UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"

48

LABORATORIO ARGENTINA

Un'analisi della giurisprudenza sui crimini contro l'umanità

a cura di
PABLO EIROA, EMANUELA FRONZA, MARCO SCOLETTA

G. Giappichelli Editore

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”
48

Comitato di direzione

Direttore:
Prof.ssa Daniela Milani
(Ordinario di Diritto e Religione)

Coordinatore:
Prof. Alessandro Boscati
(Ordinario di Diritto del lavoro)

Componenti:
Prof. Ennio Amodio
(Emerito di Diritto Processuale penale)
Prof. Fabio Basile
(Ordinario di Diritto penale)
Prof. Paolo Di Lucia
(Ordinario di Filosofia del diritto)
Prof. Emilio Dolcini
(Emerito di Diritto penale)
Prof. Vincenzo Ferrari
(Emerito di Filosofia del diritto)
Prof. Gian Luigi Gatta
(Ordinario di Diritto penale)
Prof. Mario Jori
(Emerito di Filosofia del diritto)
Prof. Claudio Luzzati
(Emerito di Filosofia del diritto)
Prof. Luca Micheletto
(Ordinario di Economia politica)
Prof. Carlo Enrico Paliero
(Emerito di Diritto penale)
Prof. Jlia Pasquali Cerioli
(Ordinario di Diritto e Religione)
Prof. Mario Pisani
(Emerito di Diritto Processuale penale)
Prof. Gaetano Ragucci
(Ordinario di Diritto tributario)
Prof. Matteo Rescigno
(Ordinario di Diritto commerciale)
Prof.ssa Daniela Vigoni
(Ordinario di Diritto Processuale penale)

LABORATORIO ARGENTINA

Un'analisi della giurisprudenza sui crimini contro l'umanità

a cura di

PABLO EIROA, EMANUELA FRONZA, MARCO SCOLETTA

G. Giappichelli Editore

© Copyright 2026 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 979-12-211-1960-2
ISBN/EAN 979-12-211-6831-0 (ebook - pdf)
ISBN/EAN 979-12-211-6832-7 (ebook - epub)

Volume pubblicato con fondo Unico Dipartimentale - Assegnazione 2026 - Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria", codice F_DOTAZIONE_2026_DIP_004 e fondo del Corso di perfezionamento Il D.lgs n. 231/2001: responsabilità da reato degli enti e compliance aziendale A.A. 2020 - 2021, codice CDP21CPALI.

G. Giappichelli Editore

Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

Lista di abbreviazioni XIII

Gli autori XV

PROLOGO
IL RUOLO DELL'ARGENTINA NELLA NASCITA E NELLO SVILUPPO DEI DIRITTI UMANI E DEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE CONTEMPORANEO
di MÁXIMO LANGER XVII

Presentazione
IL LABORATORIO ARGENTINO DI GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE. ALCUNE LINEE GUIDA
di PABLO EIROA, EMANUELA FRONZA e MARCO SCOLETTA

1. Introduzione XXIII
2. L'ordinamento argentino XXVIII
   2.2. Il processo penale federale XXXII
   2.3. Il ruolo della CSGN XXXVI
3. Conclusioni XXXVIII

CAPITOLO I
LA "LEGALITÀ" NELLA GIUSTIZIA PENALE DEI DIRITTI UMANI
di MARCO SCOLETTA

1. Il dilemma della legalità nella giustizia penale internazionale 1
2. Il caso "Simón" e le questioni controverse della legalità penale 3
3. La CADH (e la giurisprudenza della Corte IDH) come parametro di legittimità delle leggi di amnistia 6

pag.

4. La tipicità dei fatti come "crimini contro l'umanità" 11
5. La rivendicata retroattività del "dovere di punire" i *delicta iuris gentium* 14
6. *Lex mitior* e crimini contro l'umanità 17
6.1. Il caso "Muiña": l'applicabilità della "regola 2x1" ai crimini internazionali 18
6.2. Il caso "Batalla": la legittima sottrazione dei crimini internazionali alla *lex mitior* 19
7. La sostanziale inammissibilità della *lex mitior* nel diritto penale internazionale 21

CAPITOLO II
L'IMPRESCRITTIBILITÀ DEI CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ
di PABLO PARENTI

1. Introduzione 25
2. La consuetudine internazionale come fondamento dell'imprescrittibilità 26
2.1. Il recepimento delle norme consuetudinarie nell'ordinamento giuridico argentino 28
2.2. L'uso della consuetudine internazionale e il principio di legalità. L'articolazione delle norme penali nazionali e internazionali 34
3. L'applicazione della Convenzione sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità 43
4. La CADH come fondamento dell'imprescrittibilità 47

CAPITOLO III
LE GARANZIE DEL GIUDICATO E IL *NE BIS IN IDEM* NEI PROCESSI PER CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ
di NICOLÀS GUZMÀN

1. Introduzione 51
2. Il caso "Almonacid Arellano e altri contro il Cile", della Corte IDH (26 settembre 2006) 51

pag.

3. Il caso "Mazzeo, Julio Lilo e altri" della CSJN (13 luglio 2007) 56
4. Il caso "Menèndez, Luciano Benjamìn" della CFCP (26 febbraio 2018) 60
5. Commento alle sentenze 62
5.1. Aspetti teorici delle garanzie della cosa giudicata e del *ne bis in idem* 62
5.2. L'interpretazione delle garanzie del principio del *ne bis in idem* e della cosa giudicata nelle sentenze commentate 65

CAPITOLO IV

DILEMMI DELLA GIUSTIZIA PENALE ARGENTINA NELL'APPLICAZIONE DELLA GIURISDIZIONE UNIVERSALE

di TOMÁS K. MANGUEL

1. Introduzione 71
2. Laboratorio argentino 74
2.2. Il caso "Muñoz De Bustillo Gallego" 74
2.2.1. Fatti e decisione della CFCP 74
2.2.2. Alcune osservazioni: l'eccezionalità della giurisdizione universale come fondamento per limitare l'accesso alla giustizia? 77
2.3. Il caso degli Uiguri 80
2.3.1. Parere del pubblico ministero, archiviazione del giudice di primo grado e conferma della Corte d'appello 80
2.3.2. Decisione della CFCP 82
2.3.3. Seconda decisione della sezione II della Corte d'appello 83
2.3.4. Alcune osservazioni: perché l'Argentina non può – o non vuole – "perforare" la sovranità statale cinese 85
2.3.4.1. Principio di sussidiarietà ed esistenza di un procedimento in corso per fatti analoghi dinanzi ad altra giurisdizione 86
3. Conclusioni 99

pag.

CAPITOLO V
FORME DI IMPUTAZIONE E INTERVENTO PUNIBILE
di NATALIA BARBERO

1. Introduzione 107
2. Caso "Videla" ("Piano Condor"): responsabilità indiretta per il controllo di un apparato organizzato di potere 110
   2.1. Dati della sentenza "Videla-Plan Cóndor" 110
   2.2. Decisione impugnata dinanzi alla CFCP 110
   2.3. Fatti di causa 111
   2.4. Considerazioni delle parti rilevanti per il diritto penale internazionale 120
   2.5. Decisione della CFCP 121
   2.6. Holding 121
   2.7. Commento 129
3. Caso "Arrillaga": autorialità per omissione impropria, qualità di funzionario pubblico e violazione del dovere speciale di garanzia nei reati di "Violazione di doveri speciali" 131
   3.1. Dati della sentenza 131
   3.2. Decisione impugnata dinanzi alla CFCP 131
   3.3. Fatti di causa 132
   3.4. Argomenti delle parti rilevanti per il diritto penale internazionale 133
   3.5. Decisione della CFCP 134
   3.6. Holding 134
   3.7. Commento 138
4. Conclusioni 139

CAPITOLO VI
LA PENA E LA SUA ESECUZIONE
di EMANUELA FRONZA

1. Introduzione 143
2. Per un *diritto penale dell'inumano* 144
   2.1. La disfunzionalità della pena 148

pag.

2.2. Universalismo del diritto penale internazionale vs. relativismo del diritto penale nazionale: la ricerca di una dosimetria sanzionatoria 150
3. Laboratorio Argentina: il dovere di indagare e di punire ("obligaciòn de investigar y sancionar") 151
3.1. La sentenza "Mazzeo" 154
4. L'impatto della teoria del "dovere di indagare e di punire dello Stato" sull'esecuzione della pena 158
4.1. Le *salidas transitorias*: il caso "Kalinec" 160
4.2. Gli arresti domiciliari 162
5. Qualche osservazione conclusiva. Ripensare la sanzione per i crimini contro l'umanità: per una giustizia non solo punitiva 165

CAPITOLO VII
IL DIRITTO ALLA VERITÀ
di PAOLO CAROLI

1. Introduzione 171
2. Una premessa a livello interamericano 173
3. L'evoluzione argentina 177
4. La svolta del 2001/2005: il caso "Simón" (CSJN, Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) – causa n° 17.768, 14 giugno 2005) 180
5. Il caso "Mazzeo" (CSJN, Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad –Riveros – causa n° 2333 XLII –, 13 luglio 2007) 183
6. Un'espansione in relazione all'oggetto: il caso "Funes" (CSJN, Funes, Gustavo Javier y otro si encubrimiento, etc. – incidente de excepción por extinción de la acción penal – recurso extraordinario – causa n° F.294 XLVII –, 14 ottobre 2014) 184
7. Un'espansione territoriale e temporale: il caso "Hairabedian" (Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 5 di Buenos Aires, Resolucion declarativa de los sucesos históricos conocidos como el genocidio del pueblo armenio – años 1915/1923, 1° aprile 2011) 186

pag.

8. Diritto alla verità delle vittime contro diritti di altre vittime: il caso "Gualtieri Rugnone de Prieto" (CSJN, Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años – causa nº 46/85 A –, 11 agosto 2009) 190
9. Conclusioni 193

CAPITOLO VIII
LA DEFINIZIONE DI CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ NELLA SENTENZA "RENÉ JESÚS DERECHO" DELLA CORTE SUPREMA ARGENTINA
di LEONARDO G. FILIPPINI

1. Introduzione 197
2. L'abbandono della teoria dei due demoni 200
3. La perversione della politica 206
3.1. Il fondamento dei crimini contro l'umanità 206
3.2. La questione delle organizzazioni non statali 209
3.3. Il lavoro di David Luban 210
4. Erudizione e questioni sociali difficili 214
4.1. L'utilizzo della dottrina e dei precedenti internazionali 214
4.2. La giurisprudenza della Corte IDH 217
5. Rilievi conclusivi 223

CAPITOLO IX
IL COLLEGAMENTO TRA L'ATTO E L'ATTACCO NEI CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ
di PABLO EIROA

1. Introduzione 229
2. Il caso "Levín" 232
2.1. Fatti e decisione della CFCP e della CSJN 232
2.2. La teoria che emerge dal caso "Levín" 236
3. Il caso "Saravia" 238
4. Il caso "Molina" 240
5. La giurisprudenza della CPI 242

pag.

6. Critica della giurisprudenza analizzata 246
7. La giurisdizione universale: definizione e incidenza della definizione su ciò che richiede il nesso tra l'atto e l'attacco 250
8. Osservazioni conclusive 253

LISTA DI ABBREVIAZIONI

CADH	Convenzione americana sui diritti umani
CFCP	Camera federale di cassazione penale
CJM	Codice di giustizia militare
CN	Costituzione nazionale
CNCCF	Camera nazionale d'appello in materia penale e correzionale federale
ComIDH	Commissione interamericana dei diritti umani
CONADEP	Commissione nazionale sulla scomparsa delle persone
Corte IDH	Corte interamericana dei diritti umani
CP	Codice penale
CPI	Corte penale internazionale
CPPN	Codice di procedura penale della Nazione
CSJN	Corte Suprema di Giustizia della Nazione
DIDH	Diritto internazionale dei diritti umani
DIH	Diritto internazionale umanitario
DPI	Diritto penale internazionale
ECPI	Statuto della Corte penale internazionale
JU	Giurisdizione universale
MPD	Ministero pubblico della difesa
MPF	Ministero pubblico fiscale
ONG	Organizzazione Non Governativa
ONU	Organizzazione delle Nazioni Unite
PGN	Procuratore Generale della Nazione
PIDCP	Patto internazionale sui diritti civili e politici
PJN	Potere giudiziario della Nazione

GLI AUTORI

NATALIA BARBERO, Professoressa di Diritto penale, Processuale penale e Diritto penale internazionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Buenos Aires.

PAOLO CAROLI, Professore di Diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino.

PABLO EIROA, Professore di Diritto penale e Processuale penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Buenos Aires.

LEONARDO FILIPPINI, Professore di Diritto penale e Diritti umani presso le Università di Buenos Aires e di Palermo (Buenos Aires).

EMANUELA FRONZA, Professoressa di Diritto penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Università degli Studi di Bologna.

NICOLÁS GUZMÁN, Professore di Diritto penale e Processuale penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Buenos Aires.

MÁXIMO LANGER, Professore di Diritto, David G. Price and Dallas P. Price presso l'Università della California, Los Angeles.

TOMÁS MANGUEL, Professore di Diritto penale internazionale nei Master in Diritto penale presso le Università di Buenos Aires e Università di Palermo (Buenos Aires).

PABLO PARENTI, Procuratore titolare dell'Unità Specializzata per i casi di appropriazione di minori durante il terrorismo di Stato nella Repubblica Argentina.

MARCO SCOLETTA, Professore di Diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano.

Prologo

IL RUOLO DELL'ARGENTINA NELLA NASCITA E NELLO SVILUPPO DEI DIRITTI UMANI E DEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE CONTEMPORANEO

di MÁXIMO LANGER [*]

1. – Questo libro rappresenta un contributo importante e originale alla letteratura sul diritto penale internazionale, i diritti umani e la giustizia di transizione. Attraverso un'analisi dettagliata dei casi e delle dottrine sviluppate nella giurisprudenza argentina, il libro ci mostra come un paese del Sud del mondo, con una storia segnata dall'autoritarismo e dalla violenza di Stato, sia emerso come uno spazio privilegiato per la costruzione e l'applicazione del diritto penale internazionale e del diritto internazionale dei diritti umani contemporanei.

Il caso argentino dimostra che i diritti umani e il diritto penale internazionale non sono stati semplicemente un'imposizione delle ricche democrazie del Nord al resto del mondo [1]. Al contrario, il discorso sui diritti umani e sul diritto penale internazionale contemporaneo si presenta, in larga misura, come emblematico di una dinamica di diffusione 'dalla periferia' [2].

---

[*] Professore di diritto e procedura penale presso la UCLA (University of California) School of Law.

[1] Ad esempio, la provocatoria e affascinante storia dei diritti umani scritta da Samuel Moyn omette completamente i contributi del Sud del mondo alla nascita e alla diffusione del discorso contemporaneo sui diritti umani. Cfr. S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History,* Harvard University Press, Harvard, 2010.

[2] Sul concetto di "diffusione dalla periferia", cfr. M. LANGER, *Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, 2007, 621-626. Articolo tradotto dall'autore in spagnolo con il titolo *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de Ideas Legales desde la Periferia* e pubblicato su diverse piattaforme e opere, tra cui come documento autonomo pubblicato dal *Centro de Estudios de Justicia en las Américas*, 2008, come articolo nella *Revista de Derecho Procesal Penal-Numero Extraordinario. II Il processo penale contraddittorio,* Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009 e in

Il processo di Norimberga, conclusosi nel 1946, e gli altri processi post-Seconda guerra mondiale furono un importante precedente e, in un certo senso, possono essere considerati l'origine del diritto penale internazionale moderno, poiché ampliarono l'elenco dei crimini stabiliti dal diritto internazionale e affermarono l'idea che anche i massimi responsabili di un paese possono essere giudicati per la commissione di questi crimini secondo il diritto internazionale [3].

Tuttavia, dopo quel momento per diversi decenni non è accaduto molto in materia di processi per i crimini internazionali [4]. E per la metà degli anni '70 l'idea che fosse possibile giudicare e punire penalmente i funzionari pubblici per violazioni dei diritti umani era ancora inimmaginabile per molte persone e in molti luoghi [5].

L'Argentina è stata uno dei contesti contemporanei in cui è emersa e si è affermata l'idea che le gravi violazioni dei diritti umani commesse da funzionari

---

Diritto penale minimo. Rivista di analisi giuridico-penale, Distretto Federale, Messico, 2010, come capitolo del libro di E. KOSTENWEIN, *Sociologia della giustizia penale*, Ediar, Buenos Aires, 2017.

[3] Sul processo di Norimberga, cfr. ad esempio T. TAYLOR, *The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir*, Skyhorse, New York, 2013; J. SHKLAR, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Harvard University Press, Harvard, 1986; G.J. BASS, *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton University Press, Princeton, 2000; P. SANDS, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity*, Knopf, New York, 2016. Sui processi celebrati dopo il principale processo di Norimberga dopo la seconda guerra mondiale, cfr. ad esempio K.J. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011. Sul caso italiano, cfr. ad esempio M. FRANZINELLI, *Le stragi nascoste. L'armadio della vergogna: impunità e rimozione dei crimini di guerra nazifascisti 1943-2001*, Mondadori, Milano, 2002; M. DE PAOLIS, P. PEZZINO, *La difficile giustizia. I processi per crimini di Guerra Tedeschi in Italia 1943-2013*, Viella, Roma, 2016. Sulle origini precedenti a Norimberga del diritto penale internazionale, cfr. ad esempio M. LEWIS, *The Birth of the New Justice: The Internationalization of Crime & Punishment, 1919-1950*, Oxford University Press, Oxford, 2014; M.E. EASON, *International Crime in the 19th Century Social Imaginary: Exploring the Development of the Conceptual Foundations of International Criminal Law and International Criminal Justice*, Tesi presentata in parziale soddisfazione dei requisiti per il conseguimento del titolo di Dottore di Ricerca in Scienze Politiche, Università della California, Los Angeles, 2024.

[4] Un'eccezione fu il processo ad Adolf Eichmann, celebrato all'inizio degli anni '60, che costituì un importante precedente per affermare l'idea che qualsiasi paese ha giurisdizione universale per giudicare questi crimini. Una classica analisi critica di questo processo è quella di H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Penguin Classics, London, 2006.

[5] Cfr., ad esempio, K. SIKKINK, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*, W.W. Norton, New York, 2011, 1-4 (in cui si spiega, tra le altre cose, come nessuno immaginasse, a metà degli anni '70, che fosse possibile perseguire penalmente i funzionari pubblici per violazioni dei diritti umani).

pubblici non debbano rimanere impunite [6]. In particolare, l'Argentina ha contribuito a stabilire l'idea che i massimi *leader* di un paese che hanno commesso gravi violazioni dei diritti umani, anche se commesse sul proprio territorio e contro i propri cittadini, non debbano rimanere impuniti e possano essere giudicati e puniti penalmente dai propri tribunali penali nazionali come forma di ripristino dello Stato di diritto e del principio che nessuno è al di sopra della legge.

Nel 1983, il presidente argentino democraticamente eletto, Raúl Alfonsín, istituì la prima Commissione per la Verità al mondo in grado di portare a termine il proprio lavoro, la Commissione nazionale sulla scomparsa delle persone (CONADEP) [7]. Nel 1985, in Argentina, si è svolto il cosiddetto Processo alle Giunte, nel quale i membri delle prime tre giunte militari, che avevano governato il paese durante la dittatura militare dal 1976 al 1983, tra cui diversi ex presidenti *de facto* argentini, sono stati processati e la maggior parte condannati [8].

Il processo alle giunte militari è stato seguito da una storia articolata in più fasi, che includono, tra le altre cose, le leggi sull'"*Obediencia Debida*" e sul "*Punto Final*" adottate durante il governo di Raúl Alfonsín negli anni '80; le grazie concesse da Carlos Menem all'inizio degli anni '90 e la sua politica di risarcimenti; i "processi per la verità" che furono avviati dopo la dichiarazione degli indulti negli anni '90; la riattivazione alla fine degli anni '90 dei processi per l'appropriazione di bambini e neonati durante la dittatura militare. Successivamente, nel 2003, il Congresso della Nazione Argentina dichiarò la nullità delle leggi "*Obediencia Debida*" e "*Punto Final*", provocando la riapertura dei procedimenti giudiziari e lo svolgimento di centinaia di processi penali. Tra il 2000 e il 2010, durante i governi di Nèstor Kirchner e

---

[6] K. SIKKINK, *supra* nota 5, 60-86 (che spiega il ruolo centrale dell'Argentina nella definizione della norma internazionale contro l'impunità).

[7] Per una recente analisi critica dell'istituzione e del lavoro della CONADEP, cfr. V. VEGH WEIS, *Exploring the World's First Successful Truth Commission: Argentina's CONADEP and the Role of Victims in Truth-Seeking*, in *Journal of Human Rights Practice*, vol. 15, 1, 2023, 100-117.

[8] Per descrizioni e analisi critiche del processo alle giunte e delle diverse fasi del modo in cui l'Argentina ha affrontato le violazioni dei diritti umani commesse negli anni '70 e durante la dittatura militare dal 1976 al 1983, si veda, tra gli altri, A. CARRIÓ, *Alfonsín y los derechos humanos*, Sudamericana, Buenos Aires, 2023; R. GIL LAVEDRA, *La hermandad de los astronautas. Il processo alle giunte dall'interno*, Sudamericana, Buenos Aires, 2022; J. MALAMUD GOTI, *Terrore e giustizia in Argentina. Responsabilità e democrazie dopo i processi al terrorismo di Stato*, Ediciones de la Flor, Buenos Aires, 2000; F. MORGENSTERN, *Controcorrente*, Ariel, Buenos Aires, 2024; C. NINO, *Juicio al mal absoluto*, edizione ampliata, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2015; M. A. SANCINETTI, *Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial*, Lerner, Buenos Aires, 1988.

Cristina Fernandez, si svolsero centinaia di processi penali, che portarono a un numero di condanne superiore alle attese, a causa della pluralità di soggetti coinvolti in ciascuna causa. I processi proseguirono durante i governi di Mauricio Macri e Alberto Fernández, mentre l'attuale governo di Javier Milei si orienta verso le politiche revisioniste sul passato. Ciascuna di queste fasi si è verificata in contesti storico-politici diversi e instabili, che hanno visto la partecipazione di molteplici attori politici, sociali e legali, con visioni e programmi differenti su come affrontare le gravi violazioni dei diritti umani e i crimini internazionali commessi in Argentina negli anni '70 e all'inizio degli anni '80 [9].

In ognuno di questi capitoli storici dell'Argentina, il diritto e i tribunali hanno svolto un ruolo centrale, affrontando le sfide e i bivi che le violazioni massicce dei diritti umani e le transizioni da regimi autoritari a regimi democratici hanno posto alle concezioni tradizionali del diritto in generale e del diritto penale in particolare [10]. I capitoli di questo importante libro spiegano e analizzano come la Corte Suprema di Giustizia e la Camera Federale di Cassazione Penale della Repubblica Argentina abbiano affrontato molte di queste sfide negli ultimi venticinque anni.

Il libro è importante per molteplici ragioni.

In primo luogo, dal punto di vista metodologico, quest'opera si concentra sull'analisi delle sentenze. Questa metodologia è particolarmente significativa per comprendere e analizzare lo svolgimento dei processi relativi a gravi violazioni dei diritti umani in Argentina, dato il ruolo centrale che i tribunali hanno svolto nel riaprire la possibilità di perseguire e punire legalmente coloro che hanno beneficiato delle leggi di *Obediencia Debida* e *Punto Final* e delle grazie presidenziali. Inoltre, è possibile comprendere il ruolo dei tribunali in questo senso, non solo in chiave interna, ma anche come parte del fenomeno della globalizzazione giudiziaria o della giuristocrazia a livello globale [11].

---

[9] Per una lucida panoramica di queste fasi, cfr. A. CHEHTMAN, *Re-Constructing Criminal Accountability for Human Rights Abuses: Argentina 1990-2024*, in *Modern Criminal Law Review*, vol. 1, 2024, 64-94.

[10] Un lavoro fondamentale in tal senso è quello di R. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2000. Sul caso argentino in particolare, si vedano anche le fonti citate nella nota 8. Sull'America Latina e la giustizia transitoria, si veda Alejandro CHEHTMAN, *Latin America as a Laboratory of Transitional Justice*, in A. CHEHTMAN, A. HUNEEUS, S. PUIG (eds.), *Latin American International Law in the Twenty-First Century*, Oxford University Press, Oxford, 2025, 411 ss.

[11] Cfr. R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Harvard, 2004; A. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, 1103 ss.

In secondo luogo, quest'opera dimostra che l'Argentina ha ricevuto l'influenza del diritto internazionale, e ha anche contribuito attivamente al suo sviluppo. Uno dei meriti principali di questo libro è quello di mostrare come negli ultimi venticinque anni i tribunali argentini non abbiano semplicemente "copiato e incollato" gli *standard* internazionali in materia di diritti umani e diritto penale internazionale, ma abbiano promosso il loro sviluppo con un'appropriazione creativa e critica di tali *standard*, innovando in diversi modi.

In terzo luogo, pubblicando quest'opera contemporaneamente in spagnolo e in italiano, il libro costruisce ponti per la comprensione reciproca, l'analisi critica e il dialogo tra il diritto argentino e quello italiano. Per gli avvocati, gli accademici, i giudici e altri attori legali italiani, le sentenze dei tribunali argentini possono rappresentare precedenti utili per effettuare un'analisi critica della propria realtà e dei propri problemi e sfide giuridiche. Queste sentenze e l'analisi dei capitoli di questo libro possono anche essere un modo per il lettore italiano di approfondire la propria conoscenza del diritto internazionale che si costruisce non solo dal centro, ma anche dalla periferia [12]. Inoltre, queste sentenze e le analisi che seguiranno possono costituire una porta d'accesso per il lettore italiano alla giurisprudenza del Sistema Interamericano dei Diritti Umani, dato il costante dialogo dei tribunali argentini con questo sistema.

In quarto luogo, sebbene le violazioni massicce dei diritti umani in Italia siano avvenute molti decenni prima che in Argentina, sarebbe errato pensare che la giurisprudenza argentina in materia di violazioni dei diritti umani e di diritto penale internazionale sia irrilevante oggi per l'Italia. Innanzitutto, l'Argentina e l'Italia sono Stati parte della Corte penale internazionale. In quanto tali, i due sistemi giuridici condividono un quadro normativo comune in materia di crimini internazionali. Inoltre, diversi Stati europei, inclusi quelli confinanti con l'Italia, hanno esercitato la giurisdizione universale sui crimini internazionali commessi in altri paesi, in parte come risposta ai flussi migratori provenienti da questi ultimi [13]. E l'Italia non è stata estranea a questi sviluppi [14]. In

---

[12] Cfr., ad esempio, A. BECKER LORCA, *Mestizo International Law. A Global Intellectual History 1842-1933*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

[13] Cfr. M. LANGER, M.E. EASON, *The Quiet Expansion of Universal Jurisdiction*, in *European Journal of International Law*, vol. 30, 2019, 779 ss.; L. JOHNS, M. LANGER, M.E. PETERS, *Migration and the Demand for Transnational Justice*, in *American Political Science Review*, vol. 116, 4, 2022, 1184 ss.; N.M. BRYCE, L. JOHNS, M. LANGER, *Living with impunity versus living in fear: Universal jurisdiction defendants, due process, and the use of democracies by autocracies to prosecute their opponents*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 38, 1, 2025.

[14] Cfr., ad esempio, Missione permanente dell'Italia presso le Nazioni Unite, Nota al

questo senso, l'esperienza argentina in materia di diritto penale internazionale – compresa la giurisdizione universale, come discusso in questo libro – è rilevante e significativa.

Da ultimo, stiamo assistendo in tempo reale a evidenti e preoccupanti regressi in diverse parti del mondo in materia di diritti umani. In un contesto globale, dove autoritarismi di vario tipo minano i diritti e la democrazia, il patrimonio giurisprudenziale generato in materia negli ultimi decenni è importante per le comunità giuridiche di diversi paesi. Ciò non solo per perseguire e giudicare le gravi violazioni commesse in passato, ma anche per affrontare quelle che si verificano ogni giorno e quelle che si verificheranno in futuro.

Ecco perché questo libro offre numerosi contributi arricchenti e importanti che meritano di essere letti, discussi e approfonditi. Ora sta al lettore farlo.

Segretariato delle Nazioni Unite, Ufficio affari giuridici, Divisione codificazione, New York, 24 maggio 2011, disponibile all'indirizzo https://www.un.org/en/ga/sixth/66/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Italy.pdf (consultato il 4 giugno 2025); M. MANCINI, *Italy and International Criminal Justice: Mapping the Present and Charting the Path Ahead*, in *International Criminal Law Review*, pubblicato su Internet il 26 luglio 2024: https://brill.com/view/journals/icla/24/5-6/article-p745_012.xml?language=en&srsltid=AfmBOoo1SqG5xjgAYX4v8rjAcCPIXCJOHf59D4hUe8H6FIuohMuTabHH (consultato il 4 giugno 2025).

Presentazione

IL LABORATORIO ARGENTINO DI GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE. ALCUNE LINEE GUIDA

di PABLO EIROA, EMANUELA FRONZA e MARCO SCOLETTA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ordinamento argentino. – 2.2. Il processo penale federale. – 2.3. Il ruolo della CSGN. – 3. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Cinquant'anni sono trascorsi dal *golpe* militare argentino e a tutt'oggi numerosi procedimenti per crimini commessi nel corso della dittatura risultano ancora pendenti. Il processo di transizione e il confronto con questi crimini sono stati segnati dall'alternanza di fasi giuridiche e politiche differenti, da una produzione giurisprudenziale imponente e da un dialogo costante con la Corte Interamericana dei Diritti Umani (nota come Corte IDH). Il volume intende dar conto di tale complessità e delle dinamiche che hanno caratterizzato l'esperienza argentina, offrendo uno strumento per comprendere più da vicino la giurisprudenza del Paese e il suo impatto, ormai esteso ben oltre i confini nazionali.

In particolare, il libro intende mostrare come siano state risolte in Argentina, negli ultimi venticinque anni, alcune questioni "classiche" (ad esempio, la tensione tra fonte consuetudinaria e fonte scritta) e altre "nuove" (ad esempio, il diritto all'identità e alla verità) nell'ambito del diritto penale internazionale. Gli autori muovono dalla convinzione che la conoscenza di questa giurisprudenza possa rivelarsi significativa per meglio contestualizzare futuri

* Rivolgiamo un ringraziamento a Francesca Vitarelli, Emma Ludovica Breda, Lavinia Pedol, Olimpia Barresi e Luisa Catalano, per la cura prestata nella formattazione di questo volume e nella revisione delle bozze.

processi sia internazionali che nazionali. Invero, si crede che l'esperienza argentina rappresenti un vero e proprio *laboratorio* per il diritto e la giustizia penale internazionale, non solo per le questioni che sono state affrontate dalla giurisprudenza, ma anche per il dialogo costante intessuto tra corti nazionali e sovranazionali, in particolare con la Corte Interamericana dei Diritti Umani, che ha caratterizzato l'esperienza giurisprudenziale del Paese.

Il volume privilegia l'analisi casistica quale chiave metodologica per dare conto dello scenario che si intende descrivere. Attraverso tale impostazione, il libro intende contribuire alla circolazione dei precedenti e alla cosiddetta "fertilizzazione incrociata" nel campo delle violazioni più gravi dei diritti umani.

Si ritiene inoltre che, con questo metodo, il libro possa divenire un utile riferimento per ONG, avvocati, giudici e, più in generale, operatori del diritto che si confrontano con problematiche simili.

L'Argentina, infatti, costituisce un laboratorio estremamente interessante per il diritto penale internazionale e la protezione dei diritti umani, data la complessità e la ricchezza argomentativa della sua giurisprudenza in materia, che risale agli anni '80 del secolo scorso ma che, a causa delle particolarità della storia sociopolitica e giuridica del Paese, si è consolidata soprattutto dall'inizio del nuovo secolo sino ad oggi.

Tra il 1976 e il 1983 il Paese è stato governato da una dittatura militare che ha attuato un piano illegale di repressione generalizzata e sistematica nei confronti dei suoi oppositori politici. Il principale strumento repressivo del regime fu il ricorso alla pratica sistematica della sparizione forzata di persone, della tortura e dell'omicidio. Furono inoltre commessi ulteriori gravi crimini, quali la sottrazione e la sostituzione dell'identità dei bambini nati durante la prigionia delle loro madri. La clandestinità in cui venivano commessi questi crimini ha sempre caratterizzato l'operato del regime.

Dopo il ritorno alla democrazia, il presidente Raúl Alfonsín orientò l'azione di governo sulla base del principio secondo cui nel nuovo Stato di diritto non vi sarebbe stato spazio per le prassi e le culture politiche che avevano reso possibile l'instaurazione della dittatura. In particolare, Alfonsín ha voluto imprimere nella coscienza collettiva l'idea che nessun gruppo, per quanto potente, potesse essere al di sopra della legge, né sacrificare esseri umani in nome di presunte ragioni di Stato [1].

Per questo motivo, il nuovo governo avviò procedimenti penali nei

[1] R. ALFONSÍN, *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, 2° ristampa, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004, 36, 45, 47-48.

confronti dei soggetti sospettati di aver commesso alcune tra le più gravi violazioni dei diritti umani durante la dittatura. Tuttavia, tale iniziativa rimase contenuta all'interno di un perimetro circoscritto, al fine di non compromettere la stabilità della giovane democrazia. Così, la persecuzione penale venne limitata ai responsabili con potere di comando e a coloro che avevano ecceduto nell'esecuzione degli ordini. Inoltre, in risposta a due atti di insurrezione contro il governo compiuti da diversi membri delle forze armate, furono approvate due leggi, note come "*Ley de punto final*" (1986) e di "*Obediencia debida*" (1987). Queste stabilivano, rispettivamente, un limite temporale di sessanta giorni per formulare le accuse davanti a un giudice competente, trascorso il quale le azioni penali si sarebbero estinte. Tali leggi prevedevano, inoltre, la presunzione assoluta che gli ufficiali e il resto del personale subordinato avessero agito in esecuzione di un ordine e, di conseguenza, non potessero essere puniti. In tal modo, Alfonsín intese far fronte all'impossibilità politica e istituzionale di perseguire centinaia di appartenenti alle forze armate e di sicurezza senza mettere in pericolo il processo di consolidamento democratico.

Alcuni anni dopo, il nuovo presidente democraticamente eletto, Carlos Menem, emanò una serie di decreti con cui concesse l'"indulto" [2] ai membri delle forze armate, ai guerriglieri accusati di aver commesso atti terroristici durante gli anni '70 e a tutti i responsabili delle ribellioni contro il governo di Alfonsín. A differenza del suo predecessore, Menem riteneva che la riconciliazione nazionale e il consolidamento della democrazia imponessero di lasciare il passato alle spalle. Le leggi e i decreti richiamati impedirono l'esercizio dell'azione penale nei confronti dei responsabili delle più gravi violazioni dei diritti umani commesse durante la dittatura. Restarono esclusi da tale preclusione i procedimenti relativi ai reati di sostituzione di stato civile, sottrazione e occultamento di minori, violenza sessuale e appropriazione indebita di beni immobili. I decreti interruppero altresì l'esecuzione delle pene inflitte nel corso del governo Alfonsín.

Nel 2005, il processo per i crimini commessi durante l'ultima dittatura ha avuto un nuovo inizio. Con l'elezione di Néstor Kirchner (2003-2007) la questione dei diritti umani tornò al centro dell'agenda politica. Fin dall'inizio del mandato, il Presidente affermò la centralità dell'accertamento delle violazioni commesse durante la dittatura. Pochi mesi dopo la sua investitura

[2] L'indulto, nell'ordinamento argentino, è una facoltà del Presidente della Repubblica che non riguarda il reato, ma la pena. Consiste in un provvedimento nei confronti di una persona o più persone precisamente individuate ed è il frutto di una decisione politica. Questa misura di clemenza si distingue dall'amnistia.

a presidente, infatti, Kirchner presentò al Congresso un disegno di legge volto a dichiarare la nullità delle leggi "*Obediencia debida*" e "*Ley de punto final* "[3].

Due anni dopo, la Corte Suprema di Giustizia della Nazione (CSGN), composta da nuovi membri nominati da Kirchner, dichiarò incostituzionali le leggi di indulto[4] e i decreti di grazia[5], provocando la riapertura o l'avvio della maggior parte dei processi penali contro i responsabili dei crimini della dittatura.

Secondo la Corte, lo Stato argentino non poteva invocare istituti quali la prescrizione, l'irretroattività della legge penale più sfavorevole o il principio del *ne bis in idem*, né altre cause di esclusione della responsabilità, rispetto a fatti qualificabili come crimini contro l'umanità. Tale conclusione discendeva dagli obblighi derivanti dagli strumenti internazionali che disciplinano i crimini contro l'umanità e dal correlato dovere dello Stato di indagare e perseguirne i responsabili. La CSGN si basò, in particolare, sulla struttura della Costituzione Nazionale, così come modificata dalla riforma del 1994, che ha attribuito rango costituzionale a numerosi trattati internazionali sui diritti umani[6].

Inoltre, la CSGN ha affermato che la rinuncia alla persecuzione penale dei crimini contro l'umanità non può essere ammessa, poiché comporta "la rinuncia alla verità, all'indagine, alla verifica dei fatti, all'identificazione dei loro autori e allo smantellamento dei mezzi e delle risorse efficaci per evitare l'impunità"[7].

A tal proposito ha citato la giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani, in particolare la sentenza "*Barrios Altos*". Da quest'ultima emerge che un'amnistia può essere ammissibile "nel quadro di un processo di pacificazione con fondamento democratico e portata ragionevole che

---

[3] La legge citata è la n. 25.779, "Dichiarazione di nullità insanabile delle leggi 23.492 e 23.521", approvata il 21 agosto 2003.

[4] CSGN, "Ricorso presentato dalla difesa di Julio Héctor Simón nella causa Simón, Julio Héctor e altri s/privazione illegittima della libertà, ecc., S. 1767. XXXVIII, n. 17.768-", 14 giugno 2005 (http://www.csjn.gov.ar).

[5] CSGN, "Mazzeo, Julio Lilo e altri s/ricorso di cassazione e incostituzionalità", M. 2333. XLII, 13 luglio 2007 (http://www.csjn.gov.ar).

[6] Caso Simón, cit., considerando 23 del voto del ministro Petracchi; 19 del voto del ministro Maqueda; caso Mazzeo, cit., considerando 36 e 37 del voto della maggioranza.

[7] Caso Mazzeo, cit., considerando 29 del voto della maggioranza; nello stesso senso, caso Simón, cit., considerando 24 e 25 del voto del giudice Boggiano; 14 del voto del giudice Argibay, e *passim*.

esclude il perseguimento di comportamenti tenuti dai membri dei vari gruppi in conflitto", ma "tali disposizioni di oblio e perdono non possono coprire le più gravi violazioni dei diritti umani..." [8].

In linea con la posizione della Commissione interamericana dei diritti umani, la Corte ha inoltre precisato che "il diritto alla verità sui fatti, come obbligo dello Stato, non solo nei confronti dei familiari delle vittime ma anche della società, sia stato concepito come un sistema di protezione in grado di garantire l'identificazione e l'eventuale punizione dei responsabili e ha uno scopo non solo riparatorio e di chiarimento, ma anche di prevenzione di future violazioni" [9].

Infine, la CSGN ha ricordato che, secondo la Corte Interamericana, lo Stato ha l'obbligo di lottare contro l'impunità con tutti gli strumenti giuridici disponibili, poiché "favorisce il ripetersi cronico delle violazioni dei diritti umani" [10].

In sintesi, la giustizia penale è dunque considerata indispensabile per perseguire tre obiettivi: accertare la verità, preservare la memoria e prevenire nuove violazioni.

Questo è il contesto in cui sono state pronunciate le sentenze analizzate in questo libro.

Le questioni giuridiche e di politica criminale poste dal giudizio di crimini di tale gravità e dimensione riguardano, tra l'altro, il principio di legalità – trattandosi di fatti commessi sotto un diverso assetto normativo –, nonché il *ne bis in idem*, il giudicato, la prescrizione e il rapporto tra diritto costituzionale e penale argentino e diritto internazionale.

Inoltre, come illustrato nel capitolo sulla giurisdizione universale, in diverse sentenze pronunciate nello stesso contesto si fa riferimento a tale criterio, che è poi stato sviluppato in diverse sentenze successive. Attualmente l'Argentina figura tra i Paesi con il maggior numero di procedimenti fondati sul principio di giurisdizione universale.

L'obiettivo del libro è analizzare la casistica, selezionando quella più rilevante al fine di presentare l'Argentina come laboratorio pratico. Per questa ragione vengono esaminate le sentenze emesse, per la maggior parte, dalla Camera Federale di Cassazione Penale, che è la massima autorità giudiziaria penale federale del Paese, e dalla Corte Suprema di Giustizia della Nazione

---

[8] Caso "Simón", cit., considerando 27 del voto del giudice Petracchi; Caso Mazzeo, cit., considerando 23 del voto della maggioranza.

[9] Caso Simón, cit., considerando 25 del voto del giudice Petracchi.

[10] Caso Simón, cit., considerando 19 del voto del giudice Boggiano e 66 del voto del giudice Maqueda; caso Mazzeo, cit., considerando 25 del voto della maggioranza.

(CSGN). Analogamente alla Corte Suprema degli Stati Uniti, la CSGN è il tribunale argentino che ha il compito di garantire la supremazia della Costituzione in tutto il territorio del Paese e, in quanto tale, è anche l'interprete ultimo di quelle disposizioni.

Per facilitare la comprensione dei lettori non argentini, dedicheremo le pagine seguenti a illustrare alcuni aspetti dell'ordinamento argentino.

2. *L'ordinamento argentino*

L'Argentina è uno Stato federale che adotta una forma di governo rappresentativa e repubblicana [11]. Il Paese è, dunque, dotato di un governo nazionale e ventitré governi provinciali (la Costituzione argentina definisce "province" gli Stati federati) [12] con competenze diverse.

Per quanto riguarda l'amministrazione della giustizia penale, il Congresso federale ha la facoltà esclusiva di emanare il codice sostanziale valido per tutto il Paese [13]. Le assemblee legislative provinciali invece emanano i propri codici procedurali e le leggi sull'organizzazione giudiziaria. Ne consegue che, in linea generale, l'applicazione del Codice penale nei territori provinciali spetta ai giudici nominati dalle autorità locali secondo le rispettive procedure.

Tuttavia, la legislazione nazionale stabilisce una serie di reati di natura federale. Per conoscere di questi ultimi la competenza è di giudici all'uopo nominati dalle autorità nazionali. La disciplina si rinviene nel Codice di procedura penale federale, approvato dal potere legislativo centrale. In ciascuna provincia coesistono dunque due sistemi processuali penali – uno locale e uno federale – nonché i relativi organi giudiziari competenti [14].

Nella giurisprudenza argentina, già da alcuni anni non vi è alcuna discussione sul fatto che la competenza a giudicare gli imputati per crimini contro l'umanità commessi durante l'ultima dittatura militare spetti alla giurisdizione federale, ma ciò non è sempre stato pacifico. In Argentina, al momento della commissione di quei crimini, esisteva una giurisdizione militare competente a giudicare i membri delle forze armate; ciò ha portato alcuni a

[11] Cfr. articolo 1 della Costituzione.

[12] Cfr. articolo 5 della Costituzione.

[13] Cfr. articoli 75, comma 12, e 126 della Costituzione.

[14] Cfr. articoli da 116 a 118 della Costituzione, legge 48 e articolo 33 del Codice di procedura penale della Nazione.

ritenere che suddetta giurisdizione fosse quella competente per il giudizio nei loro confronti.

Nel febbraio 1984, poco dopo il ripristino della democrazia, il Congresso aveva approvato la legge 23.049, con la quale venne riformato il codice di giustizia militare in vigore fino a quel momento. Da un lato, fu stabilita la possibilità, fino ad allora inedita, che le sentenze pronunciate in tempo di pace dalla giurisdizione militare fossero riesaminate dal tribunale penale federale d'appello (denominato Camera Federale d'Appello) competente in relazione al luogo dove furono commessi i fatti da giudicare [15]. Questi tribunali erano i più alti nella struttura giudiziaria federale e ne esistevano quattro in tutto il paese [16].

D'altra parte, con riferimento specifico ai crimini commessi durante la dittatura da agenti delle forze militari e civili subordinati al comando militare, è stata mantenuta la competenza della giurisdizione militare, ma sotto il controllo della giustizia civile. In particolare, è stato previsto un termine per la conclusione dei processi e l'obbligo per la giurisdizione militare di riferire sul loro svolgimento alle corti d'appello federali. A ciò si aggiungeva che, qualora le corti d'appello federali avessero riscontrato un ritardo ingiustificato o una negligenza nello svolgimento del processo, avrebbero assunto la conoscenza del procedimento indipendentemente dallo stato in cui si trovava [17]. Ciò avvenne nel celebre *Juicio a las juntas*, conclusosi con la sentenza pronunciata nel dicembre 1985 dalla Camera Nazionale d'Appello Penale e Correzionale Federale della capitale, dopo che tale organo aveva assunto la competenza a seguito dei ritardi della giurisdizione militare [18].

Sia in quel processo che in altri processi successivi celebrati dinanzi ai tribunali federali, gli imputati hanno sollevato la violazione del principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge [19]. Si sosteneva che, al momento della commissione dei fatti, la legge vigente attribuiva la competenza alla giurisdizione militare. Tuttavia, la CSGN respinse l'eccezione, ribadendo la propria consolidata giurisprudenza secondo cui le leggi che modificano la competenza si applicano immediatamente ai procedimenti pendenti, in quanto la riforma delle leggi procedurali è una prerogativa

[15] Cfr. articolo 7 della legge 23.049.

