerazione – che meriterebbe di essere approfondita e che soprattutto deve attendere gli sviluppi futuri per trovare

¹⁹⁰ *Ibidem.*

¹⁹¹ *Ibidem.*

¹⁹² Naturalmente, il diritto penale internazionale non è l’unico settore in cui si manifesta tale processo di armonizzazione: quest’ultimo interessa infatti una pluralità di temi e ambiti diversi (dalla lotta contro la corruzione, al terrorismo, alle materie in cui interviene la legislazione dell’Unione Europea), e assume forme differenti in corrispondenza di ciascuno di essi: per un panorama ampio si vedano i vari contributi in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (eds.), *Los caminos de la armonización penal*, cit., *passim*.

¹⁹³ All’esito della nostra ricerca, riconosciamo insomma uno specifico ruolo di attori dell’armonizzazione a questi organi giudiziari, che si affiancano così ai legislatori nazionali (sul contributo di questi ultimi, cfr. E. FRONZA, E. MALARINO, *El efecto armonizador del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (cur.), *Los caminos de la armonización penal*, cit., pp. 79-96).

conferma –, come pure questo modello di armonizzazione si caratterizzi per un'intrinseca ambivalenza. Ancora una volta – e riprendiamo a questo punto un'idea ricorrente nell'intero nostro lavoro –, le ripercussioni positive o negative che esso può provocare dipendono in gran misura dagli effetti *in bonam* o *in malam partem* – e quindi riduttivi o espansivi dell'area dell'intervento penale – provocati dalle pronunce e dagli argomenti oggetto di circolazione. Se infatti un movimento armonizzatore sembra positivo e auspicabile, in termini generali, alla luce dei motivi poc'anzi esposti, esso può comportare esiti illiberali e pericolosi quando risultino predominanti nella circolazione gli orientamenti espansivi o “neo-punitivisti” che, come visto, abbondano nella giurisprudenza degli organi interamericani e in molti tribunali nazionali del continente latinoamericano. Simili orientamenti, infatti, si prestano a scontrarsi con elementi e principi propri della cultura giuridica di un determinato paese: oltre alle antinomie rispetto al principio di legalità nella sua concezione di tradizione continentale – di cui si è detto ampiamente –, pensiamo ad esempio all'inevitabile frizione che essi generano con eventuali meccanismi alternativi o tradizionali di risoluzione dei conflitti, di natura non penale, sulla cui compatibilità con il presunto obbligo di persecuzione e sanzione esiste tuttora un dibattito acceso¹⁹⁴. Anche da questo di vista, sembra necessario ricordare l'importanza di rispettare certe soluzioni e peculiarità locali, che la prorompente diffusione di un certo modello di giustizia penale internazionale sembra invece rifiutare o, quantomeno, deliberatamente trascurare.

In altri termini, la pulsione verso l'armonizzazione di questa sfera del diritto non deve far perdere di vista *quale modello* di giustizia si sta realmente diffondendo grazie a questo movimento, ma deve essere accompagnata da un'indagine profonda sul suo contenuto, sulla sua *ratio* e sull'ideologia che gli fa da sfondo, sugli effetti che esso direttamente e indirettamente produce. Il fatto che si stia affermando un determinato modello non significa che esso sia necessariamente e sempre migliore rispetto a soluzioni differenti di carattere locale. Ancora una volta, insomma, la dinamica tra “universalismo e particolarismo”¹⁹⁵ nella giustizia penale internazionale

¹⁹⁴ Si vedano ad esempio le interessanti considerazioni svolte da P.D. EIROA, *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Buenos Aires, 2009.

¹⁹⁵ Per riprendere i termini usati da P. GROSSI: *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli, 2011.

sembra fondata su un delicato gioco di equilibri e sulla necessaria considerazione della *ratio* profonda che anima ciascuno dei modelli prescelti.

3.6. Verso una mondializzazione dei giudici

A conclusione delle riflessioni svolte, si può dedicare un rapido cenno a quello che si palesa come uno degli effetti a medio e lungo termine dell'impatto che la giurisprudenza analizzata esercita a livello trans- ed inter-nazionale.

Le dinamiche di circolazione della giurisprudenza – delle decisioni e degli argomenti da essa elaborati –, il fenomeno di *jurisprudential cross-fertilization* che ne consegue, il ruolo sempre più centrale che gli organi giudiziari stanno assumendo nella conformazione del diritto, hanno indotto alcuni autori a prospettare una progressiva “mondializzazione dei giudici”¹⁹⁶.

Questo fenomeno, che si traduce nell'abbattimento dei confini tra i vari ordini giudiziari nazionali e gli organi internazionali, determina una progressiva emancipazione di questi rispetto agli altri poteri dello Stato e la formazione di un ordine autonomo di portata, appunto mondiale¹⁹⁷.

Il carattere *informale* della circolazione dei precedenti, la sua dipendenza dal valore *persuasivo* e non vincolante e la sua pluridirezionalità hanno condotto all'emersione non di un ordine gerarchicamente strutturato – al cui vertice stia ad esempio la Corte Penale Internazionale –, ma di un sistema ben più complesso, di natura *reticolare*, composto da molteplici *networks* verticali ed orizzontali, di giudici

¹⁹⁶ J. ALLARD, A. GARAPON, *La mondializzazione dei giudici*, cit., *passim*.

¹⁹⁷ Alle radici di tale fenomeno starebbe la crescente *disgregazione* dello Stato – secondo l'immagine “vagamente frankensteiniana” suggerita da SLAUGHTER – la quale ha portato alla dissoluzione dell'immagine irrealistica di uno Stato unitario che agisce a livello internazionale, riconoscendo invece che, così come all'interno dei confini nazionali esiste una divisione di poteri e compiti tra le diverse istituzioni, così avviene anche oltre tali confini L'Autrice lo definisce come “simply the rising need for and capacity of different domestic government institutions to engage activities beyond their borders, often with their foreign counterparts”: A.-M. SLAUGHTER, *op. cit.*, p. 12. Ciascuno dei poteri statali ha insomma iniziato ad interagire con i suoi omologhi di altri ordinamenti o dell'ordinamento internazionale, contribuendo in questo modo alla formazione di un *nuovo ordine mondiale* corrispondente appunto a quel potere.

nazionali ed internazionali¹⁹⁸, ispirato a quell'idea di *pluralismo ordinato* sviluppata da DELMAS-MARTY¹⁹⁹.

Il prodotto di tale fenomeno è dunque una “community of courts”²⁰⁰, composta da tribunali non legati da vincoli di natura formale ma “interattivi, interdipendenti ed interconnessi”²⁰¹. La formazione di tale nuova entità – non si può infatti chiamarla “struttura” – accresce ulteriormente il ruolo del giudice e la sua consapevolezza di essere l'attore chiave in questo mutato e complesso scenario e di formar parte di una “comunità epistemologica” su scala mondiale²⁰².

L'ambito dei diritti umani, e quindi quello del diritto penale internazionale quale strumento di *extrema ratio* per la protezione di tali diritti, offre un campo di osservazione privilegiato per di questo fenomeno, dei suoi molti aspetti positivi ma anche delle insidie che esso nasconde.

La giurisprudenza delle Corti Supreme latinoamericane che abbiamo esaminato, con il suo apporto alla costruzione tipica dei crimini internazionali, è divenuta un tassello fondamentale in questo dinamico processo di interazione, ibridazione e mondializzazione che modella la giustizia penale internazionale.

¹⁹⁸ Ivi, p. 67.

¹⁹⁹ In aperto dissenso con questa visione, ALLARD e GARAPON affermano che le due autrici ora citate (Delmas-Marty e Slaughter) “continuano, ciascuna con argomenti diversi, a interpretare lo spazio giudiziario, derivante dalla mondializzazione, nella continuità del diritto così come esso funziona tradizionalmente nella *loro* rispettiva cultura. È invece necessario afferrare la radicale discontinuità tra lo spazio giudiziario classico e questo nuovo spazio di comunicazione” (J. ALLARD, A. GARAPON, *La mondializzazione dei giudici*, cit., p. 29). Secondo questi Autori, l'elemento davvero nuovo di questa trasformazione è “l'estensione della mondializzazione giudiziaria” (già sperimentata in relazione ad altre aree del diritto) “al registro dei diritti fondamentali” (p. 31).

²⁰⁰ W.W. BURKE-WHITE, *op. cit.*, *passim*. La medesima immagine si ritrova in A.-M. SLAUGHTER, *op. cit.*, p. 15.

²⁰¹ W.W. BURKE-WHITE, *op. cit.*, p. 75.

²⁰² Ivi, p. 95.

L'IMPATTO DELLA GIURISPRUDENZA LATINOAMERICANA ENTRO E OLTRE CONFINE.
VALORE, EFFETTI E CIRCOLAZIONE

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La ricerca che abbiamo condotto sulla giurisprudenza delle Corti Supreme latinoamericane in materia di crimini internazionali ha messo in luce una molteplicità di profili interessanti, in parte confermando fenomeni e categorie con cui il diritto penale si è già familiarizzato, in parte inaugurando temi e tendenze nuove le cui ripercussioni trascendono i confini di quel continente.

La scelta di concentrare l'analisi sulle pronunce che si sono misurate con la definizione degli elementi tipici delle fattispecie penali internazionali ha confermato l'importanza centrale della tipicità quale scenario dell'incontro tra norma e fatto e quale chiave per il raggiungimento di determinati risultati applicativi. Nel quadro teorico che abbiamo tracciato nel primo capitolo è emerso il doppio volto della tipicità, che costituisce al contempo un principio del diritto penale e una categoria nella teoria del reato. Il primo di questi due volti della tipicità può a sua volta essere scisso in un profilo formale, strettamente vincolato al principio di legalità e in particolare ai suoi corollari di determinatezza e tassatività, dei quali costituisce espressione ed anzi presupposto, e in un profilo materiale, legato, oltre che alla nozione di bene giuridico, ai principi di offensività, sussidiarietà e al criterio di frammentarietà. Da un punto di vista formale, la tipicità obbliga il legislatore a redigere le norme penali secondo una tecnica – la tipizzazione – che ne assicuri la chiarezza, determinatezza e precisione; da un punto di vista materiale, compie una duplice funzione selettiva e ordinatrice, tracciando i confini esterni del penalmente rilevante e organizzando l'area così delimitata in figure delittuose specifiche e organizzate su una scala di gravità.

Entrambe queste dimensioni in cui si articola il principio di tipicità sono ispirate dalla medesima *ratio* garantista, volta a tutelare il cittadino contro possibili abusi del potere punitivo. Ciò comporta, in primo luogo, l'imposizione di un mandato rivolto al legislatore, ma il cui obiettivo è limitare la discrezionalità del potere giudiziario in modo da offrire una garanzia di certezza e conoscibilità che

funge da presupposto per il giudizio di colpevolezza nonché per la funzione di prevenzione generale positiva. In secondo luogo, la dimensione materiale della tipicità garantisce il cittadino contro un'eccessiva pervasività del diritto penale, obbligando il legislatore a subordinare tale intervento alla necessità di tutela di beni giuridici. Infine, la tipicità mira ad attuare il principio di eguaglianza, assicurando una sufficiente individualizzazione della legge penale.

Il principio di tipicità è attuato mediante una tecnica di redazione normativa denominata tipizzazione o costruzione tipologica per fattispecie, che consente di gettare un ponte permanente tra disposizione astratta e fatto concreto. Il prodotto di tale tecnica di selezione e schematizzazione è la *categoria* della tipicità, il *tipo* penale, che costituisce il precipitato tecnico dell'omonimo principio e il vero tessuto connettore tra norma astratta e fatto concreto.

Il contenuto del tipo penale, che coincide solo parzialmente con quello della fattispecie – concetto più ampio –, si compone di tutti e soli quegli elementi che determinano il nucleo di disvalore essenziale di una determinata figura delittuosa. All'esito di una lunga evoluzione dogmatica, si è attualmente giunti a riconoscere che vi rientrano non solo gli elementi oggettivi e descrittivi, ma anche gli elementi normativi e quelli soggettivi che connotano la condotta.

La categoria della tipicità si perfeziona nel momento *dinamico* dell'interpretazione giudiziale che coincide con il giudizio di conformità al tipo, grazie al quale avvengono l'incontro e il reciproco completamento tra disposizione astratta e fatto concreto. Protagonista di questo momento, essenziale alla vita del diritto penale, è il giudice, che svolge dunque un ruolo *costruttivo* del diritto. Riconoscere questo ruolo implica l'abbandono del paradigma illuminista che vede il giudice quale mero applicatore di una legge già perfetta, mediante un'operazione meccanicistica di sussunzione.

Questo paradigma, che descrive la concezione tradizionale della legalità negli ordinamenti di tradizione continentale, è peraltro entrato in una profonda crisi, in parte a causa dell'avvento del neocostituzionalismo, che ha sostituito il primato della legge con quello della Costituzione ed ha introdotto nuovi limiti al legislatore, in parte per effetto del moltiplicarsi dei centri di produzione normativa, in parte ancora come conseguenza del deterioramento dell'attività legislativa e del suo prodotto, in

parte infine per il riconoscimento del ruolo creativo del giudice quale dato fisiologico dei sistemi penali, grazie all'apporto del realismo giuridico e della teoria della spirale ermeneutica. Il concorso di questi fattori ha determinato una mutazione genetica della funzione giudiziaria e ha nel contempo favorito l'emersione di un fenomeno di protagonismo giudiziale, condiviso dai giudici penali e da quelli costituzionali.

La centralità dell'apporto giurisprudenziale appare intensificata nel settore del diritto penale internazionale, a causa dei tratti specifici che lo connotano: la coesistenza di una pluralità – e pluralismo – di fonti normative, che spetta al giudice ordinare e combinare, la struttura multilivello ed il carattere ibrido, che unisce fonti, principi ed attori del diritto penale e del diritto internazionale. Quando il diritto penale internazionale viene declinato e applicato a livello nazionale, si pone la difficoltà ulteriore di risolvere le antinomie che si generano tra le regole e i principi che disciplinano questa materia con i principi consolidati del sistema nazionale, spesso dotati di rango costituzionale: appunto con questa complessa sfida si sono misurate, in numerose occasioni, le Corti Supreme latinoamericane.

L'analisi della giurisprudenza di tali Corti in materia di crimini internazionali ha dimostrato la centralità della definizione tipica di queste figure delittuose e le ricadute che essa comporta a livello di conseguenze applicative e sanzionatorie. Al tempo stesso, questa giurisprudenza ha fornito un importante apporto alla configurazione e all'evoluzione di queste fattispecie.

Dalla panoramica tracciata nel secondo capitolo, è infatti emersa la speciale complessità che contraddistingue le fattispecie penali internazionali, e che discende dalla loro natura *in fieri*, dalla convergenza di diritto internazionale e diritto penale nella loro definizione e dalla struttura multilivello del settore in cui si inseriscono. Tali caratteristiche determinano la coesistenza di definizioni normative differenti negli Statuti istitutivi dei tribunali penali internazionali e nelle varie Convenzioni per la tutela dei diritti umani, cui si affiancano ulteriori disomogeneità a livello di legislazione nazionale.

Gli Stati infatti, nell'adempiere agli obblighi di incriminazione imposti dagli strumenti per la tutela dei diritti umani, oppure nell'adeguare il proprio ordinamento allo Statuto di Roma, possono usufruire di un margine di apprezzamento – confermato, da ultimo, dal principio di complementarità che regge il sistema della

Corte Penale Internazionale –, che consente loro di tener conto di esigenze e specificità di carattere locale. Di conseguenza, i crimini internazionali si configurano come una categoria *a geometria variabile*.

Rispetto al genocidio, pur nell'identità della definizione adottata dalla Convenzione del 1948 e di quelle contenute nello Statuto di Roma e negli Statuti dei tribunali *ad hoc*, si manifestano discrepanze nelle legislazioni nazionali sia in relazione all'elemento di contesto, più precisamente al novero dei gruppi umani tutelati dalla fattispecie, sia quanto ad alcune delle condotte costitutive del crimine.

I crimini contro l'umanità, invece, non sono definiti da alcuna Convenzione internazionale come categoria complessiva, ed hanno subito una profonda evoluzione dallo Statuto di Norimberga a quello di Roma, nella duplice forma di un mutamento dell'elemento di contesto e di un ampliamento delle condotte costitutive. Elementi di differenza in relazione ad entrambi questi aspetti esistono, anche in questo caso, nelle varie legislazioni nazionali.

La sparizione forzata, descritta e condannata da una specifica Convenzione Interamericana e da un'omonima Convenzione Internazionale, costituisce anche una delle modalità commissive di un crimine contro l'umanità ai sensi dello Statuto di Roma, che prevede però degli elementi tipici diversi rispetto agli strumenti di diritto internazionale. A livello statale emergono numerose e significative differenze, che dipendono essenzialmente da qual è lo strumento internazionale cui si intende adeguare l'ordinamento interno, ma anche, talora, dalla volontà di riflettere specificità locali.

Analogamente, la tortura è sanzionata da una Convenzione Interamericana e da una Internazionale, ed è al tempo stesso una condotta costitutiva di crimini contro l'umanità oltre che di crimini di guerra. Anche rispetto a tale fattispecie esistono significative discrepanze tra la definizione adottata dallo Statuto di Roma e quella delle Convenzioni in materia – tra le quali si registrano ulteriori differenze – e, di riflesso, tra le leggi nazionali che tipizzano tale delitto.

A fronte di questo quadro complesso i giudici, oltre a dover combinare questa pluralità di fonti normative, svolgono un ruolo centrale in vista dell'eliminazione di tali differenze nella struttura tipica e della loro progressiva armonizzazione. Inoltre, sono chiamati a fornire un apporto in termini di precisazione e chiarificazione delle

formulazioni adottate a livello internazionale per definire questi crimini, spesso carenti dal punto di vista della determinatezza e precisione.

La centralità dell'intervento dei giudici nazionali discende inoltre dall'obbligo di persecuzione penale e sanzione dei responsabili di crimini internazionali che si sta progressivamente affermando nel diritto internazionale, e al quale alcune voci assegnano, discutibilmente, il carattere di norma consuetudinaria. L'esistenza di un simile obbligo può suscitare difficoltà in contesti di transizione, nei quali si deve tener conto di una serie di altre variabili – quali la debolezza delle nuove istituzioni, la necessità di superare il passato e di raggiungere una riconciliazione nazionale – che possono spingere a preferire soluzioni di natura extra-penale. Il dibattito intorno ai dilemmi della giustizia di transizione è tutt'altro che sopito, ma si può affermare che sembra oggi prevalere la tendenza a considerare la persecuzione penale un passo necessario all'interno di essa, come conferma l'attuale orientamento dei Paesi latinoamericani, che pure erano stati pionieri, nei primi anni di democrazia, di meccanismi alternativi alla risposta punitiva.