[16] Cfr. articolo 12 della legge 4.055.

[17] Cfr. articolo 10 della legge 23.049.

[18] Cfr. C.S. NINO, *Radical evil on trial*, Yale University Press, New Haven, 1996; trad. spagnola Böhmer, *Juicio al mal absoluto*, Ariel, Buenos Aires, 2006, 126-144.

[19] Cfr. articolo 18 della Costituzione.

sovrana e non esiste un diritto acquisito ad essere giudicati con una determinata procedura. Inoltre, è stato chiarito che non vi era alcuna incompatibilità con il divieto costituzionale di giudicare un imputato da parte di commissioni speciali, poiché la legge 23.049 non istituiva giudici o tribunali accidentali o circostanziali, ma si limitava a ridurre la competenza della giurisdizione militare, attribuendola ad altri tribunali permanenti per determinate categorie di procedimenti. Negare la facoltà di riformare le leggi procedurali con applicazione immediata ai procedimenti pendenti – ha proseguito la CSGN – avrebbe ostacolato qualsiasi miglioramento in materia, costringendo alla staticità assetti giurisdizionali che meritavano di essere soppressi o quantomeno riformati. Tale era il caso della giurisdizione militare, rispetto alla quale – ha concluso la CSGN – sussistevano ancora poteri del comando incompatibili con le garanzie del giusto processo, e che la finalità della legge 23.049 era quella di assicurare che il giudizio sui fatti in questione fosse assistito da garanzie idonee a tutelare il giusto processo [20].

L'ingiustificata inattività della giurisdizione militare nell'indagine sui reati commessi durante la dittatura ha determinato il successivo intervento della giurisdizione federale nella trattazione dei casi. Le argomentazioni degli imputati relative alla violazione del principio del giudice naturale sono state respinte sulla base della suddetta dottrina [21].

Nel caso "Mazzeo", la maggioranza della CSGN ha inoltre osservato che, con l'approvazione nel 1995 della Convenzione interamericana sulla scomparsa forzata di persone, lo Stato argentino si impegnò a garantire che gli imputati per il reato previsto da tale trattato fossero giudicati dalle giurisdizioni di diritto comune, con l'esclusione di qualsiasi giurisdizione speciale, in particolare quella militare [22].

Nel dicembre 2006, il Congresso nazionale approvò la legge di attuazione dello Statuto della Corte penale internazionale [23], con la quale si stabilì che la giurisdizione federale è competente a intervenire nei procedimenti relativi ai reati previsti da tale trattato (genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e aggressione).

Due anni dopo venne abrogato il Codice di giustizia militare e tutte le disposizioni che ne davano attuazione [24] e, da allora, i militari argentini sono

---

[20] Cfr. *Fallos* 306:655; *Fallos* 306:2101.

[21] Cfr. *Fallos*, 323:2035; *Fallos* 326:2805.

[22] *Fallos* 330:3248, considerando 7°.

[23] Legge 26.200, approvata il 13 dicembre 2006.

[24] Legge 26.394, approvata il 6 agosto 2008.

soggetti esclusivamente alla giurisdizione penale ordinaria, come qualsiasi altro cittadino comune.

Tutte le sentenze analizzate in questo libro sono state emesse da giudici con competenza federale, che hanno conosciuto dei casi in ragione della competenza per materia e dei principi del *forum commissi delicti* e della giurisdizione universale [25].

La grande maggioranza dei processi per tali reati è stata o è tuttora disciplinata – nei casi ancora pendenti – dalle norme del Codice di procedura penale della Nazione (CPPN), approvato nel 1991. Solo alcuni procedimenti, avviati in precedenza, sono stati condotti sulla base delle norme del codice nazionale precedente, denominato Codice di procedura penale, in vigore al momento della commissione dei fatti. Ciò è dovuto a due ordini di ragioni.

Da un lato, la maggior parte dei processi citati è stata avviata o riaperta dopo le sentenze della CSGN, pronunciate nel 2005 e nel 2007, che hanno dichiarato incostituzionali le leggi *"Obediencia Debida"* e "*Ley de punto final "*[26] e i decreti di grazia[27] che, a partire dal 1986, avevano impedito o interrotto i procedimenti nei confronti della quasi totalità degli imputati [28].

---

[25] Tali principi sono riconosciuti dalla Costituzione all'articolo 118.

[26] Caso Simón, cit.

[27] *Fallos* 330:3248, cit.

[28] Come già detto, la legge di *Punto Final* (legge 23.492), approvata nel dicembre 1986, stabiliva un termine massimo di sessanta giorni entro il quale i sospettati di aver commesso reati durante l'ultima dittatura dovevano essere citati a comparire dinanzi al giudice competente; decorso tale termine, l'azione penale si sarebbe estinta. La legge di *Obediencia Debida* (legge 23.521), approvata nel giugno 1987, stabiliva una presunzione irrefutabile che gli ufficiali e il resto del personale subordinato delle forze di sicurezza avessero agito sotto ordine e, di conseguenza, non potessero essere puniti. Poco dopo, il nuovo Presidente della Repubblica, tra il dicembre 1989 e il dicembre dell'anno successivo, emanò una decina di decreti con i quali concesse la grazia a oltre mille militari e civili, tra indagati, imputati e condannati per reati commessi durante l'ultima dittatura. In tal modo venne preclusa ogni possibilità di perseguire e giudicare i responsabili di tali reati, con l'eccezione di coloro che erano stati accusati di aver commesso atti di alterazione dello stato civile e sottrazione e occultamento di minori, violenza sessuale e appropriazione indebita di beni immobili, poiché questi reati non erano contemplati dalle leggi e dai decreti di grazia citati. Tale limite delle cosiddette norme di impunità consentì, ad esempio, che nel noto caso "Simón", anche durante la loro vigenza, il procedimento proseguisse in relazione ai fatti qualificati come sottrazione, trattenimento, occultamento e soppressione dell'identità di una minore di dieci anni, nonché il reato di falsità ideologica per avere attestato falsamente l'origine della minore, circostanza poi recepita nel relativo documento di identità. Successivamente, quando l'accusa ha chiesto l'estensione dell'imputazione ai fatti di sparizione forzata di cui erano stati vittime i genitori biologici della minore, è stata sollevata la questione della costituzionalità delle leggi sul Punto Finale e sull'Obbedienza Dovuta, che ha condotto all'intervento della CSGN dopo

D'altra parte, la legge di attuazione del CPPN stabiliva che i procedimenti già in corso sarebbero stati condotti secondo le norme del codice vigente fino a quel momento, a meno che gli imputati, entro quindici giorni dalla notifica, non avessero esercitato il loro diritto di scegliere di essere giudicati secondo le norme del nuovo codice [29]. La CSGN ritenne che i procedimenti interrotti dalle leggi e dai decreti citati non potessero essere considerati in corso al momento dell'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1991 [30]. Pertanto, solo nei pochi procedimenti che proseguirono dopo l'approvazione di tali leggi e l'emissione dei conseguenti provvedimenti di indulto, si continuò ad applicare il codice abrogato.

Le differenze tra i regimi processuali previsti dai codici richiamati non incidono in modo significativo sull'oggetto del presente studio. Come già precisato, invero, nella stragrande maggioranza dei casi, compresi quelli analizzati in questo volume, è stato applicato e continua ad essere applicato il Codice di Procedura Penale della Nazione (c.d. CPPN). Di conseguenza, le considerazioni che sono state formulate si fondano sulle disposizioni di tale codice.

2.2. *Il processo penale federale*

Il processo penale federale si articola essenzialmente in due fasi. La prima, denominata "istruttoria", è finalizzata all'indagine sulla *notitia criminis*. Il titolare dell'azione penale è il rappresentante del Pubblico Ministero [31], che esercita l'azione penale dinanzi a un giudice istruttore [32]. Tuttavia, spetta al giudice istruttore decidere quali atti di indagine disporre, una volta che il titolare dell'azione penale l'ha promossa. In altre parole, la

---

l'esaurimento dei precedenti gradi di giudizio (cfr. Caso Simón, cit., considerando da 1 a 10 del voto che ha guidato l'accordo).

[29] Cfr. articolo 14 della legge 24.121.

[30] CSGN, "Menendez, Luciano Benjamin S/ Causa N" 12942, *Fallos* 335:1305, sentenza del 10 luglio 2012.

[31] Ai sensi dell'articolo 120 della Costituzione, il Ministero pubblico argentino è costituito da un Ministero Pubblico Fiscale e da un Ministero Pubblico della Difesa, che sono organi pubblici autonomi e autarchici. Per quanto riguarda il processo penale, i magistrati che compongono il Ministero Pubblico dell'Accusa (denominati "procuratori") sono i titolari dell'azione penale e, di conseguenza, svolgono la funzione di pubblici ministeri. Da parte loro, i magistrati che compongono il Ministero Pubblico della Difesa (denominati "difensori pubblici ufficiali") svolgono la funzione di difendere gli imputati che non hanno nominato un avvocato privato. Per ulteriori informazioni, consultare le leggi 27.148 e 27.149.

[32] Cfr. articoli 180 e 188 del CPPN.

direzione dell'istruttoria spetta al giudice, a meno che questi non decida di delegare tale attribuzione al pubblico ministero [33].

Accanto al pubblico ministero può intervenire la persona offesa, la quale, costituendosi parte nel procedimento, acquisisce la qualifica di "querelante", secondo la definizione del Codice, e da quel momento può chiedere l'ammissione di prove e svolgere deduzioni a loro sostegno, nonché impugnare le decisioni contrarie ai propri interessi [34].

Poiché il querelante deve essere il titolare del bene giuridico leso e avere capacità di agire, nel caso in cui il reato abbia causato la sua morte o scomparsa, possono esercitare le funzioni riconnesse alla qualifica di querelante il coniuge, il convivente, i genitori, i figli o i fratelli, oppure il rappresentante legale della persona offesa [35].

Nei processi per crimini contro l'umanità, le associazioni o le fondazioni, registrate a norma di legge, possono costituirsi parte civile nel processo penale purché il loro oggetto statutario sia direttamente connesso alla tutela dei diritti asseritamente lesi [36]. Tale facoltà accordata alle associazioni o fondazioni, incorporata nel codice dalla legge 26.550 del 2009, era già stata riconosciuta in precedenza dalla giurisprudenza, consentendo ad associazioni come *Madres y Abuelas de Plaza de Mayo* e il *Centro de Estudios Legales y Sociales*, di intervenire come parti civili in diversi processi penali. La riforma citata, tuttavia, ha fornito un riconoscimento normativo al diritto in questione, ponendo fine alle obiezioni che venivano solitamente sollevate al riguardo nei processi in cui tali associazioni intendevano essere considerate parti.

L'imputato, assistito da un avvocato di fiducia, ha il diritto di difendersi deducendo argomentazioni e producendo prove volte a confutare l'ipotesi accusatoria [37].

Una volta espletati gli atti di prova disposti d'ufficio o richiesti dalle parti, il giudice istruttore decide se disporre il rinvio a giudizio, aprendo così ad una seconda fase processuale denominata "processo" o "dibattimento". Tuttavia, il giudice non può decidere d'ufficio l'apertura del processo, ma è necessaria una richiesta di rinvio a giudizio formulata dal pubblico ministero [38].

---

[33] Cfr. articoli 194, 196 e 199 del CPPN.

[34] Cfr. articolo 82 del CPPN.

[35] *Ibidem*.

[36] Cfr. articolo 82 bis del CPPN.

[37] Cfr. articolo 73 del CPPN.

[38] Cfr. articoli 346, 347 e 351 del CPPN.

La seconda fase del processo si svolge davanti ad altri tre giudici che costituiscono un organo collegiale, denominato "tribunale orale" [39]. A differenza dell'istruttoria, in cui il contraddittorio si svolge mediante la presentazione di memorie riservate alle parti e al giudice, il processo si svolge in udienza pubblica mediante l'esposizione delle proprie argomentazioni e la formazione delle prove in forma orale, nel contraddittorio tra le parti [40].

Le decisioni del giudice istruttore possono essere impugnate dinanzi a un tribunale collegiale di secondo grado denominato camera d'appello. Le sentenze dei tribunali orali sono, invece, impugnabili dinanzi alla Corte di Cassazione [41].

Il diritto processuale penale federale non conosceva la Corte di Cassazione fino all'approvazione del codice del 1991. Il codice previgente, entrato in vigore nel 1889, prevedeva anch'esso due fasi del processo: quella sommaria, equiparabile all'attuale istruttoria, e quella plenaria, affidata a un giudice diverso da quello della fase precedente, denominato giudice di merito, che esaminava le prove raccolte nella fase sommaria e quelle nuove che potevano essere presentate dalle parti, ascoltava le difese, le querele – se presenti – e il pubblico ministero, e pronunciava la sentenza. Inoltre, a differenza di quanto previsto dal CPPN, le fasi di istruttoria e di udienza pubblica si svolgevano per iscritto, con la sola eccezione delle udienze di esame delle prove nella fase di udienza pubblica. Tuttavia, anche tenendo conto di tale eccezione, a livello federale non vi furono processi penali in udienza orale e pubblica fino all'introduzione del codice del 1991 [42]. In entrambe le fasi, l'eventuale istanza di revisione era di competenza della camera federale.

Il CPPN ha seguito il modello dei processi misti, che si è diffuso in

---

[39] Cfr. articoli 32 e 353 del CPPN.

[40] Cfr. articoli 363 e 374-393 del CPPN.

[41] Il Codice di procedura penale nazionale previgente al 1991 non prevedeva l'instaurazione di una Corte di cassazione. L'unico organo competente a conoscere delle impugnazioni contro le decisioni dei giudici di primo grado erano le Corti d'appello. Come già ricordato, esse si collocavano al vertice del sistema penale federale. Ciò spiega perché la legge 23.049 del 1984 stabilì che le Corti d'appello federali, la cui competenza era ripartita su base territoriale, avrebbero svolto le funzioni di giudice d'appello nei procedimenti di competenza della giurisdizione militare, nonché a vigilare sul regolare svolgimento dei processi per i reati commessi durante l'ultima dittatura e, in caso di ritardi ingiustificati, avocare a sé il procedimento, sostituendosi agli organi della giurisdizione militare.

[42] Nel processo storico contro le giunte militari, che si è svolto in udienza orale e pubblica dinanzi alla Camera Nazionale d'Appello Penale e Correzionale Federale della Capitale Federale, è stata applicata la già citata legge 23.049, che, nei suoi articoli 7, 8 e 9, prevedeva tale modalità di processo, diversa da quella stabilita dal codice di procedura penale federale allora in vigore.

Europa insieme al modello giudiziario verticale e all'istituzione di una corte di ultima istanza, ossia la cassazione. Infatti, come già detto, il Codice introduce un processo scandito in due fasi, una di natura cartolare e da celebrarsi "a porte chiuse" davanti a un giudice istruttore, incaricato delle indagini, e la successiva da instaurarsi davanti a un tribunale collegiale nell'ambito di un contraddittorio tra le parti svolto in udienza orale e pubblica.

Come ricorda la CSGN [43], quando fu emanato il CPPN nel 1991, si ritenne che il diritto di impugnare la sentenza del tribunale di primo grado, anche in relazione alla valutazione delle prove, fosse superfluo, tenuto conto della composizione plurale di tale tribunale e del principio di immediatezza garantito dall'udienza orale. Pertanto, l'interpretazione prevalente in giurisprudenza sulla funzione della cassazione nel sistema federale coincideva con la sua concezione originale o classica nata in Francia. Tale impostazione escludeva che la Corte potesse pronunciarsi nel merito dei fatti oggetto delle vicende processuali, ma solo interpretare la legge affinché quanto ivi disposto non venga distorto nella sua applicazione pratica, con l'obiettivo politico di garantire il rispetto della volontà del legislatore nell'applicazione delle leggi.

Tuttavia, nel 2005 questa impostazione della Corte di Cassazione è stata superata da una sentenza della CSGN, perché ritenuta incompatibile con il quadro costituzionale, in particolare con il diritto di ricorso previsto dagli articoli 8.2.*h* della Convenzione americana sui diritti umani e 14.5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Entrambi i trattati hanno acquisito rango costituzionale a partire dalla riforma della Costituzione del 1994 (articolo 75, inc. 22) [44]. Di conseguenza, a partire da quella sentenza della CSGN, la Corte di cassazione agisce come tribunale di revisione ampia delle sentenze emesse dai tribunali di primo grado, nella misura in cui possono essere sottoposte al suo esame tanto le questioni di diritto quanto quelle di fatto e di prova su cui si fonda la sentenza.

D'altra parte, la Camera federale di cassazione penale è stata riconosciuta dalla CSGN come corte di ultima istanza ordinaria di impugnazione in materia penale federale, con competenza a pronunciarsi, in via preventiva, su tutte le questioni che legittimano il suo intervento [45]. Ciò ha fatto sì che, con riferimento a quelle specifiche questioni, la Camera federale di cassazione penale fungesse da tribunale superiore rispetto alle Camere federali quando veniva presentata un'impugnazione durante la fase istruttoria del processo.

---

[43] Cfr. CSGN, "Casal", *Fallos* 328:3399, sentenza del 20 settembre 2005, considerando 19 del voto della maggioranza.

[44] Cfr. Caso Casal, cit.

[45] Cfr. CSGN, "Di Nunzio, Beatriz Herminia", *Fallos* 328:1108, sentenza del 3 maggio 2005.

Questo appena tratteggiato è lo scenario che ha posto le basi, tra le altre, alla pronuncia della sentenza "Mazzeo". In questo caso, quando il giudice istruttore ha dichiarato incostituzionale il perdono presidenziale che impediva di perseguire penalmente gli imputati per reati commessi durante l'ultima dittatura, la difesa ha impugnato tale decisione dinanzi alla camera d'appello federale competente per territorio e poi, quando tale corte ne ha accolto il ricorso, l'accusa ha impugnato tale decisione dinanzi alla Corte di cassazione, che ha revocato la sentenza della corte d'appello. Infine, poiché l'ultima sentenza citata era contraria ai suoi interessi, la difesa ha presentato ricorso straordinario federale dinanzi alla CSGN [46].

A differenza delle corti d'appello federali, la Corte federale di cassazione penale è l'unica nel Paese e dunque decide di tutti i ricorsi di sua competenza presentati nei procedimenti per reati federali, indipendentemente dal territorio in cui sono stati commessi.

2.3. Il ruolo della CSGN

La CSGN è l'organo di vertice del potere giudiziario nazionale e, in quanto tale, è l'interprete ultimo e definitivo della Costituzione [47].

La legislazione costituzionale argentina segue il modello statunitense, dunque il Paese adotta un sistema di controllo diffuso di costituzionalità. Qualsiasi giudice ha il potere di dichiarare l'incostituzionalità di una norma con effetti solo per il caso specifico, ma le parti possono richiedere l'intervento della CSGN mediante la presentazione di un ricorso straordinario federale, dopo aver esaurito tutti i precedenti gradi di giudizio.

La competenza della CSGN è limitata non solo ai casi in cui è stata dichiarata l'incostituzionalità di una norma, ma anche – per quanto qui rileva – a quelli in cui la decisione dipende dall'interpretazione di una clausola costituzionale o in cui la pronuncia risulta arbitraria.

L'arbitrarietà è una causa di abilitazione della giurisdizione della CSGN che, a differenza delle altre, è di creazione pretoria [48]. Risale all'inizio del secolo scorso, quando la CSGN ammise che dinanzi ad essa potevano essere impugnate non solo le decisioni in cui era cruciale l'interpretazione del diritto federale o si risolveva il conflitto tra questo e le norme locali, ma anche

---

[46] Cfr. *Fallos* 330:3248, cit., considerando da 1 a 6 del voto della maggioranza.

[47] Cfr. articoli 108, 116 e 117 della Costituzione; articoli 1, 4 e da 14 a 18 della legge 48; capitolo I della legge 4.055.

[48] I motivi di abilitazione della giurisdizione appellata della CSGN sono previsti dagli articoli 116 della Costituzione; 14 della legge 48 e 3 della legge 4.055.

le decisioni prive di qualsiasi fondamento giuridico. Si tratta di decisioni fondate esclusivamente sulla volontà del giudice, e non su un adeguato fondamento giuridico, distinguibili da quelle che presentano semplicemente un'erronea interpretazione della legge secondo la prospettazione del ricorrente [49]. La giustificazione posta alla base dell'elaborazione di tale dottrina dell'arbitrarietà viene rinvenuta nell'obbligo costituzionale di garantire il giusto processo e, in particolare, la sottesa necessità che i procedimenti siano definiti mediante sentenze. Una decisione arbitraria, infatti, è tale proprio perché priva di adeguata motivazione giuridica [50].

Da allora la dottrina dell'arbitrarietà ha avuto un vasto sviluppo ed è ancora oggi in vigore. L'individuazione delle ipotesi di arbitrarietà proposta in un'opera pionieristica sull'argomento conserva ancora oggi piena attualità. Infatti, come è stato elaborato [51], la sentenza è arbitraria, secondo la giurisprudenza della CSGN, se: (1) omette di considerare e risolvere questioni sollevate dalle parti; (2) risolve questioni non sollevate; (3) prescinde dal testo delle norme applicabili; (4) applica norme non vigenti; (5) prescinde da prove decisive; (6) invoca prove inesistenti; (7) contraddice apertamente gli atti del procedimento; (8) effettua affermazioni dogmatiche; (9) incorre in eccessi formalistici; (10) è contraddittoria [52].

La CSGN si è pronunciata in diversi casi di crimini contro l'umanità sulla base della dottrina dell'arbitrarietà. Un esempio è la sentenza "Almirón" [53], analizzata in questo libro. In tale occasione, di fronte al ricorso presentato dall'accusa contro la decisione della Camera Federale di Cassazione Penale, che aveva revocato la condanna degli imputati, ritenendo che i fatti non potessero essere qualificati come crimini contro l'umanità, la Corte ha ritenuto ammissibile il ricorso straordinario. Tale decisione si fondò sull'applicazione della dottrina dell'arbitrarietà, in quanto la decisione contestata prescindeva da circostanze rilevanti per l'adeguata soluzione del caso e si

---

[49] CSGN, "Rey c/Rocha", *Fallos* 112:384, sentenza del 2 dicembre 1909.

[50] Cfr. G.R. CARRIÓ, A. CARRIÓ, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, 3a ed. aggiornata, 1a ristampa, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, 1-59.

[51] Cfr. *ibidem*, 57-59.

[52] Al fine di stabilire se tali circostanze siano tuttora sussumibili nella nozione di arbitrarietà elaborata dalla CSGN quale presupposto per l'annullamento delle sentenze oggetto di ricorso straordinario federale, cfr. *Sentencias arbitrarias*, 5^a^ edizione, Buenos Aires, 2019. Si tratta di un dossier elaborato dalla Segreteria di Giurisprudenza della CSGN, in cui sono raccolti i sommari delle sentenze sull'arbitrarietà emesse da tale tribunale fino al 2019.

[53] CSGN, "Almirón, Víctor Hugo y otros s/ Imposición de Tortura", *Fallos* 345:1160, 18 ottobre 2022.

fondava su affermazioni dogmatiche tali da conferire alla decisione una motivazione meramente apparente. In tal modo, la CSGN ha avviato, sulla base di tale dottrina eccezionale, l'analisi dei fatti e delle prove ottenute, nonché del tipo di crimini contro l'umanità e del rapporto di sussunzione di tali fatti in questa ipotesi di reato.

D'altra parte, la stessa sentenza "Almirón" è un esempio di decisione in cui la CSGN non ha elaborato le proprie motivazioni, ma ha fatto riferimento a quelle fornite dal Procuratore Generale della Nazione nel suo parere. Il Procuratore Generale della Nazione (Procurador General de la Nación) è il capo del Ministero Pubblico della Nazione (Ministerio Público Fiscal). Tra le sue funzioni vi è quella di emettere pareri dinanzi alla CSGN, nei casi in cui sussista una controversia sull'interpretazione o sull'applicazione diretta di una norma della Costituzione Nazionale o degli strumenti internazionali sui diritti umani che la Repubblica ha recepito, nonché in relazione ad ogni altra questione per la quale la CSGN ritenga opportuno acquisirne il parere per motivi di gravità istituzionale o per l'importanza delle norme giuridiche contestate [54]. Si rammenti, in ogni caso, che il parere del Procuratore non è vincolante per la CSGN.

3. *Conclusioni*

In conclusione, questo volume intende mostrare come le questioni, le argomentazioni, i dialoghi e persino i conflitti tra diverse Corti possano costituire un vero e proprio laboratorio, utile non solo ad altri Paesi ma innanzitutto all'Italia.

L'ordinamento argentino riprende alcune problematiche note, ne anticipa altre e, in certi casi, le elabora per la prima volta, offrendo così un terreno fecondo di osservazione comparata. Accanto all'obiettivo strettamente giuridico, si affianca quello culturale: imparare a confrontarsi con altri contesti, altri modi di pensare, argomentare ed esaminare i fenomeni giuridici.

I contributi qui raccolti, firmati da giuristi argentini e italiani, aspirano dunque a una comparazione che non si limiti alla conoscenza di un sistema diverso – per noi emblematico e spesso capace di trascendere i confini nazionali – ma che sappia anche invertire la rotta. Dall'America Latina all'Europa, l'invito è a decentrarsi, e imparare ad accogliere prospettive periferiche, così valorizzando itinerari applicativi ed esegetici che arricchiscono il nostro modo di guardare al diritto.

---

[54] Cfr. articoli 2 e 13 della legge 27.148.

In un momento in cui anche Stati di primo livello mettono in discussione quel nucleo che credevamo inderogabile e imprescrittibile, costruire ponti – come prova a fare questo volume – diventa una risposta necessaria a visioni che negano lo spirito di Norimberga e finiscono per identificare nella giurisdizione (connotata da autonomia, indipendenza, eguaglianza) un nemico.

Il "laboratorio Argentina" segnala la complessità, i dilemmi del fare fronte ai crimini internazionali, dell'inserire la giustizia nei passaggi di regime. Allo stesso tempo mostra una evoluzione molto importante proprio nella tutela dei diritti umani e nella persecuzione dei crimini contro l'umanità. Per questo, a 50 anni dal *golpe* e in un momento di attacco spudorato al diritto e alle istituzioni che questa umanità rappresentano, ci sembra importante pubblicare questo volume con l'auspicio di un dialogo, nonostante l'Oceano, e della difesa di quella visione che vede nel diritto e nella giustizia l'unica alternativa alla brutalità.

CAPITOLO I

LA "LEGALITÀ" NELLA GIUSTIZIA PENALE DEI DIRITTI UMANI

di MARCO SCOLETTA*

SOMMARIO: 1. Il dilemma della legalità nella giustizia penale internazionale. – 2. Il caso "Simón" e le questioni controverse della legalità penale. – 3. La CADH (e la giurisprudenza della Corte IDH) come parametro di legittimità delle leggi di amnistia. – 4. La tipicità dei fatti come "crimini contro l'umanità". – 5. La rivendicata retroattività del "dovere di punire" i *delicta iuris gentium*. – 6. *Lex mitior* e crimini contro l'umanità. – 6.1. Il caso "Muiña": l'applicabilità della "regola 2x1" ai crimini internazionali. – 6.2. Il caso "Batalla": la legittima sottrazione dei crimini internazionali alla *lex mitior*. – 7. La sostanziale inammissibilità della *lex mitior* nel diritto penale internazionale.

1. *Il dilemma della legalità nella giustizia penale internazionale*

Le vicende giudiziarie che hanno interessato (e continuano a interessare) i crimini commessi durante il regime dittatoriale costituiscono un terreno formidabile sul quale tastare i limiti e le criticità, o forse sarebbe meglio dire i dilemmi, della legalità nella giustizia penale internazionale

La legalità costituisce un principio di garanzia teoricamente indiscusso e indiscutibile, ma davanti alle gravi violazioni di diritti umani che attivano i principi del diritto penale internazionale, il contenuto normativo della "legalità" entra in tensione con contrapposte istanze di "giustizia," che ne minano l'enunciazione in termini di assolutezza e pretendono un suo bilanciamento o quantomeno una (ri)definizione dei suoi confini rispetto a controinteressi parimenti fondamentali.

In questa sede, ci proponiamo di ricostruire e di valutare, attraverso la lente del principio di legalità, come le istanze di giustizia punitiva di crimini

* Professore di Diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Statale di Milano.

gravissimi siano state attuate dalle corti argentine in relazione alle atrocità commesse durante il governo della giunta militare tra il 1976 e il 1983. Ricostruire, cioè, sulla base di quale argomentazione in diritto è stato possibile rendere "legittima" la "doverosa" punizione dei colpevoli, ovvero renderla compatibile con le garanzie sottese al *nullum crimen sine lege* (garanzie che parimenti costituiscono – è bene ricordarlo – "diritti umani fondamentali").

A mo' di premessa ad un'analisi critica della giurisprudenza che ha cercato di soddisfare la comprensibile "pretesa di giustizia" non solo dei parenti delle vittime dei crimini perpetrati durante il regime dittatoriale, ma della intera collettività (il "popolo argentino"), è importante ricordare – ancorché siano concetti scontati in un ordinamento giuridico democratico e liberale – che quando parliamo di "legalità penale" parliamo di una conquista dello "stato di diritto". Quindi un ordinamento giuridico e sociale che, nel tutelare gli individui – ciascuna "persona in quanto tale" – dai possibili abusi del potere (in ogni sua forma), ripudia l'utilizzo della pena non solo come mezzo di repressione e di sudditanza, ma anche come strumento di mera vendetta sociale. La legalità è uno degli strumenti, non l'unico, grazie al quale la "giustizia penale" non è (*recte*: non dovrebbe essere) una "giustizia vendicatoria" [1].

Le garanzie della legalità penale mettono al centro della tutela il "colpevole", il "reo" – quindi di norma un soggetto astrattamente responsabile di fatti eticamente e moralmente (prima che giuridicamente) inaccettabili e intollerabili – in quanto "persona". Ma proprio in quanto poste a tutela della persona-colpevole (o presunta tale), tali garanzie sono in qualche modo "controintuitive", perché destinate inevitabilmente a scontrarsi con le (viceversa) "intuitive" istanze individuali e collettive di giustizia, che comprensibilmente pretendono un'adeguata punizione del colpevole.

Nell'analizzare come la giurisprudenza abbia contemperato i contrapposti interessi – di "legalità sostanziale" (intesa come sinonimo di giustizia, ovvero di tutela positiva dei diritti umani), da una parte, e di "legalità formale", dall'altra – esamineremo una vicenda giudiziaria paradigmatica: il "caso Simón". Oltre ad aver sostanzialmente inaugurato la fase di "superamento dell'impunità", tale vicenda presenta tutti i principali nodi problematici e le argomentazioni giuridiche che delineano il peculiare statuto della legalità penale in tutta la giurisprudenza (non solo quella argentina e interamericana) sui crimini internazionali. Ci soffermeremo poi su un'altra questione giuridica dibattuta in giurisprudenza (caso "Muiña" e caso "Batalla"), che

[1] In generale sui complessi rapporti tra giustizia e vendetta, si vedano i saggi raccolti in P. Di Lucia, L. Mancini (a cura di), *La giustizia vendicatoria*, Edizioni ETS, Pisa, 2015.

pure ha avuto una rilevante eco sociale, riguardante in questo caso il trattamento punitivo – non l'*an* ma il *quantum* – dei crimini contro l'umanità.

2. *Il caso "Simón" e le questioni controverse della legalità penale*

Nel 2000, a seguito della denuncia di parenti delle vittime e di associazioni per la tutela dei diritti umani (il CELS, *Centro de Estudios Legales y Sociales*), nonostante la vigenza delle "leggi di amnistia" (la *Ley de Punto di final* e la *Ley de Obediencia debida*) [2], veniva instaurato un procedimento penale nei confronti di Julio Héctor Simón (e di altri soggetti, suoi sodali) per reati risalenti al periodo dittatoriale.

All'esito delle indagini giudiziarie, veniva accertato che, nel novembre del 1978, Simón, un ex funzionario della polizia argentina (noto come "el Turco Julián"), aveva sequestrato Poblete Roa e Gertrudis Hlaczik de Poblete, una coppia di oppositori politici del regime, sottraendo e "appropriandosi" della loro figlia di appena otto mesi (che fu affidata alla famiglia di un colonnello dell'esercito). La coppia era stata detenuta per alcuni mesi a "El Olimpo" [3], uno dei numerosi centri di detenzione clandestini gestiti dall'esercito federale, e lì era stata torturata prima di "scomparire" per sempre, come molte altre vittime del regime.

Sul piano penale, tali fatti sono stati qualificati come "crimini contro l'umanità", in quanto sussumibili nelle fattispecie di detenzione illegale e di tortura. Per tali crimini, Simón e i suoi complici sono stati sottoposti a carcerazione preventiva già nel 2001, con una storica decisione del giudice federale Gabriel Cavallo, che contestualmente dichiarava l'invalidità delle "leggi di impunità" (ovvero le due suddette "leggi di amnistia") [4].

Contro tale accusa, sono state esperite dagli imputati tutte le possibili vie di ricorso, fino a quando nel 2005 anche la Corte Suprema, con una sentenza entrata nella storia dell'Argentina – votata da sette degli otto giudici da cui era composta [5] – ha definitivamente dichiarato la illegittimità costituzionale delle

---

[2] Per la ricostruzione storica, anche in relazione alle vicende legislative, si rinvia alla *Presentazione* al presente volume.

[3] Le atrocità commesse in questo centro sono documentate e denunciate nel film di Marco Bechis "Garage Olimpo (Desaparecidos)", del 1999.

[4] Juzgado Nacional en los Criminal y Correccional núm. 4 de Buenos Aires, juez Cavallo, Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio, n. 8686/2000, 6 marzo 2001.

[5] La sentenza è stata votata dai giudici Petracchi, Zaffaroni, Macheda, Highton de Nolasco, Lorenzetti, Argibay e Baggiano (sebbene con argomentazioni in parte differenti, che sono

leggi di amnistia – per contrasto con la CADH (v. *infra*) – e ha confermato la legittimità delle incriminazioni per i suddetti crimini contro l'umanità [6].

Ciò ha portato ad una definitiva condanna a 25 anni di reclusione nel 2006. Successivamente, peraltro, Simón è stato condannato a ulteriori 23 anni per la vicenda nota come "Batallón 601" e, nel 2010, gli è stato inflitto un ulteriore ergastolo per sequestro, tortura e sparizione forzata di altre 181 persone. Julio Héctor Simón è morto in carcere il 24 marzo 2025.

La condanna è stata accolta dall'opinione pubblica argentina e dalle associazioni e osservatori internazionali sui diritti umani come "una vittoria storica per la giustizia": questa sentenza "dimostra che le istituzioni democratiche possono finalmente superare le barriere create per proteggere i responsabili di crimini contro l'umanità", ha dichiarato, ad esempio, José Miguel Vivanco, direttore per le Americhe di Human Rights Watch.

Tuttavia, se guardiamo alla vicenda giudiziaria con le lenti del diritto, focalizzate sul rispetto delle garanzie della legalità penale, emergono una serie di non secondarie problematicità nel percorso logico-argomentativo che ha consentito alle corti argentine di affermare la responsabilità e di infliggere la pena a Julio Héctor Simón [7]. Attraverso quelle lenti non si può apprezzare la vicenda Simón con lo stesso entusiasmo con cui è stata comprensibilmente accolta dalle vittime della dittatura militare e dai difensori dei diritti umani.

L'analisi giuridica, d'altra parte, richiede un necessario quanto consapevole approccio cinico del giurista, che deve guardare al diritto penale, e al suo coacervo di garanzie fondamentali, distaccandosi dalle atrocità dei fatti e dal giudizio morale sui carnefici.

In questa prospettiva, gli attriti con la legalità penale che affiorano nella vicenda Simón – ma il discorso può estendersi, *mutatis mutandis*, a tutta la giurisprudenza nazionale che, negli ordinamenti americani come in quelli

articolate nelle opinioni contenute nel "voto separato" espresso da ciascun giudice); l'unico giudice a votare in senso contrario è stato il giudice Zayt, la cui opinione è chiaramente argomentata nel voto dissenziente contenuto nella sentenza.

[6] CSJN, Simón, Julio Héctor y otros, n. 17.768, Fallos 328:2056, 14 giugno 2005; su tale decisione si veda *ex multis* il commento di C. Bakker, *A Full Stop to Amnesty in Argentina: The Simon Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005.

[7] Messe in luce soprattutto da E. Malarino, *La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón*, in *IuraGentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2009 [in italiano: Id., *Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina sulle gravi violazioni dei diritti umani*, in G. Fornasari, E. Fronza (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2009, 31].

europei, utilizza il diritto penale internazionale come fonte di criminalizzazione e di punizione dei colpevoli – riguardano almeno tre profili fondamentali:

(i) la dichiarazione di incostituzionalità delle "leggi sull'impunità", quindi la sussistenza di una legittima fonte che consentisse alla magistratura di censurare una scelta politico-criminale che costituisce espressione democratica della volontà popolare espressa attraverso il processo parlamentare di approvazione delle leggi di amnistia. La legalità assume qui un significato legato alla separazione dei poteri e alla democraticità della potestà punitiva, ovvero alla possibilità che la legge penale (il principio di "riserva di legge") sia legittimamente sottoposta a vincoli derivanti dal diritto internazionale, in particolare dal rispetto del diritto umanitario;

(ii) la qualifica dei fatti come "crimini contro l'umanità" già nel 1978. In sostanza, anche astraendo dalle leggi di amnistia, che avrebbero avuto l'effetto di decretare definitivamente l'impunità, non è affatto lineare la dimostrazione della vigenza, nell'ordinamento giuridico argentino, al momento dei fatti, delle fattispecie tipiche del diritto penale internazionale che sono state ascritte alla responsabilità di Simón (e di tutti i soggetti che, come lui, sono stati condannati per crimini contro l'umanità). È dubbia, in altre parole, l'esistenza di una base legale davvero adeguata a soddisfare il diritto fondamentale del *nullum crimen*;

(iii) l'applicazione del regime punitivo e di imprescrittibilità che ha consentito di sanzionare i crimini, con pene severissime, anche a distanza di decenni dalla loro commissione. In questo caso, la problematicità deriva dalla circostanza – strettamente legata al profilo *sub* (ii) – per cui, al momento dei fatti non era espressamente prevista la imprescrittibilità delle fattispecie penali rilevanti nell'ordinamento argentino e, anche sul piano del diritto penale internazionale, la vigenza di tale disciplina risultava ancora incerta. Da qui la tensione, ritenuta tuttavia superabile dalle corti (e non solo argentine), con il principio dell'irretroattività, che della legalità costituisce, nella materia penale, uno dei fondamentali corollari assiologici, in quanto funzionale ad assicurare la prevedibilità e la certezza non solo della rilevanza penale dei fatti, ma anche del loro trattamento punitivo.

3. *La CADH (e la giurisprudenza della Corte IDH) come parametro di legittimità delle leggi di amnistia*

Quanto al primo profilo – che ovviamente ha costituito il presupposto preliminare per poter accedere all'accertamento giudiziario della responsabilità penale per i fatti commessi durante il governo dei militari – l'annullamento delle leggi di amnistia ha fatto fondamentalmente perno sulla efficacia vincolante e obbligatoria della Convenzione Interamericana dei Diritti Umani (CADH), così come interpretata dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani (Corte IDH).

In particolare, nel dichiarare la illegittimità costituzionale e la invalidità della *Ley de Punto di final* e della *Ley de Obediencia debida*, la Corte Suprema di Giustizia, nella sentenza del 14 giugno 2005, ha dichiarato l'efficacia diretta e obbligatoria, nell'ordinamento argentino, della pronuncia emessa dalla Corte IDH il 14 marzo 2001 nel caso "Barrios Alto contro Perù" [8].

Orbene, nella pronuncia "Barrios Altos", la Corte IDU aveva constatato la violazione degli articoli 1.1, 2, 8.1, e 25 della CADH [9], con riferimento alla promulgazione e applicazione, nell'ordinamento peruviano, di due leggi di amnistia, precisando in particolare che «sono inammissibili le norme sull'amnistia, sulla prescrizione e lo stabilimento di cause di esclusione della responsabilità che pretendano di impedire le indagini e la punizione dei responsabili di violazioni gravi dei diritti umani come la tortura, le esecuzioni sommarie, extralegali o arbitrarie e le sparizione forzate». La Corte IDU aveva conseguentemente statuito che le leggi di amnistia «mancano di effetti giuridici e non possono continuare a rappresentare un ostacolo per le indagini sui fatti (...) né per le indagini e la punizione dei responsabili». Aveva altresì affermato in modo netto che il giudicato formatosi sulla base delle leggi illegittime non poteva impedire la riapertura dei processi, sostenendo la tesi secondo cui la particolare gravità dei fatti (integranti gravi crimini contro i diritti umani) giustifica l'applicazione di norme speciali e più rigorose, quali l'impossibilità di amnistiare e l'imprescrittibilità.

Tale sillogismo argomentativo desta tuttavia numerose perplessità, sia nel metodo – relativo all'utilizzo della CADH come parametro normativo interposto di legittimità della legislazione nazionale – sia nel merito – in relazione all'effettiva censurabilità delle leggi di amnistia in base al parametro convenzionale evocato.

---

[8] CIDH, Barrios Altos v. Perú, 14 marzo del 2001.

[9] Sui diritti fondamentali sanciti da tali disposizioni normative e sulla derivazione implicita dell'obbligo di tutela penale da parte della Corte IDH, si veda *infra* § 7.

(i) Quanto al primo aspetto, la funzione parametrica della CADH (vieppiù nella interpretazione accolta dalla giurisprudenza convenzionale) – che si colloca sostanzialmente a fondamento della dichiarazione di illegittimità delle leggi di amnistia – costituisce già per sé, nell'ordinamento argentino, un assunto discutibile.

Anzitutto, sul piano del diritto convenzionale, le decisioni della Corte IDH risultano essere vincolanti solo per gli stati nazionali che hanno partecipato al processo internazionale, ai quali sono direttamente rivolte le statuizioni della Corte (L'articolo 68.1 dispone infatti: «Gli Stati parte si impegnano ad attuare la decisione della Corte Interamericana in ogni caso in cui siano parti»). Di conseguenza, il riconoscimento di una generalizzata portata vincolante alla decisione "Barrios Altos" – come divieto normativo assoluto rispetto a provvedimenti legislativi di amnistia rispetto ai crimini contro l'umanità – non sarebbe stato affatto imposto dal diritto internazionale, rappresentando invece un arbitrario scostamento dalle regole generali di funzionamento del sistema convenzionale (che avrebbe semmai imposto di adire in via preliminare la Corte IDH rispetto allo specifico caso argentino) [10]. Né si può affermare – se non sulla base di una interpretazione eccentricamente estensiva del diritto internazionale – che un tale obbligo di adeguamento derivi dal "principio generale di buona fede" nell'adempimento degli accordi internazionali [11].

Parimenti discutibile, dal punto di vista teorico della legalità, è l'attribuzione di valore obbligatorio alla giurisprudenza della Corte IDH attraverso il diritto interno, ovvero facendo leva sull'articolo 75 numero 22 della Costituzione, a norma del quale una serie di strumenti internazionali dei diritti umani espressamente specificati, tra i quali la CADH, hanno gerarchia costituzionale «nelle condizioni della loro vigenza». Secondo la lettura accolta dalla Corte Suprema nella sentenza "Simón", le "condizioni di vigenza" alle quali il testo costituzionale fa riferimento rimanderebbero in sostanza al "diritto vivente", ovvero all'interpretazione evolutiva delle norme internazionali (tra le quali quelle della CADH) svolta dalla giurisprudenza delle corti regionali dei diritti (tra cui si colloca in primis la Corte IDH). In questo modo, le norme convenzionali diventano parametro interposto di legittimità costituzionale, grazie appunto al ruolo di "passerella" attribuito all'articolo 75.

Ciò, tuttavia, comporta un radicale superamento del modello originario a Costituzione rigida, a favore di un modello a Costituzione flessibile, che elimina la funzione precostituente del Congresso nazionale e attribuisce il

[10] In termini molto critici, E. MALARINO, *Il volto repressivo*, cit., 31 ss.

[11] *Ibidem*.

potere costituente a giudici internazionali. Le legalità, nella sua tradizionale funzione di garanzia di democraticità delle decisioni politiche (attraverso la "riserva di legge") – garanzia tanto più "stringente" quando è in discussione la potestà punitiva – risulta all'evidenza profondamente indebolita, considerando la centralità e soprattutto la insindacabile discrezionalità decisoria che, in questo modello, assumono le corti internazionali dei diritti, ovvero soggetti (i giudici) privi di diretta legittimazione democratica [12].

Un fondamento legale tanto più discutibile se si mette conto che tale interpretazione dell'articolo 75 numero 22 CN – sistematicamente rivoluzionaria perché determina uno stravolgimento dell'assetto costituzionale giudiziario delineato dagli articoli 108 e 116 CN – è operata sostanzialmente per via pretoria, posto che la riforma costituzionale del 1994 non mirava ad avallare un ruolo così decisivo del diritto internazionale (e soprattutto delle corti regionali) nell'assetto gerarchico delle fonti del diritto.

Sempre sul piano 'del metodo', l'utilizzo del diritto internazionale quale fondamento della illegittimità costituzionale delle leggi di amnistia si presta poi ad un ulteriore rilievo nella rigida ottica della legalità. La riconosciuta vincolatività della giurisprudenza convenzionale – quindi il suo valore di parametro di validità delle opzioni legislative interne – non può che risalire al 1994, allorché l'articolo 75, numero 22, è stato introdotto nella Costituzione. Ciò vuol dire che l'incostituzionalità delle leggi di amnistia non è "originaria", ma "sopravvenuta": in altre parole, i provvedimenti di amnistia sono stati efficacemente promulgati nel 1986, salvo poi risultare incompatibili con il diritto internazionale "costituzionalizzato" in forza della modifica del 1994. La riforma costituzionale, pertanto, ha prodotto effetti retroattivi sfavorevoli al reo, in quanto ha neutralizzato l'efficacia delle leggi di amnistia precedentemente e validamente approvate dal Parlamento.

Ora, l'attrito con le garanzie della legalità penale può essere declinato in questi termini: può una legge costituzionale annullare gli effetti retroattivi di una legge penale favorevole, rendendo *ex post* illegittima la *lex mitior*? Per la Corte Suprema la risposta è senza esitazioni positiva, ma il principio fondamentale di retroattività favorevole – corollario anch'esso della legalità penale – risulta senz'altro derogato, e con esso frustrato il ragionevole affidamento del reo sul carattere definitivo del giudicato favorevole (con superamento altresì del principio di *ne bis in idem*). Una cosa è infatti ammettere, del tutto ragionevolmente, la non operatività di tale garanzia a fronte di una legge che nasce illegittima e del tutto inidonea a produrre validi effetti *in*

[12] Per un approfondimento di questa critica si rimanda ancora a E. MALARINO, *ibidem*.

bonam partem (incostituzionalità originaria della *lex mitior*) [13]; altra cosa è invece – come in questo caso – revocare *ex post* l'effetto retroattivo di una legge penale favorevole originariamente legittima (incostituzionalità sopravvenuta della *lex mitior*).

(ii) Ma veniamo al merito: la Corte Suprema ha ritenuto, in sostanza, che il contenuto normativo obbligatorio della sentenza "Barrios Altos" della Corte IDH fosse quello di inibire categoricamente qualsiasi provvedimento di clemenza o trattamento di favore nei confronti di crimini di diritto internazionale, in quanto gravi violazioni di diritti umani. Di conseguenza, una volta ammesso il carattere costituzionalmente vincolante del diritto convenzionale nell'ordinamento argentino, è stata pressoché automatica la dichiarazione di illegittimità delle leggi di amnistia sulla base appunto di "Barrios Altos".

Sennonché, quel precedente – a ben vedere – ha un oggetto e una portata molto più limitati, essendo specificamente diretto a legittimare e rendere definitivamente operativo l'accordo già intervenuto tra governo peruviano e Commissione IDU, avente appunto per oggetto l'inapplicabilità delle leggi di amnistia [14].

Vero che la Corte IDH rivolge un chiaro giudizio di censura delle leggi peruviane, rilevandone il contrasto con una serie di previsioni convenzionali (v. *infra*), ma si tratta di leggi di amnistia caratterizzate da profonde differenze rispetto a quelle argentine. Al contrario di queste ultime, infatti, quelle peruviane: (a) erano leggi di "amnistia totale", coprendo indistintamente tutti i crimini da chiunque commessi; (b) erano leggi di "amnistia non discussa", in quanto non precedute da un dibattito pubblico e parlamentare; (c) erano, soprattutto e fondamentalmente, leggi di "auto-amnistia", in quanto emanate dalla stessa forza governativa che aveva commesso i crimini amnistiati [15]. La Corte Suprema argentina, nel dare valore normativo alla

---

[13] La non operatività del diritto fondamentale alla retroattività favorevole rispetto alle leggi costituzionalmente illegittime è ben argomentata, ad esempio, dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394.

[14] Cfr. E. Malarino, *Il volto repressivo*, cit., 49 ss.

[15] Le differenze tra l'amnistia peruviana e quella argentina sono state puntualmente evidenziate dal giudice Fayt nel suo voto dissenziente alla sentenza Simon (parr. 78-85); tali critiche sono riprese e approfondite da E. Malarino, *Il volto repressivo*, cit., 70 ss.; cfr. anche E. Maculan, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, Marcial Pon., Madrid, 2019, 128. Sottolinea la necessità di distinguere, autorevolmente, K. Ambos, *El marco jurídico de la Justicia de transición*, in K. Ambos, E. Malarino, G. Elsner (ed.), *Justicia de transición*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009, 23 ss. Sul problematico utilizzo dei provvedimenti di amnistia nel contesto della giustizia transizionale, cfr. E. Maculan, *L'amnistia nella*

sentenza "Barrios Altos", non ha minimamente preso in considerazione le profonde differenze intercorrenti tra i casi concreti oggetto di giudizio e non ha argomentato sulle ragioni della indiscriminata generalizzazione dei principi espressi dalla Corte IDH in relazione a fatti (nella specie integrati da atti legislativi) ben diversi. Sulla base di un presupposto giuridico inconsistente – l'esistenza, nel diritto CADH, di un divieto assoluto di amnistiare i crimini internazionali – la Corte Suprema ha negato categoricamente un potenziale utilizzo della clemenza politica (democraticamente espressa in leggi dello Stato) in funzione di pacificazione sociale, assumendo la sanzione punitiva come *unica ratio* di gestione dei conflitti conseguenti alle gravi violazioni dei diritti umani.

Restando sempre "sul merito", ma spostandoci a considerare le affermazioni 'di principio' della Corte IDH relative al divieto assoluto di amnistiare i gravi crimini contro i diritti umani, le istanze della legalità trovano ulteriori punti di attrito. La Corte IDH, infatti, fa derivare tale divieto dall'articolo 1.1 CADH, che sancisce il generale obbligo di rispettare i diritti e le libertà riconosciute nella Convenzione; dall'articolo 8.1, che sancisce il diritto all'equo processo; dall'articolo 25, che sancisce il diritto alla tutela giudiziaria effettiva dei diritti fondamentali.

Dal "testo" della CADH, tuttavia, non può all'evidenza desumersi alcun obbligo di trattamento e gestione dei gravi crimini contro i diritti umani: né come divieto di provvedimenti favorevoli al reo (amnistie, indulti, prescrizione, attenuanti, scusanti), né tantomeno come dovere inderogabile di punire.

Tali "obblighi positivi impliciti" di tutela penale, che – come noto – non solo la Corte Interamericana, ma a ben vedere tutte le corti regionali [16] desumono dal "senso" (più che dal "testo") delle carte dei diritti, scardinano completamente la *ratio* della legalità, che storicamente risiede nella "democraticità" della potestà punitiva e nella "certezza" della fattispecie penale. In tale contesto, pertanto, occorre realisticamente riconoscere come l'attivismo giudiziario costituisca l'autentico vettore dei vincoli di tutela penale dei

giustizia di transizione, in *Diritto penale XXI secolo*, 2018, 53 ss.; E. Malarino, *Transición, Derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2013, 205 ss.; in generale sulle amnistie nel diritto penale internazionale, G. Della Morte, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2011.

[16] Sugli obblighi positivi di tutela penale nella CEDU, cfr. F. Viganò, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Jovene, Napoli, 2011, 2645 ss.; Id., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes, V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 243 ss.

diritti umani [17]. Le corti regionali sono i reali attori anche della criminalizzazione "in astratto".

D'altra parte, a dispetto di quanto asserito da alcuni giudici della Corte IDH nelle loro opinioni di maggioranza [18], tali vincoli assoluti di tutela penale non trovano neppure un chiaro riconoscimento nella "consuetudine internazionale", quand'anche si volesse ammettere la legittimità teorica di tale fonte (assai problematica nell'ottica del *nullum crimen*) a fondare obblighi costituzionali nella materia penale (v. *infra*) [19].

4. *La tipicità dei fatti come "crimini contro l'umanità"*

L'attrito con la legalità penale colpisce anche il secondo degli snodi argomentativi che hanno consentito di affermare la responsabilità penale di Simón per i fatti del 1978: la loro qualifica come "crimini contro l'umanità".

La criticità deriva dalla circostanza che, al momento della loro commissione, ovvero all'epoca del regime militare, tali specifici crimini – e il loro peculiare trattamento processuale (imprescrittibilità) e punitivo (relativamente al *quantum* di pena irrogabile) – non erano previsti dalle leggi penali vigenti nell'ordinamento nazionale, come invece sarebbe indiscutibilmente imposto dalla garanzia costituzionale del *nullum crimen sine lege* (articolo 18 CN).

In effetti, all'epoca dei fatti l'Argentina non aveva ancora neppure sottoscritto i principali trattati internazionali che contengono le definizioni di quelle fattispecie criminose; tali trattati sono stati ratificati solo in epoca successiva e solo dopo la sentenza "Simón" è stata adottata una legge nazionale che contempla espressamente i crimini contro l'umanità [20].

---

[17] Puntualmente (ma molto criticamente) su questa "linea di tendenza" della giurisprudenza argentina, ma con osservazioni che possono essere mutuate in generale per tutta la giustizia penale internazionale, cfr. E. Malarino, *Activismo judicial, punitivismo y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in K. Ambos, E. Malarino, G. Elsner (ed.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, I, Konrad-Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, 25 [in italiano, Id., *Attivismo giudiziario, punitivismo e sovranazionalizzazione: tendenze antidemocratiche e illiberali nella giurisprudenza 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 da laboratorio dell'America Latina*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2011, 33].

[18] Si veda ad esempio il voto espresso dal giudice Zaffaroni, par. 26.

[19] Sull'assenza di una consuetudine internazionale che, negli anni '80 (quando cioè sono state approvate le "leggi di impunità"), vietasse i provvedimenti amnistia, E. Malarino, *Il volto repressivo*, cit., 48, nt. 43.

[20] V. ancora E. Malarino, *Il volto repressivo*, cit., 76.

Per superare tali rilievi e sostenere l'incriminazione su una più solida base legale, la CSGN – pur affermando che il crimine contro l'umanità di sparizione forzata di persone fosse comunque previsto, già al momento dei fatti, dal diritto consuetudinario internazionale – ha ulteriormente articolato il proprio ragionamento, fondandolo sulla tesi della c.d. "doppia qualificazione giuridica dei fatti" [21]: sia sul piano del diritto interno, sia su quello internazionale.

Da una parte, il diritto penale interno determina la (prima) tipicità e la sanzione dei fatti al momento in cui sono stati commessi, in quanto perfettamente sussumibili nelle fattispecie comuni di sequestro di persona e di tortura allora presenti nel Codice penale argentino; dall'altra, le norme internazionali determinano la (seconda) tipicità di quei fatti come crimini contro l'umanità e il conseguente regime di imprescrittibilità e in generale il "dovere di punizione" (da cui l'inammissibilità di *leges* di favore).

Questa argomentazione, tuttavia, solo in apparenza risolve o attenua le criticità derivanti dalla carenza di una sufficiente base legale su cui fondare la legittima condanna dei colpevoli per i crimini contro l'umanità. Il riconoscimento della tipicità interna assicura infatti la copertura legale solo ad una parte della "diade normativa" [22] che compone la fattispecie incriminatrice, ovvero al "precetto", alla "norma comportamentale".

La seconda parte della diade che completa la fattispecie penale, caratterizzandola come tale, ovvero la "pena", la "norma sanzionatoria" (che in questo caso si declina come "dovere assoluto", come "obbligo inderogabile" di punire), ricavata dal diritto internazionale, si porta dietro tutte le insolubili criticità relative all'utilizzo della fonte consuetudinaria in funzione incriminatrice.

La punizione dei fatti è infatti consentita solo grazie alla loro (seconda) qualifica come crimini contro l'umanità, grazie alla quale risultano applicabili il regime di imprescrittibilità e il divieto di amnistia (che ovviamente non avrebbe assistito i reati "comuni" nei quali i fatti erano sussumibili secondo il diritto interno).

Si torna quindi esattamente al "punto di partenza", ovvero alla carenza, all'epoca dei fatti, di una norma penale internazionale, scritta o anche solo

---

[21] Sulla tesi della "doppia qualifica" o "doppia sussunzione", cfr. E. Maculan, *Los crímenes internacionales*, cit., 131 ss.; v. anche P. Parenti, *Informe sobre Argentina*, in K. Ambos, E. Malarino, G. Elsner (a cura di), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, KAS, Berlino-Montevideo, 2008, 271 ss.

[22] C. E. Paliero, *Struttura e fondamenti del sistema normativo penale*, in C.E. Paliero (a cura di), *Il sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2024, 17 ss.

consuetudinaria, che rendesse vigenti i crimini contro l'umanità nell'ordinamento giuridico argentino: non solo non erano stati ratificati trattati *ad hoc* – sempre che ciò fosse *ex se* sufficiente (sulla base dell'assetto costituzionale *ante* 1994: v. *retro*) –, ma neppure nell'ordinamento internazionale era possibile rintracciare la sedimentazione di una norma consuetudinaria che definisse, con la precisione necessariamente richiesta dalla legalità penale, i fondamentali "elementi di contesto" dei crimini contro l'umanità, ovvero i presupposti fattuali tipici in forza dei quali anche reati comuni possono assumere la qualifica di crimini internazionali [23]. Una tipizzazione piuttosto stabile del "contesto", a livello internazionale, è stata raggiunta solo con l'approvazione dello Statuto della Corte Penale Internazionale del 1998 (e sottoscritto dall'Argentina nel 1999), quindi ben oltre il *tempus commissi delicti*.

Parimenti discutibile il riconoscimento di una consuetudine internazionale incriminatrice dei fatti di "sparizione forzata" [24], reato che inizia ad essere meramente "menzionato" in documenti internazionali solo a partire dal 1978 e ad essere descritto come crimine in trattati degli anni '90 [25].

Tanto ciò è vero, che la Corte Suprema non può che limitarsi a "enunciare" l'esistenza di norme consuetudinarie incriminatrici dei crimini contro l'umanità, senza fornire alcuna prova dei suoi elementi costitutivi: *diuturnitas* e *opinio iuris sive necessitatis*. Nessun "dato empirico" è stato infatti portato a dimostrazione della consolidata e uniforme prassi punitiva di tali condotte negli ordinamenti giuridici. La consuetudine, a ben vedere, è desunta – *recte*: presunta – semplicemente dalla evidente "gravità dei fatti", dalla valutazione sostanziale della loro innegabile atrocità e intollerabilità.

In definitiva, quand'anche si ammettesse – rinunciando alla legittimazione democratica della fonte punitiva – l'utilizzabilità di una norma consuetudinaria

---

[23] Chiaramente sul punto, E. MALARINO, *Il volto repressivo*, cit., 78 ss., che richiama tutti i trattati internazionali che definiscono i "crimini contro l'umanità" (nt. 94), denunciandone la indeterminatezza in funzione di incriminatrice, ovvero di tipizzazione del "contesto" (che costituisce necessario "presupposto tipico" di tali crimini); v. anche K. AMBOS, S. WIRTH, *The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, in *CLF*, 13, 2002, 12.

[24] Si vedano in tal senso i voti dei giudici Boggiano (par. 41); Highton de Nolasco (par. 31); Maqueda (par. 85).

[25] Per la ricostruzione della genesi di tale fattispecie nel diritto penale internazionale, cfr. E. MACULAN, *Los crímenes internacionales*, cit., 48 s.; 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 (ed.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, cit., 193 ss.; K. AMBOS (a cura di), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, Bogotá, 2009.

in funzione direttamente incriminatrice di una condotta individuale, si tratterebbe comunque (nel caso argentino) di un'applicazione retroattiva *in malam partem* [26], poiché la consuetudine internazionale non era ancora consolidata al momento dei fatti.

5. *La rivendicata retroattività del "dovere di punire" i* delicta iuris gentium

Rimane infine da esaminare un ulteriore argomento, sovente utilizzato dalla dottrina internazionalistica – e ripreso anche nell'opinione espressa da alcuni giudici della Corte Suprema nel caso "Simón" – per fondare giuridicamente le ragioni del dovere e del potere di punire i crimini contro l'umanità commessi durante il regime militare.

In sintesi, con un'argomentazione meno mistificatrice rispetto a quella "consuetudinaria", si ammette il carattere legittimamente retroattivo in generale di tutte le norme sull'ordine pubblico internazionale (lo *ius cogens*) e, in particolare, della previsione di imprescrittibilità e del divieto di provvedimenti legislativi indulgenziali per i crimini contro l'umanità [27]. Ancorché

---

[26] Né si può dire che la retroattività sfavorevole avrebbe ad oggetto una disciplina "processuale", ovvero quella relativa alla prescrizione; al di là del dibattito giuridico intorno alla natura della prescrizione, occorre infatti ricordare che, nella tradizione giuridica argentina, alla prescrizione del reato è stata sempre riconosciuta natura "sostanziale", con conseguente applicazione delle garanzia del *nullum crimen*: cfr. CSJN, Guillermo Miras CIF c Administración Nacional de Aduanas, Fallos 287:76,18 ottobre 1973: "La prescrizione rientra indubbiamente nella nozione di diritto penale, poiché comprende non solo il precetto, la sanzione, la nozione di reato e di colpevolezza, ma anche l'intero complesso delle disposizioni che disciplinano il regime di estinzione delle pretese punitive. La giurisprudenza di questa Corte stabilisce che tale garanzia include l'esclusione delle disposizioni penali successive al fatto illecito – leggi *ex post facto* – che implichino un peggioramento delle condizioni dell'imputato, come è stato affermato in dottrina costante (Fallos: 17:22; 31:82; 117:48 y 222; 133:216; 140:34; 156:48; 160:140; 169:309; 84:531; 197:569; 254:116, consid. 19°)".

[27] Si veda in particolare il voto del giudice Maqueda (par. 49): "La punizione per questo tipo di reati, pertanto, deriva direttamente da questi principi, che emergono dall'ordine internazionale imperativo, ed è integrata nella gerarchia costituzionale come diritto penale che tutela i diritti umani e non è vincolata da alcuna delle limitazioni della Costituzione nazionale per la punizione di altri reati". In dottrina, a fondamento di tale tesi, cfr. L. Schiffrin, *Ius gentium y concepción estatalista del derecho en relación con los nuevos desarrollos de la doctrina y jurisprudencia argentina*, in J.E. Méndez, M. Abregú, J. Mariezcurrena (ed.), *Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone*, IIDE, Buenos Aires, 2001, p. 415; M. Ferrante, in M.A. Sancinetti, M. Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, 434.

si tratti, appunto, di principi normativi del diritto internazionale che possono aver assunto carattere imperativo in un'epoca successiva alla commissione dei fatti.

Secondo tale ragionamento, il diritto penale internazionale posto a tutela dei diritti umani (quindi i *delicta iuris gentium*) sarebbe "integrato" nella gerarchia costituzionale e risulta pertanto sottratto a quei "limiti" che invece sono applicabili al diritto penale nazionale, ai reati di fonte legislativa e quindi strettamente subordinati ai vincoli costituzionali della legalità. In sostanza, l'integrazione dello Stato nell'ordinamento internazionale implica il dovere costituzionale di punire i reati qualificabili come crimini internazionali secondo lo *ius gentium* e di rimuovere – "a protezione delle vittime" [28] – le disposizioni interne che impediscono il corretto perseguimento dei loro autori.

A fondamento di tale argomentazione si richiama l'articolo 118 della Costituzione che, dettando espressamente alcune regole speciali per la celebrazione dei processi per i crimini previsti dallo *ius gentium*, attribuirebbe al diritto penale internazionale uno statuto costituzionale autonomo, caratterizzato da garanzie più flessibili rispetto a quelle della legalità penale interna (sancite all'articolo 18 della Costituzione).

In sostanza, la legalità penale internazionale non riconosce la riserva di legge e non tollera alcuna forma di impunità. In questa prospettiva, anche la circostanza che le norme del diritto penale internazionale che impongono la imprescrittibilità e il divieto di impunità non fossero riconosciute e vigenti nell'ordinamento argentino al momento dei fatti e neppure all'epoca dell'approvazione delle leggi di amnistia, non impedisce una loro applicazione ai crimini contro l'umanità, derogando legittimamente alla irretroattività sfavorevole (della prescrizione) e alla retroattività favorevole (delle leggi di amnistia).

Questo approccio appare come quello più realistico, ammettendo senza infingimenti e imposture retoriche l'esistenza di uno statuto "debole" della legalità penale internazionale, un suo carattere 'a maglie larghe' contrapposto a quelle tendenzialmente 'strette' della legalità penale nazionale. Del tutto privo di consistenza, tuttavia, è il suo fondamento sull'articolo 118

In senso fortemente critico rispetto a tale impostazione, E. MALARINO, *Informe de Argentina*, in K. AMBOS, E. MALARINO (a cura di), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en America Latina y España*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2003, 51 ss.

[28] Cfr. ancora il voto del giudice Maqueda (par. 49): "La considerazione di aspetti quali la criminalizzazione e la prescrizione dei reati comuni deve quindi essere condotta in questa prospettiva, che garantisce sia il dovere di punire che compete allo Stato nazionale, in virtù della sua integrazione in un sistema internazionale che considera essenziale la punizione di tali condotte, sia la protezione delle vittime dalle disposizioni interne che impediscono il corretto perseguimento dei loro autori".

della Costituzione [29], che pone una regola di giurisdizione dalla quale non si può certo desumere una così importante deroga alle garanzie fondamentali della legalità penale [30].

Parimenti, assai semplicistica è la tesi che attribuisce in generale allo *ius gentium* e all'ordine pubblico internazionale la capacità di sottrarre *d'emblée* i crimini internazionali ai rigidi limiti garantistici delle costituzioni nazionali e di consegnarli ad una legalità internazionale fondata su un "dovere di punizione" e poco sensibile all'esistenza di altre forme di legittimazione formale della norma incriminatrice.

D'altra parte, a ben vedere, anche l'utilizzo di questo diverso paradigma di legalità non è in grado di legittimare pienamente la punizione dei crimini contro l'umanità commessi durante il regime militare e paradigmaticamente rappresentati dal caso "Simón". Anche la "legalità penale internazionale" [31], infatti, teoricamente impone la dimostrazione dell'esistenza di una fonte sufficientemente precisa, nel diritto penale internazionale vigente al momento del fatto, della fattispecie descrittiva del crimine (lo *ius gentium* determina il dovere inderogabile di punire). All'epoca dei fatti argentini, tuttavia, anche la "tipicità consuetudinaria" – come abbiamo già osservato – non consentiva di riconoscere con certezza quei fatti come crimini contro l'umanità [32].

Si deve allora ammettere che la legalità penale internazionale presenta uno statuto "debole" in relazione a tutti i suoi corollari: non solo riconosce la legittimità della fonte consuetudinaria (*nullum crimen sine iure*), non solo approva la retroattività *in malam partem* del divieto di prescrizione e di amnistia (*ius non previum*), ma tollera altresì un sensibile abbassamento dello *standard* di precisione e tassatività della fattispecie punitiva (*ius non strictum et certum*).

---

[29] L'articolo 118 della Costituzione così recita: "Tutti i processi penali ordinari non derivanti dal mandato accusatorio concesso alla Camera dei Deputati dovranno essere decisi da una giuria, una volta che tale istituzione sarà stata istituita nella Repubblica. La discussione di tali processi avverrà nella provincia stessa nella quale è stato commesso il reato, ma quando esso sia stato compiuto al di fuori dei confini della Nazione, contro il diritto delle genti, ovvero internazionale, il Congresso deciderà con legge speciale la sede del processo".

[30] Cfr. E. MALARINO, *Il volto repressivo*, cit., 89 ss.

[31] Espressamente riconosciuta anche all'articolo 24 dello Statuto della CPI; oltre che all'articolo 9 CADH e all'articolo 15 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (PIDCP) (peraltro, rispetto a tale ultima disposizione, al momento della ratifica del Patto, il Governo argentino – consapevole del rischio di una dimensione "debole" della legalità – aveva posto una specifica riserva: "Il governo argentino stabilisce che l'applicazione dell'articolo 15 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici sarà soggetta al principio stabilito nell'articolo 18 della nostra Costituzione nazionale").

[32] Ed infatti, come già criticamente illustrato (v. *supra*), la tipicità delle condotte è ricondotta alle fattispecie incriminatrici presenti nel Codice penale argentino al momento dei fatti.

La prevalenza attribuita, *ratione materiae*, alla legalità debole (internazionale) sulla legalità forte (nazionale) desta tuttavia non poche perplessità, se si considera che la stessa CADH, all'articolo 29 lettera b), pone una chiara "disposizione interpretativa", a norma della quale «nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di (…) limitare il godimento o l'esercizio di qualsivoglia diritto o libertà che possa essere riconosciuto d'accordo con le leggi di qualsiasi Stato parte» [33].

6. Lex mitior *e crimini contro l'umanità*

Un'altra e distinta questione che, più di recente, ha nuovamente fatto emergere punti di tensione tra legalità e diritto dei crimini internazionali, ovvero tra garanzie fondamentali del reo e obblighi di tutela penale dei diritti umani, è quella che ha avuto ad oggetto l'applicazione della legge "*Plazos de la prisiòn preventiva*" (n. 23.490 del 1994) – *lex mitior*, in quanto incidente favorevolmente sul calcolo delle pena – ai crimini commessi durante la dittatura militare.

In particolare, tale legge introduceva la c.d. "regola del 2x1", la quale stabiliva che, una volta superato il termine di due anni di custodia cautelare in carcere, ogni giorno di detenzione preventiva dovesse essere computato come due giorni di esecuzione della pena. Si trattava di una norma con funzione "compensatoria", in quanto finalizzata a garantire che la custodia cautelare non si protraesse oltre limiti ragionevoli. Tale norma è stata abrogata nel 2001 dallo stesso Parlamento argentino, con un ritorno alla regola vigente prima della riforma: ogni giorno di custodia cautelare equivale a un giorno di pena (articolo 24 del Codice penale argentino).

Tuttavia, a seguito della riapertura – soprattutto dopo la decisione sul caso "Simón" nel 2005 – dei processi per crimini commessi durante la dittatura militare di Videla, anche molti individui condannati per i crimini dittatoriali hanno cercato di avvalersi della pur abrogata "regola del 2x1"; a tal fine, hanno invocato l'articolo 2 del Codice penale, che stabilisce in via generale la regola intertemporale in forza della quale, nel caso in cui la legge in vigore al tempo della commissione del reato sia diversa da quella vigente nel momento in cui viene pronunciata la sentenza o in un momento intermedio, sarà applicata sempre la disposizione più favorevole (principi di retroattività e ultrattività della *lex mitior*).

[33] Analoga previsione normativa si rinviene all'articolo 5.2 PIDCP.

6.1. *Il caso "Muiña": l'applicabilità della "regola 2x1" ai crimini internazionali*

Nel 2017, la Corte Suprema si è pronunciata per la prima volta in senso favorevole all'applicazione della legge n. 23.490 nell'ambito di un processo iniziato dopo l'abrogazione della legge 24.390 e avente ad oggetto crimini commessi nel 1976. Il caso riguardava Luis Muiña, condannato nel 2012 per fatti qualificati come crimini internazionali contro l'umanità. Nel processo era stato accertato che, nel corso della dittatura militare, costui era stato a capo di un centro clandestino di detenzione, situato all'interno di un ospedale, dove si era reso colpevole di fatti di sequestro, tortura e uccisione di civili. Nel corso del processo, Luis Muiña era stato sottoposto ad un lungo periodo di carcerazione preventiva, in relazione alla quale chiedeva appunto l'applicazione della legge favorevole del 1994.

Con la sentenza n. 340:549 del 2017, la Corte Suprema, a maggioranza (con i voti favorevoli dei giudici Rosenkrantz, Rosatti e Highton de Nolasco), ha riconosciuto che, nonostante l'abrogazione nel 2001 della legge del 1994 sul computo dei tempi della carcerazione preventiva, la "regola del 2x1" fosse comunque applicabile al caso *de quo* in virtù del principio di prevalenza della legge più favorevole, codificato nel suddetto articolo 2 del Codice penale [34].

In sostanza, la Corte ha riconosciuto il carattere "sostanziale" della *lex mitior* abrogata – poiché incidente sulla determinazione della sanzione – e perciò retroattivamente (e ultrattivamente) applicabile a tutti i fatti di reato precedentemente commessi, indipendentemente dalla circostanza che la custodia cautelare sia eseguita in un periodo successivo all'abrogazione della legge.

Tale principio, secondo la Corte Suprema, non solo costituisce un corollario del principio costituzionale di legalità *ex* articolo 18 CN, ma trova altresì espresso riconoscimento nell'articolo 9 CADH, nell'articolo 15 PIDCP e nell'articolo 24.2 dello Statuto della CPI, a dimostrazione del suo carattere "imperativo" anche rispetto ai crimini internazionali.

Tale decisione ha tuttavia suscitato una vasta mobilitazione sociale e politica, in segno di protesta contro quella che è stata comunque percepita come una forma di impunità. La contestazione è culminata in una massiccia e notissima mobilitazione in Plaza de Mayo, che ha visto la partecipazione

[34] Su questa decisione cfr., in senso favorevole, G. Badeni, *Ła aplicación de la ley penal mas benigna y los delitos de lesa humanidad*, en *Revista pensamiento penal*, 2017, 97 ss.; in senso critico, invece, G. Perez Barbera, *Sobre la inaplicabilidad del principio de "la les penale mas benigna" en el caso Muiña de la CSJN*, in *Revista pensamiento penal*, 2018, 320 ss.

di associazioni per i diritti umani e vittime della dittatura, con grande consenso nell'opinione pubblica.

Il clamore sociale ha spinto il Congresso della Nazione ad approvare in tempi rapidissimi la legge 27.362 del 17 maggio 2017, con cui si stabiliva che: "Non è applicabile il beneficio di cui all'articolo 7 della legge 24.390 ai reati di genocidio, crimini di guerra e crimini contro l'umanità".

Questa legge del 2017 fu definita dallo stesso legislatore come una legge di "interpretazione autentica": il Congresso argentino, nel redigerla, aveva esplicitamente dichiarato che il suo scopo era quello di chiarire il significato originario dell'articolo 7 della legge 24.390 (ovvero la disposizione che introduceva la "regola del 2x1") e non di modificarlo o sostituirlo. In altre parole, il legislatore intendeva sostenere che, già al momento della sua promulgazione originaria (1994), la legge 24.390 non era mai stata intesa per essere applicata ai gravi crimini del diritto penale internazionale.

In questo modo, si intendeva evidentemente 'correggere' l'orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte senza però opporsi al vincolo costituzionale di retroattività *in mitius*. La mera abrogazione della legge del 1994, infatti, avrebbe comunque posto la questione della ultrattività della *lex intermedia* favorevole.

6.2. *Il caso "Batalla": la legittima sottrazione dei crimini internazionali alla* lex mitior

La questione giuridica è quindi stata trattata, alla luce del nuovo assetto legislativo, nel caso "Batalla". Rufino Batalla era stato condannato nel 2014 a 13 anni di reclusione per privazione illegittima della libertà ai danni di oltre cento vittime e per gli omicidi di due donne (una delle quali, Laura Estela Carlotto, era proprio la figlia della presidente delle Madres de Plaza de Mayo); anche in questo caso, i fatti erano stati commessi all'interno di un centro clandestino di detenzione ("La Cacha").

La richiesta di applicazione del beneficio del "2x1" era stata respinta dal Tribunale di La Plata (con sentenza del 15 maggio 2017) e avverso tale decisione Rufino Batalla aveva presentato ricorso straordinario.

Il 4 dicembre 2018, la Corte Suprema, mutando orientamento rispetto al caso "Muiña", ha confermato – a maggioranza [35] – l'inapplicabilità della disciplina di favore dettata dalla legge abrogata ai crimini contro l'umanità [36].

---

[35] A favore si sono espressi i giudici Lorenzetti, Mochada, Rosatti e Highton de Nolasco; contra il giudice Rosenkrantz.

[36] CSJN, Hidalgo Garzón Carlos del Señor y otros, 4 dicembre 2018 (anche questa sentenza

La diversa soluzione è stata motivata – anche dai giudici che avevano precedentemente votato diversamente (Rosatti e Highton de Nolasco) – proprio in ragione della sopravvenienza della legge del 2017, ritenuta *optimo iure* una legge di natura interpretativa e quindi applicabile "congiuntamente" alla norma interpretata (l'articolo 7 della legge 24.390 del 1994). Non si tratta, quindi, di una *lex peior* derogatoria della *lex mitior* intermedia, in quanto sul piano teorico le due leggi (quella del 1994 e quella, meramente interpretativa, del 2017) formano un *corpus* normativo unico, vigente fin dalla promulgazione della legge originaria.

Per giungere a tale conclusione, i giudici hanno vagliato l'efficacia della legge alla luce di un doppio test di legittimità delle leggi interpretative: (i) il "test di coerenza", funzionale ad accertare che la legge si limiti effettivamente a chiarire il significato della norma originaria, senza operare una surrettizia modifica del suo contenuto, e (ii) il "test di ragionevolezza", funzionale a verificare che la norma autenticamente interpretata non sia arbitraria e non violi diritti fondamentali.

Quanto al test di coerenza, la CSJN ha concluso che la legge 27.362 rientra realmente nella categoria delle norme "interpretative", perché non modifica retroattivamente la legislazione penale in termini di qualificazione del reato o di determinazione della pena, ma si limita semplicemente a precisare la modalità con cui deve essere interpretata la legge applicabile al caso concreto. Non si era trattato dunque di un inasprimento delle sanzioni irrogabili nei confronti dei colpevoli di crimini internazionali, perché la legge del 2017 ribadiva ciò che era già implicito nella legge del 1994, ovvero che i crimini internazionali restavano fuori dal raggio operativo della *lex mitior*. Il fatto che non fossero espressamente richiamati tra quelli sottratti all'applicabilità della "regola 2x1" – come i reati di narcotraffico – era dipeso dalla circostanza che nel 1994 i crimini commessi nel corso del regime militare erano coperti dalle famigerate leggi di amnistia (quindi implicitamente del tutto sottratti agli effetti della novella legislativa del 1994).

Con riferimento al test di ragionevolezza, si è ritenuto che l'interpretazione autentica dettata dalla legge 27.362 del 2017 non sia né arbitraria né discriminatoria, in quanto rivolta ai fatti più aberranti che un essere umano

è nota con il cognome del ricorrente Batalla); per un'analisi della decisione cfr. P.D. Eiroa, *Legalità penale e legge di interpretazione autentica. Note a margine della sentenza della Corte Suprema argentina nel caso "Batalla"*, in *Criminal Justice Network*, 26 febbraio 2019; in senso critico, v. soprattutto A. Rosler, *El interpretativismo y la Retroactividad de la Ley Penal. Un análisis del fallo "Batalla"*, in *Revista de Derecho Constitucional*, 2019; Id., *El Estado de Derecho caído en Batalla*, in *En Letra: Derecho Penal*, 7, 2019, 20 ss.; v. anche M. Farrell, *"La otra batalla"*, in *En Disidencia*, 15 dicembre 2018.

possa commettere; reati che rappresentano il massimo degrado dell'umanità, anzi, livelli di inumanità mai raggiunti in passato. Si tratta di fatti eccezionali da ogni punto di vista, che giustificano "conseguenze giuridiche inedite" (par. 15), come sempre si sono registrate nella giustizia di transizione in occasione dei cambi di regime.

D'altra parte, la Corte sottolinea come la norma interpretata (alla luce della legge del 2017) garantisca pienamente il rispetto delle garanzie dello Stato di Diritto, assicurando al contempo la conformità agli impegni internazionali dello Stato argentino. A tal proposito, tuttavia, la Corte si premura di evidenziare come la "regola del 2x1" non incidesse sul giudizio di colpevolezza, né sulla determinazione della pena, limitandosi ad attribuire un valore quantitativo (in termini punitivi) al tempo trascorso in detenzione cautelare: "chiarisce la forma di computo della prigionia preventiva" (par. 16). Anche per questa ragione, la legge del 2017 è conclusivamente giudicata come espressione di "ragionevole esercizio del potere di interpretazione autentica" concesso al legislatore nazionale.

7. *La sostanziale inammissibilità della* lex mitior *nel diritto penale internazionale*

La soluzione patrocinata dalla Corte Suprema nel caso "Batalla", tutto sommato, non si pone in particolare tensione con le istanze della legalità penale. Risulta piuttosto convincente l'argomentazione sulla natura autenticamente interpretativa della legge del 2017, ovvero la valutazione di oggettiva incertezza sulla portata della regola del 2x1 introdotta nel 1994: ben venga, quindi, che sia stato il legislatore (e non il giudice) ad aver sciolto definitivamente i dubbi applicativi [37].

Parimenti condivisibile il giudizio di ragionevolezza della opzione interpretativa del legislatore, benché si risolva nella limitazione della portata di una *lex mitior* in materia penale. Occorre infatti considerare che lo statuto costituzionale del principio di retroattività *in mitius* non ha la stessa rigidità di quello della irretroattività *in peius*, in quanto tollera eccezioni e deroghe sistematicamente ragionevoli. In questa prospettiva, l'atrocità dei crimini può ben costituire un profilo che, sul piano costituzionale, giustifica un regime derogatorio anche rispetto ad una norma penale favorevole di carattere tendenzialmente generale (come era la regola 2x1).

---

[37] Cfr. in questo senso P.D. Eiroa, *Legalità penale e legge di interpretazione autentica*, cit.

Nondimeno, la Corte Suprema elude la risposta all'interrogativo sistematicamente più interessante che si poneva intorno alla questione oggetto di giudizio e attinente proprio allo statuto costituzionale della legalità dei crimini internazionali: l'ammissibilità di *leges mitiores* del trattamento punitivo di tali fatti.

L'approccio della Corte è infatti ambiguo: da una parte, riconosce la ragionevolezza della deroga alla portata della *lex mitior*; dall'altra, attribuisce alla "regola 2x1" una natura non direttamente sanzionatoria, bensì di tipo procedurale o trattamentale, sottolineando come tale legge abbia la mera funzione di attribuire un valore aritmetico (in termini di pena detentiva) alla carcerazione preventiva. Come a voler dire, *a contrario*, che qualora invece si fosse trattato di una norma punitiva 'in senso stretto' – quindi una norma di diritto penale "sostanziale" – il ragionamento giuridico avrebbe potuto mutare, nel senso che la ragionevolezza normativa (quindi la deroga alla portata applicativa della *lex mitior*) avrebbe potuto essere valutata diversamente.

D'altra parte, in un passaggio della motivazione, la Corte riconosce espressamente come la gravità dei crimini internazionali "costituisce ragione sufficiente per affermare l'impossibilità di applicare agli autori la ultrattività del beneficio del 2x1 nel computo della pena" (par. 16).

Ancora più chiaramente, nell'opinione concorrente di alcuni giudici (soprattutto Lorenzetti e Mocheda), si sottolinea la necessità di adottare una interpretazione della regola del 2x1 "conforme" ai principi elaborati dalla Corte IDH in materia di crimini contro l'umanità: imprescrittibilità, non amnistiabilità, non commutabilità delle pene ed obbligo di indagini effettive, anche quando i processi si svolgono a distanza di molti anni dai fatti. Ebbene, in linea di coerenza con questi principi – direttamente affermati dalla Corte IDH – non si può che escludere i crimini internazionali dal beneficio sanzionatorio introdotto nel 1994 (indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale/trattamentale di tale legge).

Un'interpretazione, quindi, che risulterebbe in ogni caso "imposta" dal diritto penale internazionale, indipendentemente dalla volontà (o meno) del legislatore di circoscrivere già in origine la *lex mitior* ai crimini comuni (sottraendo implicitamente i crimini internazionali).

Ed in effetti, la giurisprudenza della Corte IDH – ancorché non abbia mai formulato un generale divieto di leggi favorevoli, ma abbia solo affermato la necessità di punizioni proporzionate alla gravità dei crimini internazionali [38] – sembra orientata proprio in tale direzione: l'adeguatezza della risposta punitiva

[38] Cfr. Corte IDH, Rochela vs. Colombia, 11 maggio 2007, par. 196; Corte IDH , Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, 26 maggio 2010, parr. 150 e 153.

non tollera un affievolimento delle pene previste al momento del fatto, un trattamento espressivo di un attenuato giudizio di disvalore del fatto.

La Corte Suprema giunge a tale risultato per via indiretta – facendo leva sulla interpretazione autentica della legge del 1994 – e la Corte Interamericana attraverso un vincolo sfumato, ovvero imponendo la necessaria adeguatezza della risposta punitiva rispetto alla gravità dei fatti. La verità, lucidamente espressa nell'opinione di alcuni giudici, è che la proporzionalità, valutata rispetto a quei crimini, impone il massimo rigore e non ammette sconti di pena oltre provvedimenti di clemenza o benevolenza. La tutela dei diritti umani imposta dal diritto internazionale rispetto alle più gravi forme di attacco si declina inderogabilmente non (solo) come "obbligo di punire", ma (anche) come "obbligo di punire adeguatamente". Sul piano dell'*an*, ciò implica l'inammissibilità espressa della prescrizione del reato, di provvedimenti di amnistia e di qualsivoglia altra causa di non punibilità; sul piano del *quantum*, l'inammissibilità implicita di ogni mitigazione del trattamento punitivo. È il consenso sociale, in sostanza, che in questi contesti diventa il principale fattore di legittimazione dell'intervento penale: come ricordato, infatti, le forti pressioni popolari – culminate nelle proteste di Plaza de Mayo – reagivano non rispetto alla totale impunità, ovvero all'assenza di pena per i colpevoli, ma rispetto alla sostanziale impunità, ovvero alla scarsità della pena.

Solo in apparenza tale sostanziale divieto di *lex mitior* contraddice la previsione di tale garanzia, quale corollario della legalità, nelle carte sui diritti fondamentali (v. *supra*), nonché nello stesso Statuto della CPI: tale principio, infatti, vale nella misura in cui la legge favorevole sia ammessa, sia cioè compatibile con i vincoli costituzionali di tutela penale. Anche la legalità penale internazionale riconosce quindi il corollario della retroattività favorevole, ma rispetto ai crimini internazionali la sua operatività risulta circoscritta entro gli angusti limiti entro i quali le *leges mitiores* sono ammissibili.

CAPITOLO II

L'IMPRESCRITTIBILITÀ DEI CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ

di PABLO PARENTI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La consuetudine internazionale come fondamento dell'imprescrittibilità. – 2.1. Il recepimento delle norme consuetudinarie nell'ordinamento giuridico argentino. – 2.2. L'uso della consuetudine internazionale e il principio di legalità. L'articolazione delle norme penali nazionali e internazionali. – 3. L'applicazione della Convenzione sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità. – 4. La CADH come fondamento dell'imprescrittibilità.

1. *Introduzione*

Negli ultimi decenni la giurisprudenza argentina ha applicato le norme del diritto penale internazionale nella risoluzione dei casi. Ciò è avvenuto nell'ambito dei procedimenti penali relativi ai fatti commessi durante l'ultima dittatura militare (1976-1983), le cui indagini sono state riaperte tra il 2001 e il 2005, in seguito all'annullamento delle leggi di "*Punto final*" e "*Obediencia debida*" che ne impedivano la persecuzione penale. Una situazione analoga si è verificata anche nei procedimenti penali relativi ai fatti connessi al "Piano Condor" e ai reati commessi dall'organizzazione parastatale denominata "Triple A", che operò in Argentina, con risorse statali e sotto la protezione delle autorità governative, prima del colpo di Stato militare del 24 marzo 1976; dinamiche simili si riscontrano, infine, anche in alcune richieste di estradizione presentate da altri Paesi.

In molti di questi casi, i tribunali argentini, oltre ad applicare le norme del diritto penale internazionale, hanno richiamato i trattati sui diritti umani

* Specializzato in Diritto penale internazionale (Università Internazionale dell'Andalusia, Spagna). Procuratore titolare dell'Unità Specializzata per i Casi di Appropriazione di Minori durante il Terrorismo di Stato nella Repubblica Argentina.

rilevanti per i procedimenti penali, attenendosi all'interpretazione fornita dagli organi internazionali competenti.

I principali ambiti nei quali il diritto penale internazionale e il diritto internazionale dei diritti umani hanno assunto particolare rilievo riguardano: l'imprescrittibilità, i limiti alle amnistie e agli indulti, l'esclusione della giurisdizione dei tribunali militari e il diritto alla verità.

Il presente lavoro si concentrerà sull'applicazione dell'imprescrittibilità da parte dei tribunali argentini sulla base delle norme del diritto internazionale.

La giurisprudenza esaminata risale a quel momento in cui i giudici argentini sono stati chiamati a valutare la prescrizione dell'azione penale, in relazione a fatti di estrema gravità commessi molti anni prima. In questi casi, l'applicazione delle norme internazionali ha consentito di riconoscere l'esercizio dell'azione penale anche quando l'applicazione del diritto interno avrebbe portato a dichiarare quegli stessi fatti prescritti. Tale approccio interpretativo ha generato un acceso dibattito su molte questioni tra cui: (a) le modalità di recepimento del diritto internazionale nell'ordinamento argentino; (b) il rango delle norme internazionali rispetto all'ordinamento costituzionale, con particolare riferimento al principio di legalità; (c) le interazioni tra norme nazionali e norme internazionali nel processo decisionale dei giudici.

Tutti questi profili riguardano, in particolare, la possibile rilevanza, ai fini della dichiarazione di imprescrittibilità di: (a) norme di diritto internazionale consuetudinario; (b) disposizioni della Convenzione sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità; (c) obblighi derivanti dalla Convenzione americana sui diritti umani.