Sullo sfondo del quadro teorico e normativo così tracciato, la giurisprudenza latinoamericana gioca un ruolo di primaria importanza nella configurazione delle fattispecie penali internazionali. In modo particolare, le Corti Supreme, nella duplice veste di giudici penali di ultima istanza e di giudici costituzionali, si sono convertite in protagonisti della definizione dei crimini internazionali e della progressiva armonizzazione delle norme che li contemplano.

Dall'analisi giurisprudenziale svolta è emersa l'esistenza di due tendenze interpretative opposte, ciascuna delle quali si articola in differenti percorsi argomentativi. Una prima tendenza, che abbiamo descritto come espansiva, determina un ampliamento della portata della fattispecie penale internazionale nel piano temporale – o diacronico – oppure in quello tipico. L'obiettivo perseguito dai giudici mediante quest'operazione estensiva è il superamento di una serie di ostacoli che la disciplina penale ordinaria porrebbe alla persecuzione di questi reati: in particolare, si mira ad aggirare la prescrizione, che è solitamente già intervenuta ai sensi delle regole ordinarie, e l'applicazione di eventuali disposizioni di amnistia, che come si è visto sono state frequentemente adottate, nel continente latinoamericano,

quale strumento nel contesto della giustizia di transizione. La sussunzione dei fatti in una delle categorie di crimini internazionali offre appunto la chiave per eliminare tali impedimenti, poiché a questa categoria è riservato un regime speciale di natura derogatoria che prevede, tra le altre caratteristiche, l'imprescrittibilità e l'impossibilità di applicarvi disposizioni di amnistia. Le rilevanti conseguenze che la qualificazione degli illeciti come crimini internazionali comporta sul piano applicativo hanno quindi spesso indotto gli organi giudiziari a forzare la struttura tipica di tali figure delittuose al fine di farvi rientrare i fatti oggetto di giudizio e di applicare a questi ultimi, di conseguenza, il predetto regime speciale. Si verifica in questo modo un'inversione dell'ordine che dovrebbe essere idealmente seguito nell'accertamento giudiziale: invece di ricercare la fattispecie che meglio descrive il fatto concreto, per poi applicare la disciplina che le corrisponde, si individua *prima* la fattispecie che permette l'applicazione di determinate conseguenze pratiche – e, in ultima analisi, di garantire la perseguibilità –, per procedere *poi* a forzarne la definizione e la struttura tipica in modo da potervi sussumere il fatto oggetto di giudizio. Tale slabbratura dei margini delle fattispecie penali internazionali provoca il loro ampliamento, che può manifestarsi, come si è detto, su due piani distinti.

L'espansione sul piano temporale tende a permettere la sussunzione nelle fattispecie penali internazionali di fatti commessi anteriormente alla loro tipizzazione nell'ordinamento interno: per raggiungere tale obiettivo, sono stati elaborati differenti percorsi argomentativi, alcuni dei quali interamente fondati sul diritto internazionale quale fonte diretta di norme incriminatrici. La giurisprudenza "progressista" che sviluppa questo percorso, di fronte all'assenza, nell'ordinamento nazionale, di disposizioni preesistenti ai fatti che tipizzassero i crimini internazionali, ricorre all'applicazione diretta di norme internazionali pattizie che definiscono i crimini internazionali, affermando che esse corrispondono alla consuetudine internazionale, che permette di anticiparne la vigenza e di attribuire loro carattere imperativo. Le Corti cercano supporto all'esistenza di una simile norma negli Statuti dei tribunali penali internazionali, negli strumenti di tutela dei diritti umani e nella giurisprudenza della Corte Interamericana. Quest'argomento fondato sull'applicazione diretta del diritto internazionale viene adoperato sia per affermare l'esistenza – previa ai fatti – delle fattispecie penali internazionali, sia per fondare la

regola dell'imprescrittibilità di questa classe di reati. In relazione a quest'ultimo profilo, gli organi giudicanti sono soliti far riferimento alla Convenzione sull'Imprescrittibilità del 1968, prescindendo dalla sua ratifica da parte dello Stato in questione e dalla data in cui essa sia eventualmente avvenuta, poiché la si considera una mera cristallizzazione di una norma consuetudinaria preesistente, che ammette quindi un'applicazione *retrospettiva*. Infine, si è presa in esame una sentenza della Corte Suprema argentina (*Arancibia Clavel*) che spinge questo percorso argomentativo fino a pervenire a una vera e propria tipizzazione giudiziale del reato associativo: gli illeciti attribuiti all'associazione illecita di cui faceva parte l'imputato sono qualificati come crimini contro l'umanità mediante l'applicazione diretta di norme internazionali, e come passo ulteriore si afferma che anche la mera partecipazione a tale associazione illecita costituisce, quasi per osmosi, un crimine contro l'umanità, in quanto tale imprescrittibile.

Il percorso interpretativo ora ricordato suscita alcune frizioni con il principio di legalità, sia nel suo profilo di determinatezza e tassatività – non rispettato dalla formulazione ampia delle condotte adottata dagli strumenti di diritto internazionale, e ancor più dalla consuetudine che neppure costituisce *lex scripta* –, sia in relazione al divieto di retroattività – quando si pretende di applicare Convenzioni entrate in vigore per lo Stato dopo la commissione dei fatti –, sia infine quanto alla legalità delle *pene*, che non sono previste dalle norme internazionali. Inoltre, le pronunce che ricorrono alla consuetudine internazionale spesso omettono di svolgere una verifica dell'effettiva esistenza al suo interno, all'epoca dei fatti, di una norma che incriminasse e definisse una determinata condotta, dando per scontato un dato che in realtà non lo è.

L'applicazione diretta del diritto internazionale ha talora ad oggetto, specificamente, la giurisprudenza della Corte Interamericana, che viene citata quale prova dell'esistenza di una norma consuetudinaria, ma anche, in alcune occasioni, quale fondamento unico e indipendente di una determinata soluzione interpretativa. In questa seconda ipotesi, si assegna alle pronunce della Corte un'efficacia vincolante oltre il singolo caso e oltre lo Stato direttamente coinvolto in esso che si scontra in realtà con il dettato normativo della CADU e che si traduce talvolta nel trasferimento a-critico di una soluzione pensata per un determinato caso concreto a

contesti non assimilabili ad esso. Sembra invece più corretto riconoscere alla giurisprudenza interamericana un valore di criterio ermeneutico che concorre a sostenere una determinata soluzione interpretativa, sulla base del presupposto di una sufficiente vicinanza tra il caso in questione e quello risolto dalla Corte Interamericana.

Accanto a questi argomenti compaiono spesso richiami a principi e doveri meta-giuridici, di natura piuttosto *etica*, che assumono l'atrocità estrema dei crimini internazionali quale motivo per spiegare perché è inaccettabile l'impunità dei loro responsabili. Simili richiami non sono però mai considerati sufficienti a fondare un'incriminazione, e si limitano ad accompagnare ragionamenti di carattere giuridico, rafforzando in tal modo la carica *simbolica* delle pronunce.

Un altro originale percorso che la giurisprudenza latinoamericana ha elaborato per consentire l'ampliamento delle fattispecie penali internazionali sul piano temporale è la c.d. *doppia sussunzione*: questo metodo combina una sussunzione primaria, di tipizzazione e sanzione, in una fattispecie comune prevista dalla legislazione nazionale previamente ai fatti – ad esempio il reato di sequestro o privazione illegittima della libertà – con una sussunzione secondaria in una fattispecie penale internazionale, che serve a riflettere il peculiare disvalore del fatto che il reato comune non coglie e, soprattutto, ad applicare il regime speciale riservato ai crimini internazionali. Anche in questo caso, la fattispecie penale internazionale gode di priorità logico-temporale; quella comune interviene in seconda battuta per fornire il quadro sanzionatorio e per ovviare ai problemi che la prima pone rispetto al principio di legalità ed irretroattività.

L'artificio interpretativo così elaborato suscita perplessità non solo perché consiste nella creazione *ex novo* di una fattispecie incriminatrice ad opera del giudice – per quanto formata dalla fusione di due fattispecie normativamente previste –, ma anche perché si basa su un assunto paradossale se non erroneo. Pur affermando l'esistenza di un rapporto di specialità tra la fattispecie interna e quella internazionale – nel senso che quest'ultima sarebbe *lex specialis* rispetto alla prima, anche se permane una certa difformità di vedute in merito all'individuazione degli elementi specializzanti –, non segue poi le regole del concorso di apparenze di norme che disciplinano simili ipotesi, e che vorrebbero l'applicazione della sola norma speciale,

ma, come si è visto, applica entrambe congiuntamente. Infine, si ripropongono anche rispetto a questo percorso interpretativo, e precisamente rispetto alla parte che applica la fattispecie penale internazionale, le stesse riserve mosse all'argomentazione fondata sulla consuetudine internazionale come norma incriminatrice direttamente applicabile.

Il metodo della doppia sussunzione è anche stato oggetto, in alcune occasioni, di un uso "improprio", che ha affiancato alla sussunzione in fattispecie comuni un'affermazione, con una funzione meramente dichiarativa e priva di conseguenze a livello di disciplina, secondo cui i fatti costituiscono *anche* crimini internazionali. Il valore di simili affermazioni è puramente simbolico, e mira a sottolineare l'estrema gravità dei reati e la loro dimensione massiva.

All'interno della tendenza espansiva che si manifesta sul piano temporale si inserisce anche un argomento che trova esclusiva applicazione rispetto al crimine di sparizione forzata di persone, che costituisce tra l'altro la forma criminosa più diffusa come metodo repressivo delle dittature. Questa linea interpretativa fa leva sulla struttura di tale fattispecie come reato permanente per affermare che, mantenendosi tuttora la situazione antigiuridica, la prescrizione non ha ancora iniziato a decorrere e che, per lo stesso motivo, è possibile applicarvi una legge, anche sfavorevole per l'imputato, sopravvenuta durante la permanenza. Tale argomentazione, che trova accoglimento anche nella giurisprudenza della Corte Interamericana, in parte rinfocola il dibattito dottrinale in merito al criterio per individuare il *tempus commissi delicti* nei reati permanenti in modo da evitare conseguenze eccessivamente pregiudizievoli per l'imputato. Al tempo stesso, la struttura tipica della sparizione forzata, che oltre che come reato permanente può essere classificata come reato complesso o continuato, presenta tutta una serie di nodi problematici, relativi alla definizione delle due condotte che la integrano e dei rapporti tra di esse, all'individuazione del bene giuridico tutelato, dei soggetti passivi, delle fonti degli obblighi di agire rispetto alla prima condotta omissiva, alla possibile violazione del diritto a non auto-incriminarsi, che ne fanno una figura di difficilissima interpretazione.

Infine, un ultimo percorso interpretativo che può essere collocato all'interno della tendenza espansiva in esame supera il problema della prescrizione

affermandone la sospensione per tutta la durata del regime *de facto*, considerandolo uno stato d'eccezione. Una simile soluzione, che evidentemente non coinvolge direttamente fonti internazionali, dovrebbe però poter contare sull'esistenza di una norma che preveda una simile causa sospensiva della prescrizione con specifico riferimento all'ambito penale.

La medesima finalità strumentale che contrassegna l'ampliamento delle fattispecie penali internazionali sul piano temporale è rinvenibile anche in quelle tendenze interpretative che ne determinano un'espansione sul piano più propriamente tipico: anche in questa prospettiva sincronica, si forzano i limiti della struttura tipica di tali figure criminose al fine di farvi rientrare i fatti concreti che si devono giudicare. Questo ampliamento può prendere forma sia mediante un'interpretazione estensiva di alcuni elementi costitutivi della fattispecie, sia mediante il controllo di legittimità costituzionale, quando esso convalida scelte legislative che espandono la portata delle fattispecie rispetto alla loro definizione a livello internazionale oppure quando, al contrario, decide di eliminare elementi, introdotti dal legislatore nazionale, che restringono l'ambito applicativo delle fattispecie. Rientrano nella prima forma di manifestazione le numerose sentenze che pervengono a qualificare i crimini della dittatura argentina come genocidio sulla base di un'interpretazione molto ampia della nozione di "gruppo nazionale", che mira ad occultare la natura in realtà politica del gruppo colpito dalla repressione sistematica. Esempi dell'ampliamento delle fattispecie per via del controllo di legittimità costituzionale sono offerti invece da alcune sentenze della Corte Costituzionale colombiana e di quella boliviana in materia di genocidio, tortura e sparizione forzata, che intervengono su alcuni elementi tipici inseriti dal legislatore in sede di tipizzazione di tali crimini, che si discostano, nel duplice senso sopra evidenziato, dalla corrispondente definizione internazionale.

La tendenza espansiva ora descritta coesiste con un'opposta tendenza che abbiamo definito riduttiva, che, pur apparendo minoritaria, apre nuove e interessanti possibilità rispetto al contributo che la giurisprudenza delle Corti Supreme – latinoamericane ma non solo – può offrire alla definizione e allo sviluppo delle fattispecie penali internazionali. Questo apporto assume talora le forme di una chiarificazione o precisazione di alcuni degli elementi costitutivi delle fattispecie, sul

presupposto che queste ultime, alla luce delle rilevanti conseguenze *contra reum* che la loro disciplina eccezionale comporta, debbano essere interpretate restrittivamente e chiaramente delimitate. Si inseriscono in questo filone giurisprudenziale le sentenze che recuperano la valenza selettiva dell'elemento di contesto dei crimini internazionali per contrarrestare indebite espansioni di questi ultimi a fatti che non ne presentano i tratti caratterizzanti né la speciale gravità. Ancora, l'elemento di contesto viene talora valorizzato da queste tendenze interpretative per marcare più nitidamente la distinzione tra crimini internazionali e gravi violazioni dei diritti umani – che non sempre coincidono con essi –, e tra quei crimini e i delitti c.d. transnazionali, come il narcotraffico e il terrorismo. Infine, questo sforzo definitorio si traduce anche nell'elaborazione di parametri interpretativi in relazione alle fattispecie penali internazionali, che per loro natura si basano su una “qualificazione vaporosa”, e nella valorizzazione di concetti e istituti propriamente penalistici, come quello di bene giuridico tutelato, che consentono una migliore delimitazione delle figure delittuose. Le Corti Supreme si preoccupano anche di esaminare alcuni aspetti critici di tali fattispecie che le norme internazionali lasciano irrisolte: a tal proposito è particolarmente interessante una sentenza del Tribunale Supremo brasiliano che analizza la disciplina delle relazioni concorsuali che intercorrono tra le varie condotte costitutive di genocidio e tra quest'ultimo e i reati comuni.

Infine, questo effetto di delimitazione delle fattispecie penali internazionali è raggiunto anche mediante il controllo di legittimità costituzionale, quando il giudice costituzionale invalida scelte legislative che espandono la portata delle fattispecie rispetto alla definizione internazionale corrispondente, oppure quando, all'opposto, conferma la legittimità di elementi, inseriti dal legislatore in sede di tipizzazione nell'ordinamento interno, il cui effetto è restrittivo rispetto alla norma internazionale di riferimento.

La valutazione complessiva della giurisprudenza latinoamericana analizzata ha rivelato che essa ha un impatto molto significativo sia all'interno del sistema nazionale in cui si inserisce, sia oltre tali confini. Tale influsso assume tratti differenti in dipendenza della macro-tendenza in cui si inseriscono le pronunce: la tendenza espansiva incide negativamente sulle garanzie di difesa dell'imputato,

ampliando la sfera di applicabilità di quel regime eccezionale che ha per lui effetti decisamente pregiudizievoli. Il diritto penale “differenziato” che viene in tal modo a crearsi, e che sembra espandersi sempre più, rischia di scivolare facilmente in una manifestazione del – temibile – diritto penale del nemico, che sospende tutta una serie di istituti e principi posti a garanzia della libertà e della dignità dell’imputato. Allo stesso tempo, la tendenza ad ampliare i confini delle fattispecie penali internazionali mediante l’applicazione diretta di norme internazionali genera delle profonde frizioni con il principio di legalità, inteso qui non tanto nel suo aspetto politico legato alla separazione dei poteri, quanto nel suo aspetto materiale – mantenuto anche nella versione “indebolita” che di tale principio adotta il diritto internazionale – che si preoccupa di assicurare la *conoscibilità* della norma penale quale presupposto del giudizio di colpevolezza e della funzione di orientamento dei consociati.

Alla radice di queste antinomie si colloca la crescente tendenza ad assegnare la preferenza alla tutela dei diritti delle vittime – *oggetto* del diritto penale –, invece che alla protezione dei diritti dell’imputato – *limite* dell’intervento penale. La permanente tensione tra queste due dimensioni pare intensificarsi in relazione ai crimini internazionali, la cui *dismisura* facilita il sopravvenire di un approccio punitivista che sembra sopraffare il garantismo penale.

La tendenza giurisprudenziale riduttiva provoca invece un impatto opposto, poiché mira a recuperare principi garantistici, di offensività, sussidiarietà e frammentarietà – in questo caso penale internazionale –, affermandone la validità anche nel settore *d’eccezione* dei crimini internazionali. Da questo punto di vista si può scorgere nella giurisprudenza delle Corti Supreme latinoamericane una funzione *costituente*, anzi, *ri-costituente*, che può rivestire una fondamentale importanza in contesti di transizione come quelli esaminati, ripristinando valori e principi essenziali sui quali si fonda la nuova società democratica.

A questa funzione costituente positiva se ne accompagna un’altra suscettibile invece di derive pericolose, che si manifesta con la prevalenza della funzione *simbolica* del processo penale e della sentenza rispetto alla sua funzione manifesta e strumentale che dovrebbe invece prevalere. In questi casi, di cui abbiamo trovato numerosi esempi nella giurisprudenza esaminata, si manifesta una reviviscenza del

meccanismo sacrificale ai danni dell'imputato, e al tempo stesso una pericolosa confusione tra il ruolo dello *jus dicere* assegnato al giudice e quello, pure narrativo ma ben diverso, degli storici e dei politici. Gli organi giudiziari assumono insomma dei compiti di ricostruzione storica e di elaborazione di una memoria condivisa che non hanno gli strumenti per svolgere adeguatamente, e che collidono anzi con le funzioni e i limiti propri della giustizia penale.

L'invasione della sfera della storia e della politica si accompagna all'invasione dell'ambito proprio del potere legislativo: si tratta di un fenomeno che va ben oltre la mera partecipazione alla funzione normopoietica, e che si traduce in una vera e propria sostituzione del legislatore, a fronte della sua inerzia o del disaccordo rispetto alle sue scelte. Il potere giudiziario, forte di una nuova legittimazione che sembra derivargli direttamente dalla supremazia dei diritti umani, diventa il vero protagonista nella configurazione dei crimini internazionali e del diritto penale internazionale.