2. *La consuetudine internazionale come fondamento dell'imprescrittibilità*

La discussione sulla possibilità di individuare il fondamento dell'imprescrittibilità nella consuetudine internazionale ha avuto inizio in Argentina a partire dalla sentenza del giudice Leopoldo Schiffrin nel procedimento di estradizione di Schwammberger nel 1989. In seguito, nel 1995, fu la stessa Corte Suprema di Giustizia della Nazione (CSJN) a richiamare il diritto internazionale consuetudinario per giustificare la decisione di estradare Erich Priebke nella Repubblica Italiana. I dibattiti che precedettero tali decisioni anticiparono le discussioni che sarebbero poi emerse con la riapertura dei processi per i crimini commessi dalla dittatura militare argentina all'inizio del primo decennio del XXI secolo. Tuttavia, il fatto che i casi "*Schwammberger*" e "*Priebke*" fossero procedimenti di estradizione – e non veri e propri processi

penali – facilitò indubbiamente il ricorso a norme internazionali, come quella relativa all'imprescrittibilità. La questione risultò molto più complessa quando si tentò di applicare tale norma nei procedimenti destinati all'attribuzione diretta della responsabilità penale. Infatti, a partire dal 1998, la teoria sviluppata in questi precedenti iniziò a essere invocata dai giudici argentini anche in casi strettamente penali. Questa linea giurisprudenziale acquisì progressivamente forza ed è stata infine confermata dalla CSJN nei casi "*Arancibia Clavel*" (2004) e "*Simón*" (2005) [1].

È importante ricordare che nella Repubblica Argentina l'imprescrittibilità dei crimini internazionali è stata inserita dopo l'entrata in vigore, per la Repubblica Argentina, della Convenzione sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità nel 2003 [2]. Prima di tale data, la vigenza del principio di imprescrittibilità poteva essere affermata esclusivamente sulla base del diritto internazionale consuetudinario. Questo elemento risulta particolarmente significativo se si considera che i fatti oggi oggetto di giudizio in Argentina – e per i quali si invoca l'imprescrittibilità – sono rappresentati dai crimini perpetrati nel contesto della repressione illegale degli anni '70 e dei primi anni '80.

D'altra parte, va sottolineato che fino al gennaio 2007 – quando è stata approvata la legge di attuazione dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale [3] – la legislazione penale argentina non contemplava fattispecie che coincidessero letteralmente con la maggior parte delle definizioni tipiche del diritto penale internazionale. Ciò non significa che tali condotte fossero prive di rilevanza penale: esistevano, infatti, reati che le sanzionavano (omicidio, tortura, privazione illegale della libertà, ecc.). Tuttavia, le relative descrizioni tipiche coincidevano solo in parte con quelle internazionali, trattandosi principalmente di fattispecie generali che punivano l'atto

[1] CSJN, Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ omicidio aggravato e associazione a delinquere e altri, n. 259, 24 agosto 2004; CSJN, Simón, Julio Héctor e altri s/ privazione illegittima della libertà, ecc., n. 17.768, 14 giugno 2005. Come si vedrà in seguito, in queste sentenze della CSJN sono stati esposti anche altri argomenti che prescindono dalla consuetudine internazionale ovvero la applicano congiuntamente a una fonte convenzionale.

[2] La Convenzione è stata approvata con la legge 24.584 del 1° novembre 1995; l'8 agosto 2003 è stato emanato il decreto di adesione (decreto 579/2003) e il 23 dello stesso mese è stato depositato il relativo strumento presso le Nazioni Unite. Come verrà spiegato in seguito, la Convenzione ha ottenuto rango costituzionale con la legge 25.778 approvata il 20 agosto 2003 sulla base dell'art. 75, c. 22, Cost.

[3] Legge 26.200, approvata il 13 dicembre 2006 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale il 5 gennaio 2007, disponibile su: https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123921/norma.htm.

criminoso senza riferirsi al contesto specifico in cui si collocano i crimini contro l'umanità.

Proprio l'assenza di fattispecie incriminatrici nel diritto interno corrispondenti alle definizioni del diritto penale internazionale ha alimentato un dibattito sull'opportunità di applicare l'imprescrittibilità a reati comuni a cui era attribuito, per via interpretativa, il carattere di crimini contro l'umanità.

La procedura di applicazione della consuetudine da parte dei tribunali argentini può essere descritta, in termini generali, come una procedura di *doppia sussunzione* dei fatti. Infatti, i comportamenti che costituiscono oggetto di imputazione vengono ricondotti, da un lato, a uno o più reati previsti dalla legislazione argentina e, dall'altro, sono qualificati secondo le categorie del diritto penale internazionale – in particolare, i crimini contro l'umanità –. Da tale sussunzione deriva l'applicazione dell'imprescrittibilità al caso specifico. Sebbene in alcune pronunce si intraveda un uso delle fattispecie previste dal diritto penale internazionale (consuetudinario), questa possibilità non è stata sviluppata compiutamente nelle motivazioni delle sentenze, né rappresenta un modo di procedere ordinario nella giurisprudenza argentina. Nella stragrande maggioranza dei casi, infatti, la qualificazione dei fatti come "crimini contro l'umanità" non è una questione legata alla tipicità della condotta, ma come elemento che giustifica l'applicazione di norme di diritto internazionale – come l'imprescrittibilità o il divieto di amnistie generalizzate o della grazia – oppure, ancora, come fondamento per determinare pene più severe all'interno di quanto previsto nella legislazione nazionale.

Di seguito saranno illustrati i principali argomenti della giurisprudenza argentina per accogliere o rifiutare l'applicazione dell'imprescrittibilità sulla base del diritto internazionale consuetudinario.

2.1. *Il recepimento delle norme consuetudinarie nell'ordinamento giuridico argentino*

Esistono due linee argomentative principali – e convergenti – nella giurisprudenza argentina per sostenere l'applicazione delle norme consuetudinarie del diritto penale internazionale. La prima fa leva su un'interpretazione estensiva dell'art. 118 della Costituzione Nazionale (d'ora in avanti Cost). L'altra sembra muovere dal presupposto che alcune norme del diritto internazionale debbano, per loro stessa natura, necessariamente prevalere sul diritto nazionale.

L'art. 118 della Costituzione Nazionale, collocato nel capitolo dedicato

alle "Attribuzioni del potere giudiziario", stabilisce quanto segue:

> "Tutti i processi penali ordinari, che non derivino dall'atto di accusa concesso dalla Camera dei Deputati, saranno decisi da giurie, una volta che tale istituzione sarà stata istituita nella Repubblica. Tali processi si svolgeranno nella stessa provincia in cui è stato commesso il reato; tuttavia, qualora il reato sia stato commesso al di fuori dei confini nazionali, in violazione del diritto internazionale, il Congresso stabilirà con una legge speciale il luogo in cui si dovrà svolgere il processo" [4].

La norma trascritta sancisce il principio *forum commissi delicti*, che stabilisce che i processi penali debbano svolgersi nella stessa provincia [5] in cui è stato commesso il reato. Nella sua parte finale, essa riconosce la competenza del potere giudiziario della nazione a giudicare i reati "contro il diritto internazionale" anche quando questi siano stati commessi al di fuori del territorio nazionale. Al fine di regolamentare tale giurisdizione extraterritoriale, la Costituzione affida al Congresso (potere legislativo nazionale) il compito di emanare una legge speciale che determini il luogo in cui si terrà il processo. La necessità di adottare una norma per stabilire la sede del giudizio deriva proprio dall'impossibilità di applicare, nei casi di reati commessi al di fuori del territorio nazionale, la regola *del forum delicti comissi* sancita nella prima parte dell'art. 118 Cost.

Al di là di tale profilo indiscutibile, gran parte della giurisprudenza ha interpretato la disposizione citata come un impegno esplicito dello Stato argentino a perseguire i crimini definiti dal diritto internazionale pubblico (reati contro il "diritto internazionale", nel linguaggio costituzionale) e, soprattutto, come un'apertura costituzionale verso le norme del diritto internazionale. In questa prospettiva, l'art. 118 Cost. recepirebbe a livello costituzionale le norme del diritto penale internazionale derivanti dalle sue fonti proprie, inclusa la consuetudine internazionale. In altri termini, l'art. 118 Cost. opererebbe come una clausola di recepimento delle norme internazionali, consentendone l'applicazione diretta in base alle loro fonti originarie.

Parallelamente, una seconda linea argomentativa converge verso questa interpretazione, fondandosi sull'esistenza di un ordine pubblico internazionale, al cui vertice si collocano le norme imperative (*ius cogens*). Queste norme non solo avrebbero una validità universale nell'ambito internazionale, ma dovrebbero essere applicate anche a livello interno. Chi sostiene questo approccio ritiene che il diritto internazionale — specialmente nelle

---

[4] Questo articolo è presente nella Costituzione Nazionale sin dalla sua promulgazione nel 1853 e, fino alla riforma del 1994, era presente come art. 102.

[5] La Repubblica Argentina è una Confederazione di Stati (province).

sue norme "inderogabili" — prevalga per sua natura sulle leggi dello Stato.[6].

Le due linee argomentative si distinguono in quanto la prima si fonda sull'interpretazione di una norma costituzionale (art. 118), che determinerebbe il valore del diritto penale internazionale nell'ordinamento interno; la seconda, invece, si basa su una concezione dell'ordinamento giuridico (internazionale e nazionale) che è precedente – o comunque indipendente – dall'interpretazione del diritto statale, compreso quello costituzionale. Al di là di questa distinzione, rispetto ai punti di partenza, entrambe le linee argomentative vengono spesso esposte congiuntamente e si rafforzano reciprocamente. L'interpretazione costituzionale proposta, infatti, si fonda, secondo l'interprete, sull'esistenza di un ordine internazionale destinato a prevalere anche a livello interno.

A fronte di queste interpretazioni favorevoli a un'applicazione ampia del diritto penale internazionale, vi sono posizioni che ritengono che le modalità di recepimento e il valore del diritto internazionale nell'ordinamento interno dipendano esclusivamente da quanto previsto dalle norme costituzionali e che, nel caso argentino, tali norme non abbiano la portata loro attribuita dalla giurisprudenza più autorevole. In quest'ottica si sostiene, da un lato, che l'art. 118 Cost. non costituisca una clausola di recepimento delle norme consuetudinarie internazionali; dall'altro che, anche qualora lo fosse, esso non conferirebbe comunque al diritto internazionale una posizione di supremazia rispetto ai diritti e alle garanzie sanciti dalla Costituzione, in particolare rispetto alla portata del principio di legalità penale.

L'interpretazione dell'art. 118 Cost. come norma di recepimento costituzionale del diritto penale internazionale trova le sue origini nella sentenza del giudice Leopoldo Schiffrin del 1989 pronunciata nel procedimento di estradizione di Schwammberger[7], ricercato dalla Repubblica Federale Tedesca per essere processato per crimini commessi durante la Seconda guerra mondiale. Una delle condizioni previste dall'accordo di estradizione tra Argentina e Germania imponeva che l'azione penale non fosse prescritta nel

[6] Questa posizione sembra essere sostenuta, tra gli altri, dal giudice Maqueda quando afferma in merito allo *ius cogens*: "Si tratta della più alta fonte del diritto internazionale che si impone agli Stati e che proibisce la commissione di crimini contro l'umanità anche in tempo di guerra. Non può essere derogata da trattati contrari e deve essere applicata dai tribunali interni dei Paesi indipendentemente dalla loro eventuale accettazione espressa. Queste norme dello *ius cogens* si basano sulla concezione comune – sviluppatasi soprattutto nella seconda metà del XX secolo – secondo cui esistono comportamenti che non possono essere considerati accettabili dalle nazioni civili" (considerando 45 del suo voto nella sentenza "*Simón*", cit.).

[7] Sentenza della Camera Federale di La Plata, Schwammberger, J.F.L. S., 30 agosto 1989, in *El Derecho*, Buenos Aires, 135, 323 ss.

paese richiedente. Tuttavia, l'esercizio dell'azione penale in Germania si basava su modifiche legislative introdotte molti anni dopo la commissione dei crimini. Il giudice Schiffrin ha dovuto quindi valutare se la modifica *ex post facto* di tali norme sulla prescrizione fosse compatibile con l'ordine pubblico argentino, in particolare con il principio di legalità in materia penale. Ha ritenuto che, sebbene l'ordine pubblico argentino impedisse di attribuire efficacia alle leggi *ex post facto* sulla prescrizione – in quanto contrarie al divieto di retroattività – questo principio non poteva essere applicato nel caso in esame. E ciò poiché le leggi in questione rappresentavano *un adeguamento del diritto statale tedesco all'ordine pubblico internazionale*, cioè allo stesso ordine pubblico internazionale cui era soggetta la Repubblica Argentina, riconosciuto dall'art. 102 (attuale 118) Cost. [8]. Nelle parole del giudice Schiffrin: "la Costituzione Nazionale sottopone lo Stato argentino al primato del diritto internazionale (art. 102 Cost.), che è fonte di diritto penale in ambito internazionale, ambito nel quale non si applica in senso stretto il principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Tale principio prevede l'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità. Pertanto, i tribunali argentini devono riconoscere gli effetti formalmente retroattivi delle leggi emanate da altri Paesi al fine di garantire la non prescrizione di tali crimini" [9].

Come già anticipato, qualche tempo dopo è stata la Corte Suprema di Giustizia della Nazione (CSJN) a ricorrere all'art. 118 Cost. per sostenere l'esercizio dell'azione penale nella richiesta di estradizione di Erich Priebke avanzata dall'Italia [10]. Il valore di questo precedente per la giurisprudenza argentina risiede non solo nel provenire dalla più alta corte del Paese, ma anche nel fatto che, in questo caso, la questione da risolvere riguardava direttamente la prescrizione dei fatti contestati a Priebke secondo *l'ordinamento interno argentino* [11]. Un'interpretazione fondata esclusivamente sul

[8] L'attuale art. 118 Cost., modificato nel 1994, figurava nella Costituzione argentina sin dalla sua approvazione – anni 1853/1860 – come art. 102.

[9] Cfr. considerando 45 e 50 del punto I del voto. Schiffrin aggiungeva: "Ci troviamo di fronte a un diritto penale *in fieri*, al quale mancano elementi del moderno diritto penale sistematizzato, i cui presupposti sono dati dall'esistenza di un'organizzazione statale unificata e di un'autorità legislativa indiscutibile, entrambi elementi di cui la comunità internazionale è priva. Per questo motivo, in tale comunità tendono a prevalere i principi generali e gli usi, mentre le stesse convenzioni internazionali con finalità repressive, anziché definire completamente un catalogo chiuso di figure, enunciano criteri di antigiuridicità e hanno piuttosto il valore di raccolte dei principi accettati dalla coscienza giuridica comune" (cfr. punto I.28).

[10] CSJN, Priebke, Erich s/ richiesta di estradizione, n. 16.063/94, 2 novembre 1995.

[11] Infatti, per concedere l'estradizione, era necessario analizzare se l'azione penale per i reati contestati a Priebke fosse o meno valida secondo il diritto argentino. Come si è visto, nel caso

Codice penale o sul Codice di giustizia militare avrebbe dichiarato la prescrizione dell'azione penale in coerenza con i reati comuni applicabili ai casi in esame. La maggioranza della CSJN ha invece analizzato il problema della prescrizione alla luce del diritto internazionale consuetudinario (richiamando a tal fine l'art. 118 della Costituzione) e ha ritenuto che i fatti fossero imprescrittibili. In questo precedente, tuttavia, i giudici della maggioranza non hanno affrontato il problema della compatibilità tra l'applicazione di una norma consuetudinaria sulla prescrizione e il principio di legalità penale. La sentenza ha quindi lasciato aperta la questione relativa all'applicazione della consuetudine internazionale, se essa fosse ammissibile in quanto riferita a fatti qualificabili come crimini di diritto internazionale, oppure se la soluzione valesse solo in quel caso particolare, trattandosi di un procedimento di estradizione e non di un vero e proprio processo penale riguardante la responsabilità penale individuale[12].

Le posizioni del giudice Schiffrin nel caso "*Schwammberger*" e della maggioranza della CSJN nel caso "*Priebke*" hanno costituito precedenti estremamente preziosi per la giurisprudenza successiva che, a partire dal 1998, ha iniziato a utilizzare l'art. 118 Cost. come base normativa per applicare la regola dell'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità, non più soltanto nei procedimenti di estradizione, ma nei procedimenti penali. In generale, questa giurisprudenza ha interpretato l'accoglienza costituzionale del diritto penale internazionale come un mandato da applicare nell'ordinamento interno le norme con validità universale, ossia la consuetudine internazionale generale e, in particolare, le norme di *ius cogens*. In tal senso, la stessa Costituzione imporrebbe una moderazione del principio di legalità penale sancito dall'art. 18 – tradizionalmente inteso come esigenza di *lex praevia,*

Schwammberger questo problema non si poneva e la questione riguardava la possibile prescrizione in Germania (Paese richiedente) e l'ammissibilità o meno di norme straniere emanate *ex post facto*.

[12] Va sottolineato che sia il voto dei giudici Nazareno e Moliné O'Connor, sia quello del giudice Bossert contengono un paragrafo in cui si evidenzia in modo particolare che il caso riguarda una procedura di estradizione e non un processo volto a determinare la colpevolezza o l'innocenza della persona ricercata. Pertanto, avvertono, è in gioco solo se il suo diritto di rimanere nel Paese debba cedere alla richiesta di cooperazione internazionale formulata (cfr. considerando 44 del voto dei giudici Nazareno e Moliné O'Connor e 56 del voto del giudice Bossert). Queste affermazioni dei giudici citati possono essere intese come volte a chiarire che la dottrina che emerge da questa sentenza non è trasferibile senza ulteriori indugi a casi in cui si debbano *giudicare* comportamenti (e non solo esaminare richieste di estradizione). Proprio questa differenza tra giudizio ed *estradizione* è stata poi sottolineata dal giudice Fayt nel voto sui casi *Arancibia Clavel* (24 agosto 2004), cit. e Simón (14 giugno 2005), cit., in cui ha respinto la possibilità di applicare la regola dell'imprescrittibilità nei casi di *giudizio*.

scripta, certa e stricta – quando vengano in rilievo norme imperative del diritto internazionale.

Tralasciando per ora le questioni legate al principio di legalità, va osservato che un aspetto discusso dalla giurisprudenza minoritaria riguarda la possibile interpretazione dell'art. 118 Cost. come una clausola di recepimento del diritto penale internazionale e, ancor più, che tale diritto assuma rango costituzionale. Questa posizione emerge dai voti dissenzienti nelle sentenze *Arancibia Clavel* [13] e *Simón* [14]. In questi orientamenti di minoranza prevale l'interpretazione dell'art. 118 della Costituzione come una clausola di competenza per il giudizio sui reati contro il diritto internazionale commessi fuori dal territorio argentino. In questa prospettiva, si delinea una visione del rapporto tra diritto internazionale e diritto nazionale in cui si afferma la supremazia del diritto nazionale nel determinare la normativa applicabile, proprio nel momento in cui si definisce quale diritto deve essere seguito dai tribunali nazionali. In questo senso, nel considerare la ricezione del diritto internazionale nell'ambito interno, si afferma l'esistenza di un ordine pubblico costituzionale che stabilisce un limite a tale incorporazione. Nei voti del giudice Fayt, si sostiene l'idea che gli Stati abbiano un margine di apprezzamento nazionale nel decidere le modalità di incorporazione delle norme internazionali all'interno del proprio ordinamento giuridico [15].

Naturalmente, le diverse posizioni riguardo al valore del diritto penale internazionale nell'ordinamento giuridico argentino influiscono direttamente sulla risposta alla questione della possibilità di applicare a livello nazionale

---

[13] CSJN, Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ omicidio aggravato, associazione a delinquere e altri, n. 259, 24 agosto 2004.

[14] CSJN, Simón, Julio Héctor e altri s/ privazione illegittima della libertà, ecc., n. 17.768, 14 giugno 2005.

[15] Fayt afferma nel caso *Arancibia Clavel*, cit. che "non si deve confondere il valore indiscutibile del diritto internazionale e la sua positiva evoluzione nell'ambito del diritto internazionale con la possibilità di applicare le sue norme direttamente nel diritto interno". In tal senso, sostiene che "il riferimento al diritto internazionale nella Costituzione ha il solo scopo di determinare la forma in cui saranno giudicati i reati commessi all'estero contro tali precetti; ma in nessun modo – al di là del suo indiscutibile valore – gli viene conferita gerarchia costituzionale né – tanto meno – preminenza sulla Legge fondamentale". E aggiunge: "Sembra chiaramente esagerato dedurre dal testo dell'art. 118 che sia possibile il perseguimento penale sulla base delle norme del diritto penale internazionale. Da ciò non deriva in alcun modo che si possa attribuire la responsabilità individuale sulla base del diritto internazionale, in quanto non sono stabiliti i principi e le norme che regolano il perseguimento dei crimini *iuris gentium*. Pertanto, come affermato, la norma citata non consente di concludere che nel nostro Paese sia possibile il perseguimento penale sulla base di un diritto penale internazionale che non soddisfi i requisiti del principio di legalità" (considerando 43). La stessa posizione è stata sostenuta nella sentenza Simón, cit. (considerando 64).

la norma consuetudinaria che stabilisce l'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità.

2.2. *L'uso della consuetudine internazionale e il principio di legalità. L'articolazione delle norme penali nazionali e internazionali*

Sebbene la CSJN abbia tradizionalmente ritenuto che non esiste un diritto costituzionale alla prescrizione, a partire dalla sentenza "*Mirás*" (1973) [16], ha riconosciuto che le norme sulla prescrizione sono soggette al principio di legalità sancito dall'art. 18 Cost. In questo quadro, l'applicazione della consuetudine internazionale per giustificare l'imprescrittibilità dell'azione penale rispetto a reati che, secondo il Codice penale, risultano soggetti a termini di prescrizione – peraltro già decorsi – solleva un interrogativo sulla compatibilità di tale impostazione con il principio di legalità in materia penale.

La giurisprudenza oggi prevalente sostiene che la norma consuetudinaria, che stabilisce l'imprescrittibilità, fosse già in vigore al momento della commissione dei fatti ai quali viene applicata [17];in questo modo risulterebbe soddisfatto il requisito della preesistenza della norma penale. Tuttavia, l'art. 18 della Costituzione Nazionale richiede anche che la legislazione penale sia contenuta in enunciati normativi scritti (*lex scripta*), adottati mediante una "legge" del Congresso Nazionale (principio di riserva di legge). La mancata osservanza di questo ulteriore aspetto del principio di legalità costituisce l'obiezione più frequente all'impiego della consuetudine internazionale in tale ambito.

Come già osservato, la giurisprudenza argentina maggioritaria ritiene che l'art. 118 Cost. recepisca a livello costituzionale le norme consuetudinarie sui crimini internazionali, tra cui quella che sancisce l'imprescrittibilità. Ciò implicherebbe riconoscere l'utilizzo di una fonte che, per sua natura, non è in grado di soddisfare tutti i requisiti posti dall'art. 18 Cost. per la legislazione penale nazionale, in particolare quello della necessaria previsione in una legge scritta, emanata dal Congresso della Nazione.

---

[16] CSJN, Mirás, 18 ottobre 1973, *Fallos de la Corte Suprema*, tomo 278, 76. Nel caso in questione è stato respinto che una norma successiva ai fatti modificasse o sospendesse i termini di prescrizione.

[17] Il problema della validità precedente dell'imprescrittibilità non è stato trattato nei casi Schwammberger e Priebke, relativi a fatti commessi durante la seconda guerra mondiale. La questione è stata invece affrontata dalla CSJN nell'ambito della richiesta di estradizione di Lariz Iriondo del 10 maggio 2005 (cfr. *infra*).

In alcune pronunce si rinviene l'argomento secondo cui l'art. 18 Cost., che sancisce il principio di legalità in materia penale, sarebbe *inapplicabile* al momento di giudicare i reati contro il diritto internazionale, dal momento che le condizioni di punibilità dovrebbero essere disciplinate dal diritto penale internazionale, ambito nel quale il principio di legalità assume una portata autonoma e diversa rispetto a quella prevista nell'ordinamento nazionale [18].

Tuttavia, la giurisprudenza maggioritaria non sostiene l'"inapplicabilità" dell'art. 18 Cost., ma ritiene piuttosto che il principio di legalità costituzionale possa ammettere alcune eccezioni, giustificate dalle peculiarità proprie del diritto internazionale [19]. In particolare, ciò è stato affermato in relazione al carattere non scritto della norma consuetudinaria e alla mancanza di una "legge" in senso formale emanata dal Parlamento. Un esempio di tale posizione emerge nel parere del Procuratore Generale della Nazione [20] nel caso "*Simón*":

> "[...] per quanto riguarda il requisito della legge formale, ritengo evidente che il fondamento politico (democratico-rappresentativo) che giustifica tale limitazione in ambito nazionale non possa essere trasferito all'ambito del diritto internazionale, il quale è caratterizzato, appunto, dall'assenza di un organo legislativo centralizzato e affida il processo di creazione delle norme all'attività degli Stati. Ciò non esclude che il requisito della norma giuridica scritta risulti comunque soddisfatto dall'insieme delle risoluzioni, dichiarazioni e strumenti convenzionali che

---

[18] Così, ad esempio, ha sostenuto la Sala II della Camera Federale della Capitale Federale nel caso Astiz, Alfredo s/nulidad, n. 17.491, 4 maggio 2000.

[19] Così, ad esempio, il giudice Maqueda nel caso Simón, 2005, cit., ha affermato: "La punizione di questo tipo di crimini deriva quindi direttamente da questi principi derivanti dall'ordine imperativo internazionale e viene incorporata con gerarchia costituzionale come diritto penale a tutela dei diritti umani che non è limitato da alcuna delle restrizioni della Costituzione per la punizione degli altri reati. La considerazione di aspetti quali la tipicità e la prescrivibilità dei reati comuni deve quindi essere effettuata da questa prospettiva che garantisce sia il dovere di punizione che spetta allo Stato nazionale per la sua incorporazione in un sistema internazionale che considera indispensabile la punizione di tali comportamenti, sia la protezione delle vittime da disposizioni di ordine interno che impediscono la giusta persecuzione dei loro autori" (considerando 49). Tuttavia, questo giudice chiarisce poi: "Quanto finora espresso non implica in alcun modo ignorare il principio *nullum crimen sine lege*, in quanto il comportamento oggetto di giudizio, al momento dei fatti, non solo era previsto dal diritto internazionale – incorporato dall'art. 118 Cost.–, ma costituiva anche un reato ai sensi del codice penale argentino" (considerando 83).

[20] Il Procuratore Generale della Nazione è a capo del Ministero Pubblico della Procura, organo incaricato dell'accusa penale pubblica, ai sensi dell'art. 120 Cost.. Tra le altre funzioni, sostiene la posizione del Ministero Pubblico della Procura nei casi che arrivano alla Corte Suprema di Giustizia.

compongono il *corpus* del diritto internazionale dei diritti umani e che hanno dato origine alla norma di *ius cogens* relativa all'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità" [21].

Un'altra caratteristica della giurisprudenza maggioritaria è il sottolineare come il Codice penale argentino contenesse già fattispecie riguardanti i comportamenti oggetto di giudizio. In questo modo, si evidenzia che il principio di legalità dell'art. 18 Cost. Nazionale risulta rispettato nei suoi aspetti più sensibili: la *tipicità* e la *pena*. Il dibattito sul *nullum crimen* si riduce così a una questione relativa all'esercizio dell'azione penale, vale a dire un profilo appartenente alla "parte generale" del diritto penale che, in alcuni ordinamenti, è persino qualificato come materia di carattere procedurale.

Infatti, i giudici argentini, da un lato, effettuano una sussunzione tipica nelle figure del Codice penale vigenti al momento della loro commissione (omicidio, tortura, privazione illegale della libertà, ecc.), le quali soddisfano integralmente i requisiti dell'art. 18 Cost. Dall'altro lato, effettuano anche una sussunzione dei medesimi fatti nelle categorie del diritto penale internazionale, la cui conseguenza è l'applicazione della regola dell'imprescrittibilità – o, in altri termini, l'inapplicabilità, in questi casi, delle norme sulla prescrizione previste dal Codice penale per reati quali omicidio, tortura, privazione illegale della libertà, ecc. In questo modo, i tipi penali della legislazione nazionale fungono da presupposti di fatto che legittimano l'irrogazione di una pena, mentre la sussunzione dei fatti in una figura del diritto penale internazionale – come i crimini contro l'umanità – determina l'applicazione della norma sull'imprescrittibilità.

In linea con questa argomentazione, risulta chiaro che le fattispecie dei crimini internazionali non hanno un ruolo nella definizione della tipicità della condotta, ma incidono concretamente solo al momento di valutare l'esercizio dell'azione penale [22]. È per questo motivo che l'impiego della categoria (consuetudinaria) dei "crimini contro l'umanità" come presupposto per l'applicazione della norma (parimenti consuetudinaria) sull'imprescrittibilità può dar luogo unicamente a un dibattito sulla portata del principio di legalità in materia di prescrizione dell'azione penale. Tale impostazione è

[21] Quest'ultima affermazione sembra fare riferimento al requisito che la consuetudine sia riportata in un testo scritto per garantirne la tassatività, come spiega Alicia Gil Gil (cfr. A. Gil Gil, *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, 88 ss.). Va detto, tuttavia, che la fonte applicabile (anche con questo requisito) è la consuetudine e non il testo scritto in cui essa è riportata.

[22] Pertanto, le figure del diritto penale internazionale che consentono di applicare l'imprescrittibilità funzionerebbero come una categoria simile ad altre categorie (non riferite alla tipicità) come quella delle "gravi violazioni dei diritti umani" nel sistema interamericano.

stata sostenuta, ad esempio, dal Procuratore Generale della Nazione nel caso "*Simón*":

> "Per quanto riguarda la natura di crimine contro l'umanità e la sua conseguenza diretta, non si può ignorare che tanto l'imprescrittibilità, quanto il principio di legalità materiale non proiettano le loro conseguenze con la stessa intensità su tutti gli ambiti del diritto penale, poiché ciò dipende dalle particolarità dell'oggetto da regolamentare. In particolare, per quanto riguarda il mandato di certezza, è principio riconosciuto che la descrizione e la regolamentazione degli elementi generali del reato non debbano necessariamente raggiungere lo stesso standard di precisione che costituisce requisito di validità per la formulazione dei tipi di reato nella parte speciale (cfr. Jakobs, Derecho Penal, Madrid, 1995, 89 ss.; Roxin, Derecho Penal, Madrid, 1997, 363 ss.) In tal senso, non riscontro né nella qualificazione della sparizione forzata come crimine contro l'umanità, né nella affermazione della loro imprescrittibilità, un grado di precisione inferiore a quello normalmente richiesto per le norme della parte generale; in particolare per quanto riguarda quest'ultima caratteristica, che non fa altro che esprimere l'assenza di un limite temporale per il processo penale" [23].

Al di là delle questioni che il ricorso alla norma consuetudinaria sull'imprescrittibilità può sollevare rispetto al principio di legalità, resta aperto il dibattito sulla correttezza dell'articolazione normativa adottata dai giudici argentini. Da un lato, infatti, qualificano la condotta sulla base di un tipo penale della legislazione ordinaria (omicidio, tortura, ecc.) e, dall'altro, applicano la norma sull'imprescrittibilità, che richiede la commissione di un *crimine contro l'umanità*.

È evidente che questa forma di articolazione richiede di ammettere che il presupposto di fatto di una norma sulla prescrizione non debba necessariamente coincidere con il presupposto previsto nel tipo penale applicabile. Nel diritto positivo argentino, di norma, i termini di prescrizione sono collegati alla figura penale in cui è ricompresa la condotta, poiché essi variano in funzione della pena prevista per il reato commesso. In tal senso, i reati svolgono un ruolo centrale nell'analisi della prescrizione. Tuttavia, non esiste alcun ostacolo affinché una norma preveda la prescrizione per alcuni reati e per altri no. Ciò si verifica già nel diritto positivo in cui si prevede la sospensione della prescrizione in alcuni casi o l'imprescrittibilità in determinati casi [24]. In

---

[23] Cfr. i pareri del Procuratore Generale della Nazione del 29 agosto 2022 e del 5 maggio 2005 in S. 1767 XXXVIII, ricorso di fatto, Simón, Julio Héctor e altri s/privazione illegittima della libertà, ecc., n. 17.768, 14 giugno 2005.

[24] Come quelle che regolano determinati motivi di sospensione o interruzione della prescrizione. Ad esempio, la sospensione della prescrizione nei casi di "*reati commessi nell'esercizio di*

altre parole, il presupposto di fatto di una norma sulla prescrizione non deve necessariamente riferirsi o corrispondere al presupposto di fatto del tipo penale applicabile. Proprio questo principio è alla base delle sentenze argentine che utilizzano la categoria dei *crimini contro l'umanità* come presupposto della norma sull'imprescrittibilità, applicandola a casi in cui la condanna e la determinazione della pena si basano su fattispecie "comuni" del Codice penale.

Nelle pagine che seguono faremo riferimento ad alcune sentenze – minoritarie – che hanno messo in discussione questa modalità di articolazione normativa tra il diritto penale nazionale e il diritto penale a livello internazionale, anche se, allo stato attuale non si registrano decisioni che contestino in modo significativo tale impostazione.

La giustificazione di fondo per l'applicazione dell'imprescrittibilità si basa sull'idea che un comportamento punibile secondo il Codice penale in vigore al momento dei fatti – ad esempio l'omicidio – integri un crimine contro l'umanità quando sia commesso nel quadro di un attacco generalizzato o sistematico contro la popolazione civile.

Tuttavia, molte sentenze non si soffermano ad analizzare se vi sia una somiglianza o una relazione di significato tra i reati oggetto di condanna e le figure del diritto penale internazionale che stabiliscono l'imprescrittibilità. In tali casi, ci si limita ad affermare che i *fatti* sottoposti a giudizio, oltre a costituire reati secondo il Codice penale, configurano anche crimini contro l'umanità e sono, pertanto, imprescrittibili.

Esistono, tuttavia, decisioni in cui è possibile rinvenire alcune argomentazioni aggiuntive volte a giustificare il raccordo tra reati "comuni" previsti nel diritto nazionale e la norma internazionale sull'imprescrittibilità.

In effetti, alcune sentenze si soffermano sul confronto tra *le norme* e sottolineano l'esistenza di una certa somiglianza tra il reato previsto dal codice nazionale e i presupposti per l'applicazione della norma di imprescrittibilità (crimine contro l'umanità). Un esempio significativo è rappresentato dalla discussione nell'ambito del caso "*Arancibia Clavel*" (2004) sulla possibilità di qualificare l'associazione a delinquere oggetto della condanna come un crimine contro l'umanità e, dunque, come reato imprescrittibile [25]. Sebbene

funzioni pubbliche", per tutti coloro che vi hanno partecipato, fintantoché uno di essi ricopre una carica pubblica" (art. 67 c.p.; il corsivo è aggiunto). Si tratta di una norma sulla prescrizione i cui presupposti di applicazione non fanno riferimento alla sussunzione tipica della condotta. Anche la stessa Costituzione stabilisce l'imprescrittibilità dei reati commessi da coloro che non osservano il dettato costituzionale con atti di forza contro l'ordine istituzionale e il sistema democratico e coloro che, in conseguenza di tali atti, usurpano funzioni pubbliche previste (art. 36 Cost.).

[25] La Camera Nazionale di Cassazione Penale, nel riesaminare la condanna inflitta ad Arancibia

alcuni giudici, nel sostenere l'imprescrittibilità, si siano limitati a verificare che i *fatti* descritti dal tribunale dovessero essere qualificati come crimini contro l'umanità secondo il diritto penale internazionale (nella forma di accordo per commetterli – *conspiracy*), altri hanno affrontato espressamente il rapporto tra l'associazione a delinquere prevista dalla legislazione penale argentina (art. 210 c.p.) e la *conspiracy* prevista dal diritto internazionale. Così, il giudice Petracchi, dopo aver analizzato la portata delle due figure tipiche, ha concluso che, pur "coincidendo parzialmente", condividono la natura di "reati di preparazione" [26]. Allo stesso modo, il giudice Maqueda ha evidenziato le coincidenze parziali, ma comunque sostanziali, tra la figura dell'associazione a delinquere e quella della *conspiracy* o della partecipazione a organizzazioni criminali e ha inoltre osservato che, "la chiave di collegamento tra il reato di associazione a delinquere e la configurazione dei reati propri della *conspiracy* nel diritto anglosassone risieda nel fatto che, in entrambi i casi, si tratta di un accordo tra due o più persone per commettere un reato" [27].

Vi sono inoltre altre sentenze in cui i giudici espongono le ragioni per ritenere che i reati contestati presentino somiglianze con, o rientrino nelle ipotesi contemplate dai, crimini di diritto internazionale che comportano l'imprescrittibilità dell'azione penale. Così, ad esempio, i casi di appropriazione di figli di *desaparecidos* e di alterazione della loro identità sono stati considerati riconducibili ai crimini contro l'umanità di sparizione forzata di persone o di persecuzione [28]; i casi di favoreggiamento (art. 277 c.p.) sono stati considerati analoghi alle forme di partecipazione criminale previste dal diritto internazionale [29]; lo stesso vale, tra gli altri, per alcuni reati di natura sessuale [30].

Clavel, aveva dichiarato la prescrizione del reato di associazione a delinquere, ritenendo che non "rientrasse" nei crimini contro l'umanità e, pertanto, non potesse essere considerato imprescrittibile.

[26] Cfr. considerando 16 del voto del giudice Petracchi in *Arancibia Clavel*, cit.

[27] Cfr. considerando 44-58 del voto del giudice Maqueda.

[28] Tra le altre, si veda la sentenza emessa dalla Camera Federale di Cassazione Penale, sezione 4, nella causa Ricchiuti, Luis e Herman, Elida Reneé s/ ricorso in Cassazione, 27 dicembre 2012.

[29] Nel diritto penale argentino, i diversi casi di favoreggiamento sono previsti nella parte speciale (articoli 277 e seguenti). Nella sentenza "Guil" si è affermato che l'imputazione per questo reato era conforme alle forme di intervento penale ammesse dal diritto internazionale, come emerge dall'art. 25.3 dello Statuto della Corte penale internazionale (cfr. Camera Federale di Cassazione Penale, sezione II, 23 febbraio 2007, n. 7138, "GUIL, Joaquín s/recurso de queja).

[30] Per quanto riguarda i reati sessuali, cfr. la posizione istituzionale del Ministero Pubblico, espressa nel documento "Considerazioni sul giudizio degli abusi sessuali commessi nel quadro

In altri casi si è sottolineato il rapporto di genere a specie tra alcuni reati previsti dalle leggi nazionali e quelli contenuti nel diritto penale internazionale. In tali situazioni, nelle quali si riscontrano coincidenze parziali tra gli elementi che compongono le rispettive descrizioni normative, emerge che la figura incriminatrice internazionale risulta infatti ricompresa in una della legislazione nazionale, la cui formulazione è più ampia e, di conseguenza, più completa.

In effetti, i reati ai quali i fatti vengono solitamente ricondotti descrivono un insieme esteso di possibili ipotesi, tra cui rientrano anche quelle corrispondenti alle figure del diritto penale internazionale, in particolare i crimini contro l'umanità. Così, il reato di "omicidio" (art. 79 c.p.) comprende anche l'ipotesi dell'uccisione di una persona nell'ambito di un attacco generalizzato o sistematico contro la popolazione civile. Lo stesso vale per altre figure delittuose – quali la privazione della libertà, la tortura, i reati sessuali, ecc. – che possono essere applicate, nel giudizio nazionale, a condotte riconducibili ai crimini contro l'umanità e, pertanto, imprescrittibili.

Tuttavia, a partire da questa linea argomentativa – che può risultare utile per giustificare l'applicazione dell'imprescrittibilità in questi casi – si potrebbe anche sostenere che, molte delle figure del diritto penale internazionale siano in realtà già contenute nei reati ordinari del diritto nazionale, poiché costituiscono sottocategorie all'interno dell'insieme ben più ampio costituito da tali figure.

In quest'ottica, si potrebbe ipotizzare una relazione tra i reati nazionali e i reati del diritto penale internazionale direttamente sul piano della *tipicità*. Vale a dire, si potrebbe sostenere non solo la ragionevolezza dell'uso combinato di una fattispecie penale nazionale con la regola internazionale dell'imprescrittibilità, ma anche l'idea che il reato previsto dal diritto interno contenga già, in una formulazione più ampia, il corrispondente reato del diritto penale internazionale. Ne deriverebbe che tale fattispecie nazionale – e la pena ad essa associata – potrebbero legittimamente essere utilizzate per sussumere ed eventualmente punire i crimini di diritto internazionale [31].

---

del terrorismo di Stato", 2 ottobre 2012, disponibile su: https://www.mpf.gob.ar/docs/repositorioW/DocumentosWeb/LinksNoticias/PGN-0557-2012-002.pdf.

[31] A favore di tale tesi puo' affermarsi che quanto più ampia è la definizione di un universo, tanti più sarà in grado di ricomprendere singoli casi. Un universo definito da "chiunque uccida un altro" comprende chiaramente il caso di "chiunque uccida un altro nell'ambito di un attacco generalizzato o sistematico contro la popolazione civile". Pertanto, non sembra discutibile che la pena prevista per "chiunque uccida un altro" si applichi anche a "chiunque uccida un altro nell'ambito di un attacco generalizzato o sistematico contro la popolazione civile". La maggiore

Sebbene la giurisprudenza argentina non abbia approfondito in modo sistematico questo aspetto, vi sono alcuni riferimenti che richiamano questa possibilità, come si vedrà in seguito. Uno dei casi in cui questa prospettiva emerge riguarda la risposta del Procuratore Generale della Nazione a un'obiezione sollevata, anni prima, dal giudice Petracchi nel caso "*Priebke*" (1995), in merito al modo di articolare le norme nazionali con quelle internazionali.

Vale la pena ricordare che il caso "*Priebke*" riguardava una richiesta di estradizione dell'Italia. Uno dei requisiti era che il reato contestato non fosse caduto in prescrizione nella Repubblica Argentina. Nel suo voto di minoranza, il giudice Petracchi, dopo aver sostenuto che i fatti – riconducibili alla fattispecie di omicidio – erano prescritti secondo la legislazione penale argentina (art. 62 c.p.), ha respinto la possibilità di considerarli imprescrittibili facendo riferimento al "diritto internazionale". A tal fine, ci si è chiesti se la condotta attribuita a Priebke potesse essere considerata *punibile* in base al diritto internazionale. Per il giudice la risposta doveva essere negativa, poiché i comportamenti descritti come "crimini di guerra" o "crimini contro l'umanità" non prevedevano una pena *in tale ordinamento*, cioè nel diritto penale internazionale (diritto internazionale) [32]. Secondo il magistrato, la questione della pena per i reati contro il diritto internazionale doveva essere risolta *indipendentemente* dai tipi di reato previsti dalla legislazione nazionale. A questo proposito, il giudice Petracchi ha sostenuto:

> "Non si potrebbe nemmeno colmare il vuoto derivante dall'assenza di pena ricorrendo alla legislazione penale ordinaria, combinando la pena prevista da quest'ultima – la cui azione, va ricordato, è prescritta – con un tipo di "diritto internazionale". In tal caso si creerebbe una terza categoria di reati – per così dire "mista" – che, ovviamente, non rientra nelle competenze dei giudici della Repubblica" [33].

La posizione del giudice Petracchi in questi paragrafi sembra riflettere l'idea che esistano due possibili percorsi, alternativi e distinti: i comportamenti devono essere ricondotti alla legislazione nazionale oppure alle norme del

---

gravità di questo caso rispetto alla formulazione di base potrebbe – e dovrebbe – riflettersi nella determinazione giudiziaria della pena. Ciò non implica negare l'importanza di stabilire tipi di reato specifici e pene differenziate (aggravate) per i casi di crimini di diritto internazionale. Ciò che si sostiene è che, se non esistono tali tipi penali differenziati, le descrizioni delle figure internazionali potrebbero comunque essere considerate già contenute, anche se in modo indifferenziato, in un insieme più ampio, nei tipi penali del diritto penale "comune".

[32] Va ricordato che si trattava di fatti avvenuti durante la seconda guerra mondiale e che la sentenza citata è del 1998, quindi l'assenza di pena a cui si riferisce il giudice è quella del diritto penale internazionale precedente allo Statuto di Roma della CPI.

[33] Considerando 6 del voto del giudice Petracchi.

diritto internazionale. Nel caso "*Priebke*", la prima via – basata sul diritto nazionale – portava a un fatto punibile ma prescritto; la seconda via – basata sul diritto internazionale – avrebbe reso il fatto imprescrittibile ma non punibile. Nella sentenza, il giudice sembra dunque rifiutare l'applicazione combinata del diritto penale nazionale e del diritto penale internazionale poiché, a suo avviso, ciò creerebbe una "categoria mista" artificiosa.

Una risposta alla posizione del giudice Petracchi è stata sostenuta dal Ministero Pubblico della Procura nel caso "*Simón*" (2005). In questa occasione, si è affrontata la questione se i crimini contro l'umanità di sparizione forzata di persone e tortura fossero già tipizzati nella legislazione interna al momento della commissione dei fatti e, in tal senso, se le fattispecie del diritto penale comune potessero essere applicate per giudicare tali crimini. In un passaggio del parere del Procuratore Generale della Nazione, dopo aver descritto il contenuto della figura penale internazionale della sparizione forzata, si afferma:

> "[...] si deve concludere che la sparizione forzata di persone è già – ed era – prevista in diversi articoli del Codice penale argentino. Non vi è infatti alcun dubbio che il reato di privazione illegittima della libertà contenga una descrizione sufficientemente ampia da includere anche, in generale, quei casi specifici denominati "sparizione forzata di persone". Si tratta semplicemente di riconoscere che un reato di autore indistinto come la privazione illegittima della libertà, quando è commesso da agenti dello Stato o da persone che agiscono con la sua autorizzazione, il suo sostegno o la sua acquiescenza, ed è seguito dalla mancanza di informazioni sulla sorte della vittima, presenta tutti gli elementi che caratterizzano la sparizione forzata. Ciò significa che, almeno per quanto riguarda la privazione della libertà che ne deriva, è già prevista dalla nostra legislazione interna come un caso specifico del reato – più generico – di cui agli artt. 141 e, in particolare, 142 e 144 *bis* c.p., che viene contestato all'imputato".

In risposta all'obiezione sollevata dal giudice Petracchi nel caso "*Priebke*", si afferma poi:

> "Deve essere chiaro che non si tratta di combinare, creando una sorta di reato misto, una fattispecie incriminatrice internazionale – che non prevede alcuna sanzione – con la pena prevista per un altro reato nella legislazione interna. Si tratta piuttosto di riconoscere la relazione di concorso apparente esistente tra le due formulazioni del reato e il carattere di crimine contro l'umanità che assume la privazione illegittima della libertà – nelle sue diverse modalità di commissione – quando è commessa in circostanze tali da costituire anche una sparizione forzata" [34].

[34] Cfr. i pareri del Procuratore Generale della Nazione del 29 agosto 2022 e del 5 maggio 2005

Una soluzione analoga viene proposta anche per la qualificazione interna del crimine contro l'umanità della tortura: si afferma che la figura internazionale è contenuta – e lo era già all'epoca dei fatti – nei tipi penali nazionali che descrivono i comportamenti di tortura e che, pertanto, tali fattispecie hanno acquisito "un attributo aggiuntivo – la condizione di crimine contro l'umanità, con le conseguenze che ciò comporta – in virtù della normativa internazionale, vincolante per la Repubblica Argentina, che li ha integrati" [35].

In sintesi, la giurisprudenza argentina degli ultimi decenni ha applicato l'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità le norme penali nazionali. Essa ha inoltre riconosciuto la validità di tale principio come parte del diritto internazionale consuetudinario, considerato come fonte di diritto applicabile dai tribunali argentini, almeno per quanto riguarda le norme relative all'esercizio dell'azione penale. Di seguito si analizzerà come in molti casi, l'applicazione di questa norma consuetudinaria avvenga insieme alla Convenzione internazionale del 1968.

3. *L'applicazione della Convenzione sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità*

La Convenzione sull'imprescrittibilità, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1968, è entrata nell'ordinamento giuridico argentino successivamente alla commissione dei fatti rispetto ai quali la giurisprudenza ne discute l'applicazione [36], circostanza che ha generato un dibattito sulla sua retroattività.

Le prime decisioni giudiziarie che hanno applicato la regola

---

in S. 1767 XXXVIII, ricorso di fatto, Simón, Julio Héctor e altri s/privazione illegittima della libertà, ecc., n. 17.768, 14 giugno 2005.

[35] L'idea di ricorrere alle figure del diritto penale internazionale a livello di tipicità (e non solo come categoria che agisce a livello di esercizio dell'azione penale) è stata abbozzata anche in alcune sentenze di primo grado pronunciate nel caso Simón, in cui i fatti sono stati qualificati, in primo luogo, come crimini contro l'umanità e, solo successivamente, è stato analizzato il ruolo della legislazione nazionale nel perseguimento di tali crimini. In tali risoluzioni è stata difesa l'idea che (a) l'uso dei tipi penali della legislazione nazionale non è in contraddizione con l'affermazione che si giudicano crimini di diritto internazionale; al contrario, è il modo naturale di giudicare tali crimini da parte dei tribunali nazionali; e (b) non è condizione per quanto sopra che esista una coincidenza formale tra le figure del diritto penale internazionale e i tipi penali nazionali.

[36] La Convenzione è stata approvata il 1° novembre 1995 con la legge 24.584 ed è stata ratificata dall'Argentina il 23 agosto 2003, pochi giorni dopo l'emanazione del decreto presidenziale che lo disponeva (decreto 579/2003, dell'8 agosto 2003).

sull'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità si sono basate, come detto, sull'argomentazione secondo cui questa fosse già sancita dal diritto internazionale consuetudinario. In queste pronunce, la Convenzione è citata solo come riferimento storico, a dimostrazione dell'evoluzione della regola in ambito internazionale e del ruolo dello Stato argentino nella sua formazione. Tuttavia, dopo che il Congresso le ha conferito rango costituzionale nel 2003 [37], la Convenzione ha cominciato a essere applicata anche a fatti commessi prima della sua ratifica da parte della Repubblica Argentina, circostanza che ha inevitabilmente suscitato un dibattito sul divieto di retroattività.

L'argomento principale sostenuto da coloro che difendono l'applicazione della Convenzione a fatti precedenti alla sua ratifica si fonda anch'esso sulla consuetudine internazionale. In questo contesto, quest'ultima viene invocata per negare che la Convenzione sia una norma *sostanzialmente* retroattiva. La retroattività della Convenzione sarebbe, in realtà, solo *formale* (per quanto riguarda la sua forma scritta), poiché la *norma* che stabilisce l'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità sarebbe già esistita come regola consacrata nel diritto internazionale consuetudinario [38].

Questa posizione emerge chiaramente nei voti dei giudici Zaffaroni e de Highton de Nolasco nelle sentenze "*Arancibia Clavel*" e "*Simón*" [39]. Così, nel voto di Zaffaroni in "*Simón*" si legge infatti:

> "Questa Convenzione [...] non rende imprescrittibili reati che prima erano prescrittibili, ma si limita a codificare come trattato ciò che in precedenza era *ius cogens*, secondo il diritto internazionale pubblico consuetudinario, essendo pacifico che, in questo ambito la consuetudine internazionale costituisca una delle sue fonti. Di conseguenza, la prescrizione stabilita dalla legge interna non

[37] Secondo il testo costituzionale, i trattati internazionali si collocano ad un livello inferiore alla Costituzione (art. 27) e superiore alle leggi (art. 75, comma 22, Cost.). I trattati e gli strumenti internazionali espressamente menzionati nell'art. 75 c. 22 Cost. hanno "gerarchia costituzionale". A sua volta, tale norma prevede la possibilità che il Congresso conferisca gerarchia costituzionale ai trattati sui diritti umani mediante la loro approvazione da parte di una maggioranza di due terzi dei voti di ciascuna delle due Camere (Deputati e Senatori). In base a tale meccanismo, è stata conferita gerarchia costituzionale alla Convenzione interamericana sulla scomparsa forzata di persone (legge 24.820, approvata il 30 aprile 1997) e alla Convenzione sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità (legge 25.778, approvata il 20 agosto 2003).

[38] Si tratta di un argomento simile a quello esposto dal giudice Schiffrin nel già citato caso Schwammberger in relazione alle norme tedesche sulla prescrizione.

[39] Va ricordato che anche Zaffaroni e Highton hanno sostenuto nel caso *Arancibia Clavel*, cit., che i motivi alla base della prescrizione non sono applicabili a questo tipo di crimini (considerando 19 e seguenti).

estingueva l'azione penale prima della Convenzione e, pertanto, il suo esercizio sulla base della stessa non comporta un'applicazione retroattiva della legge penale" [40].

È noto che la Convenzione "afferma" l'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, espressione con cui si intendeva chiarire che non si stava creando una norma fino a quel momento inesistente, ma piuttosto codificando una regola già vigente [41]. In questo modo, secondo i redattori della Convenzione, l'imprescrittibilità era già in vigore prima della sua adozione e, pertanto, non vi è retroattività nello stabilire che i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità sono imprescrittibili "*indipendentemente dalla data in cui sono stati commessi*" (art. I).

Tuttavia, a livello statale, la Convenzione poteva essere considerata retroattiva se interpretata come regola che introduce l'obbligo di non applicare termini di prescrizione ai crimini contro l'umanità, indipendentemente dalla data in cui i crimini fossero stati commessi (cioè anche prima della sua entrata in vigore per quello Stato).

Come detto, per alcuni giudici della CSJN, la preesistente regola sull'imprescrittibilità nel diritto internazionale consuetudinario elimina qualsiasi dubbio relativo al divieto di retroattività [42].

Un altro giudice della Corte Suprema, Boggiano, sostenne che la Convenzione avesse espressamente sancito il "principio della retroattività apparente" basato sulla precedente validità della consuetudine, e che tale

---

[40] Cfr. considerando 27.

[41] In questo stesso senso, nel preambolo della Convenzione si osserva "che in nessuna delle dichiarazioni solenni, degli strumenti o delle convenzioni per il perseguimento e la punizione dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità è stata prevista una limitazione nel tempo".

[42] A questo proposito, è opportuno sottolineare quanto sostenuto dai giudici Zaffaroni e Maqueda nella sentenza della Corte Suprema nel caso *Lariz Iriondo* del 10 maggio 2005. In tale occasione, la CSJN doveva riesaminare la decisione di un giudice che aveva respinto l'estradizione in Spagna ritenendo che il fatto fosse prescritto. Sulla possibilità di classificare come crimini contro l'umanità – e quindi imprescrittibili – i fatti di terrorismo attribuiti a Lariz Iriondo, i giudici hanno sostenuto che il concetto di terrorismo è stato estremamente vago e ampiamente discusso e che, a differenza dei crimini contro l'umanità, non si poteva affermare che il terrorismo fosse un crimine definito dal diritto internazionale consuetudinario prima di essere inserito nelle convenzioni internazionali. Hanno aggiunto: "questa Corte considera imprescrittibili i crimini contro l'umanità commessi prima della ratifica delle rispettive convenzioni quando il diritto internazionale consuetudinario li considerava tali anche prima delle convenzioni, ma *non può adottare lo stesso criterio per quelli che prima delle rispettive convenzioni non erano riconosciuti in tale categoria né con tali conseguenze in materia di imprescrittibilità dal diritto internazionale consuetudinario; poiché in quest'ultimo caso si tratterebbe di un'applicazione retroattiva della convenzione*" (cfr. considerando 30, senza corsivo nell'originale).

retroattività, applicabile a livello interno, non potesse generare problemi costituzionali per due motivi. Da un lato, il riconoscimento costituzionale della consuetudine internazionale (art. 118 Cost.), già vigente prima dei fatti, evita "un conflitto di leggi nel tempo"; dall'altro lato, il conferimento di rango costituzionale alla Convenzione impedisce che essa possa entrare in conflitto con altre norme fondamentali [43].

L'applicazione retroattiva della Convenzione sull'imprescrittibilità è stata sostenuta anche dalla giudice Argibay nel caso "*Simón*". Secondo la giudice, la Convenzione "è stata emanata con l'intenzione manifesta di avere effetto retroattivo". Il suo voto rappresenta l'unico in cui si sostiene la *retroattività materiale* della Convenzione, poiché in nessun momento viene fatto ricorso all'argomento della precedente validità di una norma consuetudinaria. Un'altra particolarità della sua argomentazione consiste nella sua adesione alla teoria più risalente della CSJN, secondo la quale le norme sulla prescrizione non sarebbero soggette al divieto di leggi *ex post facto* sancito dall'art. 18 Cost. La giudice Argibay delinea inoltre le ragioni per le quali ritiene che l'applicazione retroattiva della Convenzione non comporti nessuno dei "mali" che il principio di legalità mira a prevenire. In particolare, riguardo a uno dei fondamenti su cui si basa solitamente il divieto di retroattività, afferma che:

> "[...] la ratifica della Convenzione sull'imprescrittibilità nel 1995 [44] non può essere considerata una manipolazione del diritto né comprometterne l'imparzialità instaurando una persecuzione selettiva o discriminatoria, poiché la Convenzione era stata approvata dall'Assemblea delle Nazioni Unite già nel 1968 e qualunque fosse stato il momento della ratifica da parte dell'Argentina – prima o dopo la commissione dei fatti oggetto del presente procedimento – l'effetto sarebbe stato [...] lo stesso: introdurre l'imprescrittibilità, sia retroattiva sia per il futuro, per i crimini contro l'umanità commessi nel territorio argentino. Pertanto, essendo irrilevante il momento della ratifica, non vi è alcuna manipolazione nel fatto che essa si è verificata dopo i fatti oggetto della causa" [45].

---

[43] Per quanto riguarda il conferimento della gerarchia costituzionale a un trattato da parte del Congresso, in virtù dell'art. 75 c. 22 Cost., il giudice Boggiano ha affermato: "Che, in senso stretto, quando il Congresso conferisce gerarchia costituzionale al trattato, esprime un giudizio costituente, su autorizzazione costituzionale stessa, secondo cui, elevando il trattato al medesimo rango, stabilisce che il trattato non solo è conforme ai principi di diritto pubblico della presente Costituzione, ma non abroga alcuna norma, bensì la integra" (considerando 12 del suo voto nella sentenza "*Simón*", del 14 giugno 2005, cit.).

[44] Va chiarito che nel 1995 è stato emanato l'atto legislativo necessario per la successiva ratifica della Convenzione. Tuttavia, ciò è avvenuto nell'agosto 2003 e non nel 1995 come afferma il voto citato.

[45] Cfr. considerando 16, in cui la giudice Argibay afferma anche che il fondamento politico

Sebbene sia vero che la retroattività non sarebbe stata creata dal legislatore argentino – e, in tal senso, non avrebbe "manipolato" il diritto – l'introduzione nell'ordinamento giuridico di una norma retroattiva potrebbe comunque essere percepita come tale. In questa prospettiva, la ratifica della Convenzione da parte dell'Argentina potrebbe essere interpretata come un atto normativo compiuto "sotto l'impressione di fatti già accaduti, ma ancora da giudicare", finalizzato ad ottenere l'applicazione della Convenzione – fino a quel momento inapplicabile – a fatti passati. Questa possibile obiezione non viene stata tuttavia affrontata dal giudice Argibay.

I giudici di minoranza, contrari all'applicazione retroattiva della Convenzione, hanno basato la loro posizione sulla validità del *principio nullum crimen* (art. 18 Cost.) e hanno negato che la gerarchia costituzionale conferita alla Convenzione nel 2003 dal Congresso della Nazione, ai sensi dell'art. 75, c. 22, Cost. potesse modificare tale conclusione. Per questi giudici, i diritti e le garanzie stabiliti nella prima parte della Costituzione Nazionale – tra cui il principio di legalità – non possono in alcun caso essere compromessi dall'attribuire rango costituzionale a norme internazionali.

4. *La CADH come fondamento dell'imprescrittibilità*

L'importanza della CADU in materia di prescrizione è emersa in modo particolarmente evidente a partire dal caso "*Barrios Altos*", in cui la Corte Interamericana ha affermato che "sono inammissibili le disposizioni di amnistia, le disposizioni di prescrizione e l'istituzione di esclusioni di responsabilità che mirano a impedire l'indagine e la punizione dei responsabili di gravi violazioni dei diritti umani" [46]. Pur riconoscendo le controversie suscitate dal modo in cui la Corte Interamericana ha elaborato e applicato questa dottrina, risulta chiaro che il tentativo di fondare sulla CADU

del principio di legalità è rispettato nel caso in esame, dato che il Congresso è intervenuto sia nell'approvazione della Convenzione sia nel conferimento della gerarchia costituzionale. Allo stesso modo, sostiene che non viene violato il principio di colpevolezza, dato che "non viene alterato il quadro di illecito che l'autore poteva tenere in considerazione al momento di compiere i fatti oggetto dell'indagine", né vi è "una frustrazione della fiducia nel diritto che deve essere garantita a ogni cittadino fedele alle norme, perché la prescrizione dell'azione penale non è un'aspettativa con cui, al momento del fatto, l'autore di un reato possa contare, tanto meno con il carattere di una garanzia costituzionale".

[46] Corte IDH, Barrios Altos, 14 marzo 2001.

l'imprescrittibilità dell'azione penale per fatti commessi in uno Stato prima della sua ratifica richiede almeno una spiegazione alla luce del divieto di retroattività.

È sorprendente che la maggioranza dei giudici della CSJN nei casi "*Arancibia Clavel*" e "*Simón*" abbia sostenuto l'imprescrittibilità facendo riferimento, tra i motivi, agli obblighi di indagare e sanzionare derivanti dalla CADU, senza tuttavia menzionare la retroattività di tale strumento. Ciò risulta particolarmente rilevante, considerando che i fatti in questione risalgono al 1970, quindi ben prima della ratifica della CADU da parte della Repubblica Argentina [47]. Tale omissione può essere spiegata sia dal fatto che il riferimento alla CADU non sia stato considerato un argomento centrale, sia dalla mancanza di chiarezza che caratterizza alcuni passaggi dei motivi di queste sentenze [48].

Solo per il giudice Petracchi la CADU assume un ruolo centrale nel sostenere l'inapplicabilità delle norme sulla prescrizione previste all'art. 62 c.p.. La sua argomentazione è senza dubbio peculiare, poiché utilizza la CADU come fondamento per giustificare l'applicazione retroattiva della Convenzione sull'imprescrittibilità.

Come già ricordato, lo stesso giudice aveva respinto nel caso "*Priebke*" l'applicazione dell'imprescrittibilità secondo il diritto internazionale. La sua argomentazione si fondava sul fatto che i reati definiti in tale ambito non prevedessero una pena specifica nel diritto internazionale, e che tale vuoto non potesse essere colmato facendo riferimento alle pene previste per i reati ordinari, poiché, a suo avviso, non era infatti possibile "combinare entrambe le categorie di reati", ossia quelle del diritto internazionale con quelle della legislazione nazionale. D'altra parte, Petracchi aveva escluso l'applicazione della Convenzione sull'imprescrittibilità ai "reati affini" alle figure del

---

[47] Cfr., *ad esempio*, i voti dei giudici Maqueda (considerando 90); Highton (considerando 32); Lorenzetti (considerando 32); Zaffaroni (considerando 14) nella sentenza "*Simón*", cit. Zaffaroni e Highton fanno riferimento alla CADU in modo più ampio nel loro voto congiunto nella sentenza "*Arancibia Clavel*", cit.: tuttavia, l'unico argomento che forniscono è che l'applicazione delle norme di prescrizione costituirebbe una violazione del dovere di perseguire e comprometterebbe la responsabilità internazionale dello Stato (considerando 36). Tuttavia, questi giudici non spiegano perché esista il dovere di applicare l'imprescrittibilità sulla base della CADU in relazione a fatti avvenuti prima della ratifica di tale Convenzione. Va ricordato che per questi giudici l'imprescrittibilità dei fatti derivava comunque dall'applicazione di altre norme (la consuetudine e la Convenzione sull'imprescrittibilità).

[48] Non si può dire lo stesso dei voti dissenzienti del giudice Fayt, che si distinguono per seguire una linea argomentativa molto chiara. Ciò indipendentemente dal fatto che si condividano o meno le sue posizioni.

diritto internazionale, ritenendo in tal caso applicabile il divieto di retroattività. Anni dopo, nei casi "*Arancibia Clavel*" e "*Simón*", egli sostiene che il rifiuto dell'applicazione retroattiva della Convenzione sostenuto nel caso "*Priebke*": "alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani, non può più essere mantenuto di fronte al diritto internazionale" [49]. Il giudice conclude dunque che le norme sulla prescrizione previste dal Codice penale sono sostituite dalla Convenzione sull'imprescrittibilità [50].

L'argomentazione del giudice Petracchi appare piuttosto singolare, poiché utilizza un trattato (la CADU) per giustificare l'applicazione retroattiva di un altro strumento (Convenzione sull'imprescrittibilità). Il giudice non spiega perché la CADU potrebbe produrre tale effetto, rendendo il ragionamento simile a un salto logico. Tuttavia, la giurisprudenza successiva della Corte Interamericana sembra, almeno in parte, confermare l'orientamento di Petracchi, dal momento che stabilisce non solo che gli obblighi derivanti dagli artt. 1.1, 8 e 25 della CADU impediscono l'applicazione delle norme sulla prescrizione ai fatti commessi *prima della ratifica* della Convenzione da parte dello Stato, ma anche che è obbligatoria l'applicazione interna della norma di *ius cogens* che sancisce l'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità [51]. In tal modo, l'interpretazione della Corte Interamericana conferma il dovere di applicare il diritto penale internazionale – almeno le norme imperative (*ius cogens*) – in quanto parte dell'obbligo di giudicare e punire che deriva dalla CADU. Tale obbligo si estende anche ai fatti verificatisi prima della ratifica della Convenzione da parte dello Stato in questione.

A prescindere dalla correttezza dell'uso della CADU da parte del giudice

---

[49] Il giudice Petracchi spiega il suo cambiamento di posizione affermando: "Nella mia dissidenza in quel caso ho ritenuto che la criminalità in *senso lato* derivante dalla qualificazione di 'crimini contro l'umanità' in generale dal diritto internazionale non fosse sufficiente a produrre gli effetti desiderati, nella misura in cui non esiste una previsione di pena in senso stretto, indipendente dalla sussunzione nei tipi penali del diritto interno. Come affermato, non è possibile combinare entrambe le categorie e incorporare l'imprescrittibilità prevista dal diritto internazionale nelle previsioni più generali del codice penale. Da un altro punto di vista, e sebbene all'epoca la Convenzione sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità non fosse ancora stata debitamente incorporata nell'ordinamento giuridico interno, ho anche respinto la sua possibile applicazione retroattiva con effetto derogatorio dell'art. 62 c.p." (cfr. considerando 22 del voto del giudice Petracchi nel caso *Arancibia Clavel*, cit.).

[50] Si vedano i considerando 24 e 30 dei voti di questo giudice nei casi *Arancibia Clavel*, cit. e *Simón*, cit., rispettivamente.

[51] Cfr., in particolare, Corte IDU, Almonacid Arellano c. Cile, 26 settembre 2006, paragrafi da 146 a 157.

Petracchi secondo la giurisprudenza della Corte Interamericana, nella sua posizione permane il problema costituzionale del divieto di norme *ex post facto*, poiché sia la Convenzione sull'imprescrittibilità sia la CADU sono strumenti la cui validità interna è successiva ai fatti. A questo proposito, nel caso "*Simón*" il giudice sostiene che "la sottomissione dello Stato argentino alla giurisdizione interamericana impedisca che il principio di 'irretroattività' della legge penale sia invocato per non adempiere ai doveri assunti in materia di perseguimento delle violazioni gravi dei diritti umani" (consid. 31). Senza dubbio, un'affermazione di questo tipo avrebbe richiesto un maggiore approfondimento della questione costituzionale. Tuttavia, nel suo voto il giudice si limita a ricordare che la CADU ha rango costituzionale (art. 75, c. 22 Cost.), senza però svilupparne le implicazioni. D'altra parte, si ribadisce che è in gioco la *responsabilità internazionale dello Stato*. Si tratta di un argomento frequentemente utilizzato nella giurisprudenza nazionale recente per giustificare l'applicazione di norme o l'adempimento di obblighi internazionali che potrebbero sollevare questioni di costituzionalità [52].

[52] Questo argomento della responsabilità internazionale sembra sostituire il modo di ragionare sulle questioni di costituzionalità sulla base della gerarchia delle norme.

CAPITOLO III

LE GARANZIE DEL GIUDICATO E IL *NE BIS IN IDEM* NEI PROCESSI PER CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ

di NICOLÀS GUZMÀN*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso "Almonacid Arellano e altri contro il Cile", della Corte IDH (26 settembre 2006). – 3. Il caso "Mazzeo, Julio Lilo e altri" della CSJN (13 luglio 2007). – 4. Il caso "Menèndez, Luciano Benjamìn" della CFCP (26 febbraio 2018). – 5. Commento alle sentenze. – 5.1. Aspetti teorici delle garanzie della cosa giudicata e del *ne bis in idem*. – 5.2. L'interpretazione delle garanzie del principio del *ne bis in idem* e della cosa giudicata nelle sentenze commentate.

1. *Introduzione*

In questo contributo affronterò il tema delle garanzie della cosa giudicata e del *ne bis in idem* e il loro funzionamento, nel sistema interamericano e nella Repubblica Argentina, nei casi in cui vengono indagati crimini contro l'umanità. Si tratta di sentenze emesse dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani (di seguito Corte IDH), dalla Corte Suprema di Giustizia della Nazione (di seguito CSJN) e dalla Camera Federale di Cassazione Penale (CFCP), in cui è stata trattata la questione.

2. *Il caso "Almonacid Arellano e altri contro il Cile", della Corte IDH (26 settembre 2006)*

In questo primo caso, la Commissione Interamericana dei Diritti Umani ha presentato una denuncia affinché la Corte IDH determinasse se lo Stato cileno avesse violato i diritti sanciti dagli articoli 8 (Garanzie giudiziarie) e

* Professore di Diritto penale e Processuale penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Buenos Aires.

25 (Protezione giudiziaria) della Convenzione Americana sui Diritti Umani (di seguito, "la Convenzione" o "Convenzione Americana"), in relazione all'obbligo stabilito dall'articolo 1.1 (Obbligo di rispettare i diritti) della stessa, a danno dei familiari del signor Luis Alfredo Almonacid Arellano. Allo stesso modo, la suddetta Commissione ha chiesto alla Corte IDH di dichiarare che lo Stato cileno non aveva adempiuto all'obbligo derivante dall'articolo 2 (Dovere di adottare disposizioni di diritto interno) della Convenzione.

I fatti esposti dalla Commissione nella denuncia si riferiscono alla presunta mancanza di indagini e sanzioni nei confronti dei responsabili dell'esecuzione extragiudiziale del signor Almonacid Arellano, situazione che sarebbe derivata dall'applicazione del decreto legge n. 2191 (legge di amnistia, adottata nel 1978 in Cile), nonché alla presunta mancanza di un adeguato risarcimento a favore dei suoi familiari.

Secondo quanto emerge dalla sentenza, il 16 settembre 1973 Almonacid Arellano fu arrestato dai carabinieri cileni nella sua abitazione situata nel quartiere Manso de Velasco e ucciso a colpi di arma da fuoco in presenza della sua famiglia all'uscita di casa. La vittima morì il giorno successivo all'ospedale regionale di Rancagua [1].

Il 3 ottobre 1973, il Primo Tribunale Penale di Rancagua avviò un'indagine su questo fatto, che fu archiviata il 7 novembre 1973. La Corte d'Appello di Rancagua revocò tale archiviazione il 7 dicembre dello stesso anno. Da quella data in poi il caso venne archiviato altre tre volte dal suddetto Tribunale penale, mentre la Corte d'appello continuò a revocare tali archiviazioni, fino a quando, il 4 settembre 1974, confermò l'archiviazione temporanea del caso [2].

Quasi quattro anni dopo, il 18 aprile 1978, il governo *de facto* cileno emanò il decreto legge n. 2191, con il quale concesse l'amnistia "a tutte le persone che, in qualità di autori, complici o favoreggiatori, abbiano commesso reati durante lo stato di assedio, in vigore tra l'11 settembre 1973 e il 10 marzo 1978 [cioè nel periodo in cui fu assassinato Almonacid Arellano], a condizione che non siano attualmente sottoposte a processo o condannate" [3].

Molti anni dopo, il 4 novembre 1992, la signora Gómez Olivares, vedova di Almonacid Arellano, presentò una denuncia penale dinanzi al Primo Tribunale Penale di Rancagua e chiedendo la riapertura del caso in precedenza

[1] Paragrafo 82.8.

[2] Paragrafo 82.9.

[3] Paragrafo 82.10.

archiviato. Il tribunale annullò l'archiviazione temporanea e raccolse le dichiarazioni dei presunti responsabili della morte di Almonacid Arellano [4].

Successivamente, il caso venne rinviato alla giurisdizione militare per incompetenza [5]; il 14 gennaio 1997 la Seconda Procura dell'Esercito e dei Carabineros di Santiago chiese al Secondo Tribunale Militare di "emettere un proscioglimento totale e definitivo [per estinzione della responsabilità penale]" degli imputati Castro Osorio e Neveu Cortesi, in virtù del decreto legge n. 2191 [6].

Il 28 gennaio 1997 il Secondo Tribunale Militare di Santiago pronunciò l'archiviazione totale e definitiva, in applicazione del citato decreto legge n. 2191 [7].

Tale decisione fu impugnata dalla signora Gómez Olivares e il 25 marzo 1998 la Corte Marziale confermò la risoluzione del Secondo Tribunale Militare [8]. Sebbene la ricorrente avesse presentato anche un ricorso in Cassazione contro quest'ultima decisione, esso fu dichiarato inammissibile perché tardivo e, l'11 novembre 1998 fu disposta l'archiviazione del fascicolo [9].

Dopo aver esaminato i fatti, la Corte Interamericana dei Diritti Umani sottolineò i doveri dello Stato di fronte a un'amnistia come quella che era stata concessa:

> "[I]ntendendo amnistiare i responsabili di crimini contro l'umanità, il Decreto Legge n. 2191 è incompatibile con la Convenzione Americana e, pertanto, privo di effetti giuridici; di conseguenza, lo Stato deve: i) garantire che esso non continui a rappresentare un ostacolo alle indagini sull'esecuzione extragiudiziale del signor Almonacid Arellano e all'identificazione e, se del caso, alla punizione dei responsabili, e ii) garantire che il decreto legge n. 2191 non continui a rappresentare un ostacolo alle indagini, al processo e, se del caso, alla punizione dei responsabili di altre violazioni simili avvenute in Cile" [10].

Inoltre, la Corte Interamericana dei Diritti Umani ritenne che lo Stato cileno avesse violato i diritti contenuti negli articoli 8 e 25 della Convenzione, in relazione all'articolo 1.1 della stessa, a danno dei familiari di

---

[4] Paragrafo 82.11.

[5] La controversia sulla competenza tra la giurisdizione ordinaria e quella militare d'eccezione si protrasse per molti anni, e fu la Corte Suprema di Giustizia cilena a stabilire infine la competenza di quest'ultima (paragrafo 82.16).

[6] Paragrafo 82.19.

[7] Paragrafo 82.20.

[8] Paragrafo 82.21.

[9] Paragrafi 82.22 e 82.23.

[10] Paragrafo 145.

Arellano Almonacid, e che tale violazione si fosse verificata per due motivi: i) per aver attribuito la competenza alla giurisdizione militare e ii) per l'applicazione del decreto legge n. 2191 [11].

Alla luce di ciò, il tribunale regionale dei diritti umani dispose che lo Stato cileno annullasse le risoluzioni e le sentenze emesse nell'ordinamento interno e rinviasse il fascicolo alla giustizia ordinaria, "affinché, nell'ambito di un procedimento penale, fossero identificati e puniti tutti i responsabili della morte del signor Almonacid Arellano" [12].

La Corte IDH ribadì che il *diritto alla verità* è compreso nel diritto della vittima o dei suoi familiari di ottenere dagli organi competenti dello Stato il chiarimento dei fatti e delle relative responsabilità, attraverso le indagini e i procedimenti giudiziari previsti dagli articoli 8 e 25 della Convenzione [13].

Inoltre, sebbene da un lato la Corte abbia sottolineato "l'importanza che hanno avuto le varie commissioni cilene nel tentativo di ricostruire collettivamente la verità su quanto accaduto tra il 1973 e il 1990" [14], ha ritenuto opportuno precisare che:

> "La 'verità storica' contenuta nelle relazioni delle suddette commissioni non può sostituire l'obbligo dello Stato di accertare la verità attraverso i procedimenti giudiziari. In tal senso, gli articoli 1.1, 8 e 25 della Convenzione tutelano la verità nel suo complesso, per cui il Cile ha il dovere di indagare giudizialmente sui fatti relativi alla morte del signor Almonacid Arellano, attribuire le responsabilità e sanzionare tutti coloro che ne sono stati coinvolti" [15].

Successivamente ha anche elencato tutte le garanzie costituzionali sostanziali e procedurali che lo Stato cileno non potrebbe "adottare" contro il giudizio del caso:

> "Lo Stato non potrà invocare alcuna legge o disposizione di diritto interno per sottrarsi all'ordine della Corte di indagare e punire penalmente i responsabili della morte del signor Almonacid Arellano. Il Cile non potrà applicare nuovamente il

---

[11] Paragrafo 146. Secondo la Corte Interamericana dei Diritti Umani, "la prima violazione è stata causata dalla risoluzione della Corte Suprema del 5 dicembre 1996, mentre la seconda è stata conseguenza delle sentenze del 28 gennaio 1997 del Secondo Tribunale Militare di Santiago e del 25 marzo 1998 della Corte Marziale".

[12] Paragrafo 147.

[13] Paragrafo 148, con riferimento ai casi della Corte Interamericana dei Diritti Umani, Corte IDH, Barrios Altos, 14 marzo 2001, paragrafo 48, e Corte IDH, Bámaca Velásquez, 25 novembre 2000, paragrafo 201.

[14] Paragrafo 149.

[15] Paragrafo 150.

> Decreto Legge n. 2191, per tutte le considerazioni esposte nella presente sentenza... Inoltre, lo Stato non potrà invocare la prescrizione, la non retroattività della legge penale, né il principio *ne bis in idem*, né qualsiasi altra esclusione simile di responsabilità, per sottrarsi al proprio dovere di indagare e punire i responsabili" [16].

Arriviamo così all'argomento che interessa specificatamente questo commento. Nel paragrafo 154, la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha illustrato le ragioni per cui nel caso in questione non è applicabile la garanzia che protegge dal principio del *ne bis in idem,* ovvero dalla molteplice sottoposizione a procedimento penale nei confronti della stessa persona per lo stesso fatto. Lo ha fatto richiamandosi, da un lato, alla figura della cosa giudicata *apparente o fraudolenta* e, dall'altro, alla possibilità che emergano nuove prove:

> "Per quanto riguarda il principio *ne bis in idem*, anche se è un diritto umano riconosciuto dall'articolo 8.4 della Convenzione Americana, non è un diritto assoluto e, pertanto, non è applicabile quando: i) l'azione del tribunale che ha conosciuto il caso e ha deciso di archiviare o assolvere il responsabile di una violazione dei diritti umani o del diritto internazionale è stata motivata dall'intento di sottrarre l'imputato alla sua responsabilità penale; ii) il procedimento non è stato condotto in modo indipendente o imparziale, nel rispetto delle garanzie procedurali, oppure iii) non vi era la reale intenzione di sottoporre il responsabile all'azione della giustizia [17]. Una sentenza pronunciata nelle circostanze indicate produce una cosa giudicata "apparente" o "fraudolenta" [18]. D'altra parte, questa Corte ritiene che se emergono nuovi fatti o prove che consentono di individuare i responsabili di violazioni dei diritti umani e, a maggior ragione, i responsabili di crimini contro l'umanità, le indagini possono essere riaperte, anche se esiste una sentenza assolutoria in qualità di cosa giudicata, poiché le esigenze della giustizia, i diritti delle vittime e la lettera e lo spirito della Convenzione Americana prevalgono sulla protezione del *ne bis in* idem" [19].

---

[16] Paragrafo 151.

[17] Qui si cita come riferimento lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale (articolo 20), lo Statuto del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (articolo 10) e lo Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (articolo 9).

[18] La Corte IDH cita il precedente del caso Carpio Nicolle e altri, 22 novembre 2004, par. 131.

[19] Secondo la Corte IDH, nel caso in esame si verificano due delle ipotesi indicate: "In primo luogo, il caso è stato trattato da tribunali che non garantivano la competenza, l'indipendenza e l'imparzialità. In secondo luogo, l'applicazione del decreto legge n. 2191 ha consistito nel sottrarre i presunti responsabili all'azione della giustizia e lasciare impunito il crimine commesso contro il signor Almonacid Arellano. Di conseguenza, lo Stato non può avvalersi del principio del *ne bis in idem* per non ottemperare a quanto ordinato dalla Corte" (paragrafo 155).

3. *Il caso "Mazzeo, Julio Lilo e altri" della CSJN (13 luglio 2007)*

Quasi un anno dopo, sulla scia del caso appena descritto della Corte IDH, la Corte Suprema di Giustizia dell'Argentina si è pronunciata sul caso "Mazzeo, Julio Lilo e altri s/rec. di cassazione e incostituzionalità", in data 13 luglio 2007.

Il procedimento è stato avviato a seguito di una richiesta presentata dalla Lega Argentina per i Diritti Umani, che, tramite i propri rappresentanti, aveva domandato la dichiarazione di incostituzionalità del decreto n. 1002/89, con il quale il Potere Esecutivo Nazionale argentino aveva graziato, tra gli altri, l'imputato Santiago Omar Riveros per i fatti a lui attribuiti nella causa n. 85 della Camera d'Appello Penale e Correzionale Federale di San Martín, per i quali era sottoposto processo al momento della grazia.

Il Secondo Tribunale Federale di San Martín, competente per questione, ha accolto la richiesta, dichiarando incostituzionale tale decreto e disponendo la nullità di tutti gli atti e le risoluzioni emesse nella causa in questione a seguito del decreto citato. Va sottolineato che Riveros era stato prosciolto nel novembre 1989, in seguito all'accoglimento di *un'eccezione di grazia* presentata dalla sua difesa, e che tale decisione era definitiva. Anche la Corte Suprema era già intervenuta nello stesso caso, dichiarando inammissibili i ricorsi straordinari opportunamente presentati, con cui aveva reso definitiva la sentenza.

La sentenza del Secondo Tribunale Federale di San Martín è stata impugnata dal difensore di Riveros. La Corte d'Appello Federale di San Martín ha accolto il ricorso della difesa sulla base del fatto che tale tribunale si era già pronunciato nella causa n. 85 sulla validità del perdono presidenziale. Ha inoltre sottolineato che il perdono era un atto esclusivo del presidente della Repubblica Argentina, un potere discrezionale che poteva essere esercitato anche nei confronti degli imputati, e ha aggiunto che, sebbene la soluzione della questione potesse essere considerata riprovevole dal punto di vista strettamente morale, né la portata attribuita al quadro normativo vigente al momento della concessione del perdono, né gli elementi incorporati relativi al nuovo contesto giuridico internazionale del Paese fossero rilevanti ai fini della revisione degli effetti derivanti dalla validità e dall'applicazione dello stesso, poiché esso aveva generato diritti a favore dei suoi beneficiari, la cui situazione era ormai consolidata.

A seguito del ricorso contro tale sentenza, la sezione II della Corte Federale di Cassazione Penale si è pronunciata a favore dell'incostituzionalità del decreto n. 1002/89. Contro tale decisione è stato presentato il ricorso straordinario che ha dato luogo alla sentenza qui commentata.

Nella sua sentenza, la Corte Suprema argentina ha sottolineato, in primo luogo, che la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha precisato gli obblighi degli Stati in materia di indagine e punizione dei reati efferati. A tal proposito, il tribunale interamericano ha affermato che l'articolo 25, in relazione all'articolo 1.1 della Convenzione americana, obbliga lo Stato a garantire a ogni persona l'accesso all'amministrazione della giustizia e, in particolare, a un ricorso rapido e semplice, al fine di ottenere, tra gli altri risultati, che i responsabili delle violazioni dei diritti umani siano giudicati e che sia ottenuto un risarcimento per i danni subiti [20].

La massima autorità giudiziaria del Paese ha citato anche il precedente della Corte Interamericana nel caso "Barrios Altos" del 2001, in cui sono state ritenute "inammissibili le disposizioni sull'amnistia, le disposizioni sulla prescrizione e l'istituzione di cause di esclusione di responsabilità che mirano a impedire la sottoposizione a indagine e la punizione dei responsabili di gravi violazioni dei diritti umani quali la tortura, le esecuzioni sommarie, extralegali o arbitrarie e le sparizioni forzate, tutte vietate perché contrarie ai diritti inderogabili riconosciuti dal diritto internazionale dei diritti umani" [21].

La Corte Suprema ha inoltre ricordato il precedente della Corte Interamericana dei Diritti Umani "Almonacid Arellano", sintetizzato nel paragrafo precedente, in cui il tribunale interamericano ha sottolineato che i crimini contro l'umanità sono atti gravi di violenza che danneggiano gli esseri umani colpendo ciò che è più essenziale per loro: la loro vita, la loro libertà, il loro benessere fisico, la loro salute e/o la loro dignità.

Più avanti [22], la Corte Suprema ha approfondito la situazione dell'ordinamento giuridico che impone allo Stato il dovere di indagare e punire questo tipo di reati:

> "Al momento della promulgazione del decreto n. 1002/89 esisteva un duplice ordine di divieti di alto contenuto istituzionale che respingeva ogni idea di impunità nei confronti degli Stati nazionali. Da un lato, un sistema internazionale imperativo riconosciuto da tutte le nazioni civili e, dall'altro, un sistema internazionale di protezione dei diritti umani costituito, tra l'altro, dalla Convenzione americana sui diritti umani e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici. Sicché, la previsione che ha disposto la chiusura dei procedimenti penali ha violato gli obblighi internazionali volti a verificare i reati denunciati, identificare i loro autori, complici e favoreggiatori e imporre le sanzioni corrispondenti, nonché il diritto delle vittime a un ricorso efficace per raggiungere tale obiettivo".

[20] Cfr. consid. 22°.

[21] Cons. 23°.

[22] Cons. 32°.

Successivamente, in linea con quanto indicato dalla Corte IDH nel caso "Almonacid Arellano", il voto della maggioranza della Corte Suprema argentina ha anche precisato la piena validità delle garanzie del principio del *ne bis in idem* e della cosa giudicata:

> "Da questo punto di vista è chiaro che le garanzie costituzionali del principio del *ne bis in idem* e della cosa giudicata, invocate dagli imputati nella loro difesa, hanno una dimensione che richiede alcune precisazioni. Va ricordato che la garanzia del *ne bis in idem* è stata riconosciuta dai nostri tribunali come una derivazione implicita di diverse clausole della Costituzione Nazionale. Oggi, inoltre, è espressamente prevista dagli articoli 8, comma 4, della Convenzione Americana sui Diritti Umani, e 14, comma 7, del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici. La Corte, riferendosi a tale garanzia, ha sostenuto che "la stabilità delle decisioni giurisdizionali, nella misura in cui costituisce un presupposto imprescindibile della certezza del diritto, è un requisito di ordine pubblico, essendo il rispetto della cosa giudicata uno dei pilastri fondamentali su cui si fonda il nostro sistema costituzionale" (Fallos: 312:122; 313:904, 1297). Tuttavia, tale principio è stato soggetto ad alcune eccezioni. Tra le altre ragioni, la Corte ha ritenuto che la compromissione della "... certezza del diritto, propria delle sentenze definitive... non debba cedere il passo alla ragione della giustizia" (Fallos: 254:320) [23]; e che è noto il principio secondo cui sono rivedibili le sentenze fraudolente o pronunciate in virtù di corruzione, violenza o altra macchinazione. E che tale garanzia non può essere invocata quando "... non vi è stato un procedimento giudiziario autentico e veritiero, né si può accettare che, essendo stata istituita la cosa giudicata per garantire i diritti legittimamente acquisiti, essa copra anche quei casi in cui si riconosce che vi è stato solo un surrogato di processo..." (Fallos: 279:54, tra le altre) [24]. Va inoltre tenuto presente che la cosa giudicata mira a garantire la piena efficacia del divieto di doppia incriminazione (Fallos: 315:2680). Pertanto, entrambe le garanzie sono strettamente correlate per quanto riguarda il loro oggetto e il loro scopo" [25].

La Corte Suprema ha indicato che la sua giurisprudenza sul *ne bis in idem* si ispira alle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti:

> "Per quanto riguarda il divieto di doppia incriminazione, la giurisprudenza della Corte si è ispirata a quella della sua omologa statunitense (Fallos: 299:221; parere del Procuratore Generale in Fallos: 298:736). Ciò è avvenuto anche nella definizione del suo oggetto, che è quello di "impedire allo Stato, con tutte le sue

[23] Si tratta di una sentenza del 1962, pronunciata nella causa "Tibold, José e altri s/ricorso straordinario".

[24] Questa è del 1971, emessa in un caso in cui è stata richiesta la nullità di una sentenza in un processo di espropriazione.

[25] Cons. 33°.

risorse e il suo potere, di compiere ripetuti tentativi di condannare un individuo per un presunto reato, sottoponendolo così a fastidi, spese e sofferenze e costringendolo a vivere in uno stato di continua ansia e insicurezza" (Fallos: 298:736) [26].