Infine, la giurisprudenza delle Corti Supreme latinoamericane ha un forte impatto esterno, che la proietta su scala mondiale. Mediante il fenomeno di circolazione giurisprudenziale nelle sue varie direzioni e dimensioni – orizzontale e verticale, ascendente e discendente –, le soluzioni interpretative elaborate da quelle Corti, i percorsi argomentativi da esse sviluppati, finanche i loro orientamenti e tendenze generali, influenzano i giudici stranieri, le giurisdizioni penali internazionali e gli organismi di tutela dei diritti umani. Questa circolazione di precedenti e tendenze, che prescinde dall'efficacia vincolante delle decisioni e si fonda invece sulla loro autorità persuasiva, assume un volto informale e dinamico, che ha indotto a parlare di una "comunità globale" di giudici. La reciproca influenza tra Corti di paesi e livelli differenti dà origine a un fenomeno efficacemente descritto come "jurisprudential cross-fertilization", che, pur nascondendo in alcuni casi un'amplificazione di errori ermeneutici o l'uso strumentale di precedenti decontestualizzati, nel suo complesso fornisce un apporto essenziale al processo di *armonizzazione* del diritto penale internazionale.

All'interno di questo complesso fenomeno di interazione, le Corti Supreme spiccano anzi quale vero e proprio *artefice dell'armonizzazione* delle definizioni e dell'interpretazione dei crimini internazionali, e attore di primo piano nella

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

configurazione del diritto penale internazionale quale spazio giuridico connotato da un *pluralismo ordinato*.

RESUMEN

Las Corte Supremas latinoamericanas desempeñan un papel protagonista en la evolución del Derecho penal internacional. Su jurisprudencia, que a menudo se ocupa de ilícitos de relevancia penal internacional, ofrece aportaciones de notable interés a la construcción de la estructura típica y a la regulación de esos ilícitos.

Con esta investigación queremos estudiar dicho fenómeno, al ser conscientes del hecho de que su relevancia y sus repercusiones han indudablemente cruzado las fronteras del continente latinoamericano, para arribar también a la atención de los jueces y de los estudiosos europeos¹. Este fenómeno parece volver a plantear y confirmar una tendencia más amplia, que se manifiesta con respecto al Derecho penal *lato sensu*, de acrecentar cada vez más el papel de los jueces en la una función específicamente *normopoiética*. La participación de los intérpretes a la fase *creativa* de las normas penales, que representa hasta cierta medida un aspecto *fisiológico* de los sistemas jurídicos, aunque durante largo tiempo rechazado por ser contrario al paradigma ilustrado de la separación de poderes, parece hoy en día intensificada y enriquecida de nuevos rasgos, y se proyecta en un escenario global.

El juez es el natural depositario de la función de combinar la disposición abstracta y el caso concreto, y de la gestión de sus recíprocas influencias. El encuentro entre estas dos dimensiones encuentra su lugar privilegiado en la *tipicidad*, al ser el primer eslabón en la averiguación procesal y, en su vertiente *dinámica*, el escenario en el que por primera vez se producen eventuales modificaciones dirigidas a garantizar una mayor adherencia de la norma a la realidad. No sólo eso: la dimensión *material* de la tipicidad, que la vincula con el principio de lesividad y con la noción de bien jurídico, la convierte en un momento central para dibujar los márgenes de la intervención penal y el respeto de su papel subsidiario y de *ultima ratio*. Ambas operaciones están en manos de la interpretación judicial, y permiten explicar porqué la tipicidad ha sido elegida en este trabajo como objeto privilegiado de análisis. La centralidad de esta categoría, aunque esté normalmente reconocida, no

¹ Esta introducción se limita a dibujar brevemente el camino seguido por esta investigación: por esa razón, no contiene referencias bibliográficas (excepto por las coordenadas históricas sobre los contextos en los que se inserta la jurisprudencia que analizaremos). Para esas referencias y para explicaciones más completas de conceptos y cuestiones que aquí simplemente mencionamos, véanse los capítulos sucesivos.

está consolidada en todas las culturas jurídicas: por esta razón nuestra investigación, que se sitúa en el continente latinoamericano, se acoge a la reflexión conducida por el pensamiento jurídico italiano sobre la tipicidad, valorizando su especificidad geográfico-cultural.

El papel creativo del juez que estamos describiendo, y que solamente en tiempos recientes ha sido reconocido por la doctrina, parece ir creciendo cada vez más. Esta ampliación de la intervención judicial representa una respuesta a la inactividad del legislador o al deterioro de la calidad de su producto, y a la vez una necesidad impuesta por la multiplicación de los centros de producción normativa y por la creciente complejidad de lo real. Estos dos factores, junto con la fuerte pretensión de *justicia* por parte de los ciudadanos y – podemos añadir a las obligaciones impuestas por los organismos supranacionales y por sus instrumentos que cada vez más tienen incidencia en la esfera penal, han determinado la emersión de un verdadero *protagonismo judicial*, que ha convertido al juez en un actor primario en el nuevo escenario jurídico mundial.

Este fenómeno, que interesa al sistema penal en su conjunto, aparece de forma más intensa en el Derecho penal internacional. Esto se debe al carácter esencialmente *jurisprudencial* de esta área del derecho, que a su vez depende de la estructura acéfala que conforma el nivel internacional, donde falta un legislador y permanece lejana la arquitectura institucional inspirada por el principio democrático. En este marco, el Derecho penal internacional ha nacido y se va consolidando sobre todo gracias a la labor creativa de los tribunales penales internacionales y nacionales. Pero otro rasgo de este sector contribuye a explicar su carácter esencialmente jurisprudencial: se trata de un Derecho *híbrido*, producido por la fusión de diferentes áreas del – el penal y el internacional en sus diversas formas – y plurinivel, pues procede de la actividad legislativa e interpretativa de los organismos internacionales pero también de los ordenamientos nacionales. La complejidad estructural que descende de ello otorga un papel rico de significado a los órganos judiciales internos, que tienen que manejar y conciliar las numerosas fuentes normativas y las frecuentes antinomias que se manifiestan entre el cumplimiento de las obligaciones impuestas a nivel internacional y los principios constitucionales y penales. La importancia de la actividad judicial nacional ha sido luego confirmada por la

adopción del principio de complementariedad dentro del sistema de la Corte Penal Internacional, que otorga prioridad y preferencia a la intervención estatal para la persecución y sanción de los responsables de crímenes internacionales, y reserva a la Corte una intervención subsidiaria sólo donde fracase esa primera posibilidad.

La importancia del papel de la jurisprudencia en el Derecho – penal y más aun – penal internacional, aparece con especial evidencia en las sentencias de los tribunales latinoamericanos, que a menudo han tenido que juzgar graves ilícitos que pueden ser calificados de crímenes internacionales. En el marco de esta jurisprudencia, destaca aquélla de las Cortes Supremas, entendidas bien como tribunales penales de última instancia – o Cortes de Casación – bien como Cortes Constitucionales, con todo lo específico que esta función conlleva. El peculiar valor de sus antecedentes, que depende de su eficacia vinculante para las jurisdicciones comunes – donde así esté previsto – y en todo caso de su especial autoridad *persuasiva* – además de, en el caso de las Cortes que desempeñan el control de constitucionalidad, de su capacidad de incidir directamente sobre el texto legal y su validez –, las han convertido en un actor de primer plano en las interpretaciones de los crímenes internacionales.

La copiosidad de esta jurisprudencia ahonda sus raíces en las trágicas experiencias históricas de los países del continente latinoamericano entre los años '50 del siglo pasado y los comienzos del actual. Como reacción a la difusión de grupos subversivos que se oponían a los regímenes entonces vigentes, recurriendo a menudo a la lucha armada o a una estrategia terrorista, y en el marco de la contraposición ideológica fomentada por la Guerra Fría, una ola autoritaria se difundió por todo el continente. Los gobiernos dictatoriales, dirigidos por las Fuerzas Armadas o por civiles con el apoyo de éstas, emprendieron una represión feroz contra los grupos subversivos y terroristas pero, bajo la obsesión del enemigo comunista, llegaron a atacar a los opositores políticos y a todos los que no encajaban en el plan de la “gran Nación” que pretendían realizar². Los métodos utilizados en

² La dictadura de las *Juntas* militares en Argentina (la última de variadas dictaduras experimentadas por el país, y la más violenta), tras haber realizado un *golpe* en el 1976, rigió el país hasta 1983 (año en el que colapsó tras la derrota en la guerra de las Malvinas), y ejecutó una sangrienta represión de todo movimiento disidente, bajo el pretexto de aniquilar los grupos terroristas que habían empezado la lucha violenta contra el Estado en los años antecedentes. En Chile el *golpe* de 1973 dio comienzo a la feroz dictadura del General Pinochet, que de la misma forma emprendió una represión de los

esta sistemática y brutal represión contaban con secuestros ilegales, detenciones en centros clandestinos, desapariciones forzadas, diferentes formas de tortura, ejecuciones extra-judiciales y masacres de grupos humanos o aldeas enteras. Estos métodos, absolutamente ilegales, representaban graves violaciones de los derechos humanos fundamentales, y, debido a su carácter masivo y sistemático, pueden ser calificados como crímenes internacionales.

Tras el colapso de esos regímenes, determinado por un conjunto de factores económicos y políticos, además de la creciente presión de la comunidad internacional para que cesaran esas situaciones, se abrió en el continente latinoamericano una nueva época, marcada por la *transición* a regímenes democráticos. Estos nuevos gobiernos han tenido que enfrentar el legado de la

movimientos revolucionarios de inspiración socialista y comunista, a través de la adopción de métodos violentos e ilegales, hasta su colapso determinado por el plebiscito de 1988, que llevó a las elecciones democráticas del año sucesivo. A 1964 remonta en cambio el *golpe* militar con el que empezó la última dictadura brasileña: ella utilizó métodos criminales para contrarrestar los movimientos de oposición liderados por el *Movimiento Democrático Brasileiro*, hasta la paulatina restauración del régimen democrático que desembocó en la aprobación de la Carta Constitucional de 1988 y en las primeras elecciones democráticas en 1989. En Uruguay el Presidente Bordaberry, elegido democráticamente en 1972, llevó adelante la violenta represión empezada por su predecesor contra la guerrilla del grupo *Tupamaros*; la violencia aumentó tras el *golpe* realizado por las Fuerzas Armadas y por el mismo Bordaberry, su aliado, en 1973. Pese al éxito en aniquilar el movimiento de guerrilla, el gobierno padeció una derrota en una consulta popular en 1990 y desde entonces abrió las puertas a la transición democrática. Todos los planes criminales puestos en marcha por estos gobiernos dictatoriales se inspiraban en la llamada “doctrina de la seguridad nacional”, desarrollada bajo influencia estadounidense, que pretendía erradicar los movimientos de oposición como si fuesen un virus, y construir nuevas sociedades de marco nacionalista y conservador. La acción represiva de las Fuerzas Armadas chilenas, argentinas, uruguayas y brasileñas contaba con cierta coordinación dentro de un acuerdo secreto y criminal luego conocido como *Plan Cóndor*. En Bolivia el cambio autoritario tuvo lugar en 1971, con el golpe de Bánzer Suárez, que contaba con el apoyo de los militares inspirados por la “doctrina de la seguridad nacional”, y se intensificó con el siguiente golpe militar de García Meza, vinculado con el narcotráfico, en 1980. A esa época remonta la represión más brutal, que no terminó hasta que, tras otros dos golpes militares en el plazo de dos años, se volvió a establecer un régimen democrático. En Guatemala también se difundió la *doctrina de la seguridad nacional*: en este país estalló, a partir de 1962, un violento conflicto entre grupos de la guerrilla (la UNRG) y las Fuerzas Armadas y paramilitares, cuya brutalidad durante las llamadas operaciones de contrainsurgencia afectó sobre todo a las comunidades maya. En 1991 y 1996 se firmaron acuerdos entre la guerrilla y las fuerzas estatales para finalizar el largo conflicto. La dictadura peruana tuvo lugar en cambio en una época sucesiva: Fujimori ganó las elecciones democráticas de 1990 y contó en un primer momento de un fuerte apoyo popular gracias al éxito de su lucha contra el grupo *Sendero Luminoso*. Sin embargo, la oposición del Parlamento a los métodos autoritarios adoptados por su gobierno lo indujeron a realizar un *auto-golpe* en 1992: a partir de ese momento su régimen se convirtió en una verdadera dictadura, que finalizó en 2000 tras un escándalo por corrupción en el gobierno y la huida del Presidente a Japón. Una situación peculiar se manifiesta luego en Colombia, en la que la criminalidad masiva no se enmarca en el plan sistemático de una dictadura, sino en el largo conflicto que ve enfrentarse a la guerrilla (especialmente conocido es el grupo de las FARC), al ejército y a los grupos paramilitares, y que sigue hasta el día de hoy pese a las numerosas iniciativas de pacificación nacional. Para mayores informaciones sobre las experiencias dictatoriales del continente latinoamericano en el siglo pasado, véase: A. ROUQUIÉ, *El estado militar en América Latina*, Madrid, 1984, e M. ALCÁNTARA SÁEZ, *Sistemas políticos de América Latina*, Madrid, 2008.

criminalidad de Estado realizada por los regímenes antecedentes, y el difícil desafío de combinar la fuerte pretensión punitiva por parte de la sociedad con la situación de transición y sus específicas exigencias. En los países latinoamericanos se manifiestan, de hecho, todas las dificultades y contradicciones de la llamada *justicia de transición*, en la que el ejercicio de la acción penal tiene que tomar en cuenta las objetivas dificultades prácticas, derivadas tanto de la debilidad del nuevo régimen democrático y del elevado número de personas involucradas en la comisión de los crímenes, como de necesidades diferentes, de superación del pasado y de reconciliación nacional, que suelen apuntar hacia la dirección contraria al resultado punitivo. Justamente la consideración de la excepcionalidad del proceso de transición ha inducido con frecuencia a los nuevos regímenes a preferir, en lugar de la intervención penal clásica, mecanismos alternativos no penales³ o sistemas premiales⁴, o bien – al menos en la primera etapa de la transición y antes de su

³ Comisiones de la Verdad pulularon en todo el continente: la CONADEP argentina fue instituida por decreto del Presidente Alfonsín en 1983, y tuvo un mandato de 180 días para investigar las desapariciones forzadas y los centros clandestinos de detención; ella publicó sus resultados en el *Informe Nunca Más*. Con el decreto 355 de 1990 el gobierno chileno creó una *Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, conocida como *Comisión Rettig* por el nombre de su Presidente, que también publicó en un *Informe* los resultados de su labor. En Perú el Decreto Supremo 65/2001 instituyó la *Comisión de Verdad y reconciliación*, con competencia para emprender investigaciones aptas para ser utilizadas también en el foro penal. La *Lei* 9.140 de 1995 creó en Brasil la *Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*, a la que fueron otorgados un largo mandato y amplios poderes para investigar y recopilar testimonios y documentación. En Guatemala fue instituida, a través de un Acuerdo entre las partes del conflicto armado en 1994, la *Comisión para el Esclarecimiento Histórico*, que produjo en 1999 el *Informe “Memoria del Silencio”*. Para profundizar el análisis de estas Comisiones, además de sus Informes, véanse: P. HAYNER, *Fifteen Truth Commissions 1974 to 1994*, in *Human Rights Quarterly*, volumen 16, n.º 4, 1994, pp. 600-655 (que no trata de la Comisión brasileña). En Argentina se desarrolló además un original mecanismo de búsqueda de la verdad por los tribunales penales, pero sin pretensiones punitivas, prohibidas por las leyes de impunidad: se permita citar a E. MACULAN, *Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in Argentina: l’esperienza dei “giudizi per la verità”*, in *Indice penale*, n. 1, 2010, pp. 331-370. Sobre la transición democrática en los diferentes países latinoamericanos véase: K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (a cura di), *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania y España*, Berlín-Montevideo, 2009.

⁴ El ejemplo más evidente de este tipo de mecanismo es la *Ley de Justicia y Paz* colombiana, n.º. 975 de 2005, que prevé notables atenuaciones de pena para los miembros de grupos armados – guerrilleros o paramilitares – que participen en la desmovilización y presten una versión libre sobre los crímenes de los que tienen conocimiento. Sobre el punto véanse A. APONTE CARDONA, *La Colombia: un caso sui generis nella giustizia di transizione*, en E. FRONZA, G. FORNASARI (a cura di), *Il superamento del passato ed il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell’esperienza argentina e colombiana*, Trento, 2009, pp. 177-213 y K. AMBOS, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*, Bogotá, 2010.

anulación por los órganos interamericanos – leyes de amnistía de diferentes formas y alcances⁵.

Al no poder ahondar en el – sin duda interesante – tema de las especificidades y contradicciones de la justicia de transición, señalamos simplemente que ella es el escenario en el que se enmarca la jurisprudencia que pretendemos analizar en este trabajo, a la vez que explica algunas de las dificultades con las que tienen que enfrentarse los órganos judiciales al procesar los criminales. El ejercicio de la acción penal en los países de los que nos ocupamos se enfrenta de hecho con muchos obstáculos, algunos de ellos conscientemente puestos por el legislador por libre elección – como las amnistías –, y otros derivados de la normal aplicación de las reglas del sistema penal: es el caso de la prescripción, que suele haber cumplido sus plazos a la espera del emprendimiento de la actuación judicial, impedido por la debilidad de las nuevas instituciones o por decisiones de política criminal. Como consecuencia, en el marco de las sociedades *post- transicionales*, que han virado decididamente hacia la restauración de una respuesta penal cabal a los crímenes de las dictaduras, los jueces latinoamericanos han sido llamados a elaborar soluciones hermenéuticas que consintieran la superación de dichos obstáculos a la intervención penal.