Tuttavia, la Corte Suprema ha ammesso che tali principi riconoscono delle eccezioni, tracciando parallelismi con le disposizioni degli Statuti della Corte penale internazionale, del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia e del Tribunale penale internazionale per il Ruanda [27]:

"Al di là dei contorni precisi della garanzia che vieta il doppio giudizio per i reati comuni, nel diritto internazionale umanitario i principi di interpretazione assiologica acquisiscono piena preminenza, sia nella definizione della garanzia del *ne bis in idem* che della cosa giudicata. Ciò in quanto sia gli statuti dei tribunali penali internazionali sia i principi che ispirano la giurisdizione universale tendono a garantire che fatti aberranti non restino impuniti. Pertanto, fatta salva la priorità delle autorità nazionali nel condurre i processi, se tali processi locali si trasformano in sotterfugi ispirati all'impunità, entra in gioco la giurisdizione sussidiaria del diritto penale internazionale con un nuovo processo.
Infatti, per questo motivo lo Statuto della Corte penale internazionale conferisce un carattere limitato alla cosa giudicata. Infatti, all'articolo 20, si precisa che il tribunale internazionale si pronuncerà anche su quei crimini aberranti, quando il processo svolto nella giurisdizione locale avesse lo scopo di sottrarre l'imputato alla sua responsabilità, o il processo non fosse stato imparziale o indipendente, o fosse stato condotto in modo tale da dimostrare l'intenzione di non sottoporre l'imputato all'azione della giustizia".
Da parte sua, lo Statuto del Tribunale internazionale per l'ex Jugoslavia stabilisce che la persona che è stata giudicata da un tribunale nazionale per atti che costituiscono gravi violazioni del diritto internazionale umanitario può essere successivamente giudicata dal tribunale internazionale quando gli atti per i quali è stata giudicata sono stati qualificati come reati comuni, o quando il processo dinanzi al tribunale nazionale non è stato imparziale o indipendente ed è stato predisposto per proteggere l'imputato dalla sua responsabilità internazionale o l'indagine non è stata diligente. In termini identici si esprime l'articolo 9 dello Statuto del Tribunale internazionale per il Ruanda".

E ha concluso, senza ambiguità, sottolineando che la garanzia del giudicato non si applica in questo tipo di casi:

"A partire dalla sentenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani nel caso "Barrios Altos", CIDH – Serie C 75, del 14 marzo 2001, sono state stabilite forti

[26] Cons. 34°.

[27] Cons. 35°.

restrizioni alla possibilità di invocare la difesa del giudicato per ostacolare il perseguimento penale di comportamenti come [quelli qui indagati]" [28].

Pertanto, ha concluso che:

"I principi che, a livello nazionale, sono abitualmente utilizzati per giustificare l'istituto del giudicato e del *ne bis in idem* non sono applicabili a questo tipo di crimini contro l'umanità perché gli strumenti internazionali che stabiliscono questa categoria di crimini, così come il conseguente dovere degli Stati di individuare e perseguire i responsabili, non contemplano e quindi non ammettono che tale obbligo cessi con il passare del tempo, con amnistie o con qualsiasi altro tipo di misura che dissolva la possibilità di rimprovero..." [29].

4. *Il caso "Menèndez, Luciano Benjamìn" della CFCP (26 febbraio 2018)*

In questo caso, risolto dalla massima autorità penale federale argentina (la Camera Federale di Cassazione penale), è stata respinta l'applicazione del principio del *ne bis in idem* e, di conseguenza, è stata respinta la richiesta della difesa che sosteneva la violazione del suddetto principio per questioni di natura fattuale: si è ritenuto che il precedente processo a un individuo per il suo coinvolgimento nel *piano sistematico* messo in atto dalle forze di polizia e militari argentine durante la dittatura non costituisse un ostacolo al successivo processo dello stesso soggetto per ciascuno dei fatti – considerati individualmente – che sono stati commessi contro la vita, la libertà e l'integrità delle vittime di quel sistema di sterminio.

Secondo la tesi della difesa in questo caso, i fatti di privazione della libertà e omicidio giudicati erano gli stessi fatti che erano già stati giudicati nella "Causa 13/84" (nota come "Processo alle Giunte", tenutosi in Argentina nel 1985) della Camera Federale d'Appello della Città di Buenos Aires, in cui "è stata provata l'esistenza di un cosiddetto piano sistematico per poter commettere questi fatti illeciti". In concreto, la violazione della garanzia che protegge dal *bis in idem* risiederebbe, secondo la tesi della difesa, nella "ripetuta attribuzione del piano sistematico come forma di commissione del reato, poiché furono gli ordini illegali, segreti e verbali a rendere possibile la commissione di illeciti da parte dei subordinati di Luciano Benjamín Menéndez". Va sottolineato che il suddetto Menéndez, secondo l'accusa, nel

[28] Cfr. considerando 12 del voto del giudice Petracchi nel caso CSJN, Videla, Jorge Rafael s/ incidente di eccezione di cosa giudicata e mancanza di giurisdizione, 21 agosto 2003; considerando 16 del voto del giudice Maqueda nel caso "Videla", cit.

[29] Voto della giudice Argibay nel caso CSJN, Simón, Fallos: 328:2056, 14 giugno 2005.

1976 ricoprì la carica di massimo responsabile della cosiddetta Zona di Difesa III e, per questo motivo, fu accusato di essere autore mediato per dominio del corso dell'azione, in quanto elaborò gli ordini destinati al personale militare e di polizia per la realizzazione dei fatti criminosi come quelli giudicati in questo processo.

La CFCP, facendo proprie le parole del tribunale di condanna – che a sua volta ha fatto riferimento alle espressioni del giudice della CSJN Fayt nel precedente Fallos 326:2805, del 21 agosto 2003 – ha distinto tra il *piano sistematico* in sé, da un lato, e i fatti considerati individualmente, dall'altro:

> "*Un piano sistematico* non è la stessa cosa dei fatti contestati: il fatto contestato è il rapimento di ciascuno dei minori. *Il piano sistematico* è un concetto e il rapimento è un altro concetto. L'analisi del *principio del ne bis in idem* deve essere effettuata sul rapimento di ciascuno dei minori e non sul piano".

In tal senso, e sullo stesso punto, la CFCP ha aggiunto, ribadendo anche le parole della sentenza di condanna, che:

> "La determinazione dell'oggetto processuale legato a un fatto o evento reale, storico, attribuito come azione concreta a un imputato, è decisiva per determinare l'esistenza dell'identità dell'oggetto richiesta come uno degli elementi costitutivi del doppio giudizio penale e, in questo ordine di idee, i comportamenti giudicati e attribuiti a Luciano Benjamín Menéndez non hanno costituito oggetto di procedimento penale, imputazione o giudizio in nessuna delle cause precedenti sulle quali è stata emessa sentenza. [...] Il cosiddetto *Piano Sistemático*, la cui esistenza è stata accertata nella sentenza definitiva della causa 13/84, così come, per l'imputato, dalle sentenze con cui è già stato condannato [sic], costituisce un disegno e una strategia criminale ideati dall'imputato Menéndez – tra gli altri – per portare a termine, dalle strutture statali, lo sterminio degli oppositori politici, ma tale piano è costituito da una serie di reati indipendenti tra loro, con circostanze diverse di tempo, luogo, modalità, commessi contro vittime diverse e determinate. Pertanto [...] occorre distinguere il *piano* dai *fatti*. In questo senso [...] l'indagine sull'esistenza di un piano sistematico e di ordini impartiti in virtù di tale piano è stata ed è solo un mezzo per determinare se si configura il caso specifico di responsabilità mediatica attraverso un apparato organizzato di potere, che deve essere verificato in ciascuno dei fatti indagati, ovvero verificare questa forma di partecipazione dell'imputato Menéndez in ciascuno dei reati, ma ciò non può portare a confondere il piano sistematico con i singoli fatti criminosi verificatisi. Nel presente caso vengono giudicati fatti punibili dal codice penale, tutti rientranti in un disegno criminoso con caratteristiche particolari che è stato definito "piano sistematico", come abbiamo detto, ma senza alcuna difficoltà è possibile individuare ciascuno dei fatti e degli imputati, all'interno del piano citato, come dimostrano i casi già sottoposti a giudizio e quelli ancora sotto indagine".

Il giudice Riggi della CFCP, nel suo voto di adesione a quello della giudice Figueroa, ha aggiunto, chiarendo queste idee, che:

> "Non si può seriamente affermare che la condanna per l'omicidio o la privazione illegale della libertà di una determinata persona escluda la possibilità di giudicare fatti simili ma relativi a un'altra vittima diversa. Riteniamo che se l'imputazione a carico dell'imputato abbia sempre riguardato una molteplicità di comportamenti, temporalmente successivi, indipendenti tra loro e che hanno leso diversi beni giuridici, la condanna pronunciata in relazione ad alcuni dei fatti contestati non può in alcun modo costituire cosa giudicata in relazione agli altri".

5. *Commento alle sentenze*

Notiamo che le tre sentenze citate condividono un nucleo comune: trattano della portata delle garanzie del giudicato e di una delle sue principali derivazioni in materia penale, il *ne bis in idem*, nonché delle sue eccezioni nell'ambito del giudizio dei crimini contro l'umanità. È quindi opportuna, innanzitutto, una breve considerazione sui presupposti teorici e normativi di tali garanzie.

5.1. *Aspetti teorici delle garanzie della cosa giudicata e del* ne bis in idem

La *cosa giudicata* è l'istituto giuridico che fa riferimento all'inattaccabilità di una sentenza giudiziaria una volta esauriti i gradi di ricorso, ovvero una volta che la decisione finale è diventata *definitiva*. Come è stato scritto, "non si tratta solo di una mera ripercussione negativa della sentenza, ovvero dell'impossibilità di avviare un nuovo processo sulla stessa questione, ma anche di una vera e propria funzione positiva della stessa, ovvero il divieto di decidere in un altro processo in modo contrario a quanto già stabilito" [30]. Secondo la Camera Federale di Cassazione penale, la cosa giudicata si verifica "quando la sentenza è definitiva ed esecutiva", circostanza che conferisce a tale sentenza "efficacia impeditiva dal punto di vista negativo, consentendo la tutela del *non bis in idem*" [31].

Si sottolinea, pertanto, che la ragion d'essere di questa figura giuridica è la tutela della certezza e della sicurezza nei rapporti giuridici [32], in modo tale che,

---

[30] Cfr. J.C. Hitters, *Revisión de la cosa juzgada*, Librería Editora Platense, La Plata, 2001, 130.

[31] Cfr. CFCP, sezione II, F., O. A., 26 aprile 1995.

[32] Cfr. J.C. Hitters, *Revisión de la cosa juzgada*, cit., 133.

salvo casi eccezionali (ad esempio, il ricorso in revisione a favore dell'imputato), non sia possibile modificare ciò che è passato in giudicato. Inoltre, questo istituto svolge un'indiscutibile funzione di garanzia individuale che non deve essere sottovalutata, poiché, in relazione alla regola del *ne bis in idem*, l'oggetto della tutela della *cosa giudicata* va chiaramente oltre la semplice sicurezza nei rapporti giuridici. Questo valore di garanzia individuale è chiaramente indicato dal giudice Fayt nella sentenza "Mazzeo" qui commentata:

> "[N]on è in gioco solo il valore della 'stabilità delle decisioni'... ma anche il divieto che lo Stato, al quale vengono forniti tutti i mezzi per scoprire la verità, compia ripetuti sforzi per condannare un individuo per un presunto reato. Infatti, il valore definitivo della decisione finale è tutelato per chi è stato perseguito penalmente dal divieto di pluralità di procedimenti penali. Una volta raggiunta la cosa giudicata, essa è irrevocabile a danno dell'imputato, anche se è stato possibile dimostrare il fallimento del procedimento e della decisione che lo ha concluso. Questo aspetto – come è sempre stato sostenuto dalla dottrina più autorevole – accentua il carattere di garanzia individuale della norma" [33].

In ambito civile, l'istituto era noto ai Romani; la regola *non bis in idem* e le sue diverse formulazioni sembrano essere state in vigore già prima delle XII Tavole [34]. Da allora, la cosa giudicata ha sempre subito eccezioni nell'ambito del diritto privato, principalmente legate a: 1) casi di errore nel giudizio, 2) dolo dell'avversario, 3) documenti falsi o falsa testimonianza, 4) comparsa di nuovi documenti decisivi. Queste cause, già presenti nella Repubblica Romana, sono state trasposte nel diritto civile moderno e contemporaneo [35]. Tali eccezioni potrebbero sicuramente rientrare nell'idea che *non esistono diritti assoluti*, radicata nella giurisprudenza argentina sin dagli albori dell'attività della Corte Suprema di Giustizia della Nazione [36].

In materia penale la questione è diversa. In Argentina, la regola del *ne bis in idem* ha acquisito uno status costituzionale esplicito con la riforma della

---

[33] Cfr. cons. 39º del voto dissenziente del giudice FAYT nella sentenza della Corte Suprema qui commentata.

[34] Cfr. J.C. HITTERS, *Revisión de la cosa juzgada*, cit., 33. La Legge delle XII Tavole è il primo corpus normativo scritto di cui si abbia notizia in Occidente; fu promulgata nel 450 a.C. per essere applicata sia ai patrizi che ai plebei (cfr. C. RASCÓN GARCÍA, J.M. GARCÍA GONZÁLEZ, *Estudio preliminar*, in *Ley de las XII Tablas*, Tecnos, Madrid, 1993, XIX).

[35] Cfr. J.C. HITTERS, *Revisión de la cosa juzgada*, cit., 35.

[36] Cfr., CSJN, Fallos: 7:150 (del 1869). Cfr. anche CSJN, Fallos: 136:161 (del 1922), in cui si stabiliva: "Né il diritto di usare e disporre della proprietà, né qualsiasi altro diritto riconosciuto dalla Costituzione, ha carattere assoluto, essendo stata affidata al Potere Legislativo la missione di regolamentare entro certi limiti l'esercizio dei diritti da essa riconosciuti".

Costituzione Nazionale del 1994, che ha incorporato i trattati internazionali che si riferiscono all'argomento [37]. Fino all'irruzione dei processi penali per crimini contro l'umanità all'inizio del XXI secolo, in Argentina la piena operatività della garanzia in questione non aveva praticamente subito eccezioni.

La Corte Suprema di Giustizia della Nazione ha definito questa garanzia nel precedente "Ganra de Naumow", facendo proprie le considerazioni del Procuratore Generale della Nazione, sottolineando che il *ne bis in idem* vieta "non solo la nuova applicazione di una pena per lo stesso fatto... ma anche l'esposizione al rischio che ciò avvenga attraverso un nuovo processo di chi è già stato sottoposto a giudizio per lo stesso fatto" [38].

Julio Maier ha fornito una definizione eloquente e accurata della portata della garanzia del *ne bis in idem*:

> "Quando lo Stato, attraverso i suoi organi di perseguimento penale, conduce una persona a sostenere un processo pubblico sull'accusa che le viene mossa dinanzi al tribunale competente a giudicarla, questa è l'unica opportunità che ha per ottenere l'autorizzazione che consente di sottoporre tale persona a una conseguenza giuridico-penale (l'unico titolo che giustifica l'applicazione di una pena o di una misura di sicurezza e correzione penale) e non ha altra opportunità, che implica sempre un rinnovo del procedimento penale, un nuovo rischio di condanna. Precisamente, ciò che il divieto di perseguire più di una volta significa non si esaurisce nell'impedire due o più condanne contro una persona per un unico fatto punibile, ma si estende anche alla necessità di evitare che una persona subisca, per lo stesso fatto punibile, più di un procedimento penale, più di un rischio di essere condannata" [39].

La regola che impedisce plurimi procedimenti penali per lo stesso fatto opera al di là della qualificazione giuridica attribuita al fatto per il quale si intende avviare una nuova indagine. La Corte Suprema argentina ha sottolineato, nel precedente "Peluffo", che la garanzia del *ne bis in idem* "protegge gli individui dal doppio procedimento penale per lo stesso fatto,

---

[37] La Convenzione americana sui diritti umani stabilisce all'articolo 8.4 che: "*[l]'imputato assolto con sentenza definitiva non potrà essere sottoposto a nuovo processo per gli stessi fatti*"; il Patto internazionale sui diritti civili e politici stabilisce all'articolo 14.7 che: "*[n]essuno può essere giudicato o punito per un reato per il quale sia già stato condannato o assolto con sentenza definitiva secondo la legge e la procedura penale di ciascun paese*".

[38] CSJN, Fallos: 299:221. Questa dottrina è stata ribadita, più recentemente, nelle CSJN, Fallos: 314:377. In ogni caso, già nella sentenza CSJN, Mattei (Fallos: 277:188), emessa dalla CSJN nel 1968, la massima autorità giudiziaria del Paese aveva qualificato questa garanzia come *pilastro* dell'ordinamento processuale penale.

[39] Cfr. J.B.J. Maier, *Derecho procesal penal. I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, 639.

indipendentemente dalle diverse qualificazioni che possono essere attribuite a tale fatto" [40].

Tuttavia, la formulazione – soprattutto giurisprudenziale – di eccezioni ai diritti fondamentali e alle garanzie non è sempre ammissibile, anche secondo la logica che nessun diritto è *assoluto*. Posso fare un esempio molto chiaro: non è la stessa cosa proporre eccezioni alle regole di esclusione delle prove (per ammettere l'ammissione di prove che, in linea di principio, sembrano illegali) rispetto a proporre eccezioni al diritto di non essere condannati a morte, poiché in quest'ultimo caso sicuramente nessuno sarebbe disposto ad accettare un'eccezione a tale diritto fondamentale, per nessun motivo. Credo che non sarebbe nemmeno accettabile che una persona fosse condannata al carcere senza averle dato previamente la possibilità di difendersi in un processo (anche nelle sue forme abbreviate). In altre parole, esistono alcuni diritti e garanzie per i quali l'eccezione potrebbe essere così grave da comportare, semplicemente, una modifica del modello o del sistema di giudizio vigente, che è quello dello Stato di diritto costituzionale, e ciò non riuscirebbe a superare né le critiche *interne* (di natura giuridica) né quelle *esterne* (di natura etica e politica). Formulare eccezioni, in materia penale, alle norme che sanciscono la cosa giudicata e che vietano il *bis in idem* potrebbe rientrare in quest'ultimo gruppo di casi che alterano le fondamenta del sistema di giudizio dello Stato di diritto costituzionale.

5.2. *L'interpretazione delle garanzie del principio del* ne bis in idem *e della cosa giudicata nelle sentenze commentate*

Nonostante quanto detto, il sistema penale argentino ha proceduto creando eccezioni alle due garanzie individuali qui analizzate. Nei tre casi che commento, ha respinto l'invocazione delle garanzie in questione appellandosi all'impossibilità di attribuire valore giuridico a grazia e amnistia (casi "Mazzeo" e "Almonacid Arellano") da un lato, o argomentando distinzioni tra fatti globali già giudicati e fatti individuali non giudicati in precedenza (caso "Menéndez"), dall'altro.

---

[40] CSJN, Peluffo Diego s/ querella, Fallos, 314:377, 6 febbraio 1996. Lo stesso concetto è stato ribadito nella sentenza CSJN, Videla, cit., del 21 agosto 2003, in cui la Corte Suprema di Giustizia della Nazione ha sottolineato: "[L]'oggetto è identico quando si riferisce allo stesso comportamento, attribuito alla stessa persona. Si tratta di impedire che l'imputazione concreta, come attribuzione di un comportamento determinato storicamente, si ripeta, qualunque sia il significato giuridico che le è stato attribuito, in un'occasione o nell'altra, vale a dire il *nomen iuris* utilizzato per qualificare l'imputazione o designare il fatto. Il fatto è considerato come un evento reale che si verifica in un luogo e in un momento o periodo determinato".

In quest'ultimo caso ("Menéndez"), non si trattava, in senso stretto, di un'eccezione alla regola del *ne bis in idem*, poiché ciò che è stato deciso era che i fatti del primo processo preso in considerazione (la "Causa 13/84") erano *diversi* da quelli giudicati nel processo in cui l'imputato aveva sollevato l'eccezione di cosa giudicata. Stando così le cose, la questione, almeno in tale precedente, finisce per ridursi e limitarsi a un'analisi fattuale e probatoria che, qualora producesse i risultati esposti nelle rispettive sentenze dei tribunali intervenuti (tutte in senso analogo), ostacolerebbe effettivamente l'applicabilità delle garanzie *del ne bis in idem* e della cosa giudicata. Trattandosi, infatti, di fatti distinti, mancherebbe l'*identità dell'oggetto* (*eadem res)* che costituisce una condizione essenziale e imprescindibile per l'attivazione della regola di garanzia, insieme all'identità della persona (*eadem persona*) e della causa (*eadem causa petendi*) [41].

Negli altri due casi la situazione è diversa, poiché il giudizio di tali casi era stato interrotto, rispettivamente, dalla sopravvenuta concessione di un'amnistia e di una grazia.

Nel primo di essi ("Almonacid Arellano"), erano stati svolti due processi, uno dinanzi alla giustizia ordinaria (concluso definitivamente nel 1974) e l'altro dinanzi alla giustizia militare, quest'ultimo concluso nel 1997 in applicazione dell'amnistia concessa dal governo cileno attraverso il contestato decreto legge n. 2191.

Nel caso argentino ("Mazzeo"), l'imputato era stato prosciolto nel novembre 1989, mentre era sotto processo in un procedimento in corso, per diretta applicazione del decreto n. 1002/89, con cui il potere esecutivo nazionale lo aveva graziato.

Ciò che accomuna questi due precedenti è che in nessuno dei due casi i tribunali intervenuti hanno sollevato sospetti che gli imputati fossero stati giudicati in modo fittizio o fraudolento. Non si è trattato di casi di *cosa giudicata apparente*. In entrambi i casi si è trattato di procedimenti conclusisi bruscamente per applicazione di norme emanate dai rispettivi poteri pubblici (cileno e argentino, amnistia e grazia, rispettivamente). La regola che emerge da questa giurisprudenza è quindi che le amnistie e le grazie concesse per interferire in procedimenti in cui vengono indagati e giudicati crimini contro l'umanità sono prive di effetti giuridici.

Il problema che questa interpretazione giurisprudenziale pone è che il *ne bis in idem* è, in Argentina, una garanzia costituzionale, sancita da patti e trattati internazionali, il cui mancato riconoscimento per via di interpretazione

[41] Cfr. CSJN, fascicolo V. 34. XXXVI, nel caso CSJN, Videla, Jorge Rafael s/ incidente di eccezione di cosa giudicata e mancanza di giurisdizione, 21 agosto 2003.

giurisprudenziale solleva una molteplicità di problemi e interrogativi di difficile risposta.

Esiste un'espressione molto conosciuta e diffusa secondo cui la Costituzione è ciò che i giudici dicono che sia [42]. In un certo senso è così, poiché quando si tratta di interpretare la Costituzione, i margini di discrezionalità o creatività di cui dispone l'interprete sono solitamente ampi [43]. Ciò è dovuto al fatto che il programma ideologico-politico dello Stato contenuto in una Costituzione non può essere descritto in modo esaustivo in una manciata di articoli e, pertanto, i principi o i valori che tale corpo normativo intende recepire sono descritti, in molti casi, con parole il cui significato e portata corretti devono essere ulteriormente determinati dall'interprete [44].

Le norme oggetto di interpretazione giudiziaria in entrambi i precedenti sono – come espressamente invocato dai tribunali giudicanti – da un lato, quelle degli articoli 8.1 e 25 della Convenzione (che sanciscono la *protezione giudiziaria della vittima*) e, dall'altro, quelle degli articoli 8.4 della Convenzione e 14.7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (che proteggono l'imputato dalla persecuzione penale multipla).

Da una semplice lettura astratta di queste clausole non emerge una contraddizione specifica o un conflitto tra loro, poiché regolano casi diversi: le prime sanciscono i diritti delle vittime, le seconde una garanzia dell'imputato.

Per quale motivo queste coppie di norme sono entrate in conflitto? Ciò è avvenuto a partire dall'interpretazione data dal primo gruppo di norme (cioè quelle che sanciscono l'accesso alla giustizia delle vittime), poiché nel determinarne il significato e la portata, come è stato fatto in entrambi i precedenti, non è stato riconosciuto alcun valore alle amnistie e alle grazie e, quindi, sono state messe in contrasto con il secondo gruppo di norme, che sanciscono il *ne bis in idem* come implicazione del giudicato.

---

[42] La frase è di C. Hughes, ex presidente della Corte Suprema degli Stati Uniti, che ha affermato: "Siamo governati da una Costituzione, ma la Costituzione è ciò che i giudici dicono che sia".

[43] Come sottolinea Luigi Ferrajoli, l'attività interpretativa "comporta sempre, a causa dei margini di indeterminazione e imprecisione del linguaggio giuridico, spazi di discrezionalità interpretativa destinati ad essere colmati da scelte e giudizi di valore che le conferiscono un'inevitabile dimensione prescrittiva" (cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, tomo 1, Laterza, Roma-Bari, 2007; trad. spa. di P. Andrés Ibáñez e altri, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, tomo 1, Trotta, Madrid, 2011, 20. Ma è lo stesso Ferrajoli che ultimamente ha messo in guardia dagli effetti gravemente perniciosi del *creazionismo giudiziario* (cfr., ad esempio, L. Ferrajoli, *Crítica al creacionismo judicial,* in N. Guzmán (a cura di), *Escritos sobre derecho penal. Nascita, evoluzione e stato attuale del garantismo penale*, vol. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, 451 ss.).

[44] Cfr. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. di Marta Guastavino, Planeta Agostini, Barcellona, 1993, 212. Cfr. anche R. Guibourg, *Lenguaje, Constitución y modelos descriptivos,* in *Revista argentina de derecho constitucional*, vol. II, 3, 2001, 122.

Il fatto è che, secondo l'interpretazione dei tribunali, le vittime hanno il diritto fondamentale che gli autori di crimini contro l'umanità siano perseguiti e puniti penalmente; ma, allo stesso tempo, questi ultimi hanno il diritto fondamentale di non essere perseguiti penalmente se lo sono già stati in precedenza e i loro casi sono stati conclusi.

Il problema potrebbe essere facilmente risolto se quest'ultimo requisito non fosse soddisfatto, ovvero se non fosse esistito un precedente procedimento concluso. Secondo quanto emerge dalla sentenza della Corte Suprema argentina, l'imputato nel caso "Mazzeo e altri" non era stato precedentemente giudicato, poiché la grazia gli era stata concessa proprio mentre era sotto processo in un procedimento ancora in corso. Pertanto, è stato *proprio questo* (la grazia) il motivo del suo improvviso proscioglimento dal processo e della pronuncia di archiviazione, e non l'esistenza di una precedente sentenza (di qualsiasi natura) che fosse definitiva. Pertanto, una volta dichiarata l'incostituzionalità della grazia che lo aveva favorito, la questione non riguarderebbe tanto la validità o meno della clausola del *ne bis in idem,* quanto piuttosto la possibilità di riprendere lo stesso processo che era già in corso prima della grazia e che, a causa di quest'ultima, era stato interrotto [45]. Qui potrebbero entrare in gioco altri problemi, come quello della prescrizione dell'azione penale (la cui operatività, tuttavia, è stata negata anche dalla Corte interamericana e dalla Corte Suprema argentina).

Probabilmente qualcosa di simile si potrebbe dire riguardo al caso "Almonacid Arellano", poiché quando è stato applicato il decreto legge di amnistia, gli imputati erano sottoposti a un processo dinanzi alla giustizia militare che, non essendo stato concluso con una sentenza definitiva, poteva essere ripreso una volta superato l'ostacolo – incostituzionale – dell'amnistia concessa. Rimane tuttavia il problema posto dall'esistenza di un primo processo precedente (quello svoltosi negli anni '70), che aveva effettivamente portato a una sentenza definitiva di archiviazione.

Infatti, il vero problema – che compromette le garanzie del giudicato e del *ne bis in* idem – si presenta nei casi in cui esisteva un procedimento precedente conclusosi, ad esempio, con la pronuncia di un proscioglimento, vale a dire un procedimento che non è stato interrotto da un indulto o da

[45] Questo aspetto, determinante per la corretta comprensione del caso, non è stato sufficientemente preso in considerazione nel mio precedente lavoro sull'argomento (cfr. 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.) e N. Guzmán (a cura di), *Neopunitivismo e neoinquisizione. Un'analisi delle politiche e delle pratiche penali che violano i diritti fondamentali dell'imputato*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, 203 ss.

un'amnistia, e si intende riavviarlo o riprenderlo invocando il diritto fondamentale della vittima al processo e alla punizione dei responsabili del crimine contro l'umanità. A questo proposito, nella causa "Almonacid Arellano" la Corte IDH ha sottolineato che le garanzie dell'imputato citate non sarebbero applicabili sia nel caso di *cosa giudicata fraudolenta*, sia, addirittura, nel caso di comparsa di nuove prove [46].

Nel primo caso, sarebbe necessario allegare e provare la frode processuale. In linea con la sentenza della Corte IDH, dovrebbe essere dimostrato che i giudici del processo precedente non sono stati imparziali, che tutto è stato una messinscena volta a dare l'apparenza di un processo con lo scopo, in realtà, di garantire l'impunità agli autori del reato.

Nel secondo caso, che riguarda la comparsa di nuove prove, la situazione è più complessa. Infatti, si pone chiaramente il dilemma di dover scegliere tra due diritti costituzionali: i diritti delle vittime – o dei loro familiari – di crimini contro l'umanità e il diritto dell'imputato a non essere perseguito più volte per lo stesso fatto – quando lo è già stato in precedenza nell'ambito di un processo validamente concluso – in virtù della comparsa di presunte nuove prove [47]. La Corte Suprema argentina ha sviluppato un criterio che, in linea di principio, dovrebbe servire come prima linea guida per la risoluzione dell'eventuale conflitto normativo:

> "[I] diritti fondati su una qualsiasi delle clausole della Costituzione Nazionale hanno pari gerarchia, per cui l'interpretazione deve armonizzarli, sia che riguardino i cosiddetti diritti individuali sia le attribuzioni statali" [48]. Inoltre: "le

[46] Cfr. paragrafo 154: "Questa Corte ritiene che, qualora emergano nuovi fatti o prove che consentano di individuare i responsabili di violazioni dei diritti umani e, a maggior ragione, i responsabili di crimini contro l'umanità, le indagini possano essere riaperte, anche in presenza di una sentenza di assoluzione passata in giudicato, poiché le esigenze della giustizia, i diritti delle vittime e la lettera e lo spirito della Convenzione americana prevalgono sulla protezione del *ne bis in idem*".

[47] La CSJN, in un caso che non riguardava crimini contro l'umanità, si è pronunciata con forte enfasi contro la possibilità di riaprire un processo già concluso in modo regolare. Il caso si era concluso con l'archiviazione a favore dell'imputato. Un tribunale provinciale superiore aveva annullato tale archiviazione quando era già definitiva e aveva ordinato lo svolgimento di un processo contro l'imputato. La CSJN ha sottolineato che: "la lettura degli atti permette di constatare che la nuova pronuncia adottata dal tribunale superiore [...] ha comportato l'annullamento di una decisione che, oltre a scagionare [l'imputato] dal processo, era diventata definitiva (cfr. fs. 672/681 vta.) in chiara violazione della garanzia costituzionale che tutela la cosa giudicata" (cons. 6º). E, in virtù di ciò, ha dichiarato ammissibile il ricorso straordinario e ha annullato la risoluzione del tribunale superiore provinciale (cfr. CSJN, Álvarez, Néstor s/ homicidio simple, A. 2762, XXXVIII, 8 marzo 2005).

[48] CSJN, Fallos: 255:293, CSJN, Fallos: 258:207, tra le altre.

> clausole costituzionali non devono essere interpretate in modo da metterle in conflitto tra loro, ma piuttosto in modo da armonizzarle e rispettare i principi fondamentali che le informano" [49].

Non posso approfondire qui le possibili soluzioni o strade percorribili di fronte a una situazione di conflitto tra norme costituzionali o convenzionali come quella descritta, perché un commento alle sentenze, quale è questo contributo, non è il luogo adatto per sviluppare un'analisi così complessa come quella che tale situazione richiede. Mi limiterò quindi a esporre il problema che si presenta in una situazione come quella ipotizzata e a insistere, a titolo di conclusione, sul fatto che sia la Corte Suprema argentina che la Corte Interamericana dei Diritti Umani hanno posto al di sopra di qualsiasi grazia o amnistia il diritto delle vittime di crimini contro l'umanità a che i fatti siano indagati, giudicati e puniti, anche – e proprio – nei casi in cui i procedimenti penali siano stati interrotti e conclusi in virtù di decisioni di questo tipo prese dal potere politico.

[49] CSJN, Fallos: 236:103; CSJN, Fallos: 181:343 Per approfondire i meccanismi di interpretazione delle clausole della Costituzione Nazionale e dei patti internazionali, rimando ai lavori di N. Sagüés, *La interpretación judicial de la Constitución*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006; J. Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985; e G. Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987.

CAPITOLO IV

DILEMMI DELLA GIUSTIZIA PENALE ARGENTINA NELL'APPLICAZIONE DELLA GIURISDIZIONE UNIVERSALE

di TOMÁS K. MANGUEL*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Laboratorio argentino. – 2.2. Il caso "Muñoz De Bustillo Gallego". – 2.2.1. Fatti e decisione della CFCP. – 2.2.2. Alcune osservazioni: l'eccezionalità della giurisdizione universale come fondamento per limitare l'accesso alla giustizia? – 2.3. Il caso degli Uiguri. – 2.3.1. Parere del pubblico ministero, archiviazione del giudice di primo grado e conferma della Corte d'appello. – 2.3.2. Decisione della CFCP. – 2.3.3. Seconda decisione della sezione II della Corte d'appello. – 2.3.4. Alcune osservazioni: perché l'Argentina non può – o non vuole – "perforare" la sovranità statale cinese. – 2.3.4.1. Principio di sussidiarietà ed esistenza di un procedimento in corso per fatti analoghi dinanzi ad altra giurisdizione. – 3. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'Argentina è uno dei paesi con il maggior numero di casi di giurisdizione universale (GU) al mondo dopo la Francia, seguita dalla Svezia, Germania e Belgio. L'avvio di 96 indagini basate sul principio di universalità entro il 2022 ha consolidato il ruolo dell'Argentina tra le prime cinque nazioni al mondo per volume di casi, confermandola come il principale punto di riferimento nell'area latinoamericana [1]. Secondo l'ultimo rapporto di

* Professore di Diritto penale internazionale nei Master in Diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Buenos Aires e di Palermo, Buenos Aires.

[1] L. JOHNS, M. LANGER, M.E. PETERS, *Migration and the Demand for Transnational Justice*, in *American Political Science Review*, 2022, 1-24. La categoria dei casi "avviati" è particolarmente ampia. Infatti, la cifra indicata non si riferisce al numero di procedimenti giudiziari o di indagini, bensì al numero di persone segnalate, e include anche denunce che non hanno necessariamente portato all'apertura di un'indagine penale e che, pertanto, potrebbero essere state archiviate in fase preliminare. A ciò si aggiunge la notevole difficoltà di accesso a dati "ufficiali" sistematizzati

TRIAL International, solo 16 Paesi al mondo hanno cause aperte per casi di GU, 10 dei quali sono europei: ciò colloca senza dubbio l'Argentina come uno dei protagonisti più importanti nella lotta contro l'impunità dei crimini più atroci contro l'umanità [2].

Questo posizionamento si basa sul numero di cause, non sulla quantità o sulla diversità dei Paesi oggetto di indagine. Senza timore di sbagliare, l'Argentina è in testa alla 'classifica' internazionale, con indagini relative a fatti avvenuti in Paesi come Azerbaigian, Bolivia, Cina, Colombia, Cuba, Spagna, Striscia di Gaza, Israele, Myanmar, Nicaragua, Russia, Turchia, Venezuela e Yemen.

Tuttavia, l'Argentina, differenziandosi dagli altri Paesi con cui condivide il podio per il numero di casi, non prevede espressamente a livello normativo tale modalità di esercizio della giurisdizione. Secondo la giurisprudenza consolidata, il principio di extraterritorialità nel sistema penale argentino – previsto dall'articolo 118 della Costituzione Nazionale (CN) del 1994 – riconosce il principio della giurisdizione universale (GU) in riferimento ai reati commessi "al di fuori dei confini della Nazione" e "contro il diritto delle genti". È significativo che già la CN del 1853 prevedesse tale disposizione all'articolo 99, poi riformato nel 1860 e divenuto l'articolo 102. Il presunto riconoscimento della GU. nella costituzione argentina è uno dei pochi aspetti – se non l'unico – in cui la giurisprudenza nazionale e i suoi rispettivi operatori hanno mantenuto un certo grado di coerenza.

Oltre al retaggio in difesa dei diritti umani, a spingere l'Argentina in cima alla graduatoria per numero di casi di GU è proprio la mancanza di una disciplina legale *ad hoc*, che la rende un'eccezione tra i grandi attori mondiali. La legittimazione all'esercizio di tale tipo di giurisdizione deriva, infatti, da un'interpretazione giurisdizionale della Costituzione nazionale. Ne risulta che la sua applicazione sia estremamente lassista e soggetta a criteri spesso privi di un adeguato fondamento giuridico, trasformando l'Argentina in un "miscuglio" di GU. È indubbio che questa situazione possa condurre a una saturazione del sistema e, perché no, a una banalizzazione o delegittimazione del principio.

Scrivere sulla GU, cercando di sintetizzare i criteri stabiliti nelle sentenze della Corte Suprema di Giustizia della Nazione (CSJN) e della Camera

sui casi di giurisdizione universale in corso in Argentina. Tuttavia, sulla base di una stima derivata dall'indagine empirica e dalla raccolta informale dei dati disponibili, si può affermare che l'insieme dei casi è, approssimativamente, di 20.

[2] Conf. dati raccolti nel rapporto annuale 2025 di Trial International, disponibile su https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2025/04/03_TRIAL_UJAR_2025_FINAL_DIGITAL.pdf.

Federale di Cassazione Penale (CFCP), è un compito di enorme complessità. Nessun caso di giurisdizione universale è mai arrivato alla CSJN, e i casi che si sono visti applicare tale principio riguardavano reati contro l'umanità, nell'esercizio della giurisdizione territoriale. Tra questi rari precedenti – oltre a "Mazzeo", "Priebke" [3] e "Arancibia Clavel" – spicca la sentenza "Simón".

La sentenza Simón ha costituito una pietra miliare nel processo di giustizia di transizione: dichiarò incostituzionali le leggi del punto finale e dell'obbedienza dovuta e confermò la validità della legge 25.779 che le aveva dichiarate nulle. Inoltre, due giudici manifestarono preoccupazione per i rischi che il mantenimento in vigore delle leggi di impunità avrebbero potuto comportare per la sovranità dello Stato, circostanza che porterebbe alla continua inazione dello Stato argentino e al rischio che un terzo Stato, nell'esercizio della GU, possa appropriarsi delle indagini sui terribili crimini commessi nel territorio argentino. Il giudice Boggiano, riprendendo la sua dissidenza nel caso "Nadel", ha sostenuto che l'articolo 118 della Costituzione nazionale già contemplava la possibilità di esercitare la giurisdizione universale nei confronti dei crimini contro il diritto delle genti. A sua volta, ha citato il rapporto 133/99 della CIDH, che legittima l'azione di Stati terzi in contesti di impunità. Highton de Nolasco, nella stessa linea, ha avvertito che la mancata applicazione della giurisdizione territoriale abilita l'applicazione del principio universale, come già avvenuto nel caso Scilingo.

Per quanto riguarda le sentenze della CFCP, è significativo osservare che questa corte sia intervenuta raramente. In effetti, poiché l'Argentina è stata una pioniera dell'esercizio della GU – almeno dal punto di vista quantitativo – nessun caso è mai giunto alla fase del dibattimento orale. Poiché gli strumenti di impugnazione davanti alla CFCP riguardano sentenze definitive o equiparabili a definitive, è logico che quasi nessuna questione rilevante sia arrivata davanti a tale istanza.

Tuttavia, alcune sentenze consentono di comprendere la portata attribuita alla questione della giurisdizione universale dinanzi alla CFCP, come il caso "Muñoz De Bustillo Gallego" relativo ai crimini del franchismo – sezione 2.2.

---

[3] A differenza dei casi "Arancibia Clavel", CSJN, Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros, n. 259, Fallos: 327:3312, 28 agosto 2004, "Simón", Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc., n. 17.768, 14 giugno 2005 e Mazzeo, CSJN, Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad, Fallos: 330:3248, 13 luglio 2007. in cui i reati oggetto di indagine sono stati commessi in territorio argentino, il caso "Priebke", CSJN, Priebke, Erich s/ richiesta di estradizione, n. 16.063/94, 2 novembre 1995, era un procedimento di estradizione per crimini commessi nella città di Roma, in cui l'imputato non è stato processato in Argentina ma in Italia.

In tale contributo ci si concentrerà sul caso degli Uiguri. Questa vicenda è di fondamentale importanza poiché è quella in cui sono state trattate la maggior parte delle questioni relative alla GU, dall'accesso alla giustizia delle vittime di crimini internazionali alla questione della sussidiarietà. Data l'enorme quantità di disomogeneità di tutte le istanze coinvolte, esamineremo anche le pronunce di queste ultime (sezione 2.3). L'incoerenza emerge talvolta anche nelle decisioni del Ministero Pubblico della Procura (MPF), titolare dell'azione penale secondo la normativa interna. Tale situazione ha indotto la Procura Generale della Repubblica Argentina, il 30 novembre 2023, ad avviare la redazione di linee guida generali per i rappresentanti dell'MPF nei casi di giustizia penale internazionale, documento infine pubblicato nel dicembre 2024.

Infine, verranno svolte alcune considerazioni sullo stato della giurisdizione universale in Argentina – principalmente in relazione al principio di sussidiarietà e ai requisiti di nesso per l'esercizio di quest'ultima– per comprendere dove ci troviamo e, soprattutto, dove ci stiamo dirigendo – sezione 3.

2. *Laboratorio argentino*

2.2. *Il caso "Muñoz De Bustillo Gallego"*

2.2.1. *Fatti e decisione della CFCP*

Il 22 dicembre 2016 e il 12 aprile 2019, i signori Marc A. Muñoz de Bustillo Gallego e Rosa Gallego Moreno si costituirono parte civile nel processo "Galván Abascal, Celso e altri s/imposizione di tortura, art. 144 ter. Inc.1" [4], in corso dinanzi al Tribunale Nazionale Penale e Correzionale Federale (Tribunale Federale) n. 1. In tale sede si indagavano i crimini commessi durante il "regime franchista", perpetrati in Spagna tra il 17 luglio 1936 e il 15 giugno 1977 a danno dei cittadini spagnoli sostenitori della forma di governo rappresentativa; episodi che, essendo considerati parte di un piano sistematico, generalizzato, deliberato e pianificato di eliminazione fisica, sono stati qualificati come crimini contro l'umanità.

In tale contesto, i presunti querelanti hanno chiesto che venisse accertata la morte di Gustavo Adolfo Muñoz de Bustillo Gallego, avvenuta l'11

[4] Tribunale Nazionale Penale e Correzionale Federale (Arg.) n. 1, "Galván Abascal", 30 ottobre 2014, originata da una denuncia presentata in Argentina nell'aprile 2010 dinanzi al Tribunale Federale n. 1 dai familiari delle vittime e da diverse ONG del paese. Questo caso è stato uno dei primi in cui l'Argentina ha condotto indagini in applicazione del principio di GU.

settembre 1978 nel corso di una manifestazione indetta da un gruppo politico dissidente – al quale avrebbe appartenuto la vittima – "per l'indipendenza della Catalogna, per il boicottaggio della Costituzione borghese, contro la legge antiterrorismo e per la liberazione di tutte le colonie, nazionalità e popoli sottomessi allo Stato spagnolo della borghesia".

Il caso è stato portato all'attenzione della CFCP sulla base dei ricorsi presentati contro la sentenza del 15 marzo 2018 della sezione II della Corte d'Appello Federale Penale e Correzionale (Corte d'Appello) [5], la quale, confermando la decisione del giudice di primo grado, ha proceduto a negare la legittimazione attiva ai ricorrenti [6]. Per decidere in tal senso, la Camera ha affermato che "... le notevoli particolarità della questione richiedono un'ulteriore motivazione, per quanto riguarda la qualificazione giuridica di ordine internazionale invocata e altri fattori che hanno portato, in altri casi, il giudice ad abilitare la sua giurisdizione extraterritoriale fino a quel momento".

La Sala IV CFCP ha accolto a maggioranza il ricorso in cassazione presentato e ha annullato la decisione impugnata.

In primo luogo, per quanto riguarda il fatto che l'evento denunciato eccede – come correttamente rilevato dalle istanze precedenti – il periodo temporale delimitato dal magistrato di primo grado, compreso tra il 17 luglio 1936 e il 15 giugno 1977, la CFCP ha affermato che i fatti denunciati dai familiari di Muñoz de Bustillo "appaiono – con la verosimiglianza richiesta dalla fase – sufficientemente collegati alla pianificazione generale oggetto dell'indagine" [7]. È stato inoltre rilevato che i magistrati dell'istanza precedente avevano richiesto un'ulteriore motivazione in merito alla qualificazione giuridica dell'ordine internazionale invocata dalla ricorrente. I magistrati hanno concluso dichiarando che la richiesta di una "maggior motivazione" non era debitamente giustificata, poiché la denuncia non doveva provare l'ipotesi accusatoria sostenuta, ma soltanto renderla "verosimile".

Da parte sua, il giudice Hornos ha affermato che la sentenza contestata aveva interpretato "erroneamente la normativa costituzionale e internazionale

---

[5] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (Arg.) [CCCF] (sezione II, n. 4591/2010/8/CA8) 15 marzo 2018.

[6] Nella sentenza di primo grado si sottolinea che i fatti denunciati esulano dall'oggetto processuale del procedimento principale, poiché il fatto denunciato dalla ricorrente sarebbe avvenuto l'11 settembre 1978.

[7] Per quanto riguarda il rapporto tra il fatto individuale e l'attacco generalizzato e/o sistematico, si veda in quest'opera il capitolo VIII a cura di P. Eiroa, *Il collegamento tra l'atto e l'attacco nei crimini contro l'umanità*.

di origine consuetudinaria che conferisce ai tribunali nazionali di giurisdizione universale la competenza su fatti come quelli che costituiscono l'oggetto processuale della presente causa".

La critica si basa sul fatto che la sentenza impugnata subordinato il diritto di ricorso dei ricorrenti alla "...possibilità di intraprendere eventuali azioni legali presso le sedi territorialmente competenti o dinanzi ai tribunali regionali con giurisdizione per riesaminare i conflitti verificatisi in tali sedi", mentre – secondo Hornos – il principio di complementarità è una regola propria della Corte penale internazionale (CPI) e non è applicabile ai casi di GU. In tal senso, ha sostenuto che "sebbene la giurisdizione universale debba essere esercitata con la moderazione e la prudenza che competono qualsiasi manifestazione di sovranità extraterritoriale, è certo che, in quanto principio di attribuzione di competenza, tale principio non sia subordinato ad alcuna condizione. In altre parole, non è un principio di applicazione sussidiaria, concorrente o limitata alla verifica di un punto di connessione tra il fatto e lo Stato che intende giudicarlo". Infine, ha richiamato alla competenza dei tribunali spagnoli nel giudicare i reati di genocidio, tortura e terrorismo commessi in Guatemala, in particolare la sentenza STC 237/2005 della Corte costituzionale spagnola, in cui avrebbe criticato l'*Audiencia Nacional* per la sua interpretazione restrittiva del principio di GU, "esigendo dai denuncianti una piena dimostrazione dell'impossibilità legale o della prolungata inattività giudiziaria, al punto da richiedere la prova dell'effettivo rigetto della denuncia da parte dei tribunali guatemaltechi. Una interpretazione così restrittiva della giurisdizione internazionale dei tribunali spagnoli, stabilita dall'articolo 23.4 della Legge Organica del Potere Giudiziario (LOPJ), comporta una violazione del diritto di accesso alla giurisdizione riconosciuto dall'articolo 24.1 della Costituzione spagnola, prima espressione del diritto ad una tutela effettiva, rendendo tale requisito una *probatio* diabolica" [8].

In virtù di tali argomentazioni, i giudici, a maggioranza, hanno accolto il ricorso in cassazione, hanno annullato la sentenza impugnata e hanno rinviato "il procedimento al tribunale di origine affinché emetta una nuova sentenza conforme alla legge e agli atti del caso".

Il caso è stato rinviato all'istanza precedente, ovvero alla sezione II della Corte d'Appello, presieduta dal giudice Martín Irurzun, il quale, in ottemperanza alle disposizioni del suo superiore gerarchico, si è limitato a prendere atto della decisione e a rinviare il procedimento al Tribunale Federale

[8] Voto del giudice Hornos che cita testualmente la Corte costituzionale spagnola.

n. 1 [9], il cui titolare, con decreto semplice, ha deciso – in linea con quanto deciso dalla CFCP – di considerare i ricorrenti come parti querelanti nel procedimento [10].

2.2.2. *Alcune osservazioni: l'eccezionalità della giurisdizione universale come fondamento per limitare l'accesso alla giustizia?*

In primo luogo, la CFCP ha agito correttamente nell'annullare la sentenza, poiché non si giustifica "perché le particolarità [del caso] richiedano una maggiore argomentazione da parte della ricorrente, tanto più quando è in gioco la possibile qualificazione di crimini contro l'umanità dei fatti denunciati". La Corte ha rilevato l'infondatezza dell'esigere un onere probatorio maggiore ai denuncianti solo perché si tratta di crimini contro l'umanità e perché essi richiedono l'esercizio della GU.

In un altro passaggio si afferma che il principio di giurisdizione oggetto di analisi avrebbe un "origine consuetudinaria"; tuttavia, tale affermazione non è accompagnata da un'argomentazione idonea a sostenerla. Questa omissione non è di poco conto, se si considera che, allo stato attuale del dibattito, non esiste un consenso chiaro né in dottrina [11] né nella prassi degli Stati [12] in merito al carattere consuetudinario di tale principio. A tal proposito, è illuminante quanto ha affermato il giudice *ad hoc* van den Wyngaert nel suo voto dissenziente nella causa "Repubblica Democratica del Congo contro Belgio" della Corte Internazionale di Giustizia (CIJ), nel quale ha sottolineato che "molto è stato scritto nella dottrina giuridica sulla GU, [ma] non esiste una definizione generalmente accettata di GU nel diritto internazionale convenzionale o consuetudinario" [13].

---

[9] CCCF, sezione II, n. 4591/2010/8, 15 giugno 2018.

[10] Tribunale Federale 1, CFP 4591/2010, 22 giugno 2024.

[11] Cfr. nota *infra* 46.

[12] Cfr. Settantanovesima sessione, Punto 85 dell'ordine del giorno provvisorio Portata e applicazione del principio della giurisdizione universale, Relazione del Segretario Generale, 1 agosto 2024 (A/79/269), disponibile all'indirizzo https://docs.un.org/es/A/79/269.

[13] Caso Arrest Warrant, I.C.J., Repubblica Democratica del Congo contro Belgio, 14 febbraio 2002, par. 44 e segg. del suo voto dissenziente (Arrest Warrant). Secondo G. Werle, F. Jeßberger, ad esempio, la GU ha origine convenzionale e consuetudinaria, distinguendo in un caso o nell'altro il carattere facoltativo e obbligatorio della sua applicazione (è facoltativa quando si basa solo sul diritto internazionale consuetudinario) (G. Werle, F. Jeßberger, *Principles of International Criminal Law*, 4a ed., Oxford University Press, Oxford, 2020, 105). B. Broomhall sostiene che il carattere obbligatorio dell'estensione della giurisdizione per i crimini internazionali commessi al di fuori del territorio dello Stato deriva solo dall'impegno assunto dagli stessi Stati parti di un determinato

La CFCP, d'altra parte, ha criticato la sentenza per aver subordinato il diritto di ricorso dei ricorrenti all'esito di eventuali azioni legali in altre giurisdizioni, poiché il principio di complementarità è una regola propria della CPI non applicabile ai casi di GU e "non è, in altre parole, un principio di applicazione sussidiaria, concorrente o limitata alla verifica di un punto di connessione tra il fatto e lo Stato che intende giudicarlo".

Una lettura attenta della sentenza permette di notare che, in questo caso, la CFCP ha confuso il principio di complementarità – non applicabile alla GU – con il principio di sussidiarietà, che, a differenza del primo, potrebbe invece essere applicabile. Infatti, il principio di complementarità mira a conciliare, da un lato, la sovranità dello Stato, che rivendica la giurisdizione nazionale sui crimini internazionali commessi dai propri cittadini e/o sul proprio territorio e, dall'altro, in via eccezionale, conferisce ad un tribunale internazionale la capacità di esercitare la giurisdizione su questi crimini atroci. Come ha sottolineato El Zeidy, "gli aspetti procedurali dello Statuto della CPI proteggono la sovranità nazionale e la giurisdizione interna e, dall'altro, rafforzano la giurisdizione della CPI" [14], e, poiché tali aspetti sono in costante tensione, il ruolo fondamentale della complementarità risiede nel trovare un giusto equilibrio tra il rispetto della sovranità nazionale e l'esercizio della giurisdizione da parte della CPI.

Il principio di sussidiarietà, invece, può essere applicato da alcuni Stati come limite all'esercizio della GU, impedendo l'apertura di indagini in casi considerati analoghi dinanzi ad altre giurisdizioni e/o dinanzi alla CPI. In tal senso, le Linee guida MPF stabiliscono che "questo principio può essere esercitato solo in via sussidiaria, quando i Paesi con la responsabilità primaria di condurre le indagini e il processo siano inadempienti, non competenti nel farlo o se diano risposte inefficaci" [15]. Va sottolineato che gli Stati che hanno limitato o condizionato l'esercizio alla non esistenza di casi in giurisdizioni straniere lo hanno fatto attraverso le rispettive norme di regolamentazione della competenza giurisdizionale o

strumento internazionale che, in quanto tali, sono obbligati ad estradare o giudicare il sospettato che si trova nel loro territorio – principio noto come *aut dedere aut iudicare*. Pertanto, secondo tale autore, l'esercizio della giurisdizione in questi casi non sarebbe "esattamente" in applicazione del principio di GU (B. Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 11).

[14] M.M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, 239.

[15] Linee guida generali di intervento del Ministero Pubblico Federale della Nazione in materia di giurisdizione universale (Risoluzionie PGN 76/2024) [Linee guida MPF].

basandosi sul principio di opportunità, elementi entrambi assenti nel caso argentino [16].

Infine, sebbene la CFCP abbia sottolineato che la Corte costituzionale spagnola ha affermato che la legge organica sul potere giudiziario istituisca un principio di GU assoluto, essa ha omesso di precisare che tale legge ha subito due importanti modifiche, che l'hanno drasticamente limitata. Al momento della sua adozione nel 1985, il modello spagnolo di GU, infatti, permetteva di avviare indagini incondizionatamente. Tuttavia, la legge Organica sul Potere Giudiziario è stata modificata, nel 2009 e nel 2014, restringendo l'ambito di applicazione della GU mediante l'imposizione di condizioni quali la presenza del sospettato in Spagna, la nazionalità spagnola della vittima o l'esistenza di un altro legame rilevante con la Spagna [17].

---

[16] Ad esempio, in Germania, la sussidiarietà non è un requisito per esercitare la GU secondo la CCAIL. Tuttavia, ai sensi dell'articolo 153f (2.4) dello StPO, il pubblico ministero può rifiutarsi di avviare un procedimento quando "il reato è perseguito da un tribunale internazionale di giustizia o da uno Stato nel cui territorio è stato commesso il reato, il cui cittadino è sospettato del reato o è stato danneggiato dal reato". Lo stesso vale se il sospettato è uno straniero residente in Germania ed è previsto il suo trasferimento a un tribunale internazionale o la sua estradizione in un terzo Stato. Allo stesso modo, l'articolo 264m(2) del Codice penale svizzero consente al pubblico ministero di non avviare o chiudere un'indagine se esiste già un'autorità straniera o un tribunale penale internazionale la cui giurisdizione è riconosciuta dalla Svizzera che sta indagando sui fatti. Allo stesso modo, gli articoli 4(3) e 4(4) del codice penale lettone limitano l'esercizio della giurisdizione passiva e della GU a situazioni in cui gli indagati "non sono stati dichiarati penalmente responsabili né obbligati a essere giudicati in conformità con le leggi dello Stato in cui è stato commesso il reato". In altre parole, la sussidiarietà è prevista solo nei confronti di Stati terzi e non di tribunali internazionali, cosicché l'esistenza di un procedimento aperto dinanzi alla CPI, in linea di principio, non costituirebbe un ostacolo all'esercizio della giurisdizione passiva. Ciò è in linea con quanto affermato in una dichiarazione congiunta degli Stati baltici dinanzi alla Sesta Commissione delle Nazioni Unite, dal rappresentante permanente della Lituania a nome della Lituania, della Lettonia e dell'Estonia (disponibile su https://www.un.org/en/ga/sixth/78/pdfs/statements/universal_jurisdiction/12mtg_baltic.pdf).

[17] Cfr. C. Stahn, *A Critical Introduction To International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 185-186 e G. Werle *et al.*, cit., 102. Allo stesso modo, anche il Belgio aveva inizialmente adottato un modello di giurisdizione pura o assoluta (previsto dalla *Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire*) che ne consentiva l'esercizio senza richiedere alcun tipo di collegamento con il paese. La situazione è cambiata con la riforma legale del 5 agosto 2003 che, pur non richiedendo la presenza dell'imputato sul territorio belga, applica criteri di giurisdizione extraterritoriale, quali la giurisdizione attiva (l'imputato è belga) o la residenza sul territorio belga o la vittima è belga (giurisdizione passiva). Va sottolineato che queste riforme hanno anche risposto alle pressioni internazionali seguite alle critiche ricevute per le indagini avviate, tra gli altri, contro Yasser Arafat, Fidel Castro, Ariel Sharon, Saddam Hussein e George Bush.

2.3. *Il caso degli Uiguri*

2.3.1. *Parere del pubblico ministero, archiviazione del giudice di primo grado e conferma della Corte d'appello*

Il 22 agosto 2022, l'"Uyghur Human Rights Project", "Lawyers for Uyghur Rights" e "World Uyghur Congress" si sono presentati dinanzi alle autorità argentine per denunciare i crimini commessi dai membri del governo della Repubblica Popolare Cinese contro la minoranza musulmana uigura insediata nella regione dello Xīnjiāng [18].

In particolare, si è denunciata l'attuazione dal 1990 di politiche pubbliche volte a "colonizzare" il territorio occupato storicamente dal popolo uiguro, attraverso – tra gli altri meccanismi – la migrazione di membri della comunità Han nella provincia dello Xinjiang. Hanno fatto riferimento all'attuazione, nel 2014, del programma "Strike Hard Campaign Against Violent Terrorism", che avrebbe incluso diverse forme di sorveglianza, restrizioni alla libertà di movimento (arresti di massa, preventivi e arbitrari, extragiudiziali e giudiziari), nonché impedimenti al commercio e al lavoro degli uiguri, attuazione di politiche attive per ridurre la natalità nella comunità uigura, separazione delle famiglie e ingresso di bambini "orfani" i cui genitori erano state vittime dei comportamenti sopra descritti, sparizione forzata di persone precedentemente detenute in centri di detenzione denominati "centri di educazione", tutti comportamenti sussumibili nel delitto di lesa umanità. Hanno inoltre denunciato la commissione di un genocidio contro gli uiguri e altri gruppi etnici e religiosi minoritari dello Xinjiang.

Ricevuta la denuncia, il giudice incaricato del Tribunale Federale n. 7, ai sensi dell'articolo 180 del CPPN, ha trasmesso il fascicolo al Procuratore, il quale, in primo luogo, ha concordato con i denuncianti sulla questione che i fatti da indagare rientrerebbero *prima facie* nei reati di genocidio e crimini contro l'umanità. Sebbene la Procura abbia riconosciuto che tale giurisdizione e competenza dello Stato argentino trovino fondamento nella Costituzione e in fonti convenzionali, ha chiesto l'archiviazione del procedimento poiché ha ritenuto operante un procedimento penale sugli stessi fatti dinanzi ai tribunali penali della Repubblica di Turchia. Ha affermato la maggiore legittimità del Paese turco nell'indagare sui fatti denunciati, in base al "principio di nazionalità passiva delle vittime che hanno presentato denuncia,

[18] NdC: è utile segnalare che nel caso in esame, l'Autore è intervenuto in qualità di *amicus curiae* in veste di direttore del Dipartimento di diritto penale internazionale dell'ONG italiana di contenzioso strategico in materia di diritti umani StraLi (https://www.strali.org/en/), sia in appello che in cassazione.

nonché all'ascendenza delle vittime che implica un interesse concreto e legittimo nella richiesta di punizione da parte delle autorità turche". In particolare, il Procuratore ha affermato: "avendo accertato l'esistenza di un procedimento penale in corso dinanzi alla Repubblica di Turchia promosso dalle vittime della comunità uigura residenti in quel Paese, ritengo che non sussistano i presupposti per abilitare la GU dei nostri tribunali e che pertanto spetti al signor Giudice disporre l'archiviazione di questa denuncia per impossibilità di procedere (art. 195, secondo comma, e art. 213, comma d, del C.P.P.N.)" [19].

In virtù di ciò, il giudice ha sostenuto che l'assenza di un'azione penale costituiva un ostacolo all'apertura dell'indagine (articolo 120 della Costituzione Nazionale) e ha disposto l'archiviazione della denuncia [20]. Tale decisione non è stata notificata ai denuncianti che, una volta venuti a conoscenza di quanto disposto, hanno chiesto di essere considerati parte civile, richiesta che il magistrato ha respinto [21].

Per decidere in tal senso, il giudice ha ammesso di riconoscere la figura del "querelante autonomo", ossia il diritto della persona offesa di costituirsi parte civile fin dall'inizio dell'istruttoria, anche in assenza di impulso dell'azione. Tuttavia, ha affermato che il sostegno senza restrizioni dell'azione penale pubblica, invocando la natura dei reati che danno luogo alla GU, comporterebbe un giudizio sovranazionale per cui uno Stato terzo "invade" la sovranità di un altro, arrogandosi con la sua azione la rappresentanza della comunità internazionale. In virtù di ciò, ha affermato che il carattere eccezionale della GU "fa sì che le norme di diritto comune spesso non siano applicabili". In breve, si è concluso che nei casi di GU sia inammissibile la figura del querelante autonomo e che, in questi casi, la parte querelante potrebbe essere ammessa solo come "adesione all'azione pubblica guidata dalla procura in rappresentanza dello Stato argentino, in quanto membro della comunità internazionale", il che "non implica ignorare il diritto delle vittime di crimini atroci di presentare ricorso in tribunale, ma riconoscere l'eccezionalità dell'istituzione e i limiti che le impone il rispetto di un ordine giuridico internazionale, in modo da coniugare l'impegno argentino nella difesa dei diritti umani con la legalità della sua azione".

---

[19] CFP 2774/2022, Parere del Procuratore di primo grado María Alejandra Mángano, 4 agosto 2023.

[20] CFP 2774/2022, Decisione di primo grado del giudice Sebastián Casanello che dispone l'archiviazione, 29 agosto 2023.

[21] CFP 2774/2022, Decisione di primo grado del giudice Sebastián Casanello che respinge la richiesta dei presunti querelanti, 9 novembre 2023.

Entrambe le decisioni – l'archiviazione e il rifiuto di considerare i denuncianti come parti querelanti – sono state confermate dalla sezione II della Corte d'Appello [22], a seguito delle rispettive impugnazioni formulate dai presunti querelanti. In tale occasione, i giudici di quella istanza hanno ritenuto conforme alla legge la decisione del pubblico ministero di non promuovere l'azione penale e la successiva archiviazione disposta dal giudice di primo grado. Per quanto riguarda la richiesta di chi aveva impugnato la decisione ad essere considerati querelanti, e senza ulteriori precisazioni, i giudici della Camera hanno affermato che "... non vi sono motivi sufficienti per dimostrare il rispetto delle condizioni stabilite dalla legge agli articoli 82 e seguenti del CPPN" [23].

2.3.2. Decisione della CFCP

Dopo che i presunti querelanti hanno presentato ricorso in cassazione, l'11 luglio 2024 la Sala III CFCP [24] ha deciso di annullare la sentenza e di rinviare il procedimento al tribunale di origine affinché emettesse una nuova sentenza. I giudici hanno osservato che, sebbene fosse stata presentata una denuncia dai familiari delle vittime nella città di Istanbul, il Ministero della Giustizia di quel Paese non aveva mai autorizzato l'apertura dell'indagine; pertanto, non risultava provata, come aveva erroneamente affermato il pubblico ministero di primo grado, l'esistenza di un procedimento in corso in tale giurisdizione.

Per quanto riguarda il rifiuto di essere considerati parti civili, il giudice Mahiques, che ha guidato la votazione, ha sostenuto che "il fatto che la giurisdizione debba essere esercitata con la moderazione e la prudenza che competono a qualsiasi manifestazione di sovranità extraterritoriale, non è di per sé una ragione valida ed esclusiva per dedurne l'esclusività del Ministero Pubblico nell'esercizio dell'azione penale pubblica e condizionare in tal modo i diritti riconosciuti alle vittime. Tanto più quando tale interpretazione si discosta dalla normativa vigente (articoli 82 e seguenti del C.P.P.N.), che non stabilisce alcun tipo di restrizione legale all'esercizio del diritto di querela nei casi di GU, e si colloca agli antipodi dell'evoluzione normativa e

[22] CCCF, 2774/22/1/CA1, Sez. 2 (composta dai giudici di camera G. Farah, R. José Boico, M. Irurzun), 26 dicembre 2023 (prima decisione della Camera d'Appello).

[23] Tale normativa stabilisce che le associazioni o le fondazioni possono costituirsi parte civile nei processi in cui vengono indagati crimini contro l'umanità o gravi violazioni dei diritti umani, a condizione che il loro oggetto statutario sia direttamente collegato alla difesa dei diritti che si ritengono lesi (articolo incorporato dall'articolo 1 della legge n. 26.550 B.O. 27 novembre 2009).

[24] CFCP 2774/2022/1/CFC1, sezione III, reg. n. 808/24, 11 luglio 2024 (decisione della CFCP).

giurisprudenziale, sia locale che sovranazionale, che punta a un maggiore protagonismo della vittima e del querelante nel processo penale".

In tal senso, ha ricordato che, in linea con quanto previsto nell'ordinamento argentino, l'articolo 82-bis, concede il diritto di accusa ad associazioni o fondazioni in procedimenti relativi a crimini contro l'umanità. Si è concluso, quindi, che violare il diritto riconosciuto alle vittime di crimini ordinari – come quello di promuovere l'azione penale in assenza di impulso fiscale – costituisce una violazione del diritto alla tutela giudiziaria effettiva, riconosciuto dalla Convenzione americana sui diritti umani, ritenendo quindi "arbitraria la decisione che vieta l'accesso alla giustizia ai presunti querelanti sulla base di una distinzione che la legge non stabilisce e che inoltre lede i diritti alla tutela giudiziaria effettiva e al giusto processo legale (articoli 14, 16, 18, 75, inc. 22 della C.N. e 8.1 e 25 della C.A.D.H.)".

Per tutti i motivi esposti, i giudici, a maggioranza – a parte l'opinione dissenziente di Carbajo– hanno deciso di accogliere il ricorso in cassazione, annullare la decisione della camera *a quo* e rinviare il procedimento all'istanza originaria affinché emetta una nuova sentenza conforme alle linee guida della sentenza.

2.3.3. *Seconda decisione della sezione II della Corte d'appello*

Una volta ricevuta la causa, la sezione II, invece di rinviarla al tribunale istruttorio affinché emanasse una nuova sentenza, ha deciso di emettere direttamente una nuova decisione, confermando nuovamente l'archiviazione del procedimento e rigettando la richiesta presentata dai presunti querelanti [25].

In questa seconda occasione, la Camera ha adottato lo stesso approccio, ma con nuove motivazioni.

In primo luogo, ha sottolineato che "la giurisprudenza ha sostenuto che sin dall'inizio del procedimento è necessaria 'una motivazione aggiuntiva' rispetto ai fattori che possono eventualmente portare all'abilitazione della giurisdizione universale". In tal senso, ha affermato che tale plus non soltanto fosse assente, ma che, inoltre, la Procura – quale "organo costituzionalmente chiamato ad esercitare l'azione penale pubblica e a rappresentare gli interessi generali della società (art. 120, CN) – avesse scelto di non promuovere l'apertura dell'istruttoria penale". A questo proposito ha sottolineato che i denuncianti "sono persone e associazioni di nazionalità straniera e residenti fuori dal paese che sostengono quanto sopra, senza

[25] CCCF 2774/22/1/CA1, sezione II, 8 agosto 2024 (seconda decisione della Camera d'Appello).

elementi di supporto sufficienti per giustificare normativamente un esercizio di sovranità eccezionale come quello promosso".

Ha affermato, inoltre, che per fatti analoghi era stata presentata una denuncia penale alla Procura Generale di Istanbul, in Turchia, da "individui uiguri" residenti in quel Paese, e che tale era stata presentata conformemente al Codice penale turco. Ciò ha portati i giudici a concludere che, dato che denuncia dei fatti era già stata effettuata in Turchia – dove risiedevano anche le vittime uiguri – "l'applicazione della regola di complementarità impediva alla giustizia argentina di procedere".

Infine, rendendosi conto della fragilità dell'argomentazione iniziale sull'"esistenza di un procedimento in corso", alla luce delle prove raccolte nel caso che dimostravano che l'indagine non era mai stata avviata, i giudici hanno optato per una nuova argomentazione, fondata proprio sull'inesistenza del procedimento in corso. In tal senso, hanno affermato "[a] anche se (ipoteticamente) la denuncia non fosse stata precedentemente presentata in Turchia (o in un altro paese simile), le informazioni disponibili imporrebbero la stessa soluzione: non è possibile procedere. Accade che, in casi eccezionali (al di fuori dei principi tradizionali di applicazione del diritto penale), si consenta spesso alla giurisdizione di estendersi estraterritorialmente, dando la priorità allo Stato (o al Tribunale internazionale) che possiede un nesso giuridico valido per rivendicarne l'esercizio. Si tratta di una "regola di connessione", come potrebbe essere – citando esempi di dottrina – la presenza fisica dell'imputato in quello Stato (vedi 'Giurisdizione Universale per i Crimini Internazionali: Prospettive Storiche e Pratica Contemporanea', già citato").

Hanno aggiunto che le vittime dei fatti denunciati risiedono all'estero, in un Paese più vicino a quello in cui sarebbero avvenuti i fatti e che "individui che riuniscono le stesse condizioni si troverebbero in altre nazioni, rispetto alle quali – addirittura – hanno competenza i tribunali regionali dei diritti umani". Hanno concluso, quindi, che "[p]er imperio della spiegata 'regola di connessione', è noto che tutti loro – anche se la denuncia non è stata ancora presentata – devono prevalere sul sistema giudiziario argentino, i cui tribunali sono stati scelti (per motivi certamente lodevoli) senza che sussista alcuna di queste circostanze".

Infine, per quanto riguarda le richieste di essere considerati parti civili, i giudici hanno affermato che la costituzione di parte civile, ai sensi dell'articolo 82 e seguenti del CPPN, richiede il soddisfacimento di uno "standard proprio di casi molto particolari come quello in esame". Tale standard richiede "un plus di motivazione [...] sulla base di contributi e prove concrete" che creino, almeno a priori, una conoscenza sufficiente del rispetto

delle condizioni che consentono l'apertura del caso e dimostrino lo speciale rapporto giuridico che i ricorrenti dichiarano di avere con esso (di questa Sezione, n. 40950, "Castex", n. 44.921, 15 marzo 2018)".

Pertanto, hanno sostenuto che "[n]essuna norma di diritto internazionale o sentenza dei tribunali dei diritti umani stabilisce alcun principio che contraddica la soluzione del giudice su questo punto. Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, riconosciuto dalla Costituzione Nazionale (art. 18, CN) e dai trattati che hanno pari gerarchia nel nostro ordinamento giuridico (cfr. Convenzione americana sui diritti umani; articoli 8.1 e 25), non è stato interpretato in modo tale da obbligare a discostarsi dalle norme espresse stabilite dalla legge argentina per avere la facoltà di agire come accusatore privato in un procedimento penale (art. 82 e seguenti, CPPN)".

Questa seconda conferma dell'archiviazione – e del rigetto della richiesta dei presunti querelanti – è stata nuovamente impugnata dinanzi alla CFCP, che, ad oggi, non si è ancora pronunciata [26].

2.3.4. *Alcune osservazioni: perché l'Argentina non può – o non vuole – "perforare" la sovranità statale cinese*

Per fornire un quadro analitico chiaro, distinguerò le questioni affrontate e i criteri adottati in ciascuna delle decisioni. Sebbene, al momento di ricevere il caso dalla CFCP, la sezione II della Corte d'Appello – presieduta dal giudice Irurzun – dovesse rinviare il procedimento al giudice di primo grado affinché emettesse una nuova sentenza in conformità con le linee guida indicate, ha deciso di emettere una nuova sentenza da quella istanza, non solo ignorando quanto ordinato dal suo superiore gerarchico, ma anche agendo in modo diametralmente opposto a quanto fatto, ad esempio, nel caso "Muñoz de Bustillo".

In entrambi i casi, due sezioni distinte della CFCP avevano accolto i ricorsi in cassazione dei ricorrenti, annullate le sentenze della sezione II della Corte d'appello che non avevano accolto le richieste dei presunti querelanti e ordinato di rinviare il procedimento alla "giurisdizione di origine" o al

[26] Il 18 giugno 2025 la Corte Federale di Cassazione non solo ha revocato l'archiviazione, ma ha anche disposto la rimozione dei giudici di appello e ha ordinato che fosse emessa una nuova sentenza. In tal modo, la corte ha ribadito due punti chiave: in primo luogo, che secondo la giurisprudenza argentina – tra cui il caso Myanmar, tra gli altri – e in assenza di una disposizione legale che richieda un collegamento tra la giurisdizione argentina e il reato, l'insistenza della Corte d'appello nel richiedere tale requisito rendeva la decisione arbitraria per mancanza di fondamento; e in secondo luogo, che la semplice presentazione di una denuncia in un'altra giurisdizione non costituisce *di per sé* un ostacolo all'apertura di un'indagine in Argentina (CCCF 2774/2022/1/CFC2, sezione III, 18 giugno 2025 (Reg. 611/25).

"tribunale di origine" – e non al tribunale a *quo* – affinché venisse emanata una nuova sentenza.

Tuttavia, solo nel caso "Muñoz de Bustillo" la Sala 2 aveva ottemperato all'ordinanza, limitandosi a prendere atto della decisione della CFCP e, pertanto, rinviando il caso al tribunale di origine (ossia il tribunale di istruzione), occasione in cui il giudice interveniente – Servini de Cubría – decise con semplice decreto, e in ottemperanza alla decisione della CFCP, di ritenere fondate le richieste dei presunti querelanti.

Senza fornire spiegazioni, nella causa degli Uiguri, la stessa Camera, di fronte a un identico provvedimento della CFCP e nel quadro di impugnazioni sostanzialmente identiche, la Camera ha ignorato l'ordine di rinvio e ha deciso di emettere autonomamente un nuovo verdetto, arrogandosi una facoltà che la Cassazione aveva invece assegnato al tribunale istruttore.

2.3.4.1. *Principio di sussidiarietà ed esistenza di un procedimento in corso per fatti analoghi dinanzi ad altra giurisdizione*

Il caso degli Uiguri non è stato aperto perchè che il pubblico ministero ha chiesto l'archiviazione del procedimento sulla base dell'esistenza di un caso in corso per fatti analoghi nella Repubblica di Turchia, affermazione fallace, ma che è stata comunque ribadita dal giudice di primo grado e dalla Corte d'appello.

Non appena ricevuto il caso, il pubblico ministero, come misura preliminare, ha chiesto l'emissione di rogatorie alla Repubblica Popolare Cinese per sapere se in quel paese fossero stati avviati procedimenti giudiziari – in corso o conclusi – relativi ai fatti denunciati; e che si richiedesse – tramite il Ministero degli Affari Esteri argentino – alla CPI, alla CIJ e a qualsiasi altro tribunale penale internazionale di natura giurisdizionale, di comunicare se vi fossero procedimenti– in corso o conclusi – relativi ai fatti denunciati [27].

Il giudice istruttore ha ritenuto superfluo rivolgersi alla CIJ, in quanto "priva di competenza penale", e alla CPI, poiché "la Cina non è parte dello Statuto di Roma". Il magistrato di primo grado spiegò che la CIJ è un tribunale senza competenza in materia penale internazionale finalizzato a perseguire una doppia missione: è, da un lato, una missione consultiva, perseguita attraverso l'emissione di pareri su questioni giuridiche sollevate da organismi internazionali; dall'altro, una missione contenziosa, che si è sostanziata

[27] Cfr. parere del procuratore Mángano del 24 agosto 2022. Il giudice Casanello, nonostante le misure richieste dal procuratore, ha correttamente ritenuto che non fosse necessario rivolgersi alla CIJ – "per mancanza di competenza penale" – né alla CPI – "la Cina non è parte dello Statuto di Roma".

nella decisione di controversie giuridiche che solo gli Stati membri possono sottoporre alla sua attenzione, essendo la sentenza vincolante per le parti.

Il giudice ha aggiunto che, secondo l'inquadramento tipico effettuato *prima facie* dalla parte accusatrice, sebbene la CIJ fosse competente a giudicare la violazione delle clausole di una Convenzione sui diritti umani, un processo di questo tipo sarebbe stato una controversia tra Paesi e non un'indagine giudiziaria volta a delimitare le responsabilità giuridico-penali di persone fisiche. L'esistenza di un procedimento di questo tipo, anche se può comportare la responsabilità di uno Stato, non costituirebbe un ostacolo all'avvio di un'indagine penale.

Pertanto, l'unica misura che ha avuto successo è stata quella relativa all'invio di rogatorie a paesi terzi per verificare se fossero in corso procedimenti per fatti analoghi. Sebbene il ministero degli Esteri argentino confermò l'esistenza di una "denuncia" per fatti analoghi in Turchia, il pubblico ministero dedusse che tale denuncia avesse avuto esito positivo, che l'indagine fosse stata avviata e che il procedimento fosse in corso, senza nemmeno preoccuparsi di richiedere misure complementari per accertare lo stato del procedimento. L'affermazione fatta dal procuratore con la massima leggerezza su fatti non provati ha avuto conseguenze gravissime per il popolo uiguro. Sulla base della "presunta" esistenza di un procedimento in corso in un altro Paese, il procuratore ha sostenuto che l'Argentina non avrebbe potuto indagare. In concreto, ha affermato che "avendo accertato l'esistenza di un procedimento penale in corso dinanzi alla Repubblica di Turchia promosso dalle vittime della comunità uigura residenti in quel Paese, ritengo che non si verifichino i presupposti per abilitare la giurisdizione universale dei nostri tribunali e che pertanto spetti al signor Giudice disporre l'archiviazione di questa denuncia per impossibilità di procedere".

Tale conclusione, priva di fondamento fattuale, ha costituito un errore che si ritrova in tutte le istanze, dal giudice di primo grado che si è rimesso al suo parere fino alla Corte d'appello, che ha richiamato le dichiarazioni del giudice di primo grado.

Solo dopo la decisione della CFCP si è scoperto che il fascicolo delle azioni legali si era basato su affermazioni errate. I giudici hanno affermato che il pubblico ministero nella sua sentenza "ha attribuito alla sola menzione di una 'denuncia' [...] il carattere di un 'caso' o di un 'processo' regolarmente avviato e una dimostrazione dell'effettivo esercizio della giurisdizione penale nazionale in quel paese". Hanno aggiunto che la relazione della DAJIN faceva solo riferimento a "una denuncia di un gruppo di uiguri in Turchia", il che "impedisce di affermare senza rischio di errore e di discostarsi dai termini stessi della relazione, l'esistenza di un precedente procedimento

giudiziario in corso in un altro paese". E hanno osservato giustamente che tale informazione esigeva, su richiesta del pubblico ministero o del giudice *di propria iniziativa*, l'emissione di una rogatoria internazionale o di una richiesta relativa alla ricerca di dati che certificassero l'esistenza di un procedimento in corso o lo stato dello stesso. In tal senso, hanno affermato che "in un contesto in cui non vi sono prove giuridicamente rilevanti o definitive che corroborino le indagini condotte in Turchia..., la decisione del giudice di primo grado appare prematura e infondata, e quindi non suscettibile di omologazione" [28].

Non è stato, infatti, accertato alcun procedimento penale in corso, né un fascicolo in fase di elaborazione, non sono state certificate le azioni legali, né è stato possibile verificare che la presunta denuncia riguardasse gli stessi fatti portati all'attenzione dei tribunali argentini. Inoltre, in tutte le istanze precedenti alla CFCP, dalla Corte d'Appello, al pubblico ministero e al giudice di primo grado, si è scelto di ignorare, la prima volta, le informazioni fornite dal "parere di esperto" (*legal opinion*) del dottor Ali Yildiz, circa l'inesistenza di un procedimento in corso con status legale dinanzi ai tribunali turchi, e la seconda volta, dalla stessa avvocatessa turca che aveva presentato la denuncia. Entrambi si sono resi conto che l'apertura di questo tipo di procedimenti penali in Turchia richiedeva l'autorizzazione o la richiesta da parte del Ministero della Giustizia di quel paese, autorizzazione che non è mai stata ottenuta. Pertanto, qualsiasi presentazione da parte delle vittime non ha avuto alcun effetto col risultato che il procedimento non è mai stato formalmente aperto [29].

---

[28] Decisione della CFCP.

[29] Va sottolineato che, in un altro caso di GU in cui si indagava su reati commessi in Cina dal Falun Gong, sono emerse questioni simili. Anche in quel caso, infatti, il giudice di primo grado aveva archiviato la denuncia perché era in corso un procedimento in Spagna, ma la Corte d'appello ha revocato la sentenza perché prematura e ha ordinato di certificare lo stato delle indagini. La Camera ha affermato che "il *giudice di primo grado* ha deciso di archiviare il procedimento senza adottare le misure necessarie per certificare, attraverso i canali diplomatici pertinenti, l'iter seguito dal fascicolo dopo quella rilevante richiesta". In tale occasione, i giudici hanno affermato che tutte le informazioni relative allo stato dei procedimenti delle giurisdizioni straniere "devono essere rigorosamente corroborate attraverso i canali formali stabiliti a tal fine, in conformità con le linee guida MPF stabilite in questo fascicolo dalla Camera III della CFCP", aggiungendo che "è inevitabile che il *giudice di primo grado*, prima di decidere, aggiorni con la rapidità richiesta dal caso le informazioni relative allo stato delle indagini svolte in Spagna attraverso i canali diplomatici pertinenti, al fine di conoscere e valutare le decisioni adottate dai giudici competenti e il corso seguito...". (CCCF, Sala I, Luo Gan e altri s/ archivio, n. 17885/2005/CA2, 28 giugno 2014). È stato confermato che il caso spagnolo era stato archiviato in virtù dell'archiviazione opportunamente disposta, il che ha infine motivato l'esercizio della GU in Argentina.

In altre parole, per affermare l'applicazione del principio di sussidiarietà, in virtù di un procedimento per fatti analoghi in un'altra giurisdizione, è fondamentale che tale procedimento sia effettivamente in corso.

Una volta che la CFCP ha annullato la causa per i motivi *sopra* esposti, senza pregiudizio per il rinvio al tribunale di origine per una nuova pronuncia, la Corte d'Appello ha deciso di arrogarsi tale prerogativa e di emettere direttamente una nuova sentenza, senza rinviare la causa al giudice di primo grado, come descritto nel punto precedente. In questa seconda occasione, rendendosi conto del fallimento del primo argomento fallace della causa in corso, la Camera ha fatto ricorso a nuovi mezzi:

a. Necessità di una ulteriore motivazione.

In particolare la Corte ha affermato che "la giurisprudenza sosteneva sin dall'inizio del procedimento che doveva essere richiesta "una motivazione aggiuntiva" in merito ai fattori che possono eventualmente portare all'abilitazione della giurisdizione universale ", e nel citare tale giurisprudenza, si è limitata a citare una sentenza della stessa Camera (causa n. 40950 "Castex" reg. n. 44.921 del 15/3/18) senza menzionare una sola sentenza di un tribunale superiore in grado di fornire un sostegno sufficiente a tale affermazione. Ciò è stato sicuramente dovuto al fatto che le poche sentenze della CFCP che hanno trattato il tema della GU, come già visto, avevano respinto argomenti analoghi quando si tentava di limitare l'accesso alla giustizia sulla base della richiesta di un *plus* di motivazione, presumibilmente basato sull'eccezionalità di questo tipo di criterio.

Nella causa Muñoz de Bustillo, come evidenziato, non si spiegava perché si dovesse richiedere un'ulteriore motivazione ai denuncianti, "soprattutto quando è in gioco la possibile qualificazione di crimini contro l'umanità dei fatti denunciati". Per questo motivo i giudici hanno affermato che le denunce non dovevano provare l'ipotesi accusatoria sostenuta, ma dovevano risultare "verosimili".

b. Importanza della nazionalità dei denuncianti.

Dopo aver richiesto tale ulteriore motivazione, i giudici hanno sottolineato la nazionalità dei denuncianti, sottolineando che non solo la procura aveva deciso di non promuovere l'apertura dell'istruttoria, ma anche che i denuncianti "sono persone e associazioni di nazionalità straniera e residenti fuori dal Paese". È difficile comprendere la portata di tale affermazione, che denota solo l'ignoranza dei giudici in materia di giurisdizione extraterritoriale in generale e della giurisdizione universale in particolare.

Sebbene possa sembrare ridondante, occorre ricordare che questo

criterio è l'ultima risorsa di giustizia per le vittime di crimini atroci e mira a colmare le lacune di impunità causate dall'impossibilità o dalla mancanza di volontà da parte di altre giurisdizioni – sia dello Stato in cui si sono verificati i fatti, sia dello Stato cui è cittadino l'imputato, o di un tribunale penale internazionale – di indagare sui fatti denunciati. È proprio in queste circostanze che le vittime dei crimini commessi nei loro territori cercano giustizia in altre giurisdizioni. Forse questo è anche il motivo per cui la stragrande maggioranza dei casi di giurisdizione universale nel mondo sono stati promossi da cittadini o associazioni stranieri, la cui nazionalità spesso non coincide con quella dello Stato a cui si rivolgono attraverso l'esercizio della GU.

c. La semplice denuncia come ostacolo all'esercizio della GU.

Avendo già escluso l'esistenza di una "causa in corso" – anche se vogliono semplicemente proporla in termini di "ipotesi" – i giudici hanno affermato che la semplice presentazione di una denuncia per fatti analoghi commessi in un altro Paese impedisce all'Argentina di indagare, in virtù di quella che chiamano – ma non spiegano – "regola della complementarità".

A differenza della prima sentenza della camera, con la quale è stata confermata l'archiviazione disposta dal giudice di primo grado – sulla base del parere del procuratore Mángano che ha ritenuto "accertata l'esistenza di un procedimento in corso" – in questa seconda occasione i giudici hanno accettato l'"ipotesi" che non esista un procedimento in corso. Tuttavia, e anche se può sembrare controintuitivo, tale circostanza non li ha persuasi ad adottare una decisione diversa, in quanto hanno ritenuto che "non importa cosa possano decidere [le] autorità [turche] in base alla legge che le regola", poiché "[l]a questione sostanziale è di competenza e perché è già stata sollevata la stessa questione e perché diversi motivi rivelano che la sua giurisdizione deve avere la precedenza su quella attuale".

In altre parole, non importa se l'indagine sia stata avviata o meno, o se gli indagati siano stati condannati o assolti. Ciò che conta è che vi sia stata una denuncia precedente in un'altra giurisdizione, circostanza che costituisce un ostacolo insormontabile all'avvio di un'indagine in Argentina.

Chiaramente non è così che funziona la giurisdizione universale. Il carattere sussidiario di quest'ultima consente il suo esercizio se il paese interessato non vuole o non può indagare, o, in altre parole, ostacolerebbe l'avvio di un'indagine basata sulla GU solo se il paese interessato ha già condotto un'indagine. L'obiettivo è che sul reato non vengano svolte indagini, e tale premessa non può in alcun modo esaurirsi con la semplice presentazione di una denuncia. Si pensi che, anche in linea con quanto stabilito dall'articolo 17 dell'ECPI, nell'ipotetico caso in cui la Turchia avesse effettivamente

condotto un'indagine, ciò non costituirebbe comunque un ostacolo all'avvio di un'indagine in Argentina – o in qualsiasi altro Paese – se si determinasse che tale indagine aveva come unico scopo quello di sottrarre gli imputati alla giurisdizione della GU [30].

d. "Regola di connessione" e requisito della presenza dell'imputato.

Come se non bastasse, la seconda motivazione addotta dai giudici è stata che l'Argentina non possedeva "un nesso giuridico valido per rivendicarne l'esercizio" e hanno aggiunto: "[si] tratta di una 'regola di connessione', come potrebbe essere – citando esempi di dottrina – la presenza fisica dell'imputato in quello Stato". Questa affermazione è in netto contrasto con tutta la giurisprudenza nazionale in materia e con la decina di casi aperti in applicazione del principio in esame in cui, logicamente, non esiste il nesso citato tra l'Argentina e il reato.

Solitamente si accetta un inquadramento della modalità "pura o assoluta" della GU (cioè la giurisdizione su violazioni perpetrate al di fuori dei confini territoriali di uno Stato, commesse da cittadini di altri paesi, contro vittime di altri paesi e in assenza di altri legami diretti), e un'altra denominata "condizionata o qualificata", che richiede determinate condizioni per il suo esercizio, come ad esempio che gli autori siano presenti o residenti nel proprio territorio [31].

Gli Stati che richiedono la presenza dell'imputato nel territorio come requisito *sine qua non* per esercitare la giurisdizione universale lo fanno perché ciò è previsto nella loro normativa interna o perché rientra negli elementi dell'esercizio della discrezionalità giudiziale. L'Argentina non ha

---

[30] Cfr. "Modern Guidelines for the Conduct of Universal Jurisdiction Trials", articolo 2.4: "Nessuna persona che sia stata giudicata da un altro tribunale per una determinata condotta sarà giudicata in procedimenti di GU in relazione alla stessa condotta, a meno che i procedimenti dinanzi all'altro tribunale non avessero lo scopo di proteggere la persona in questione dalla responsabilità penale o che, altrimenti, non siano stati condotti in modo indipendente o imparziale, in conformità con le norme internazionali del giusto processo, e siano stati condotti in modo incompatibile con l'intenzione di assicurare la persona in questione alla giustizia". ICC Forum, Decentralized Accountability Question, Allegato 1, disponibile su: https://iccforum.com/decentralized-accountability.

[31] L'idea della GU condizionata è stata descritta nel parere separato congiunto dei giudici Higgins, Kooijmans e Buergenthal nel caso "Arrest Warrant" dinanzi alla Corte internazionale di giustizia come un modo ragionevole per evitare il caos di richieste sfrenate di UJ (paragrafo 59). Ulteriore sostegno a questo approccio si rinviene nel *rapporto delle Nazioni Unite sul Darfur*, che suggeriva che "prima di avviare un procedimento penale, [lo Stato del foro che intende esercitare la giurisdizione universale] dovrebbe chiedere allo Stato territoriale... o allo Stato di nazionalità attiva... se è disposto ad avviare un procedimento contro tale persona" (paragrafo 16).

regolamentato la giurisdizione universale, e i poteri discrezionali del Ministero Pubblico sono limitati dall'imposizione del rigoroso rispetto della legge, prevalendo il sistema di legalità processuale in contrapposizione al principio di opportunità. In questo modo, si può difficilmente parlare dell'esistenza di una presunta "regola di connessione".