Esta especial necesidad contribuye a explicar el especial interés que suscita la jurisprudencia latinoamericana, que, además de ofrecer un ejemplo tangible del más amplio fenómeno de protagonismo judicial antes mencionado, injerta en ello elementos totalmente novedosos. El afán por superar los obstáculos a la persecución

⁵ Algunas de estas leyes de amnistía habían sido promulgadas por el mismo gobierno al que se atribuyen los crímenes para asegurarse la impunidad: entre estas *auto-amnistías* caben la ley 22.924 de 1983, conocida como *Ley de Pacificación Nacional*, aprobada por la última *Junta* argentina poco antes de dejar el poder, la *Lei de Anistia* brasileña del 28.08.1979, la *Ley de Amnistía* n°. 26.479 del 14.06.1995 y la sucesiva *Ley de Interpretación* n°. 26.492 del 21.06.1995 en Perú, el decreto ley 2.191 de 1978 en Chile. Otras leyes de amnistía son en cambio el resultado de una libre elección de los nuevos regímenes democráticos, bajo la idea de que ello contribuyera a la reconciliación nacional o debido a la necesidad de evitar el riesgo de nuevos golpes: es el caso de las leyes argentinas de *Obediencia Debida* y *Punto Final*, respectivamente de 1986 y 1987 (que pese a no ser leyes de amnistía en el sentido estricto produjeron el mismo efecto de parálisis de la actividad judicial) y las leyes uruguayas, es decir la *Ley de pacificación nacional* de 1985, que disponía una amnistía unilateral para beneficiar a los miembros de grupos armados que habían padecido la represión durante la dictadura, y la *Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado* del 1986, luego confirmada por dos consultas populares, con las que el Estado renunciaba a la pretensión punitiva con respecto a los delitos cometidos por razones políticas o en el ejercicio de sus funciones por miembros de las Fuerzas Armadas y organizaciones similares. Véase también K. AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional* (2° ed. actualizada y revisada), Buenos Aires, 1999.

penal por los crímenes de Estado encuentra una válida respuesta en el derecho penal internacional, cuyas figuras delictivas están sujetas a una disciplina especial, cuyos orígenes y contenido son todavía bastante inciertos y objeto de debate, pero cuyo reconocimiento sigue creciendo. Ella prevé, entre otros, la imprescriptibilidad, la inaplicabilidad de amnistías a los responsables y la aplicabilidad del principio de jurisdicción universal. La aplicación de este régimen especial, que deroga a las previsiones del derecho penal común, permite superar los principales obstáculos a la intervención penal en los ordenamientos latinoamericanos. La subsunción de los hechos en las figuras delictivas internacionales se convierte por lo tanto en la *llave* para desembocar en la realización de esos especiales efectos jurídicos.

La jurisprudencia latinoamericana ha ofrecido un aporte especialmente significativo a la configuración de este recorrido teórico en una doble modalidad: por una parte, ha contribuido a la emersión y a la configuración de este llamado régimen especial de los crímenes internacionales, al aprovechar las afirmaciones de los órganos interamericanos al respecto; por otra parte, ha desarrollado interesantes tendencias interpretativas dirigidas a calificar los hechos objeto de juicio como crímenes internacionales.

Justamente en este segundo aspecto se centra esta investigación, bajo el convencimiento de que la interpretación judicial de la estructura *típica* de esos crímenes constituye el verdadero arquitrabe sobre el que se rigen el juicio de los hechos, su regulación y el resultado procesal. La tesis que se intenta demostrar es que la definición típica de las figuras delictivas internacionales propuesta por los órganos judiciales tiene un valor *instrumental* a la subsunción en ellas de los hechos y, a través de ello, a la aplicación del régimen especial que mencionamos. La interpretación judicial aparece en este caso arraigada en una pre-comprensión que subvierte el normal esquema de juicio, anteponiendo la individualización de los *efectos* buscados a nivel de regulación a la elección de la figura delictiva en la que subsumir las conductas ilícitas.

Esta operación se convierte frecuentemente en la ampliación de los límites de las figuras delictivas internacionales, tanto en el plano temporal – en el sentido de que se busca su aplicación a hechos cometidos antes de la tipificación de esas figuras en el ordenamiento nacional –, como en aquél más bien típico, a través de una

interpretación extensiva de los elementos constitutivos de la figura delictiva o bien a través de la anulación – por vía interpretativa o por medio del juicio de constitucionalidad – de elementos que tiene por efecto el de limitar el alcance de la figura delictiva. La consecuencia inmediata de esas decisiones es la expansión del área de lo ilícito penal-internacional y del correspondiente régimen especial, y produce evidentes efectos *in malam partem*.

Sin embargo, junto con esta tendencia expansiva aparece otra exactamente opuesta, a través de la cual los órganos judiciales emprenden una actividad de *reducción* o delimitación de las figuras delictivas internacionales, contrarrestando de esta forma la expansión producida por intervenciones legislativas nacionales o por interpretaciones judiciales. Se puede asumir que esta forma de interpretación en cierta medida recupere la idea de lesividad y fragmentariedad relacionadas, es obvio, no a la esfera de lo penal – pues de la relevancia penal de esas conductas nadie puede dudar –, sino a aquélla del *penal internacional*, caracterizado por especiales dimensiones y gravedad. Esta tendencia reductora, que adquiere la forma del control de constitucionalidad o bien de la especificación por vía interpretativa de los elementos típicos y de su alcance, aparece sobre todo en la jurisprudencia de las Cortes Supremas y más aun en aquéllas Constitucionales, mientras que la tendencia expansiva antes descrita une éstas últimas y los tribunales de instancias inferiores. A diferencia de la anterior, la tendencia reductora no engendra peculiares efectos *in malam partem*, y por esta razón con respecto a ella parece más fácil aceptar la atribución al juez de un papel aunque sea amplio en la construcción de las figuras delictivas.

Ambas tendencias interpretativas, en todo caso, se desarrollan alrededor del núcleo central formado por la *tipicidad* de los crímenes internacionales, cuyas mallas se ensanchan o restringen en virtud del resultado buscado y del grado de atención por los principios que fundamentan el sistema penal. Ambas tienen que manejar, además, la convergencia de diferentes fuentes normativas, de origen internacional o nacional, y la difícil tarea de buscar su combinación y conciliación.

A la luz de estos puntos comunes, procuramos evaluar la validez, los efectos y la difusión de estas dos tendencias judiciales – expansiva y reductora – y la forma con la que ambas inciden en la definición típica de los crímenes internacionales. La

idea de partida es que el impacto de esta jurisprudencia se manifiesta, en primer lugar, en la relación entre jueces y legisladores del mismo sistema: vuelve a plantearse aquí el debate sobre los límites al papel desempeñado por los jueces, debate que surge con mayor urgencia en situaciones “críticas” y de transición como aquéllas en las que se ubica la jurisprudencia que estamos examinando. Al respecto, se puede afirmar que las Cortes Supremas juegan un papel realmente *constituyente* en la conformación de los regímenes democráticos que surgen de los procesos de transición, en el continente latinoamericano pero no solamente en él.

Pero la relevancia del aporte creativo de esta jurisprudencia atraviesa las fronteras nacionales, y termina por influir directamente en la interpretación y las orientaciones tanto de órganos judiciales de otros países, como de tribunales penales internacionales, como de órganos internacionales para la protección de los derechos humanos. A través de la circulación de los antecedentes entre países y continentes diferentes, en dirección horizontal y vertical, ascendente y descendente, está surgiendo un fenómeno de *jurisprudential cross-fertilization* que difunde los esquemas argumentativos desarrollados en un contexto específico y determina una recíproca y constante influencia entre instancias distintas y lejanas también. A este fenómeno dedicaremos algunas reflexiones finales, en aras de explicar esencialmente la importancia que la jurisprudencia latinoamericana adquiere también en nuestro continente europeo, y de dejar entrever la profundidad del impacto que está produciendo en el desarrollo del Derecho penal internacional a nivel mundial.

Tras haber desdibujado por pinceladas el cuadro de temas y cuestiones que nuestra investigación pretende abordar, parece oportuno anteponer algunas indicaciones sobre la metodología aplicada y sobre la estructura de este trabajo.

El núcleo central coincide con el análisis de las sentencias de las Corte Supremas latinoamericanas que más relevancia tienen en la interpretación de las figuras delictivas internacionales, y se le dedica el capítulo III de la tesis. Esta descripción se estructura en la división de dos opuestas tendencias – expansiva y reductora – que en nuestra opinión podemos identificar en la jurisprudencia latinoamericana, y en cuyo marco se analizarán los diferentes caminos interpretativos desarrollados por los jueces. El método utilizado en esta parte del trabajo es por tanto

esencialmente empírico, pues se arraiga en el examen de las sentencias dictadas por unas Cortes Supremas – además de por unos tribunales comunes –, y a la vez comparado, pues toma en consideración y en cierta medida confronta diferentes sistemas nacionales. Por último, se aborda el tema no sólo desde un punto de vista descriptivo, sino que se procurará desarrollar una crítica constructiva de los perfiles más problemáticos y contradictorios de las interpretaciones judiciales analizadas.

A este análisis crítico de las sentencias se le antepone sin embargo un breve estudio sobre la *tipicidad*, que representa, como se ha dicho, el arquitepe sobre la que se rige la actividad interpretativa en su conjunto, y a la vez el escenario donde tiene lugar su creciente protagonismo. El acotado propósito de este apartado, que se trata en el capítulo I y es estrictamente funcional al tema de investigación elegido, es proveer un marco teórico en el que insertar luego el análisis de la jurisprudencia latinoamericana. Procuraremos dibujar por pinceladas la noción de tipicidad en su doble dimensión de principio y categoría del derecho penal, poner de manifiesto su vinculación con el principio de legalidad, por una parte, y con aquél de lesividad, por otra, y concretar el contenido *tipo penal* que representa su precipitado técnico. Por último, se describirán brevemente los principales factores que han contribuido a la emersión del fenómeno de protagonismo judicial, además de señalar los rasgos específicos y peculiares que tiene al respecto el Derecho penal internacional.

La bibliografía tomada como referencia para este capítulo teórico, como se podrá observar, es predominantemente italiana: esta elección depende no solo de que se trata la cultura jurídica en la que se formó la autora, sino también de la conciencia del notable aporte que la doctrina de ese país ha ofrecido a la reflexión sobre el concepto de tipo – con respecto a la cual es parcialmente deudora de la doctrina alemana – y sobre la tipicidad, con especial atención – y éste sí representa un rasgo bastante original – a su vinculación con el principio de lesividad. Junto a la doctrina italiana comparecen también algunos autores españoles que se han ocupado específicamente, en este caso también con fuertes vínculos con el pensamiento alemán, del asunto de la tipicidad. La inserción de esas citas se justifica por lo parecido de sus orientaciones respecto de la doctrina italiana, a la vez que por la circunstancia de que la cultura jurídica española es aquella en la que ha tenido lugar, desde una perspectiva geográfica y cultural, la gestación de este trabajo.

En el segundo capítulo se podrá advertir una modificación del ángulo visual, pues se pasa a describir las figuras delictivas internacionales, las fuentes internacionales que las incriminan, su estructura típica y las eventuales diferencias entre un ordenamiento y el otro – con limitación al continente latinoamericano – al tipificarlas a nivel nacional. Esta panorámica no pretende ser exhaustiva, sino que simplemente quiere dibujar el marco en el que se injerta la interpretación judicial que luego analizaremos: por consecuencia, tras unas consideraciones sobre los rasgos que caracterizan el Derecho penal internacional en su conjunto, nos centramos solamente en las figuras delictivas – y, dentro de ellas, en los aspectos – que han sido objeto de las sentencias dictadas por las Cortes Supremas latinoamericanas. Además, algunos de los aspectos críticos de las figuras son simplemente mencionados en ese momento, para ser profundizadas en el capítulo tercero.

El viraje hacia el Derecho penal internacional y las fuentes normativas internacionales determina una necesaria modificación del tipo de bibliografía utilizada: además de la doctrina italiana – en cuyo marco, para decir la verdad, muy pocos autores han ahondado en esos temas – y de la española, se citan con frecuencia autores ingleses, que constituyen una ineludible referencia en esta disciplina. Al analizar la estructura típica de las figura delictivas se recurre también a las sentencias de los tribunales penales internacionales, especialmente de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales para el ex-Yugoslavia y para Ruanda, pues han ofrecido un aporte notable a la especificación y descripción de los elementos típicos de los crímenes internacionales, confirmando la especial importancia de la jurisprudencia en este sector del derecho. Por último, se citan también autores latinoamericanos, en su mayoría miembros del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho penal internacional, que desde hace años trata de forma profunda esta materia, tomando en cuenta las especificidades que ella presenta en ese continente.

En el tercer capítulo, que como se ha dicho se detiene en analizar las sentencias de las Cortes Supremas latinoamericanas, se toman como referencia esos mismos autores, en ese caso de forma absolutamente predominante, pues como se puede imaginar son de los pocos que han estudiado las sentencias que se analizan.

Por último, tras este examen analítico de las sentencias, el cuarto y último capítulo está dedicado a unas consideraciones más generales sobre esa

jurisprudencia: más específicamente, se procura hacer una reflexión sobre los *efectos* que ella produce, *in primis*, con respecto a los acusados, a los que somete a un verdadero régimen penal diferenciado, y sobre el principio de legalidad, que parece haber vivido una importante transformación por causa de algunas de estas tendencias interpretativas. Además, se toman en consideración las dinámicas que cada una de estas tendencias origina en las relaciones con el legislador nacional. Veremos como cada una de las tendencias interpretativas identificadas participa, de manera distinta, al proceso de *armonización* de las normas que tipifican los crímenes internacionales, contribuyendo a la eliminación de las diferencias que todavía subsisten a nivel local y reivindicando, en algunos casos, el respeto de unas especificidades nacionales legitimadas por el pluralismo.

Se emprenden luego algunas reflexiones sobre *finalidades*, más o menos ocultas, que empujan a los órganos judiciales en la elaboración de los caminos interpretativos descritos, en aras de encontrar una respuesta a la tesis inicial según la cual esas decisiones se arraigan en el uso instrumental de la subsunción típica dirigido a producir los efectos prácticos del llamado régimen especial de crímenes internacionales. Como se verá, se trata de una finalidad que aparece solo en la tendencia expansiva, y que coexiste en todo caso con otro fin, de naturaleza *simbólica*, que no apunta a la producción de ninguna consecuencia específica en el plano de la disciplina. Se procurará asimismo identificar la finalidad que mueve la opuesta tendencia limitativa, y su posible aporte a la perimetración de lo que tiene relevancia *penal-internacional*.

Mencionamos también otro aspecto específico que caracteriza la jurisprudencia examinada con respecto al contexto de transición en el que se inserta: es decir, su valor *constituyente* en la configuración de las nuevas sociedades democráticas, con los matices positivos y negativos que esta función puede adquirir y con los correspondientes riesgos de invasión de esferas extra-penales, más propias de la política y de la historia.

Al desarrollar esas consideraciones, se toman en cuenta las diferencias entre la actividad emprendida por las Cortes Supremas en su calidad de jueces penales de última instancia y aquella que pertenece al control de constitucionalidad, además de las especificidades que derivan de la configuración del sistema judicial de cada uno

de los países interesados. Sin embargo, resultará que, más allá de esas diferencias, la jurisprudencia de las Cortes Supremas siempre se caracteriza por una especial autoridad persuasiva que determina su difusión con independencia de la existencia de una vinculación formal a ella.

La identificación de este especial valor persuasivo nos permite explicar otra importante dimensión del impacto producido por la jurisprudencia examinada: de hecho, ella participa al movimiento de circulación jurisprudencial entre los diferentes tribunales penales nacionales y los organismos y tribunales internacionales. Estas dinámicas producen interesantes y complejos fenómenos de interacción, que permiten intercambiar esquemas hermenéuticos y paradigmas argumentativos, y conducen hacia la formación de un nuevo orden mundial. En su interior, los jueces – y las Cortes Supremas especialmente –, protagonistas de una paulatina mundialización, se convierten en *artífices* esenciales en el proceso de *armonización* del Derecho penal internacional.

RESUMEN

CONCLUSIONES

La investigación que acabamos de realizar sobre la jurisprudencia de las Cortes Supremas latinoamericanas sobre crímenes internacionales ha puesto de manifiesto muchos aspectos interesantes, por una parte confirmando fenómenos y categorías con los que el Derecho penal ya está familiarizado, por otra abriendo las puertas a temas y tendencias nuevas cuyas repercusiones trascienden las fronteras de ese continente.

La elección de centrar el análisis sobre las decisiones que han emprendido la definición de los elementos típicos de las figuras delictivas internacionales ha confirmado la importancia central de la tipicidad como escenario del encuentro entre norma y hecho y como clave para lograr ciertos resultados en la aplicación. En el cuadro teórico que hemos dibujado en el primer capítulo ha surgido la doble faceta de la tipicidad, que constituye al mismo tiempo un principio del Derecho penal y una categoría en la teoría del delito. En la primera faceta de la tipicidad pueden a su vez distinguirse un aspecto formal, vinculado al principio de legalidad y especialmente a sus corolarios de determinación y taxatividad, de los cuales constituye expresión o mejor dicho presupuesto, y un aspecto material, ligado a la noción de bien jurídico y a los principios de lesividad, subsidiariedad y al criterio de fragmentariedad. Desde un punto de vista formal, la tipicidad obliga al legislador a redactar las normas penales de acuerdo con una técnica – la tipificación – que garantice su claridad, determinación y precisión; desde un punto de vista material, cumple con una doble función selectiva y ordenadora, al trazar los límites externos de lo penalmente relevante y organizando el área así limitada en figuras delictivas específicas y organizadas en una escala de gravedad.

Ambas dimensiones en las que se desarrolla el principio de tipicidad están inspiradas por la misma *ratio* garantista, dirigida a proteger al ciudadano contra posibles abusos del poder punitivo. Eso conlleva, en primer lugar, la imposición de un mandato al legislador, cuyo objetivo es, sin embargo, limitar la discrecionalidad

del poder judicial en aras de ofrecer una garantía de certeza y cognoscibilidad que constituye el presupuesto del juicio de culpabilidad y de la función de prevención general positiva. En segundo lugar, la dimensión material de la tipicidad protege al ciudadano contra un excesivo recurso al Derecho penal, obligando al legislador a condicionar su intervención a la protección de bienes jurídicos. Por último, la tipicidad busca dar cuerpo al principio de igualdad, al permitir una suficiente individualización de la ley penal.

El principio de tipicidad se realiza por medio de una técnica de redacción normativa llamada tipificación, que permite crear un puente permanente entre la disposición abstracta y el hecho concreto. El producto de esta técnica de selección y esquematización es la *categoría* de la tipicidad, el *tipo* penal, que representa el precipitado técnico del homónimo principio y el verdadero tejido conectivo entre disposición abstracta y hecho concreto.

El contenido del tipo penal, que coincide sólo parcialmente con el de la figura delictiva – que se refiere a un concepto más amplio –, incluye a todos y sólo esos elementos que determinan lo injusto específico de una figura delictiva. Como resultado de una larga evolución dogmática, se ha llegado a admitir que entran dentro del tipo no solamente los elementos objetivos y descriptivos, sino también los elementos normativos y los subjetivos que definen la conducta.

La categoría de la tipicidad se perfecciona en el momento dinámico de la interpretación judicial y precisamente en evaluar las correspondencias con el tipo, gracias al cual tiene lugar el encuentro y el recíproco cumplimiento entre disposición abstracta y hecho concreto. Protagonista de este momento, que es esencial a la vida del Derecho penal, es el juez, que desarrolla un papel *constructivo* del derecho. El reconocimiento de este papel conlleva el abandono del paradigma ilustrado que considera al juez un mero aplicador de una ley que ya está perfecta en sí, a través de una operación mecánica de subsunción.

Este paradigma, que describe la concepción tradicional de la legalidad en los ordenamientos de *civil law*, está viviendo una crisis profunda, debido tanto a la llegada del neo-constitucionalismo, que ha sustituido la primacía de la ley por la de la Constitución y ha introducido nuevos límites al legislador, y al mutiplicarse de los centros de producción normativa, como al deterioro de la actividad legislativa y de

su producto, como por último al reconocimiento del papel creativo del juez como un dato fisiológico de los sistemas penales gracias al aporte del realismo jurídico y de la teoría del círculo hermenéutico. El concurso de estos factores ha provocado una mutación genética de la función judicial y asimismo ha favorecido la emersión de un fenómeno de protagonismo judicial en el que participan los jueces penales y constitucionales.

La importancia central del aporte jurisprudencial parece acrecentada en el sector del Derecho penal internacional, debido a los rasgos específicos que lo conforman: la coexistencia de una pluralidad y de un pluralismo de fuentes normativas, que le toca al juez ordenar y combinar, la estructura multinivel y el carácter híbrido, que une fuentes, principios y actores del Derecho penal e internacional.

Cuando el Derecho penal internacional es aplicado a nivel nacional, se plantea la dificultad añadida de solucionar las antinomias que surgen entre las reglas y principios que regulan esta materia y los principios afianzados del sistema nacional, que a menudo gozan de rango constitucional: justamente a este desafío se han enfrentado en muchas ocasiones las Cortes Supremas latinoamericanas..

El análisis de la jurisprudencia de estas Cortes sobre crímenes internacionales ha demostrado la centralidad de la definición típica de estas figuras delictivas y las repercusiones que ella conlleva para las consecuencias aplicativas y sancionatorias.

Asimismo, esta jurisprudencia ha ofrecido un aporte importante a la configuración y a la evolución de estas figuras delictivas.

De la panorámica dibujada en el segundo capítulo, ha resultado la especial complejidad que caracteriza las figuras delictivas internacionales, y que descende de su naturaleza *in fieri*, de la convergencia entre Derecho internacional y Derecho penal en su definición y de la estructura multinivel del sector en el que se insertan. Esas características producen la coexistencia de definiciones normativas diferentes en los Estatutos de los tribunales penales internacionales y en las variadas Convenciones para proteger los derechos humanos, a la que se acompañan ulteriores diferencias a nivel de legislación nacional.

Los Estados, de hecho, al cumplir con las obligaciones de incriminación impuestos por los instrumentos para proteger a los derechos humanos, o bien al

adecuar su propio ordenamiento al Estatuto de Roma, pueden ejercer su margen de apreciación – confirmado, por último, por el principio de complementaridad que rige el sistema de la Corte Penal Internacional –, que les permite tomar en cuenta las exigencias y especificidades de carácter local. Como consecuencias, los crímenes internacionales se estructuran como una categoría *a geometría variable*.

Respecto del genocidio, pese a la identidad de la definición adoptada por la Convención de 1948 y de aquéllas contenidas en el Estatuto de Roma y en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*, aparecen discrepancias en las legislaciones nacionales tanto respecto a la identificación de los grupos humanos protegidos por la norma, como respecto a algunas de las conductas constitutivas del crimen.

Los crímenes contra la humanidad, en cambio, no son definidos por alguna Convención internacional como categoría en su conjunto, y han vivido una profunda evolución desde el Estatuto de Nuremberg hasta el Estatuto de Roma, en la doble forma de una mutación del elemento contextual y de una ampliación de las conductas subyacentes. Elementos de diferencia en ambos aspectos existen, en este caso también, en las legislaciones nacionales.

La desaparición forzada, descrita y condenada por una específica Convención Interamericana y por una homónima Convención Internacional, representa también una de las modalidades para cometer un crimen contra la humanidad de acuerdo con el Estatuto de Roma, que prevé sin embargo unos elementos típicos diferentes respecto de los otros dos instrumentos de derecho internacional. A nivel estatal surgen muchas y relevantes diferencias, que dependen esencialmente de cuál es el instrumento internacional al que se pretende adecuar el ordenamiento interno, pero también, de vez en cuando, por la voluntad de reflejar especificidades locales.

De forma semejante, la tortura es condenada por una Convención Interamericana y una Internacional, y al mismo tiempo es una conducta subyacente de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra. Con respecto a estas figuras delictivas también existen diferencias relevantes entre la definición del Estatuto de Roma y aquélla de las Convenciones al respecto – entre las cuales aparecen ulteriores diferencias – y, como reflejo, entre las legislaciones nacionales que tipifican este delito.

Frente a semejante cuadro complejo, los jueces, además de combinar esta pluralidad de fuentes normativas, desarrollan un papel central para la atenuación de las diferencias en la estructura típica y para su paulatina armonización. Asimismo, se les pide ofrecer su aportación a la precisión y a la aclaración de las formulaciones adoptadas a nivel internacional para definir esos crímenes, que muchas veces ofrecen graves carencias desde la perspectiva de la determinación y precisión.

La centralidad de la intervención de los jueces nacional depende además de la obligación de persecución y castigo de los responsables de crímenes internacionales que se está paulatinamente afirmando en el Derecho internacional, y al que algunos atribuyen – de forma discutible – el carácter de norma consuetudinaria. La existencia de semejante obligación puede plantear dificultades en marcos de transición, en los que hay que tomar en cuenta una serie de variables añadidas, como la debilidad de las nuevas instituciones, la necesidad de superación del pasado y de reconciliación nacional – que pueden llevar a asignar preferencia a soluciones de carácter no penal-. El debate sobre los dilemas de la justicia de transición está muy lejos de ser resuelto, pero se puede afirmar que prevalece hoy en día la tendencia a considerar la persecución penal un paso necesario para ella, como parece confirmar la actual orientación de los Países latinoamericanos – que ya habían sido pioneros, en los primeros años de la democracia, en la elaboración de mecanismos alternativos al penal.

En el marco teórico y normativo así dibujado, la jurisprudencia latinoamericana juega un papel de primera importancia en la configuración de los tipos penales internacionales. Especialmente las Cortes Supremas, en su doble noción de jueces penales de última instancia y de jueces constitucionales, se han vuelto verdaderos protagonistas de la definición de los crímenes internacionales y de la paulatina armonización de las normas que los tipifican.

Del análisis jurisprudencial desarrollado hemos sacado la existencia de dos tendencias interpretativas opuestas, cada una de las cuales se compone de diferentes caminos argumentativos. Una primera tendencia, que hemos definido como expansiva, provoca la ampliación del alcance de la figura delictiva internacional a nivel temporal – o diacrónico – o a nivel más bien típico. El objetivo perseguido por

los jueces a través de esta operación extensiva es la superación de algunos obstáculos que la regulación penal común plantearía de por sí a la persecución de esos delitos: específicamente, se pretende evitar el problema de la prescripción, cuyo plazo suele haber finalizado de acuerdo con las reglas comunes, y la aplicación, en su caso, de disposiciones de amnistía, que como hemos visto han sido a menudo adoptadas como herramienta en el marco de la justicia de transición en el continente latinoamericano. La subsunción de los hechos en una de las categorías de crímenes internacionales ofrece la clave para eliminar esos impedimentos, pues a esa categoría se le reserva un régimen especial que prevé, entre otros aspectos, la imprescriptibilidad y la inaplicabilidad de las amnistías – sin duda de las auto-amnistías y de las llamadas *blanket amnesties*, pero parece que la prohibición se va extendiendo a cualquier tipo de amnistía. Las importantes consecuencias que la calificación de los hechos como crímenes internacionales conlleva a nivel aplicativo han llevado a los órganos judiciales a forzar la estructura típica de esas figuras delictivas para que quepan en ellas los hechos bajo juicio y para aplicarles a éstos, como consecuencia, el régimen especial antes recordado. De esta manera ocurre una inversión del orden que debería ser idealmente respetado en la comprobación judicial: en lugar de buscar la figura delictiva que mejor describe el hecho concreto, para luego aplicar la disciplina correspondiente, se identifica en primer lugar aquella figura que permite aplicar ciertas consecuencias prácticas – y que, en fin, permite garantizar la persecución –, y solamente después se procede a forzar su definición y estructura típica en aras de subsumir en ella el hecho por el que se juzga. Este estiramiento de los márgenes de las figuras delictivas internacionales causa su ampliación, que puede manifestarse, como hemos dicho, a dos niveles distintos.

La expansión a nivel temporal pretende hacer posible la subsunción de las figuras delictivas internacionales de hechos cometidos con anterioridad a su tipificación en el ordenamiento interno: para lograr este objetivo, se han desarrollado diferentes caminos argumentativos, algunos de ellos integralmente arraigados en el derecho internacional como fuente directa de incriminación. La jurisprudencia “progresista” que desarrolla esta argumentación, ante la ausencia en el ordenamiento nacional de disposiciones pre-existentes a los hechos que tipificaran los crímenes internacionales, recurre a la aplicación directa de normas internacionales

convencionales que definen los crímenes internacionales, defendiendo además su correspondencia con la costumbre internacional, que permite adelantar su vigencia y otorgarles a la vez carácter imperativo. Las Cortes buscan confirmación de la existencia de esta norma en los Estatutos de los tribunales penales internacionales, en los instrumentos de protección de los derechos humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esta argumentación, basada en la aplicación directa del derecho internacional es esgrimida tanto para afirmar la existencia – anterior a los hechos – de los tipos penales internacional, como para fundamentar la regla de la imprescriptibilidad de esta clase de delitos. Por lo que se refiere a este último aspecto, los tribunales suelen tomar como referencia la Convención sobre la Imprescriptibilidad de 1968, con independencia de si el Estado la ha ratificado y de la fecha en que ello, en su caso, ocurrió, pues se afirma que ese instrumento representa una mera cristalización de una norma consuetudinaria ya existente, y que por lo tanto admite una aplicación *retrospectiva*. Por último, hemos analizado una sentencia de la Corte Suprema argentina (*Arancibia Clavel*) que extiende este camino interpretativo hasta una verdadera tipificación judicial del delito de asociación: los delitos perpetrados por la asociación ilícita de la que el acusado era miembro son calificados de crímenes contra la humanidad con base en la aplicación directa de normas internacionales, y como paso añadido se afirma que el simple formar parte a esta asociación ilícita representa, casi por un proceso de osmósis, un crimen contra la humanidad, por lo que no prescribe.

El camino interpretativo aquí recordado plantea ciertas tensiones con el principio de legalidad, tanto en su vertiente de determinación y taxatividad – con las que no cumple la formulación amplia de las conductas por los instrumentos internacionales, y menos aún la costumbre que ni siquiera cumple con el requisito de *lex scripta* –, como en su aspecto de prohibición de retroactividad – cuando se pretende aplicar Convenciones cuya vigencia para el Estado es posterior a la comisión de los hechos –, como respecto de la legalidad de las penas, que no son previstas por las normas internacionales. Además, las sentencias que aplican la costumbre internacional suelen pasar por alto una verificación de la efectiva existencia, en el momento de los hechos, de una norma que definiera y sancionara la conducta, dando por hecho un dato que realmente no lo es.

CONCLUSIONES

La aplicación directa del Derecho internacional tiene como objeto, en muchas ocasiones, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que puede ser citada como prueba de la existencia de una norma consuetudinaria, pero también como fundamentación única e independiente de una solución interpretativa. En este segundo caso, se les asigna a las decisiones de la Corte una eficacia vinculante más allá del caso concreto y del Estado que ha sido parte en el procedimiento, pese a que ello choque con la letra de la CADU y pese que se convierta, en ocasiones, en la transferencia a-crítica de una solución apta para un caso bien determinado a supuestos que no pueden ser asimilados a aquéllo. Parece más correcto reconocer a la jurisprudencia interamericana, como algunas sentencias hacen, un valor de criterio herméutico que contribuye a sustentar cierta solución interpretativa, en el presupuesto de una suficiente cercanía entre el caso que se trata y aquél que ha sido resuelto por la Corte Interamericana.

Junto a estos argumentos aparecen con frecuencia llamamientos a principios y deberes meta-jurídicos, de carácter más bien *ético*, que consideran la extrema atrocidad de los crímenes internacionales como un motivo suficiente para explicar porqué no puede admitirse la impunidad de sus responsables. Sin embargo, semejantes llamamientos nunca aparecen como argumentos suficientes para fundamentar una incriminación, sino que se limitan a acompañar a razonamientos jurídicos, reforzando de esta forma la carga *simbólica* de las decisiones.

Otro original camino interpretativo desarrollado por la jurisprudencia latinoamericana en aras de permitir la ampliación de las figuras delictivas internacionales a nivel temporal es la llamada *doble* subsunción: este método combina una subsunción primaria, de tipificación y sanción, en una figura delictiva común prevista por la ley nacional con anterioridad a los hechos – por ejemplo el delito de secuestro o privación ilegítima de la libertad – y una subsunción secundaria en un tipo penal internacional, que permite reflejar el injusto específico que el delito común no abarca y, sobre todo, aplicar el régimen especial de los crímenes internacionales. En este caso también la figura delictiva internacional goza de prioridad lógico-temporal, pues permite superar los obstáculos a la persecución de los hechos; aquélla común interviene en un segundo momento para determinar el

marco sancionatorio y para solucionar los problemas que la primera plantea con respecto a los principio de legalidad e irretroactividad.

El artificio interpretativo así elaborado genera perplejidad no solamente porque representa la creación *ex novo* de una norma incriminadora por parte del juez – pese a que sea creada por la fusión de dos figuras delictivas normativamente previstas – sino también porque se basa en un razonamiento paradójico si no equivocado. De hecho, aunque afirme la existencia de una relación de especialidad entre la figura delictiva interna y la internacional – en el sentido de que ésta última sería *lex specialis* respecto de la primera, pese a que permanece cierta divergencia de opiniones sobre la identificación de los elementos especializantes –, no aplica luego las reglas del concurso ideal de normas que disciplinan estos casos, y que impondrían la aplicación solo de la norma especial, sino que, como se ha dicho, aplica conjuntamente ambas. Por último, se pueden hacer a este camino interpretativo, en la parte en la que aplica la figura delictiva internacional, las mismas objeciones que se hicieron a la argumentación basada en la costumbre internacional como fuente directa de incriminación.

El método de la doble subsunción ha sido objeto, en ocasiones, de una utilización “impropia”, que ha acompañado a la subsunción en una figura delictiva común con la afirmación, cuya función es simplemente declarativa y que no conlleva consecuencias a nivel de regulación, de que los hechos *también* constituyen crímenes internacionales. El valor de semejantes afirmaciones es puramente simbólico, y pretende subrayar la extrema gravedad de los delitos y su dimensión masiva.

En la tendencia expansiva que afecta al nivel temporal se coloca también un argumento que se aplica exclusivamente al crimen de desaparición forzada de personas – la que representa la forma criminal más difundida como método represivo durante las dictaduras-. Esta línea interpretativa enfatiza la estructura de esta figura como delito permanente para afirmar que, al permanecer hasta el día de hoy la situación ilícita, el plazo de prescripción todavía no ha empezado a correr y que, por la misma razón, es posible aplicar una ley, también si es desfavorable para el acusado, sobrevenida durante el mantenimiento de esta situación. Este argumento, que es acogido también por la Corte Interamericana, por una parte vuelve a plantear el debate doctrinario sobre el criterio para identificar el *tempus commissi delicti* en

los delitos permanentes en aras de evitar la producción de consecuencias demasiado perjudiciales para el acusado. Por otra parte, la estructura típica de la desaparición forzada, que además de ser un delito permanente es también compuesto o continuado, plantea un abanico de problemas interpretativos con respecto a la definición de las dos conductas que la componen y a la relación entre ellas, a la identificación del bien jurídico protegido, de los sujetos pasivos y de las fuentes de la obligación de actuar que fundamentan la sanción de la conducta omisiva, a la posible vulneración del derecho a no auto-incriminarse, que la convierten en una figura de muy difícil interpretación.

Por último, otro camino interpretativo que puede ser situado en el marco de la tendencia expansiva que estamos comentando soluciona el problema de la prescripción afirmando su suspensión durante todo el régimen *de facto*, al considerar éste como un estado de excepción. Una solución de este tipo, que evidentemente no involucra directamente fuentes internacionales, debería sin embargo contar con la existencia de una norma que prevea esa causa de suspensión de la prescripción con específica referencia a la esfera de lo penal.

El mismo fin instrumental que marca la ampliación de las figuras delictivas internacionales a nivel temporal caracteriza también las tendencias interpretativas que provocan su expansión a nivel típico: en esta perspectiva sincrónica también se termina por forzar los límites de la estructura típica de los crímenes internacionales para que quepan en ellos los hechos por los que se juzga. Esta ampliación puede producirse tanto a través de una interpretación extensiva de unos elementos típicos del delito, como a través del control de legitimidad constitucional, cuando éste convalida decisiones legislativas que expanden el alcance de las figuras en comparación con su definición a nivel internacional, o cuando, al revés, elimina elementos introducidos por el legislador nacional que implican una reducción del alcance de esas figuras. En el marco de la primera forma de manifestación se colocan las numerosas sentencias que llegan a calificar los crímenes de la dictadura argentina como genocidio con base en una interpretación muy amplia de la noción de “grupo nacional”, que pretende ocultar la naturaleza relamente política – y como tal excluída del alcance de la norma – del grupo victimizado por la represión sistemática. Ejemplos de la ampliación de las figuras delictivas a través del control de

constitucionalidad son ofrecidos por unas sentencias de las Cortes Constitucionales colombiana y boliviana sobre genocidio, tortura y desaparición forzada, que modifican algunos elementos típicos insertados por el legislador al tipificar esos crímenes, y que se alejan, en el doble sentido antes mencionado, de la correspondiente definición internacional.

La tendencia expansiva que acabamos de describir coexiste con una opuesta tendencia que hemos llamado limitativa o centrípeta: ésta, pese a ser minoritaria, abre nuevas e interesantes posibilidades con respecto a la contribución que la jurisprudencia de las Cortes Supremas – latinoamericanas pero no sólo ellas – puede ofrecer a la definición y al desarrollo de las figuras delictivas internacionales. Esta aportación puede consistir en una aclaración o precisión de algunos de los elementos típicos, bajo la idea de que los crímenes internacionales, debido a las importantes consecuencias *contra reum* que su régimen especial implica, tienen que ser interpretadas de forma restrictiva y delimitadas de forma clara. Se sitúan en esta línea jurisprudencial las sentencias que recuperan el valor selectivo del elemento contextual de los crímenes internacionales para frenar indebidas expansiones de éstos a hechos que no presentan sus rasgos específicos ni su especial gravedad. Asimismo, el elemento contextual es en ocasiones utilizado por estas tendencias interpretativas en aras de marcar con más nitidez la diferencia entre crímenes internacionales y graves violaciones de los derechos humanos – que no siempre coinciden con ellos – y entre esos crímenes y los delitos transnacionales, como el narcotráfico y el terrorismo. Por último, este esfuerzo definitorio puede llevar a la elaboración de parámetros interpretativos aplicables a las figuras delictivas internacionales, que por su naturaleza presentan una “calificación vaporosa”, y a reforzar el valor de conceptos e institutos propios del Derecho penal, como el de bien jurídico protegido, que permiten una mejor delimitación de las figuras delictivas. Las Cortes Supremas se preocupan también por analizar unos aspectos críticos de esas figuras delictivas que las normas internacionales dejan sin resolver: a este respecto es especialmente interesante una sentencia del Tribunal Supremo brasileño que analiza el régimen de las relaciones concursales entre las conductas subyacentes al crimen de genocidio y entre éste y los delitos comunes.

CONCLUSIONES

Por último, este efecto de delimitación de las figuras delictivas internacionales puede ser logrado a través del control de constitucionalidad, cuando el juez constitucional declara la inconstitucionalidad de soluciones legislativas que amplían el alcance de esas figuras en comparación con la definición internacional, o cuando, al revés, confirma la legitimidad de elementos insertados por el legislador nacional al tipificar esos crímenes, cuyo efecto es una restricción respecto de la norma internacional correspondiente.

La evaluación de conjunto de la jurisprudencia latinoamericana analizada ha desvelado que ella tiene un impacto muy importante tanto en el sistema nacional en el que se inserta como fuera de sus fronteras. Este impacto adquiere rasgos diferentes dependiendo de la macro-tendencia a la que pertenecen las sentencias: la tendencia expansiva influye negativamente en las garantías defensivas del acusado, al ampliar el alcance de ese régimen excepcional que provoca efectos perjudiciales para él. El Derecho penal “diferenciado” que viene creándose de tal forma, y que parece expandirse cada vez más, corre el riesgo de convertirse en una manifestación del – temible – Derecho penal del enemigo, que suspende todo un conjunto de institutos y principios que pretenden garantizar los derechos del acusado. Al mismo tiempo, la tendencia a ampliar los límites de las figuras delictivas internacionales genera tensiones con el principio de legalidad, entendido no tanto en su vertiente política vinculada con la separación de poderes, sino más bien en su vertiente material – que se mantiene también en la concepción “relajada” de este principio adoptada por el Derecho internacional – que pretende garantizar la *cognoscibilidad* de la norma penal, como presupuesto del juicio de culpabilidad y de la función de orientación positiva de los ciudadanos.

A raíz de estas antinomias se encuentra la creciente tendencia a asignar la preferencia a la protección de los derechos de las víctimas – *objeto* del Derecho penal –, antes que a la protección de los derechos del imputado – *límite* de la intervención penal. La tensión permanente entre estas dos dimensiones y funciones parece intensificarse ante los crímenes internacional, cuya *desmesura* favorece una orientación punitivista que muchas veces deja de lado el garantismo penal.

CONCLUSIONES

La tendencia jurisprudencial limitativa produce en cambio un impacto diferente, pues recupera principios garantistas, como el de lesividad, subsidiariedad y fragmentariedad, afirmando su validez también en el sector *de excepción* de los crímenes internacionales. Desde este punto de vista se puede entrever en la jurisprudencia de las Corte Supremas latinoamericanas una función *constituyente*, o mejor dicho *re-constituyente*, que puede tener una importancia esencial en contextos de transición como aquéllos analizados, restaurando valores y principios esenciales sobre los que se construye una sociedad democrática.

A esta función constituyente positiva se acompaña otra que puede llevar a consecuencias peligrosas, y que aparece cuando la función *simbólica* del juicio y de la sentencia prevalece sobre su función manifiesta e instrumental que son las que deberían prevalecer. En estos supuestos, de los que hemos encontrado muchos ejemplos en la jurisprudencia analizada, aparece una reviviscencia del mecanismo sacrificial en perjuicio del acusado, y a la vez una peligrosa confusión entre la tarea de *jus dicere* asignada al juez y aquella, también narrativa pero diferente, de los historiadores y de los políticos. Los tribunales emprenden tareas de reconstrucción histórica y de elaboración de una memoria compartida que no pueden cumplir de forma adecuada con las herramientas de las que disponen, y que provocan al revés una colisión con las funciones y los límites de la justicia penal.

A la invasión de la esfera de la historia y de la política se añade la invasión de la esfera del poder legislativo: se trata de un fenómeno que va mucho más allá de la simple participación en la función normopoiética, y que se convierte en una verdadera sustitución del legislador, ante su inactividad o ante el desacuerdo con sus decisiones. El poder judicial, fortalecido por una nueva legitimación que parece derivar directamente de la primacía de los derechos humanos, se convierte en el verdadero portagonista de la configuración de los crímenes internacionales y del Derecho penal internacional.

Por último, la jurisprudencia de las Corte Supremas latinoamericanas tiene un importante impacto externo, que la proyecta a escala mundial. A través del fenómeno de circulación jurisprudencial en sus diferentes direcciones y dimensiones – horizontal y vertical, ascendente y descendente –, las soluciones interpretativas

CONCLUSIONES

desarrolladas por esas Cortes, sus caminos argumentativos y hasta sus orientaciones y tendencias generales, influyen a los jueces extranjeros, a las jurisdicciones penales internacionales y a los órganos de protección de los derechos humanos. Esta circulación de antecedentes y tendencias, que es independiente de la eficacia vinculante de las decisiones y se basa en cambio en su autoridad persuasiva, adquiere un carácter informal y dinámico, que ha sugerido la imagen de una “comunidad global” de jueces. La influencia mutua entre Cortes de países y niveles diferentes origina un fenómeno que ha sido eficazmente descrito como “jurisprudential cross-fertilization”: éste, aunque esconde en ocasiones una amplificación de errores hermenéuticos o la utilización instrumental de decisiones sacadas de su contexto, en su conjunto ofrece una contribución muy importante al proceso de *armonización* del Derecho penal internacional.

En el marco de este complejo fenómeno de interacción, las Cortes Supremas aparecen como un verdadero artífice de la armonización de las definiciones y de la interpretación de los crímenes internacionales, además de protagonista en la conformación del Derecho penal internacional como espacio jurídico conformado por un *pluralismo ordenado*.

BIBLIOGRAFIA TESI

- AGAMBEN G., *Quel che resta di Auschwitz. L'archivio e il testimone*, Torino, 1998.
- ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007.
- ALCÁNTARA SÁEZ M., *Sistemas políticos de América Latina*, Madrid, 2008.
- ALIJA FERNÁNDEZ R.A., *La persecución como crimen contra la humanidad*, Barcelona, 2011.
- ALLARD J., GARAPON A., *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto*, Macerata, 2006.
- ALMQVIST J., ESPÓSITO C. (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, 2009.
- ÁLVAREZ GARCÍA F.J., *Sobre algunos problemas relativos a la falta de taxatividad en las normas del estatuto del Tribunal Penal Internacional*, in A. CUERDA RIEZU, F. JIMÉNEZ GARCÍA (dirs.), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, 2009, pp. 205-236.
- ÁLVAREZ GARCÍA F.J., *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, 2009.
- AMATI E., CACCAMO V., COSTI M., FRONZA E., VALLINI A., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2° ed., 2010.
- AMATI E., MACULAN E., *I crimini contro l'umanità*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche. Aggiornamento*, Torino, 2011, pp. 141-158.
- AMBOS K. (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá, 2009.
- AMBOS K., *100 años de la "teoría del delito" de Beling. Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?*, in *RECPC*, 09-05, 2007 (<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>).
- AMBOS K., *Derechos Humanos y derecho penal internacional*, in ID., *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid, 2006, pp. 19-38.
- AMBOS K., *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá, 2008.
- AMBOS K., *Il diritto penale internazionale ad un punto di svolta: dai Tribunali ad hoc istituiti con atto autoritativo a un sistema universale su base consensuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2169 ss.
- AMBOS K., *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires, 2ª ed., 1999.
- AMBOS K., *La parte general del derecho penal internacional*, Berlin, 2005.
- AMBOS K., *Latin American and International Criminal Law: Introduction and General Overview*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, pp. 431-439.
- AMBOS K., MALARINO E., (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Berlin-Montevideo, 2003.

AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional: con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Berlino-Montevideo, 2008.

AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania y España*, Berlin-Montevideo, 2009.

AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlin-Montevideo, 2010.

AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Vol. II*, Berlin-Montevideo, 2011.

AMBOS K., MALARINO E., WOISCHNIK J. (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la CPI. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Berlin-Montevideo, 2006.

AMBOS K., MALARINO E., WOISCHNIK J. (eds.), *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Berlin-Montevideo, 2005.

AMBOS K., *Nulla poena sine lege en Derecho penal internacional*, in *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 26, 2009, pp. 36 ss.

AMBOS K., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia*, Bogotá, 2010.

AMBOS K., *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid, 2006.

AMBOS K., *What does "intent to destroy" in genocide mean?* in *IRRC*, vol. 91, n. 876, diciembre 2009, pp. 833-858.

AMBOS K., WIRTH S., *The Current Law of Crimes against Humanity*, in *Criminal Law Forum*, n. 13, 2002, pp. 1 ss.

ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

APONTE CARDONA A., *Criminal Prosecution of International Crimes: The Colombian Case*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, pp. 549-569.

ARROYO ZAPATERO L., *la armonización internacional del Derecho penal*, in L. ARROYO ZAPATERO, A. NIETO MARTÍN (dirs.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca, 2010, pp. 29-51.

BANTEKAS I., *International criminal Law*, Oxford-Portland, 2010.

BARATTA A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza: contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963.

BARATTA A., *Le fonti del diritto e il diritto giurisprudenziale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XX, 1990, pp. 189-210.

- BARATTA A., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3, 1985, pp. 443-491.
- BASSIOUNI M.C. (ed.), *International Criminal Law*, Ardsley, 1999.
- BASSIOUNI M.C., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2° ed., 1999.
- BASSIOUNI M.C., *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio erga omnes*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n. 4, 1996, pp. 63-74.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano, 1991.
- BEDUSCHI C., *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, 1992.
- BERTOLINO M., *Dalla mera interpretazione alla “manipolazione”: creatività e tecniche decisorie della Corte Costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011, pp. 55-147.
- BETTIOL G., *Il problema penale*, Palermo, 1948.
- BIN R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988.
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.
- BLANCO CORDERO I., *Compétence universelle. rapport général*, in *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 78 e 79, 2008/1-2, pp. 13-57.
- BLANCO CORDERO I., *Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo (y II)*, in *La Ley*, n. 2, 2004, pp. 1647-1659.
- BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 1951, p. 146 ss.
- BOBBIO N., *Norme primarie e norme secondarie*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970.
- BONAFÉ B., *The relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden-Boston, 2009.
- BONINI S., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Indice penale*, 2003, pp. 491-534.
- BONOMI A., *Il “limite” degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008.
- BORSARI R., *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007.
- BREWER CARÍAS A.R., *La jurisdicción constitucional en América Latina*, in D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO (a cura di), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, pp. 117-161.
- BRICOLA F., *Carattere ‘sussidiario’ del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. I, Milano, 1984, pp. 99 ss.

- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; ora in BRICOLA F., (a cura di S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA), *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997-2000, pp. 509 ss.
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3 della Costituzione, rivisitato alla fine degli anni'70*, in *La questione criminale*, 1980, pp. 179 ss.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1974, pp. 8-93.
- BURCHARD C., *Torture in the Jurisprudence of the ad hoc Tribunals – A Critical Assessment*, in *JICJ*, n. 6, 2008, pp. 159 ss.
- BURKE-WHITE W.W., *A Community of Courts: toward a System of International Criminal Law Enforcement*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 24, n. 1, 2002, pp. 1-101.
- BURKE-WHITE W.W., *Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 49, n. 1, 2008, pp. 53-108.
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999.
- CAIANIELLO M., FRONZA E., *Il principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Indice Penale*, 2002, pp. 307-334.
- CALAMANDREI P., *Il giudice e lo storico*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, XVII, 1939, pp. 105-128.
- CAPELLÁ I ROIG M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Valencia, 2005.
- CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.
- CAPPELLETTI M., *Le pouvoir des juges*, Paris, 1990.
- CARDONA LLORENS J., *Los Estatutos de los Tribunales penales internacionales y los crímenes internacionales: ¿tipificación o delimitación competencial?*, in A. CUERDA RIEZU, F. JIMÉNEZ GARCÍA (dirs.), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, 2009, pp. 193-203.
- CARO CORIA D., *Prosecuting international crimes in Perù*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, pp. 583-600.
- CASSESE A., DELMAS-MARTY M. (cur.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, 2002.
- CASSESE A., GAETA P., JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, Oxford-New York, 2002.
- CASSESE A., *International criminal law*, Oxford, 2° ed., 2008.
- CASTRESANA C., *Persecución de crímenes contra la humanidad en la Audiencia Nacional. Los informes que los fiscales no quisieron firmar*, in *Jueces para la democracia*, n. 31, 1998, pp. 2 ss.

- CASTRESANA FERNÁNDEZ C., *De Nuremberg a Madrid*, in *Jueces para la Democracia*, n. 54, 2005, pp. 5 ss.
- CATENACCI M., *Legalità e tipicità del reato nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003.
- CEREZO MIR J., *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2008.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Sevilla, 2007.
- CLARK R., *Crimes against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court*, in M. POLITI, G. NESI (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity*, 2001, pp. 75 ss.
- COMANDUCCI P., *Formas de neocostitucionalismo: un análisis metateórico*, in *Isonomía (Revista de Teoría y Filosofía del Derecho)*, México, n. 16, aprile 2002, pp. 89-112.
- CONTENTO G., *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro It.*, 1988, IV, pp. 484 ss.
- CORDERO F., *Il giudice e la Costituzione*, in *RIDPP*, 1962, pp.263 ss.
- CORNACCHIA L., *Funzione della pena nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè, 2009.
- COSTA P., *Pagine introduttive: Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini*, vol. 36, 2007, pp. 1-39.
- CREUS C., *El tipo como “forma de pensar jurídico” en el derecho penal*, in E. ZAFFARONI, (coord.), *De las penas. Homenaje al Prof. Isidoro de Benedetti*, Buenos Aires, 1997, pp.127-139.
- CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D., WILMSHURST E., *An introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2007.
- DAMASKA M., *L'incerta identità delle Corti Penali Internazionali*, in *Criminalia*, 2006, pp. 9-55.
- DANA S., *Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing*, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 99, n. 4, pp. 54 ss. (http://works.bepress.com/shahram_dana/1).
- DEAN F., *La tipicità nella teoria generale dell'illecito penale*, in *RIDPP*, 2006, pp. 133-150.
- DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, ora in ID., *Diritto penale, raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976, pp. 3-162.
- DELMAS-MARTY M., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992 [*Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986].
- DELMAS-MARTY M., FOUCHARD I., FRONZA E., NEYRET L., *Les crimes contre l'humanité*, Paris, 2009.

- DELMAS-MARTY M., FRONZA E., LAMBERT-ABDELAWAD É. (eds.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Paris, 2004.
- DELMAS-MARTY M., *Interacciones entre el derecho comparado y el derecho penal internacional*, in *Revista Conciencia Política*, 2008, http://portal.veracruz.gob.mx/pls/portal/docs/page/colver/difusion/revista_conciencia/revistano.8/8.-mireille%20delmas.pdf
- DELMAS-MARTY M., *La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international*, in *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, n. 1, 2003, pp. 1-12.
- DELMAS-MARTY M., *Le droit pénal comme éthique de la mondialisation*, in *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, n. 1, 2004, pp. 1-10
- DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit : le relatif et l'universel*, Paris, 2004.
- DELMAS-MARTY M., PIETH M., SIEBER U. (eds.), *Los caminos de la armonización penal*, Valencia, 2009.
- DELMAS-MARTY M., *Politica criminale e diritti dell'uomo in Europa*, in *Indice Penale*, 1988, pp. 822 ss.
- DELMAS-MARTY M., *The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law*, in *JICJ*, n. 1, 2003, pp. 13-25.
- DELMAS-MARTY M., *Violence and Massacres – Towards a Criminal Law of Inhumanity*, in *JICJ*, vol. 7, 2009, pp. 5-16.
- DI FILIPPO M., *Terrorist crimes and international co-operation: critical remarks on the definition and inclusion of terrorism in the category of international crimes*, in *EJIL*, n. 19, 2008, pp. 533 ss.
- DI GIOVINE O., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2197-2280.
- DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale: tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.
- DOLCINI E., MARINUCCI G., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *RIDPP*, 1994, pp. 333 ss.
- DONDÉ MATUTE J., *International criminal law before the Supreme Court of Mexico*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, pp. 571-581.
- DONDÉ MATUTE J., *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su relevancia en el Derecho Penal Internacional*, México, 2006.
- DONDÉ MATUTE J., *Lineamentos Internacionales en materia penal*, México, 2009.
- DONDÉ MATUTE J., *Los tipos penales en el ámbito internacional*, México, 2006.
- DONDÉ MATUTE J., *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, Barcelona, 2007.

- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
- DONINI M., PAPA M. (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007.
- DONINI M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta Costituzionale*, in *Foro Italiano*, vol. V, 2001, pp. 29 ss.
- DONINI M., *Teoria del reato*, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. XXIV, Torino, 1993.
- DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
- DOVAL PAÍS A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Barcellona, 1999.
- DWORKIN R., *Taking rights seriously*, London, 1987.
- EIROA P., OTERO J.M. (eds.), *Memoria y derecho penal*, Buenos Aires, 2008.
- EIROA P.D., *Políticas del castigo y derecho internacional. para una concepción minimalista de la justicia penal*, Buenos Aires, 2009.
- ELSTER J., *Closing the books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, 2004.
- ESPOSITO A., *Il principio di legalità*, in LATTANZI G., MONETTI V. (A CURA DI), *La Corte Penale Internazionale. Organi, competenza, reati, processo*, Milano, 2006, pp. 219-268.
- FEIJOO SÁNCHEZ B., *El genocidio en el Derecho penal español*, in *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, n. 8, 1999, pp. 559 ss.
- FERDINANDUSSE W.N., *Direct application of International Criminal Law in National Courts*, The Hague, 2006.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA C., *El genocidio en el derecho penal internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del estatuto de la Corte Penal Internacional*, Valencia, 2011.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.
- FERRAJOLI L., *Garantismo e diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, n. 3, pp. 107-123.
- FERRAJOLI L., *Il diritto come sistema di garanzie*, in *Ragion pratica*, 1993, pp. 143-161.
- FERRARESE M.R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006.
- FIANDACA G., *Fatto nel diritto penale*, in *Digesto Discipline Penalistiche*, vol. V, Torino, 1992, pp. 152 ss.

- FIANDACA G., DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003.
- FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge penale alle soglie del XX secolo*, Napoli, 2001, pp. 299-328.
- FIANDACA G., *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *RIDPP*, fasc. 1, 1982, pp. 42-81.
- FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008.
- FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, vol. V, 2000, pp. 137 ss.
- FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, 2007, pp. 1247 ss.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 5° ed., 2009.
- FIANDACA G., VISCONTI C. (a cura di), *Punire, mediare, riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009.
- FILIPPINI L., *El Prestigio de los Derechos Humanos. Respuesta a Daniel Pastor*, in *Iura gentium*, <http://www.juragentium.unifi.it/topics/latina/es/filippin.htm>
- FORNASARI G., *Brevi riflessioni sul rapporto fra ragionamento retorico e decisioni del giudice penale*, in G. FERRARI, M. MANZIN (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004, pp. 311-320.
- FORNASARI G., *Brevi note sul metodo interpretativo del giudice penale e sulla funzione dogmatica della giurisprudenza*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, pp. 247-254.
- FORNASARI G., *Dittatori alla sbarra. Il "caso Bordaberry" come pietra miliare della giustizia di transizione in Uruguay*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2281-2305.
- FORNASARI G., FRONZA E. (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Trento, 2011.
- FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, Padova, 1990.
- FORNASARI G., *Il principio di legalità*, in FORNASARI G., MENGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005.
- FORNASARI G., *Riflessioni sui principi sovralegali del diritto penale*, in *Studi in memoria di Renato dell'Andro*, Bari, 1994, vol. I, p. 347.
- FOURNET C., *International crimes: theories, practice and evolution*, London, 2006.
- FRONZA E., *¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria*, in *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3° época, n. 5, 2011, pp. 97-144.

- FRONZA E., *Diritto penale del nemico e giustizia penale internazionale*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDO (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. In memoria di Mario Sbriccoli*, Bologna, 2007, pp. 373 ss.
- FRONZA E., FORNASARI G. (a cura di), *Il superamento del passato ed il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Trento, 2009.
- FRONZA E., *Human Rights and Criminal Law: Human Rights and Criminal Law: Reference to the Case Law of Human Rights Bodies by International Criminal Tribunals*, in R. KOLB, D. SCALIA (eds.), *International Criminal Law*, in corso di pubblicazione.
- FRONZA E., MALARINO E., *El efecto armonizador del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (cur.), *Los caminos de la armonización penal*, Valencia, 2009, pp. 79-96.
- FRONZA E., MANACORDA S. (eds.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. études des Law Clinics en droit pénal international*, Paris, 2003.
- FRONZA E., *Profili penalistici del negazionismo*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, 1999, pp. 1034 ss.
- FRONZA E., SCOLETTA M., *Crimini di guerra legalità penale e Corte Europea dei diritti umani: la sentenza del 17 maggio 2010 sul caso Kononov*, in *Jus17*, 2011.
- GAETA P., *When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?*, in *JICJ*, n. 6, 2008, pp. 183 ss.
- GALAIN PALERMO P., *Prosecuting international crimes in Uruguay*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, pp. 601-618.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale. Vol. II: Il reato. Parte I: La fattispecie oggettiva*, Torino, 1999.
- GARAPON A., *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997.
- GARAPON A., *Crimini che non si possono punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna, 2004.
- GARAPON A., *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia*, Milano, 1997.
- GARCÍA FALCONÍ R., *The Codification of Crimes against Humanity in the Domestic Legislation of Latin American States*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, pp. 453-459.
- GARGANI A., *Dal "corpus delicti" al "Tatbestand". Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.
- GIL GIL A., *Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio (Sentencia del BGH de 30 de abril de 1999 -3 StR 215/98- OLG Düsseldorf)*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a época, n. 4, 1999, pp. 771-798.
- GIL GIL A., *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, 1999.

- GIL GIL A., *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999.
- GIL GIL A., *La excepción al principio de legalidad del n. 2 del art. 7 del CEDH*, in *Anuario de derecho penal*, 2010, in corso di pubblicazione.
- GIL GIL A., *La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena. Ejemplificación en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su cita por otros tribunales*, in *Revista de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires, Número Extraordinario 2011, in corso di pubblicazione.
- GIL GIL A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, 2008.
- GIL GIL A., *La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-r1(2005), <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>.
- GIL GIL A., *La violación como arma de guerra y su consideración como crimen internacional*, in AA. VV., *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, Bogotá, 2010, pp. 3-30.
- GIL GIL A., LACRUZ LÓPEZ J.M., MELENDO PARDOS M., NUÑEZ FERNÁNDEZ J., *Curso de derecho penal. Parte general*, Madrid, 2011.
- GIL GIL A., *Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo*, in A. CUERDA RIEZU, F. JIMÉNEZ GARCÍA (dirs.), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, 2009, pp. 391-409.
- GINZBURG C., *Il giudice e lo storico*, Torino, 1991.
- GIOSTRA G., INSOLERA G. (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale: i quarant'anni della Corte Costituzionale*, Milano, 1998.
- GIRÃO MONTECONRADO F., *La imposibilidad de aplicación de la prescripción gradual a los crímenes imprescriptibles en razón de su fundamento*, 2011, in corso di pubblicazione.
- GIRÃO MONTECONRADO F., ZILLI M., ROCHA DE ASSIS MOURA M.T., *International Criminal Law and Transitional Justice in Brazil*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, pp. 509-534.
- GÓMEZ BENÍTEZ J.M., *El exterminio de grupos políticos en el Derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad*, in *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 4, 2000, pp. 151 ss.
- GONZÁLEZ TAPIA M.I., *Determinación del tiempo de comisión del delito*, Granada, 2002.
- GONZÁLEZ TAPIA M.I., *La prescripción en el derecho penal*, Madrid, 2003.
- GRACIA MARTÍN L., *Proyecto Docente de Investigación en Derecho penal*, Zaragoza, 1990.

- GRANDE E., *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, pp. 129-146.
- GREENAWALT A.K.A., *Rethinking Genocidal Intent: the Case for a Knowledge-based Interpretation*, in *Columbia Law Review*, vol. 99, n. 8, 1999, pp. 2259-2294.
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007.
- GROSSI P., *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli, 2011.
- GUARNIERI C., PEDERZOLI P., *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1996.
- GUZMÁN DALBORA J.L., *The Treatment of International Crimes in Chilean Jurisprudence: A Janus Face*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, pp. 535-547.
- HASSEMER W., *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, in AA.VV., *Pena y Estado*, Santiago, 1995, pp. 23-36.
- HASSEMER W., *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Napoli, 2007.
- HAYNER P., *Fifteen Truth Commissions 1974 to 1994*, in *Human Rights Quarterly*, volume 16, n. 4, 1994, pp. 600-655.
- HENHAM R., BEHRENS P. (eds.), *The criminal law of genocide: international, comparative and contextual aspects*, Aldershot, 2007.
- HENNEBEL L., HOCHMANN T. (eds.), *Genocide Denial and the Law*, Oxford, 2011.
- HENZELIN M., ROTH R. (publié par), *Le droit pénal a l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, 2002.
- HERENCIA CARRASCO S., *Implementation of War Crimes in Latin America: An Assessment of the Impact of the Rome Statute of the International Criminal Court*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, pp. 461-473.
- HERRERA L.E., *El principio de legalidad y la tipicidad*, in E. ZAFFARONI ET AL. (coords.), *De las penas. Homenaje al prof. Isidoro de Benedetti*, Buenos Aires, 1997, pp. 281-290.
- ILLUMINATI G., STORTONI L., VIRGILIO M., *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino, 2000.
- INSOLERA G., *Democrazia, ragione, prevaricazione: dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri*, Milano, 2003.
- INSOLERA G., *Luci e ombre del diritto penale vivente. Tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2351 ss.
- INSOLERA G., MAZZACUVA N., PAVARINI M., ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 3° ed., 2006.
- JIMENEZ GARCÍA F., *Derecho Internacional Penal y Terrorismo: Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente*, in J. SOROETA LICERAS (ed.),

Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. V, Bilbao, 2004, pp. 303-348.

KRESS C., LATTANZI F. (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. Vol. 1. General Aspects and Constitutional Issues*, 2000.

KRESS C., *The Crime of Genocide under International Criminal Law*, in *ICLR*, n. 6, 2006, pp. 461 ss.

LATTANZI F., SCHABAS W. (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 1, 1999.

LATTANZI G., MONETTI V. (a cura di), *La Corte Penale Internazionale. Organi, competenza, reati, processo*, Milano, 2006.

LEVASSEUR G., *Les crimes contre l'humanité et le problème de leur prescription*, in *Journal du Droit International*, n. 2, 1966.

LOLLINI A., *Constitutionalism and transitional justice in South Africa*, New York-Oxford, 2011 (in italiano, *Costituzionalismo e giustizia di transizione: il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005).

LOLLINI A., *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 1, 2007, pp. 479-523.

LOLLINI A., *La Commissione Sudafricana per la Verità e la Riconciliazione: la costruzione di una memoria collettiva tra "ipertrofia della storia" e "ipertrofia della sentenza"*, in *Critica del diritto*, fasc. 2-3, 1999, pp. 382-397.

LUBAN D., *A Theory of crimes against humanity*, in *The Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004, pp. 85-161.

MACULAN E., *Crimini di massa e modelli di attribuzione della responsabilità: riflessioni a margine della sentenza sul caso "Astiz"*, in *Cassazione Penale*, vol. 4, 2010, pp. 135-152.

MACULAN E., *La desaparición forzada de personas en el continente latinoamericano*, in REQUENA M. (ED.), *La seguridad y la defensa en el actual marco socio-económico: nuevas estrategias frente a nuevas amenazas*, Madrid, 2011, pp. 375-400.

MACULAN E., *La responsabilità per gravi violazioni dei diritti umani tra diritto penale interno e diritto penale internazionale: considerazioni a partire dal caso Fujimori*, in *Archivio penale*, n. 3, 2011, pp. 1023-1055.

MACULAN E., *Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in Argentina: l'esperienza dei "giudizi per la verità"*, in *Indice penale*, n. 1, 2010, pp. 331-370.

MADLENER K., *La justicia como garante de los derechos humanos en Latinoamérica, I: La independencia de la justicia y del juez. Análisis comparativo de diez informes centroamericanos y mexicanos*, in *Revista de derecho penal y criminología*, n. 6, 1996, pp. 689-782.

MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.

- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Tra codificazione e previsione costituzionale*, in *Indice Penale*, 2003, pp. 147-165.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2° ed., 2006.
- MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti*, in *RIDPP*, 1983, pp. 1190-1248.
- MÁRQUEZ PIÑERO R., *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, México, 1992.
- MARTÍN MARTÍNEZ M., *La configuración del principio de legalidad penal en el derecho internacional Contemporáneo*, in A. CUERDA RIEZU, F. JIMÉNEZ GARCÍA (dirs.), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, 2009, pp. 371-390.
- MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C. (a cura di), *Le regole dell'eccezione: un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, 2011.
- MEDELLÍN URQUIAGA X. (M.C. GALVIS editora), *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Washington DC, 2009.
- MELENDO PARDOS M., *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Desafíos para la dogmática penal continental*, Barcelona, 2008.
- METTRAUX G., *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford, 2005.
- MEYROWITZ H., *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité*, Paris, 1960.
- MEZZETTI E. (a cura di), *Diritto penale internazionale*, Torino, 2° ed., 2010.
- MOCCIA S. (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli-Roma, 2002.
- MOCCIA S., *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.
- MODELELL GONZÁLEZ J.L., *The Crime of Forced Disappearance of Persons According to the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, pp. 475-489.
- MODUGNO F., *Ancora sui contesi rapporti tra Corte cost. e potere legislativo*, in *Giur. Cost.*, 1988, II, pp. 16 ss.
- MODUGNO F., *La funzione legislativa complementare della Corte cost.*, 1981, I, pp. 1646 ss.
- MONTIEL FERNÁNDEZ J.P., *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, tesis doctoral dirigida por el Prof. J.M. Silva Sánchez, Barcelona, 2008.
- MORESO J.J., *Principio de legalidad y causas de justificación. (Sobre el alcance de la taxatividad)*, in *Doxa*, n. 24, 2001, pp. 525-545.
- MUÑOZ CONDE F., *Es el Derecho penal internacional un "Derecho penal del enemigo"?*, in *Revista Penal*, n. 21, 2008, pp. 93-102.
- MUÑOZ CONDE F., GARCÍA ARÁN M., *Derecho penal. Parte general*, 8° ed., Valencia, 2010.

- MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.
- MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.
- NAVARRO FRÍAS I., *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada, 2010.
- NIETO GARCÍA A.J., *A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del derecho penal internacional: estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de le imprescriptibilidad de delitos y penas*, in *Diario La Ley*, anno XXIX, n. 7061, 21.11.2008.
- NOGUEIRA ALACALÁ H., *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2006.
- NOGUEIRA ALCALÁ H., *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del Siglo XXI*, México D.F., 2004.
- NOLLKAEMPER A., *Domestic Courts and the Rule of International Law*, 2008.
- NUVOLONE P., *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953.
- OLÁSOLO H., *La función de la Corte Penal Internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna: de la doctrina de la intervención humanitaria y de las instituciones judiciales ex post facto al concepto de responsabilidad de proteger y la función preventiva de la Corte Penal Internacional*, in IDEM, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Valencia, 2011, pp. 29-54.
- OLLÉ SESÉ M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, Madrid, 2008.
- ORENTLICHER D., *Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency*, in *IJTJ*, vol. 1, 2007, pp. 10-22.
- ORENTLICHER D., *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, in *The Yale Law Journal*, vol. 100, n. 8, 1991, pp. 2537-2615.
- OSIEL M., *Mass atrocity, collective memory and the law*, New Brunswick-New Jersey, 1997.
- OSSANDÓN WIDOW M.M., *La formulación de los tipos penales: valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago de Chile, 2009.
- PACHECO ESTRADA C., *El tratamiento del exterminio de grupos políticos a la luz del caso Scilingo*, in *Jueces para la democracia*, n. 55, marzo 2006, pp. 48-58.
- PAGLIARO A., *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale: parte generale*, Torino, 2008.
- PALAZZO F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *RIDPP*, n. 2, 1992, pp. 453 ss.
- PALAZZO F., *Il fatto di reato*, Torino, 2004.
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.
- PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, 2007, pp.1279 ss.

- PALAZZO F., *Legge penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VII, Torino, 1993, pp. 338-370.
- PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *RIDPP*, 1998, pp. 350 ss.
- PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *RIDPP*, fasc. 2, 1990, pp. 430-544.
- PARENTI P., *The Prosecution of international crimes in Argentina*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, pp. 491-507.
- PASTOR D.R. (dir.), *El sistema penal en las recientes sentencias de la Corte Suprema: análisis de los precedentes que transforman el sistema penal*, Buenos Aires, 2007.
- PASTOR D.R. (dir.), GUZMÁN N. (coord.), *El sistema penal en las recientes sentencias de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos*, Buenos Aires, 2009.
- PASTOR D.R. (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición: un análisis de las políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, 2008.
- PASTOR D.R., *El poder penal internacional. Una aproximación Jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, 2006.
- PASTOR D.R., *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, in *Iura gentium*, II, 1, 2006, <http://www.juragentium.unifi.it/topics/latina/es/pastor.htm>.
- PASTOR D.R., *La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo*, in J.R. SERRANO-PIEDecasas, E.D. CRESPO (dirs.), *Terrorismo y estado de derecho*, Madrid, 2010, pp. 641-653.
- PAVARINI M., *Per un diritto penale minimo: "in the books" o "in the facts"?* *Discutendo con Ferrajoli*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, n. 3, pp. 125 ss.
- PIETH M., *Los actores del cambio*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (eds.), *Los caminos de la armonización penal*, Valencia, 2009, pp. 461-480.
- POLITI M., GIOIA F. (eds.), *The International Criminal Court and national jurisdictions*, Aldershot, 2008.
- PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *RIDPP*, 1983, pp. 484 ss.
- PULITANÒ D., *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quad. cost.*, 1983, pp. 93 ss.
- PULITANO' D., *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, pp. 131 ss.
- PULITANO' D., *Diritto penale*, Torino, 2009.
- RAIMONDO F., *'For Further Research on the Relationship Between Cultural Diversity and International Criminal Law'*, in *ICLR*, n. 11, 2011, pp. 299 ss.

RAIMONDO F., *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts*, Leiden, 2008.

RAIMONDO F., *General Principles of Law, Judicial Creativity and the Development of International Criminal Law*, in S. DARCY, J. POWDERLY (eds.), *Judicial creativity at the international criminal tribunals*, Oxford, 2010, pp. 45-59.

RAIMONDO F., *Overcoming Domestic Legal Impediments to the Investigation and Prosecution of Human Rights Violations: The Case of Argentina*, in *The Human Rights Brief*, vol. 18, issue 2, 2011, pp. 15 ss.

RAMPIONI R., *Dalla parte degli "ingenui": considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza "creativa"*, Padova, 2008.

REMIRO BROTONS A., *Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial*, in *El Derecho Penal Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, pp. 67-150.

RESTREPO D., *Genesis e sviluppo del concetto di bene giuridico in un "diritto penale colonizzato": il caso colombiano*, in *Indice Penale*, fasc. 1, 2011, pp. 383-444.

REYES A.E., *La tipicidad*, Bogotá, 3° ed., 1976.

ROBERTSON G., *Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global*, Madrid, 2008.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 3° ed., 2004.

ROMANO M., *Corte Costituzionale e riserva di legge*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.

RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo penale e divieto di analogia*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, pp. 693-713.

ROPERO CARRASCO J., *La relación entre la teoría de los derechos universales del hombre y el derecho penal más allá de los crímenes internacionales*, in A. CUERDA RIEZU, F. JIMÉNEZ GARCÍA (dirs.), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, 2009, pp. 261-282.

ROSSI P., *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1954.

ROUQUIÉ A., *El estado militar en América Latina*, Madrid, 1984.

RUIZ ROBLEDO A., *El mandato de tipicidad como límite al legislador*, in L. AGUIAR DE LUQUE ET AL., *Constitución, Estado de las autonomías y justicia constitucional. Libro homenaje al prof. Gumersinto Trujillo*, Valencia, 2005, pp. 365-375.

SADAT L.N., *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Ardsley-on-Hudson, 2002.

SALMÓN E., BAZAY L., *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*, Lima, 2011.

SÁNCHEZ LÁZARO F.J., *Cómo se elabora una propuesta de lege ferenda? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídicos-penales. Primera parte: Tipicidad*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º época, n. 16, 2005, pp. 79-137.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L.I., CHINCHÓN ÁLVAREZ J., *Algunas consideraciones jurídico-internacionales acerca de la sentencia de la sala Especial de la Corte Suprema de la República del Perú contra Alberto Kenya Fujimori Fujimori*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 10, 2010 (disponible in <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/535>).

SANTALLA VARGAS E., *An Overview of the Crime of Genocide in Latin American Jurisdictions*, in *International Criminal Law Review*, n. 10, 2010, pp. 441-452.

SATZGER H., *German criminal law and the Rome Statute. A critical analysis of the New German Code of crimes against international law*, in *ICLR*, vol. 2, 2002, pp. 261 ss.

SCHABAS W., *Genocide in International Criminal Law: the Crime of Crimes*, Cambridge, 2º ed., 2009.

SCHABAS W., *Judicial Activism and the Crime of Genocide*, in S. DARCY, J. POWDERLY (eds.), *Judicial creativity at the international criminal tribunals*, Oxford, 2010, pp. 63-79.

SCHABAS W., *Synergy or fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights*, in *JICJ*, vol. 9, 2011, pp. 609-632.

SCHABAS W., *Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights*, in *JICJ*, n. 9, 2011, pp. 609-632.

SCHABAS W., *The International Criminal Court: a commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2010.

SCOLETTA M., *El principio de legalidad penal europeo*, in L.M. DÍEZ PICAZO, A. NIETO MARTÍN (eds.), *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Pamplona, 2010, pp. 251-304.

SERRANO PIEDECASAS J.R., *El delito de genocidio. Especial referencia al “caso Pinochet”*, in *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Dr. José Cerezo Mir*, Madrid, pp. 1505 ss.

SHAHABUDEEN M., *Does the Principle of legality stand in the way of progressive development of law?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, pp. 1007 ss.

SHEPPARD D., *The International Criminal Court and “Internationally recognized Human Rights”*: *Understanding Article 21(3) of the Rome Statute*, in *ICLR*, n. 10, 2010, pp. 43-71.

SIEBER U., *Los factores que guían la armonización del Derecho penal*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (eds.), *Los caminos de la armonización penal*, Valencia, 2009, pp. 481-526.

SIEBERT-FOHR A., *Prosecuting serious human rights violations*, Oxford, 2009.

SILVA SÁNCHEZ J.M., *Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”*, in *Derecho Penal siglo XXI*, n. VIII, 2007.

- SLAUGHTER A.-M., *A new world order*, Princeton, 2004.
- SOTIS C., *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi di azione"*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 9, 2009, pp. 1149-1156.
- SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.
- STAHN C., EL ZEIDY M. (eds.), *The International Criminal Court and complementarity: from theory to practice*, Cambridge, 2011.
- STIGEN J., *The Relationship between the International Criminal Courts and national jurisdictions: the principle of complementarity*, Leiden-Boston, 2008.
- STORTONI L., *Il diritto penale giurisprudenziale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, n. 2, pp. 9-109.
- TRIFFTERER O., SCHABAS W. (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, 2° ed., 2008.
- TULKENS F., *The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights*, in *JICJ*, vol. 9, 2011, pp. 577-595.
- VALENTI A., *Valori costituzionali e politiche penali*, Bologna, 2004.
- VAN DEN HERIK L., *Using Custom to reconceptualize Crimes against Humanity*, in S. DARCY, J. POWDERLY (eds.), *Judicial creativity at the international criminal tribunals*, Oxford, 2010, pp. 80-105.
- VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- VASSALLI G., *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001.
- VASSALLI G., *Il fatto negli elementi del reato*, in *RIDPP*, 1984, p. 530.
- VASSALLI G., *Tipicità (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, 1992, pp. 536 ss.
- VÉLEZ FERNÁNDEZ G.F., *La desaparición forzada de personas y su tipificación en el Código penal peruano*, Lima, 2004.
- VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2645 ss.
- VIGANO' F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in P. CORSO, E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, 2010, pp. 617-679.
- VIOLANTE L., *Magistrati*, Torino, 2009.
- VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine?, Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011.
- WERLE G., *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, 2° ed., 2011. Si citerà la versione spagnola del manuale, di più recente pubblicazione. L'originale tedesco (*Völkerstrafrecht*, Berlin, 2003) è stato tradotto anche in inglese (*Principles of*

BIBLIOGRAFIA

International Criminal Law, The Hague, 2° ed. aggiornata, 2009) e in italiano (*Diritto dei crimini internazionali*, traduz. di A. Di Martino, Bologna, 2009).

WOLF E., *Las categorías de la tipicidad. (Estudios previos sobre una doctrina general de la parte especial del derecho penal)*, Valencia, 2005.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.

ZAHAR A., SLUITER G., *International Criminal Law. A Critical Introduction*, Oxford, 2008.

ZAPPALÁ S., *La giustizia penale internazionale*, Bologna, 2005.

ZOLO D., *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Bari, 2006.

FONTI GIURISPRUDENZIALI

ARGENTINA:

Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de La Plata, *Schwammburger*, 30.08.1989.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, “*Juicio a las Juntas*”, causa n° 13/84, sentencia del 09.12.1985.

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, *Etchecolatz, Miguel Osvaldo Roberto s/recursos de casación e inconstitucionalidad*, causa n° 7896, Reg. n° 10.488.1, decisión del 18.05.2007.

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, *Von Wernich, Christian Federico s/recurso de casación*, causa n° 9517, Reg. n° 113.516, decisión del 27.03.2009.

CSJN argentina, *Arancibia Clavel, Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros* -causa n° 259, sentencia del 24.08.2004.

CSJN argentina, *Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ recurso extraordinario*, causa n° (E. 191. XLIII), sentencia del 17.02.2009.

CSJN argentina, *Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición*, (L. 845. XL. R.O.), decisión del 10.05.2005.

CSJN argentina, *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad (recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros)*, causa n° M.2333.XLII, sentencia del 13.07.2007.

CSJN argentina, *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, causa n° 16.063/94, decisión del 02.11.1995.

CSJN argentina, *Recurso de hecho deducido por Juan Francisco Bueno Alves y Carlos A. B. Pérez Galindo (querellantes) en la causa Derecho, René Jesus, s/ incidente de prescripción de la acción penal*, causa n° 24.079 (D. 1682. XL), sentencia del 11.07.2007.

CSJN argentina, *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad*, causa n° 17.768 (S.1767.XXXVIII), sentencia del 14.06.2005.

CSJN argentina, *Von Wernich, Christian Federico s/ recurso de hecho*, causa n° 9517 (V. 411. XLV), sentenza del 19.05.2010.

Juzgado Nacional en los Criminal y Correccional n. 4 de Buenos Aires (juez Cavallo), *Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años*, causa n° 8686/2000, decisione del 06.03.2001.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal di La Plata, *Etchecolatz, Miguel Osvaldo*, causa n° 2251/06, sentenza del 19.09.2006.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 1 di La Plata, *Von Wernich, Christian Federico*, causa n° 2506/07, sentenza del 9.10.2007.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 2 di Buenos Aires, *Miara, Samuel y otros*, causa n° 1668, sentenza del 22.03.2011.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 2 di Buenos Aires, *Tepedino, Carlos Alberto Roque y otros*, causa n° 1673, sentenza del 22.03.2011.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 5 di Buenos Aires, *Acosta, Jorge Eduardo; Astiz, Alfredo Ignacio y otros*, cause riunite n° 1270, 1271, 1275-1278, 1298-1299, sentenza del 28.12.2011.

BOLIVIA:

Corte Suprema de Justicia boliviana, *Auto supremo n. 179*, 13.06.2006.

Tribunal Constitucional boliviano, *sentencia constitucional N° 1190/01-R sobre recurso de amparo constitucional, Trujillo Oroza*, 12.11.2001, Exp.te 2001-03164-07-RAC.

Tribunal Constitucional boliviano, *Sentencia constitucional 0034/2006, exp. 2005-12941-26-RDI, (Leigue Hurtado diputado nacional v. Sandra Giordano Presidente de la Cámara de Senadores)*, 10.05.2006.

Tribunal Constitucional boliviano, *Sentencia constitucional 0543/2006-R*, 12.06.2006.

BRASILE:

Supremo Tribunal Federal brasiliano, Tribunal Pleno, *Recurso extraordinário 351.487-3 Roraima (“masacre de Haximu”)*, 03.08.2006.

CILE:

Corte de Apelaciones de Santiago, 5° sala, *Miguel Ángel Sandoval, recurso de casación en la forma y de apelación presentado por Laureani Maturana y Krassnoff Marchenko*, 05.01.2004.

Corte Suprema cilena, II Sala, *Miguel Ángel Sandoval*, rol 517-2004, 17.11.2004.

Corte Suprema cilena, Sala Penal, *caso Molco (Vásquez Martínez y Superby Jeldres)*, rol n. 559-2004, 13.12.2006.

COLOMBIA:

C. Const. colombiana, C-010/00, *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2° (parcial), 3° (parcial), 5°, 6° (parcial) 7° literales c) y f), 8° inciso tercero, 10, 11 (parcial), 13 inciso primero, 14, 15 (parcial), 19 y 20 literal f) de la Ley 74 de 1966, "por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión"* (exp. D-2431), 19.01.2000.

C. Const. colombiana, C-148/2005, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal"*, 22.02.2005.

C. Const. colombiana, C-177/01, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322ª (parcial) del Código Penal, creado por el artículo primero de la Ley 589 de 2000 "Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones"*, 14.02.2001.

C. Const. colombiana, C-317/2002, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 (parcial) de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal"*, 02.05.2002.

C. Const. colombiana, C-578/2002, *Control De Constitucionalidad De Tratado Internacional (Estatuto de Roma) y Ley aprobatoria*, 30.07.2002,.

C. Const. colombiana, C-580/2002, *Control De Constitucionalidad De Tratado Internacional y Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada De Personas, sub art. 3*, 31.07.2002.

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación Penal, *Bánquez Martínez*, n. 33039, auto del 16.12.2010.

COSTA RICA:

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *Consulta sobre el proyecto de ley de aprobación del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”*, sent. N° 09685, exp. N° 00-008325-0007-CO, Consulta Judicial Perceptiva, 01.11.2000.

Sala Constitucional costarricense, sentencia n. 3724/1993, exp. 91-001102-0007-CO, 04.08.1993.

MESSICO:

Suprema Corte de Justicia de la Nación messicana, Primera Sala, nella decisión sobre el *Recurso de Apelación 1/2004-PS (masacre de Tlatelolco)*, del 15.06.2005.

Suprema Corte de Justicia de la Nación messicana, Tribunal Pleno, *Controversia Constitucional 33/2004*, 29.06.2004.

Suprema Corte de Justicia de la Nación messicana, Tribunal Pleno, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo n° 140/2002*, 10.06.2003.

PERU’:

Corte Suprema de la República peruviana, *Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116*, “que fija criterios interpretativos del delito de desaparición forzada de personas”, 13.11.2009.

Corte Suprema de la República peruviana, Sala Penal Especial, *Fujimori Fujimori, Alberto*, exp. n° A.V. 19-2001, 7.04.2009.

Sala Penal Nacional del Perú, *Ernesto Castillo Páez (Sentencia contra Jiménez del Carpio y otros por el delito contra la Libertad – secuestro – en agravio de E.R. Castillo Páez*, exp. n. 111-04, 26.03.2006.

Tercer Juzgado Penal Supraprovincial de Perú, exp. n° 039- 05, *caso Accomarca*, 31.05.2005.

Tribunal Constitucional del Perú, caso *Arturo Castillo Chirinos*, exp. N° 8817-2005-PHC/TC, 07.07.2006.

Tribunal Constitucional del Perú, *Contreras Roberto*, exp. N. 00218-2009-PHC/TC, 11.11.2010.

Tribunal Constitucional del Perú, Pleno jurisdiccional, *Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo n° 1097*, exp. N° 0024-2010-PI/TC, 21.03.2011.

Tribunal Constitucional del Perú, STC 024-2010-I/TC, caso decreto legislativo 1097, 21.03.2011.

Tribunal Constitucional del Perú, *Vera Navarrete, Gabriel Orlando, recurso extraordinario de hábeas corpus*, Exp. n. 2798-2004-HC/TC, 09.12.2004.

Tribunal Constitucional del Perú, *Villegas Namuche, María Emilia, recurso extraordinario de hábeas corpus*, Exp. n. 2488-2002-HC/TC, 18.03.2004.

URUGUAY:

Juzgado de Primera instancia en lo Penal de 7° turno, Jueza Motta, *Borbaderry Arocena, Juan Maria*, 09.02.2010.

VENEZUELA:

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia del 15.07.2003.

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, *Recurso de revisión Marco Antonio Monasterios Pérez*, sent. 1747, exp. 06-1656, 10.08.2007.

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia del 09.12.2002.

GUATEMALA:

A. Aizenstadt, *Recurso por inconstitucionalidad parcial de ley de carácter general por omisión en la tipificación del delito de tortura en el art. 201 bis c.p.*, 20.05.2011, inédito.

Corte de Constitucionalidad guatemalteca, exp. 2242-2010, *Recurso por inconstitucionalidad parcial de ley de carácter general por omisión nueva*, 22.02.2011.

Corte Suprema de Justicia guatemalteca, Cámara Penal, *solicitud de ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana, Masacre de las Dos Erres*, 8.02.2010.

Corte Suprema de Justicia guatemalteca, Cámara Penal, *solicitudes de ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana, Efraín Bámaca Velásquez e Carpio Nicolle*, entrambe dell' 11.12.2009.

Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Cobán (Alta Verapaz_Guatemala), Sentenza 96/2008, proceso 89-2008-Of. 4º- Sala, *Macaro Alavarado Toj y otros ("Masacre de Río Negro")*, 24.09.2008.

ESPAÑA:

Audiencia Nacional española, *sentencia n. 16/2005, Scilingo*, 19.04.2005.

Audiencia Nacional spagnola, Pleno de la Sala de lo Penal, *Auto por el que se considera competente la Justicia española para perseguir delitos de tortura, genocidio y terrorismo cometidos en Argentina* (Rollo de Apelación 84/98 - Sección Tercera - Sumario 19/97- Juzgado Central de Instrucción Nº 5), 04.11.1998.

Audiencia Nacional spagnola, Pleno de la Sala de lo Penal, *Auto por el que se considera competente la Justicia española para perseguir delitos de genocidio, tortura y terrorismo cometidos en Chile* (Rollo de Apelación 173/98 - Sección Primera - Sumario 1/98, del Juzgado Central de Instrucción Nº 6), 05.11.1998.

Audiencia Nacional spagnola, Sala de lo Penal, Sección II, *Auto* del 28.04.2008.

Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional de Madrid, *Diligencias Previas Proc. Abreviado 399/2006 V, Auto* del 16.10.2008.

Juzgado Central De Instrucción Nº5 de la Audiencia Nacional de Madrid, giudice Garzón, *Auto de procesamiento*, sumario 19/97-L, 02.11.1999.

ITALIA:

Corte d'Assise di Roma, Sezione II, proc. N. 12/06, sent. 05/07 del 14.03.2007, depositata il 06.06.2007, Presidente D'Andria, Giudice estensore Michelini.

CORTE IDU:

Almonacid Arellano v. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26.09.2006

Bámaca Velásquez v. Guatemala, fondo, 25.11.2000

- Barrios Altos v. Perú*, fondo, 14.03.2001
- Bueno Alves v. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, 11.05.2007
- Bulacio v. Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18.09.2003
- Castillo Páez v. Perú*, fondo, 03.11.1997
- Comunidad Moiwana v. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 15.06.2005
- García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25.11.2005
- Gelman v. Uruguay*, fondo y reparaciones, 24.02.2011
- Godínez Cruz v. Honduras*, fondo, 20.01.1989
- Goiburú y otros v. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 22.09.2006
- Gomes Lund y otros v. Brasil (Guerrilha do Araguaia)*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24.11.2010
- Heliodoro Portugal v. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12.08.2008
- Ticona Estrada y otros v. Bolivia*, fondo, reparaciones y costas, 12.08.2008
- Trujillo Oroza v. Bolivia*, reparaciones y costas, 27.02.2002
- Velásquez Rodríguez v. Honduras*, fondo, 29.07.1988

CORTE EDU:

- Jorgic v. Germania* (74613/01), 12.07.2007
- K.-H. W. v. Germania* (37201/97), 22.03.2001
- Kolk e Kislyiy v. Estonia*, decisione di rigetto, 17.01.2006
- Kononov v. Lettonia* (36376/04), 17.05.2010
- Korbely v. Ungheria* (9174/02), 19.09.2008

Streletz, Kessler, Krenz v. Alemania (34044/96, 35532/1997 e 44801/1988), 22.03.2001

CPI:

ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, PTC I, judge Steiner, *Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case* (ICC-01/04-01/07-474), 13.05.2008

ICC, *The Prosecutor v. Lubanga*, AC, *Observations from the Legal Representatives of the Victims in response to the documents filed by the Prosecution and the Defence in support of their appeals against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009* (ICC-01/04-01/06-2173), 23.10.2009

ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, TC I, *Decision on victims' participation* (ICC-01/04-01/06), 18.01.2008.

TPIY:

Blaskić, TC (IT-95-14-T), 03.03.2000

Brđanin, TC (IT-99-36-T), 01.09.2004

D. Milosevic, AC (IT-98-29/1-A), 12.11.2009

Erdemovic, AC (IT-96-22-A), 07.10.1997

Furundžija, TC (IT-89-29-T), 10.12.1998, AC (IT-95-17/1-A), 21.7.2000

Jelusic, TC (IT-95-10), 14.12.1999

Jelusic, TC (IT-95-10-T), 14.12.1999 e AC (IT-95-10-A), 05.07.2001

Kordić e Čerkez, TC (IT-95-14/2-T), 26.02.2001

Krajisnic, TC (IT-00-39-T), 27.09.2006

Krstic, TC (IT-98-33-T), 02.08.2001 e AC (IT-98-33-A), 19.04.2004.

Kunarac et al., TC (IT-96-23/-23/1-T), 22.02.2001 e AC (IT-95-16-A), 23.10.2001

Kupreskic et al., TC (IT-95-16-T), 14.01.2000

Martić, AC (IT-95-11-A), 08.10.2008

Mucić et al. (Čelebići), TC (IT-96-21-T), 16.11.1998

Tadić, TC (IT-94-1-T), 07.05.1997 e AC (IT-94-1-A), 15.07.1999

TPIR:

Akayesu, TC (ICTR-96-4-T), 02.09.1998 e AC (ICTR-96-4-A), 01.06.2001.

Gacumbitsi, AC (ICTR-2001-64-A), 07.07.2006

Kayishema e Ruzindana, TC (ICTR-95-1-T), 21.05.1999, e AC (ICTR-95-1-A), 01.06.2001

Nahimana et al., AC (ICTR-99-52-A), 28.11.2007

Rutaganda, TC (ICTR-96-3-T), 06.12.1999 e AC (ICTR-96-3-A), 26.05.2003

Seromba, AC (ICTR-2001-66-A), 12.03.2008

SCSL:

Brima, Kamara and Kanu, AC (SCSL-04-16-A), 22.02.2008

Norman, AC (SCSL-2004-14-AR72(E), *Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)*, 31.05.2004

ECCC:

Duch (001/18-07-2007/ECCC/TC), 26.07.2010.

Altro:

Constitutional Court of South Africa, case CCT 23/10 [2011], ZACC 11, 08.04.2011