Tale requisito, menzionato nella sentenza, è contrario alla giurisprudenza esistente e viene affermato dai tribunali argentini. Coerentemente, si osserva giustamente che "i tribunali argentini hanno abilitato la forma più ambiziosa di competenza universale, che non richiede nemmeno la presenza effettiva dell'imputato nel territorio argentino al momento dell'apertura di un'indagine" [32].

Se questa fosse stata una condizione *sine qua non* per l'esercizio della giurisdizione universale, il nostro Paese non sarebbe sul podio dei Paesi con il maggior numero di cause basate su tale criterio. Diversamente, queste sarebbero state nulle o inesistenti. Infatti, in quasi nessuna causa di giurisdizione universale esistente in Argentina dal 2010, l'imputato era presente nel territorio argentino al momento della presentazione della denuncia. In altre parole, quasi tutti i casi sono stati promossi da "cittadini di paesi stranieri" e in casi in cui l'imputato non si trovava nel territorio argentino, condizioni che ora la Sala 2 cerca di imporre, ignorando non solo il diritto consuetudinario (che brilla per la sua assenza nelle risoluzioni, così che non è possibile confutare argomenti su questo aspetto), ma anche la giurisprudenza locale, che, sebbene non sempre coerente, è senza dubbio sufficiente ed estesa, non esistendo casi – almeno a mia conoscenza – in cui sia stato richiesto come condizione preliminare per l'apertura del procedimento che i denuncianti fossero argentini o che l'imputato fosse presente sul territorio argentino.

La definizione di giurisdizione universale formulata dall'Istituto di diritto internazionale e adottata con decisione del 2005 [33], fa riferimento alla possibilità per uno Stato di giudicare crimini atroci "indipendentemente dal luogo in cui è stato commesso il reato e da qualsiasi legame di nazionalità attiva o passiva, o da altri motivi di giurisdizione riconosciuti dal diritto internazionale". Allo stesso modo, i Principi di Princeton del 2001 [34] – una

[32] A. Chehtman, *Argentina y su competencia universal ¿desatada?*, Agenda Estado de Derecho, 13 settembre 2024. Disponibile su: https://agendaestadodederecho.com/argentina-y-su-competencia-universal/.

[33] Decisione sulla giurisdizione penale universale in materia di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra della 17a Commissione dell'Istituto di diritto internazionale nella sua sessione di Cracovia del 2005, sotto la direzione del suo relatore Christian Tomuschat.

[34] I Principi di Princeton facevano parte di un progetto sviluppato dal Programma di diritto

serie di linee guida elaborate da un gruppo di rinomati esperti in materia con l'obiettivo di chiarire e promuovere l'applicazione coerente della giurisdizione universale da parte degli Stati – definiscono la giurisdizione universale come quella basata esclusivamente sulla natura del reato, indipendentemente da qualsiasi nesso con lo Stato esercente tale giurisdizione. Nei Principi di Princeton si è deciso di non includere alcun tipo di connessione territoriale e, sebbene il Principio 1 (2) faccia riferimento alla presenza dell'imputato nel territorio dello Stato che lo "giudicherà", come correttamente osservato nei commenti ai principi, il modo in cui tale principio è stato redatto non impedisce a uno Stato di avviare un procedimento penale, svolgere un'indagine, emettere un atto di accusa o richiedere l'estradizione, anche nei casi in cui l'imputato non sia presente nel territorio [35].

Allo stesso modo, nel parere separato congiunto del caso "Arrest Warrant", i giudici hanno ritenuto che non sia richiesta la presenza territoriale per l'esercizio della giurisdizione quando il reato viola gli interessi fondamentali della comunità internazionale. A tal proposito, hanno aggiunto che "gli Stati possono esercitare la giurisdizione universale purché siano rispettate le garanzie procedurali dell'imputato, il che include offrire in primo luogo allo Stato di nazionalità l'opportunità di procedere e garantire l'indipendenza dell'autorità che procede all'accusa rispetto al potere politico dello Stato" [36].

Come visto sopra, la stessa CSJN nella sentenza "Simón" ha sottolineato che la Commissione Interamericana dei Diritti Umani (Relazione n. 133/99, caso 11.725 Carmelo Soria Espinoza, Cile, 19 novembre 1999) autorizza che, "di fronte a un crimine internazionale contro l'umanità, se lo Stato non volesse o non potesse adempiere al proprio obbligo di punire i responsabili, la giurisdizione universale risulti pienamente applicabile affinché qualsiasi Stato persegua, processi e punisca coloro che appaiono responsabili di tali

---

e affari pubblici dell'Università di Princeton e dalla Woodrow Wilson School of Public and International Affairs, dalla Commissione internazionale dei giuristi, dall'Associazione americana per la Commissione internazionale dei giuristi, dall'Istituto olandese per i diritti umani e dall'Istituto Urban Morgan per i diritti umani; Presidente e Editore del Progetto: Prof. Stephen Macedo; Presidente del Comitato di Redazione: Prof. M. Cherif Bassiouni; Membri del Comitato Direttivo: Prof. Gary J. Bass, Sig. William J. Butler, Prof. Richard A. Falk, Prof. Cees Flinterman, Prof. Bert B. Lockwood e Sig. Stephen A. Oxman. Per maggiori dettagli sul progetto, compresi commenti esplicativi e materiale congressuale, si veda *Princeton Project on Universal Jurisdiction* (Princeton University Program in Law and Public Affairs, 2001) disponibile su https://www.legal-tools.org/doc/3d4626/pdf.

[35] S. Macedo, *Commentary to the Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, in Id. (ed.), Universal *Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2004, 29.

[36] Cfr. S. Macedo, *op. cit.*, 2004, 38.

illeciti, anche se questi fossero stati commessi al di fuori della sua giurisdizione territoriale o non avessero alcuna relazione con la nazionalità dell'imputato o delle vittime, in virtù del fatto che tali fatti riguardano l'umanità intera e violano l'ordine pubblico della comunità mondiale" [37].

Queste circostanze consentono di affermare che l'Argentina adotti, almeno per costruzione dottrinale e giurisprudenziale, la modalità pura del principio di GU, ovvero senza richiedere alcun nesso o connessione con il reato, basandosi esclusivamente sulla natura del reato stesso. Ciò, ad esempio, non è così in alcuni paesi dove tale principio è normativizzato, richiedendo determinate condizioni di connessione con il reato, come quelle affermate dai giudici di camera di grado, quali la nazionalità della vittima, la presenza dell'imputato nel paese o la sua residenza nello stesso.

Tutti i Paesi che applicano la modalità pura hanno regolamentato l'applicazione della giurisdizione universale [38], ed è proprio nell'ambito di tale regolamentazione che viene stabilito il tipo di connessione richiesto come condizione necessaria per l'esercizio della stessa. Contrariamente a questi paesi, l'Argentina non ha mai – e questo è senza dubbio oggetto di diverse critiche – regolamentato l'esercizio della GU, per cui non si può affermare, come fanno i giudici della Sala II, che la connessione con il reato sia una condizione prevista per l'esercizio della GU da parte dell'Argentina.

A questo proposito, tra gli altri, la Fondazione Internazionale Baltasar Garzón (FIBGAR) riferisce che "la legislazione argentina sancisce il principio della GU pura, incluso nell'articolo 118 della Costituzione Nazionale, che consente di giudicare i reati di diritto internazionale pubblico commessi al di fuori dell'Argentina". Anche Amnesty International, in qualità di *amicus curiae* nel quadro del caso del Venezuela, per motivare la mancanza di

---

[37] CSJN, Simón, Fallos 328:2056, 14 giugno 2005, voto del giudice Boggiano, pag. 146; voto della giudice Highton de Nolasco, pagg. 249-250 (il corsivo è nostro).

[38] Tra questi vale la pena menzionare Svizzera, Lituania, Austria, Svezia, Finlandia, Lettonia ed Estonia. Anche la Germania ha un Codice apposito di diritto penale internazionale adottato nel 2002 (*Völkerstrafgesetzbuch*, VstGB o CCAIL). L'articolo 152 del Codice di procedura penale tedesco (Strafprozeßordnung, StPO) prevede che il pubblico ministero sia tenuto ad adottare tutte le misure investigative, purché sussistano "indizi fattuali sufficienti" circa la commissione di un reato. Tuttavia, ai sensi degli articoli 153c e 153f dello StPO, il pubblico ministero può scegliere di agire in modo discrezionale e, in particolare, rifiutarsi di avviare procedimenti per crimini internazionali ai sensi della CCAIL quando non esiste un collegamento diretto con la Germania, ovvero quando: "1. nessun cittadino tedesco è sospettato di aver commesso il reato; 2. il reato non è stato commesso contro un cittadino tedesco; 3. non si prevede che alcun sospettato rimanga in Germania". Di conseguenza, sebbene la CCAIL non richieda la presenza del sospettato sul territorio tedesco per avviare un procedimento di GU, i pubblici ministeri tendono a tenere conto di queste circostanze prima di avviare un'indagine.

connessione con il reato, ha affermato che "il caso della popolazione Rohingya in Argentina è un esempio pratico di questa visione pura del principio della giurisdizione universale" [39].

Questo è il modo con cui l'Argentina ha applicato la GU in tutti i casi in cui ha esercitato la propria giurisdizione basata su tale principio. Uno dei casi più importanti di applicazione pura del principio è stato il caso sui possibili crimini contro l'umanità e genocidio commessi in Myanmar (ex Birmania) contro la popolazione Rohingya, relativo quindi alla commissione di reati al di fuori dei confini dell'Argentina, senza alcun legame diretto con il Paese, perpetrati da autori stranieri e contro vittime straniere. Casi come quelli relativi al franchismo in Spagna hanno comportato l'abilitazione della giustizia penale argentina, in base al principio di giurisdizione universale, per l'indagine e l'eventuale sanzione penale di crimini di tortura, esecuzioni, sparizioni forzate e altri, commessi in territorio spagnolo da alti funzionari spagnoli e contro vittime di quel paese. Più recentemente è stata avviata un'indagine penale, nel paese latino, per casi di detenzioni arbitrarie, torture, omicidi e sparizioni forzate che avrebbero avuto luogo in Nicaragua. Lo stesso principio è stato applicato nell'apertura del caso del Venezuela.

Infine, si noti che le stesse Linee guida stabiliscono che la GU è un principio del diritto internazionale che consente "agli Stati di indagare e giudicare determinati crimini gravi, indipendentemente dal luogo in cui siano stati commessi". La legittimità di questa azione si basa sulla natura dei reati, che riguardano la comunità internazionale nel suo insieme e non su un nesso con il reato basato su criteri di territorialità, difesa o nazionalità" [40].

e. Inammissibilità della "denuncia autonoma nei casi di GU".

Nel respingere la richiesta dei presunti querelanti, il giudice di primo grado ha riconosciuto il diritto alla persona offesa di costituirsi parte civile sin dall'inizio dell'istruttoria, quando la procura non promuove l'azione. Tuttavia, ha chiarito che, nei casi riguardanti i crimini internazionali commessi extraterritorialmente, la giurisdizione universale è un meccanismo "possibile ma eccezionale" che spesso rende inapplicabili le norme di diritto comune. Per questo motivo ha affermato che l'azione penale doveva essere condotta dalla procura in rappresentanza dello Stato argentino, in quanto membro della comunità internazionale, e che l'accusa non poteva ricadere esclusivamente su un soggetto privato, per cui la parte querelante poteva

[39] Amnesty International, Amicus Curiae presentato davanti al giudice di primo grado Sebastián Ramos, nella causa Venezuela (N° 2001/2023) (Doc. AMR 53/7749/2024), par. 17.

[40] Linee guida MPF, *op. cit.*, 15, p. 32.

essere ammessa solo come adesione. Ha inoltre affermato che l'abilitazione legale nel giudicare i crimini internazionali commessi in un altro Paese deve partire da una decisione dello Stato, canalizzata attraverso le opzioni di politica criminale del Ministero Pubblico della Procura. Ha concluso che "sostenere senza restrizioni l'azione penale pubblica invocando la natura dei reati che danno luogo alla GU, presuppone un giudizio sovranazionale per cui uno Stato terzo 'invade' la sovranità di un altro, arrogandosi con la sua azione la rappresentanza della comunità internazionale.

L'argomento principale risiede ancora una volta nel fatto che, in virtù del carattere eccezionale della GU, le norme di diritto comune spesso non sono applicabili. La necessità di un'applicazione restrittiva delle norme del diritto comune deriva dal fatto che questo tipo eccezionale di giurisdizione comporta l'"invasione" della sovranità di uno Stato da parte di un terzo Stato, "arrogandosi, con la propria azione, di rappresentare la comunità internazionale".

Probabilmente è proprio tale concezione della giurisdizione universale come meccanismo attraverso il quale uno Stato "invade" l'altro che spinge il giudice di primo grado ad allontanarsi dall'ordinamento rituale, senza alcun fondamento basato sul diritto comparato o consuetudinario, e a regolamentare in tal modo la materia, applicando un diritto processuale differenziato, praticamente legiferando in materia.

In primo luogo, occorre rivedere tale interpretazione della GU come strumento attraverso cui uno Stato invade la sovranità di un altro. A tal fine, occorre ricordare che, quando si tratta di crimini internazionali, lo Stato in cui viene commesso il crimine, in un certo senso, perde la sua sovranità, poiché tali crimini non sono limitati ai confini territoriali di detto Stato, ma riguardano la comunità internazionale nel suo insieme. Nonostante ciò, essendo stati commessi i reati nel "suo territorio", lo Stato ha l'obbligo di giudicare e punirli. Ora, se ciò non accade, perché lo Stato non vuole o non è in grado, in effetti, tale competenza potrà passare alla CPI se ha giurisdizione sul caso specifico, e se non ce l'ha, potrà farlo qualsiasi Stato terzo, esercitando la giurisdizione universale. In questi casi, poiché si verifica intrinsecamente una "cessione di sovranità" dello Stato, che non ha ottemperato alla responsabilità di proteggere, a favore della comunità internazionale [41].

Quando si tratta di crimini internazionali, i confini dello Stato vengono meno rispetto a quel crimine specifico che rimane impunito, consentendo l'intervento – non l'invasione – di Stati terzi per giudicare tali crimini che,

[41] M. Ollé Sesé, *Crimen Internacional y Jurisdicción Nacional: De la justicia Universal a la Jurisdicción Penal Interestatal*, Aranzadi, Pamplona, 2019, 65.

sebbene commessi all'interno di quei confini (temporaneamente sfumati), riguardano tutti gli Stati della comunità internazionale.

"Se uno Stato sovrano non rispetta i suoi obblighi internazionali, sarà un altro Stato che, nel legittimo esercizio della sua sovranità, colmerà le sue lacune, non avendo il primo raggiunto i livelli minimi di integrità sovrana in conformità con gli obblighi internazionali a cui è tenuto". E aggiunge che "in definitiva, quando gli Stati non rispettano i loro obblighi nel perseguimento dei crimini internazionali, disprezzando il diritto interno e internazionale, si verifica automaticamente una cessione della loro sovranità giurisdizionale a favore della comunità internazionale, sia attraverso le giurisdizioni nazionali, legittimata dal principio di GU, sia attraverso i tribunali penali internazionali" [42]. In questo senso, è illustrativa la metafora proposta da Chehtman, che cita Altman e Wellmann, i quali, pur mettendo in dubbio la categoria dei "super crimini", ritengono che la sovranità può essere "perforata" quando gli Stati non adempiano al loro obbligo di prevenire la commissione di violazioni generalizzate o sistematiche dei diritti. In questi casi, tali Stati perderebbero il loro diritto alla non interferenza da parte di Stati terzi, che in altri casi potrebbero opporsi trattandosi di questioni interne [43].

In un altro paragrafo della decisione, il giudice di primo grado afferma che "[l]a logica esposta è in linea con la consuetudine internazionale (...) in cui si riconosce e si valorizza il ruolo dei rappresentanti della società civile per garantire il successo dei processi, ma sempre nella misura in cui questi contribuiscono al lavoro della procura". Tuttavia, si omette di spiegare in che modo tale logica sia in linea con la consuetudine internazionale. D'altra parte, in una nota si cita un documento intitolato "Justice Beyond Borders: A Global Mapping Tool to Increase Survivors' Access to Justice" della Fondazione Clooney, in cui "si sottolinea che le organizzazioni non governative e i giornalisti sono regolarmente strumentali nella raccolta e nell'analisi delle prove, nonché nell'identificazione dei testimoni e nell'accompagnamento dei sopravvissuti ai fatti denunciati durante il processo penale [44]. In altre parole, nel documento citato non vi è alcun riferimento all'affermazione del riconoscimento del ruolo della vittima "a condizione che collabori con il lavoro del pubblico ministero".

---

[42] M. Olle Sese, 2019, cit., 65.

[43] A. Chehtman, *The Philosophical Foundations Of Extraterritorial Punishment*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 110.

[44] Clooney Foundation for Justice, "*Justice Beyond Borders: A Global Mapping Tool to Increase Survivors' Access to Justice*", disponibile su: https://cfj.org/wp-content/uploads/2023/02/Justice-Beyond-Borders.pdf, 1.

Ma non solo: nella stessa pagina *justicewithoutborders*, che raccoglie dati da tutto il mondo per mappare i casi di GU e fornisce informazioni sul modo in cui tale principio viene applicato in ciascuna delle giurisdizioni, nella sezione dedicata all'Argentina c'è un paragrafo che risponde alla domanda: "Chi può avviare un procedimento". Qui si afferma che "La legge argentina consente la partecipazione dei denuncianti o dei querelanti. I querelanti possono presentare prove, presentare richieste e mozioni e chiedere l'apertura di un'indagine formale sui presunti reati menzionati nella denuncia, anche se il pubblico ministero ne chiede l'archiviazione" [45].

Tale impostazione è stata poi confermata dalla Corte d'appello, i cui membri hanno sostenuto che "nessuna norma di diritto internazionale o sentenza dei tribunali dei diritti umani stabilisce alcun principio che contraddica la soluzione del giudice sul punto". Hanno aggiunto che "il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, riconosciuto dalla Costituzione Nazionale (art. 18, CN) e dai trattati che hanno pari gerarchia nel nostro ordinamento giuridico (cfr. Convenzione americana sui diritti umani; articoli 8.1 e 25), non è stato interpretato in modo tale da obbligare a discostarsi dalle norme espresse stabilite dalla legge argentina per avere la facoltà di agire come accusatore privato in un procedimento penale (articoli 82 e seguenti, CPPN)".

A tal proposito, va sottolineato che la sentenza di primo grado è arbitraria proprio perché non fa riferimento ad alcuna norma di diritto internazionale o a sentenze dei tribunali dei diritti umani che consentano di dedurre l'esistenza di una norma di diritto consuetudinario che impedisca ai denuncianti di costituirsi come querelanti o che, nei casi di GU, si debba richiedere ai presunti querelanti un "plus di motivazione", essendo proprio la soluzione del giudice di grado quella che contrasta con il codice di procedura penale argentino, legiferando – e non giudicando – in materia. I giudici di appello hanno affermato che il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva non è stato interpretato in modo tale da obbligare a discostarsi dalle norme espressamente stabilite dalla legge argentina. Ancora una volta, non è mai stato sostenuto che il giudice sia obbligato a discostarsi perché si tratta di un caso di GU; al contrario, proprio perché si tratta di un caso di GU, non deve discostarsi da tali norme.

Non ammettendo la figura del cosiddetto "querelante autonomo" nei casi di GU, che per loro natura coinvolgono i crimini più atroci per l'umanità, il giudice si è discostato dalla normativa e ha scelto di legiferare in materia, senza alcun sostegno giuridico. Infine, si osservi che lo stesso codice, all'articolo 82 bis del CPPN, è più permissivo per quanto riguarda questi

[45] https://justicebeyondborders.com/country/argentina.

crimini, consentendo alle ONG di costituirsi come querelanti, cosa non prevista per i crimini ordinari, senza ovviamente discriminare tra associazioni argentine o straniere. In tal senso, sembra corretta la soluzione raggiunta dalla CFCP, che ha ritenuto "arbitraria la decisione che vieta l'accesso alla giustizia ai presunti querelanti sulla base di una distinzione che la legge non stabilisce e che inoltre lede i diritti alla tutela giudiziaria effettiva e al giusto processo".

Il dovere di garantire un ricorso effettivo non implica necessariamente l'obbligo di perseguire penalmente tutti i crimini associati alle violazioni dei diritti umani. Tuttavia, come sottolinea Hovell, la situazione sembra essere diversa nel caso dei crimini internazionali, dove l'obbligo di perseguire tende a spostarsi da un diritto dello Stato a un dovere nei confronti delle vittime. In questo senso, i giudici che sono intervenuti nelle istanze precedenti alla CFCP rivelano una visione distorta della natura e della portata della GU, il cui esercizio "non è più esclusivamente un diritto degli Stati, ma almeno in parte un diritto degli individui" [46].

3. *Conclusioni*

La GU è la più controversa dei criteri di esercizio della giurisdizione nel diritto penale internazionale ed è senza dubbio quella di cui più si parla [47]. Gran parte degli errori segnalati nelle decisioni esaminate, indipendentemente da chi le ha pronunciate, sono dovuti a una mancanza di comprensione della portata del principio della GU.

Si tratta indubbiamente di una modalità eccezionale di esercizio della giurisdizione, ma non perché non risponda al principio/criterio tradizionale di territorialità – poiché questo sarebbe il caso di qualsiasi tipo di giurisdizione extraterritoriale, come il principio di nazionalità attiva e passiva o il principio di protezione – bensì perché consente a uno Stato che non ha alcun rapporto con il reato di esercitare, senza pregiudizio, la propria giurisdizione su di esso. E il fondamento per consentire questo esercizio eccezionale risiede anche nell'eccezionalità dei crimini per i quali è autorizzato l'esercizio della GU: crimini internazionali che, per loro natura, riguardano l'intera comunità internazionale.

---

[46] D. Hovell, M. Malagodi, *Universal Jurisdiction: law out of context*, in *Modern Law Review*, vol. 87, 6, 2024, 1480-1518.

[47] R. Cryer, D. Robinson, S. Vasiliev, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 5ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2024, 56.

Ora, si potrebbe discutere se la GU sui crimini internazionali sia saldamente radicata nel diritto internazionale consuetudinario, o se non esista una prassi statale in cui gli Stati abbiano fatto ricorso alla GU senza che essa sia prevista dalla normativa nazionale, anche quando esistono strumenti internazionali che la prevedono [48]. Ma in quegli Stati, come l'Argentina, in cui questo criterio è effettivamente riconosciuto, la discussione verte generalmente su tre aspetti: la presenza dell'imputato nel territorio dello Stato terzo, la sussidiarietà della GU e la necessità dell'autorizzazione di un organo governativo per avviare un'indagine.

Per quanto riguarda il primo punto, va sottolineato che le Linee guida MPF stabiliscono nella sezione E (*Criteri da tenere in considerazione per l'esercizio della giurisdizione universale*) che "l'applicazione della giurisdizione dei tribunali federali in base al principio universale può essere estesa ai casi in cui: a) il presunto autore del reato sia cittadino argentino; b) il presunto autore si trovi nel territorio argentino (...). In questi casi, dovrà essere data priorità alla consegna al Paese che ha la responsabilità primaria, o a quelli che si trovano nelle condizioni migliori per giudicare il reato e richiedono la sua estradizione, o alla sua consegna a un tribunale penale internazionale competente; c) la/le vittima/e sia/siano cittadini/e argentini/e".

È interessante sottolineare che la limitazione della GU a uno qualsiasi di questi casi, trasformandola in una GU condizionata, non solo è contraria alla giurisprudenza nazionale esistente, ma è anche contraddittoria con il documento citato. Infatti, nell'introduzione delle Linee guida si spiega che esse sono necessarie per i casi che riguardano reati commessi all'estero e che non soddisfano i tipi di connessione stabiliti dal Codice penale, sulla base della GU. Ciò significa, secondo il documento, che "l'azione degli organi giudiziari locali si baserà principalmente sulla natura del reato, senza tener conto del luogo in cui è stato commesso, della nazionalità dei suoi autori o delle vittime, né di qualsiasi altro collegamento con lo Stato argentino" [49].

In un altro paragrafo, riferendosi alla Sesta Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite, ha affermato che "[tra] gli elementi distintivi

---

[48] G. Werle *et al.*, *op. cit.*, 99; M. Cherif Bassiouni, *The History of International Jurisdiction and its place in International Law*, in S. Macedo (ed.), *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, University of Pennsylvania Press, Philadephia, 2004, 29. Per quanto riguarda la natura consuetudinaria della GU e la discussione sul fatto che attualmente si osservi una pratica statale e *un'opinio juris diverse* da quelle affermate nel caso "Arrest Warrant" e nel 2012 nel *sondaggio* di Amnesty International, secondo cui il 76,2% dei paesi dispone di disposizioni in materia di GU, cfr. D. Hovell, *The Authority of Universal Jurisdiction*, in *European Journal of International Law*, vol. 29, 2, 2018, 433-437.

[49] Linee guida MPF, 2.

di questo principio, è stato sottolineato che si tratta di un concetto derivato dal diritto penale internazionale, sebbene esercitato dai tribunali nazionali in via eccezionale, poiché si basa sulla natura di determinati reati e non su qualche altro collegamento giurisdizionale con lo Stato che esercita questa potestà speciale" [50].

Sulla stessa linea, il 26 settembre 2005, la Corte costituzionale spagnola ha revocato le decisioni *dell'Audiencia Nacional* e della Corte suprema nel caso dei generali guatemaltechi. Secondo questi due organi giudiziari, l'esercizio della giurisdizione universale sui crimini internazionali richiedeva l'esistenza di un legame tra il reato, le vittime o l'autore e la Spagna, come ad esempio la presenza dell'autore sul territorio spagnolo o la nazionalità spagnola delle vittime. La Corte costituzionale, invece, ha sostenuto che tali requisiti fossero contrari al principio *pro actione*, poiché implicavano una restrizione ingiustificata del diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale effettiva. La Corte ha chiarito, inoltre, che la giurisdizione universale – il cui obiettivo è la lotta contro l'impunità – non richieda alcun legame diverso dal carattere universale dei valori tutelati dalle disposizioni che qualificano le violazioni più gravi del diritto internazionale. In tal senso, ha concluso che la presenza dell'imputato in Spagna sia solo una condizione per l'apertura del processo e non un fondamento autonomo di giurisdizione; in altre parole, l'imputato deve trovarsi in Spagna affinché il processo possa avere inizio, ma la giurisdizione può essere esercitata anche in sua assenza, ad esempio per l'emissione di una richiesta di estradizione. L'unica condizione a cui è subordinato l'esercizio della giurisdizione universale è che lo Stato del *locus commissi delicti* non stia già indagando e giudicando effettivamente il caso [51].

Per questo motivo, una posizione così concreta come quella relativa alla presenza del sospettato nel territorio, richiede una discussione più approfondita di quella fornita nelle Linee guida MPF. Si potrebbe presumere che la sua inclusione come condizione sia dovuta al fatto che l'Argentina non prevede i processi *in contumacia* [52]. Questa, tuttavia, non sarebbe una motivazione sufficiente, dato che esistono ordinamenti che, pur non prevedendo i

---

[50] *Ibidem*, 15.

[51] H. Ascensio, *The Spanish Constitutional Tribunal's Decision in Guatemalan Generals: Unconditional Universality is Back*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 3, 2006, 586-594.

[52] Il processo in contumacia è stato recentemente inserito nell'ordinamento procedurale (articolo 431 ter del CPPN) attraverso la legge 27.784 e, in base alla descrizione dei casi contemplati per la sua applicazione, esclude i casi di GU: "*1. Reati commessi nel territorio nazionale; 2. Reati i cui effetti si verificano in Argentina o in luoghi soggetti alla sua giurisdizione e 3. Reati commessi all'estero da agenti o dipendenti delle autorità argentine nell'esercizio delle loro funzioni*".

processi *in contumacia,* non limitano normativamente l'apertura di questo tipo di cause alla condizione della presenza del sospettato nel territorio [53]. Si potrebbero anche ipotizzare disposizioni procedurali che consentano di proseguire *in contumacia* il processo nella fase istruttoria, essendo la presenza un requisito esclusivo della fase plenaria del processo, come stabilito dalla normativa della CPI e applicato per la prima volta di recente nel caso *Kony* [54].

Esistono argomentazioni secondo cui l'obbligo della presenza dell'imputato nel territorio e/o la necessità dell'autorizzazione di un organo governativo derivano dal fatto che l'apertura di un procedimento GU senza tali condizioni potrebbe compromettere le relazioni diplomatiche; tale obbligo mirerebbe, pertanto, a impedire che diversi Stati conducano simultaneamente indagini sullo stesso fatto, causando così un "caos giuridico assoluto" [55]. Tuttavia, l'applicazione del principio fino ad oggi indica che, salvo casi isolati, ciò non si è verificato. Anzi, quelle legislazioni – come quella belga o quella spagnola – che hanno effettivamente riformato le rispettive normative a seguito delle pressioni delle grandi potenze [56], includendo tra le altre condizioni la presenza dell'imputato, hanno portato praticamente alla non applicazione della GU.

Per questo motivo la Spagna, pioniera nell'applicazione di questo principio che oggi esiste solo *de jure* dopo aver attraversato due riforme che hanno portato all'estinzione della sua applicazione, sta attualmente discutendo la necessità di riprendere lo "spirito" di tale principio, che si riflette unicamente nella sua forma pura o assoluta [57].

---

[53] Cfr. *supra* nota 37.

[54] Il 29 ottobre 2024, la Camera preliminare II della CPI ha deciso che Joseph Kony è una persona "irreperibile" ai sensi dell'articolo 61(2)(b) dello Statuto di Roma della CPI, pertanto, avendo adottato tutte le misure ragionevoli per assicurarne la comparizione e informarlo delle accuse, esistono motivi sufficienti per tenere l'udienza di conferma delle accuse in contumacia. Cfr. Decisione sui criteri per lo svolgimento dei procedimenti di conferma delle accuse in contumacia, ICC-02/04-01/05.

[55] Contro tale posizione, G. Werle *et al.*, *op. cit.*, 99.

[56] Cfr. *supra* nota 18.

[57] Nelle osservazioni formulate il 17 marzo 2024 dal governo spagnolo dinanzi all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite in merito alla portata e all'applicazione della GU, è stata evidenziata la necessità di una nuova riforma per modificare i commi 2, 4 e 5 dell'articolo 24.3 della legge organica 6/1985. Lo scopo di tale riforma sarebbe, secondo quanto dichiarato dallo stesso governo spagnolo, quello di "frenare il progressivo degrado della GU e recuperarne la portata, in quanto essa è stata e deve continuare ad essere uno strumento fondamentale per limitare i movimenti dei presunti responsabili di gravi violazioni dei diritti umani e, soprattutto, per garantire la protezione delle vittime e il loro diritto al perseguimento e al processo dei responsabili dei crimini

Per quanto riguarda l'argomento del "caos giudiziario" o dell'impatto sulle relazioni diplomatiche, si sottolinea correttamente che gli Stati hanno incentivi a concentrarsi sugli imputati su cui esiste un ampio consenso nella comunità internazionale e che spesso nemmeno il loro stesso Stato di nazionalità è disposto a difendere. Questa circostanza – osserva – rende improbabile che la GU generi tensioni internazionali incontrollabili, caos giudiziario o interferisca con le soluzioni politiche di fronte alla commissione di crimini di massa [58]. Allo stesso modo, benché molti sostengano, come visto, che esigere la presenza dell'imputato nel territorio allevierebbe tali tensioni, la verità è che è molto discutibile che esista una prassi statale basata sull'*opinio iuris* che indichi che ciò debba essere incluso come condizione per l'esercizio della giurisdizione complementare, per cui da un *punto di vista politico,* tale condizione dovrebbe essere fermamente respinta [59].

Meno discusso e molto più accettato è invece il secondo requisito: la possibilità di esercitare la GU solo in via sussidiaria, quando gli Stati titolari della responsabilità primaria di indagare e giudicare non lo fanno, non possono farlo o lo fanno in modo inefficace. In questo caso le Linee guida MPF avrebbero potuto fornire indicazioni più precise, così come su una questione essenziale trascurata sia nelle Linee guida MPF, così come in tutte le decisioni di tutti i gradi di giudizio dei casi trattati in Argentina.

Mi riferisco alla questione delle immunità, che è senza dubbio "l'elefante nella stanza". Inoltre, come stabilito dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite nel testo dei progetti di articolo sull'immunità dalla giurisdizione penale straniera dei funzionari dello Stato, tale questione deve essere determinata dallo Stato che intende esercitare la propria giurisdizione, "prima di avviare il procedimento penale e prima di ordinare qualsiasi misura coercitiva che possa pregiudicare l'inviolabilità di cui godono i funzionari in conformità con il diritto internazionale" [60].

---

più gravi contro l'umanità". In sintesi, ha concluso che "la Spagna non riconosce oggi una GU pura e assoluta che risponda alla lotta contro l'impunità e alla protezione delle vittime come interessi della comunità internazionale nel suo complesso, ma la subordina al rispetto delle condizioni derivanti dai principi di personalità e territorialità". Cfr. il progetto del gruppo parlamentare plurinazionale SUMAR – in attesa del parere della Commissione Giustizia – disponibile all'indirizzo: https://www.un.org/en/ga/sixth/79/universal_jurisdiction/spain_e.pdf.

[58] M. Langer, *The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes*, in *American Journal of International Law*, vol. 105, 1, 2011, 3.

[59] G. Werle *et al.*, *op. cit.*, 100.

[60] Articolo 14, 4. ILC, 73a sessione, A/77/10 (versione preliminare del 12 agosto 2022), disponibile in https://legal.un.org/ilc/reports/2022/english/a_77_10_advance.pdf.

Sorprende constatare come, nei casi argentini basati sulla **competenza universale**, manchi del tutto un'analisi sull'immunità, perfino laddove i giudici abbiano ordinato l'arresto di capi di Stato. Ciò conduce inevitabilmente a quelli che Luc Reydams ha definito "casi virtuali": casi che finiranno solo sulle prime pagine dei giornali, ma in cui i principali sospettati non saranno mai assicurati alla giustizia, poiché in molti casi godono dell'immunità personale. Ciò costituisce un ulteriore argomento a favore dell'ipotesi che i membri della *troika* (presidente, vicepresidente e cancelliere) debbano essere indagati dai tribunali penali internazionali, limitando la giurisdizione a ex membri della troika o a funzionari di medio o basso rango, la cui immunità "funzionale", in linea di principio, non sarebbe opponibile nei confronti di Stati terzi che esercitano la giurisdizione [61].

Per concludere, possiamo affermare che: a) esistono incoerenze significative nella giurisprudenza argentina in materia di giurisdizione universale; b) la mancanza di una regolamentazione o di linee guida MPF ha generato un ampio numero di indagini aperte, senza che nessuna di esse possa raggiungere la fase processuale (e, naturalmente, nemmeno le condanne); c) ciò ha fatto sì che l'Argentina finisse per diventare un "miscuglio" di casi di GU, con un rischio imminente di saturazione – e perché no, banalizzazione – del principio di GU; d) è necessario limitare i casi di GU, senza perdere di vista lo spirito del principio, poiché altrimenti si possono verificare situazioni come quella descritta dal caso degli Uiguri; e) tale limitazione non può minacciare lo spirito del principio di GU, né compromettere l'accesso alla giustizia delle vittime dei crimini più atroci; f) in questo modo, la sfida che la giustizia argentina deve affrontare in materia di GU è quella di trovare un equilibrio tra la prevenzione del collasso dei casi – "virtuali" – senza però perdere il suo ruolo di protagonista internazionale di *global enforcer* [62] (nella pratica oggi l'Argentina è un *non safe haven* con caratteristiche di *global enforcer*).

Condizionare l'esercizio della GU alla presenza dell'imputato e/o alla nazionalità della vittima, come proposto dalle Linee guida MPF e da alcune delle sentenze analizzate in questo lavoro, non riflette la prassi argentina in materia degli ultimi 20 anni. Una soluzione più efficace e fondata, in linea con tale prassi, dovrebbe mirare alla limitazione della GU attraverso la corretta applicazione del principio di sussidiarietà e il rispetto della prassi

---

[61] Cfr. il rapporto di Amnesty International, *Commenti e osservazioni sulla bozza di articoli sull'immunità dei funzionari statali dalla giurisdizione penale straniera*, 8 aprile 2025 (AI Index: IOR 40/9214/2025) della Commissione di diritto internazionale.

[62] M. Langer, *Universal Jurisdiction Is Not Disappearing*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, 2, 2015, 245.

internazionale in materia di immunità dalla giurisdizione penale straniera dei funzionari dello Stato. Criteri orientativi in tal senso consentirebbero di limitare la giurisdizione argentina in questo tipo di indagini senza compromettere lo spirito della GU, garantendo inoltre alle vittime di crimini internazionali un accesso a una giustizia davvero universale, laddove i fori principalmente obbligati (lo Stato interessato e, in via complementare, la CPI) non vogliono o non possono svolgere indagini.

CAPITOLO V

FORME DI IMPUTAZIONE E INTERVENTO PUNIBILE

di NATALIA BARBERO [*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Caso "Videla" ("Piano Condor"): responsabilità indiretta per il controllo di un apparato organizzato di potere. – 2.1. Dati della sentenza "Videla-Plan Cóndor". – 2.2. Decisione impugnata dinanzi alla CFCP. – 2.3. Fatti di causa. – 2.4. Considerazioni delle parti rilevanti per il diritto penale internazionale. – 2.5. Decisione della CFCP. – 2.6. Holding. – 2.7. Commento. – 3. Caso "Arrillaga": autorialità per omissione impropria, qualità di funzionario pubblico e violazione del dovere speciale di garanzia nei reati di "Violazione di doveri speciali". – 3.1. Dati della sentenza. – 3.2. Decisione impugnata dinanzi alla CFCP. – 3.3. Fatti di causa. – 3.4. Argomenti delle parti rilevanti per il diritto penale internazionale. – 3.5. Decisione della CFCP. – 3.6. Holding. – 3.7. Commento. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Sono numerose le sentenze che hanno affrontato la questione della responsabilità dei vertici delle forze armate e di sicurezza per i reati commessi dai loro subordinati nell'ambito del cosiddetto "Processo di riorganizzazione nazionale" durante l'ultima dittatura civile-militare in Argentina tra il 1976 e il 1983.

La posizione maggioritaria nella giurisprudenza ritiene che il superiore debba rispondere come autore mediato. Si segue la teoria degli apparati organizzati di potere ideata dal Prof. Claus Roxin, inaugurata dalla Camera Nazionale d'Appello Penale e Correzionale Federale della Capitale Federale nella sentenza del 9 dicembre 1985 del noto processo agli "ex-comandanti", anche noto come "processo alle giunte".

In tale causa n. 13/84, la Camera ha sottolineato che la responsabilità indiretta poteva sussistere nel caso in questione e coesistere con un esecutore

[*] Professoressa di Diritto penale, Processuale penale e Diritto penale internazionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Buenos Aires.

responsabile, poiché i comandanti avevano il controllo dell'organizzazione e quindi il dominio dei fatti: "... si parte dal presupposto che il superiore che impartisce un ordine che dovrà essere obbedito domina il corso causale dell'evento, poiché dalla sua sola volontà dipende il compimento o meno del reato in questione, la cui esecuzione è affidata al subordinato (...). In questo contesto, l'esecutore concreto dei fatti perde rilevanza. Il dominio di coloro che controllano il sistema sulla consumazione dei fatti che hanno ordinato è totale, poiché anche se ci fosse un subordinato che si rifiutasse di obbedire, verrebbe automaticamente sostituito da un altro che eseguirebbe il compito. Ne consegue che il piano tracciato non può essere vanificato dalla volontà dell'esecutore, il quale svolge solo il ruolo di semplice ingranaggio di una gigantesca macchina" [1].

Pur applicando tale teoria e fondando così l'imputazione e la responsabilità penale degli ex comandanti sull'articolo 45, parte finale, del Codice penale, la Camera Nazionale di Cassazione Penale non ne ha tratto le conseguenze dovute e, invece, li ha considerati quali concorrenti necessari, facendo dipendere la loro punibilità dai fatti degli autori materiali [2]. In ogni caso, è stata sostenuta l'applicazione della teoria di Roxin al caso [3].

Successivamente, la Corte Suprema di Giustizia della Nazione, nella sua sentenza del 30 dicembre 1986, ha sottolineato che non si sarebbe trattato di un caso di autore mediato. I voti dei giudici Caballero e Belluscio hanno sottolineato: "... il dominio psichico del fatto e il compimento di condotte extratipiche dirette, mediante abuso di potere, all'esecuzione collettiva da parte di altri, non possono rappresentare altro che la cooperazione intellettuale e

---

[1] CNCCF, in seduta plenaria, causa n. 13/84, Fallos: 309:33, 9 dicembre 1985. In particolare: Considerando 7, Della partecipazione, parte 4ª.

[2] Roxin ha scritto: "Anche all'estero si è imposta la figura giuridica: nel processo contro la giunta militare argentina, sia l'accusa che la sentenza della Corte Suprema fondano la responsabilità mediata dei generali sul loro dominio della volontà in virtù degli apparati di potere organizzati, invocando la tesi sostenuta in quest'opera". E nella sua nota dice: "Il fatto che la mia teoria sia applicata o meno in modo coerente in tutti i casi è una questione controversa in Argentina, che non è possibile approfondire ora". Cfr. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1968, trad. di Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González Murillo, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1998, 691.

[3] Per l'accoglienza della teoria di Roxin in Argentina, cfr. H.L. SCHAPIRO, *La recepción jurisprudencial de la tesis de la autoría mediata por el dominio de aparatos organizados de poder*, in E. REZSES (a cura di), *Aportes jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en Argentina,* Segreteria dei Diritti Umani, Governo della Provincia di Buenos Aires, Buenos Aires, 2007, 197-226. Sulla ricezione della teoria nel processo alle giunte in Argentina, cfr. in particolare H.L. SCHAPIRO, *op. cit*., 216 ss.; K. AMBOS, *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2006, 139-140.

materiale affinché i subordinati realizzassero gli elementi costitutivi delle fattispecie incriminatrici..." [4]. I giudici citati hanno concluso che la responsabilità mediata in virtù del dominio di un apparato organizzato di potere, come riferito dalla Camera Federale, non trova fondamento giuridico nel diritto argentino, e hanno persino respinto la possibilità di responsabilità mediata in caso di autore diretto responsabile.

Pertanto, la Corte Suprema ha modificato il criterio della Camera giudicante, ritenendo che la teoria della responsabilità indiretta per mezzo di apparati organizzati di potere non sia maggioritariamente accettata e che la sentenza impugnata facesse un'interpretazione estensiva dell'articolo 45 del Codice penale che ampliava la responsabilità trasformando l'autore indiretto in un autore per estensione, poiché non soddisfaceva il requisito di aver compiuto azioni tipiche. Questa posizione è stata poi abbandonata nella giurisprudenza.

Le sentenze successive dei tribunali argentini hanno seguito la posizione della Camera Federale, non quella della Corte Suprema, ad eccezione di una minoranza che ha ritenuto opportuno parlare di partecipante necessario [5].

Nella dottrina argentina, d'altra parte, non c'è accordo sul punto. È stata sostenuta la responsabilità mediata per il dominio di un apparato organizzato di potere [6], ma è stata anche proposta la responsabilità mediata in virtù della coercizione [7]; la partecipazione necessaria [8]; la coautorialità [9] e l'induzione o l'istigazione [10].

---

[4] CSJN, causa n. 13/84, Fallos: 309:1657, 30 dicembre 1986. In particolare: considerando 19 ss. consultabile presso l'Associazione Americana dei Giuristi, Cuadernos, n. 4, luglio 1988.

[5] Cfr., in particolare sull'argomento, E. Malarino, *El caso argentino*, in K. Ambos (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Temis, Bogotá, 2008, 45-75.

[6] M. Rusconi, *Comentario a los arts. 45/49*, in D. Baigún, E.R. Zaffaroni (a cura di), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2-A, Hammurabi, Buenos Aires, 2007; M. Bruera, *Autoría y dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder*, in *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, La Lectura-Lerner, Córdoba, 2001.

[7] C. Creus, *Derecho Penal. Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 2003.

[8] E.R. Zaffaroni, A. Alagia, A. Slokar. *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2003.

[9] E. Righi, *Derecho Penal. Parte General*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

[10] E. Donna, *La autoría y la participación criminal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005. Non tutti gli autori applicano integralmente ciascuna teoria a tutti i casi. Inoltre, alcuni hanno cambiato posizione nel corso del tempo. Si identificano le principali teorie degli autori che le hanno sostenute in qualche documento al fine di mostrare il panorama delle posizioni esistenti in materia.

Per quanto riguarda i casi giudiziari più recenti, si segnalano due sentenze rilevanti che risultano utili ed esemplificative della posizione attuale al fine di analizzare la problematica dell'intervento punibile dei superiori rispetto agli atti commessi dai subordinati. Si tratta della sentenza pronunciata nella causa intentata principalmente contro Videla, nota come causa "Plan Cóndor", e di quella pronunciata nella causa "Arrillaga".

2. *Caso "Videla" ("Piano Condor"): responsabilità indiretta per il controllo di un apparato organizzato di potere*

2.1. *Dati della sentenza "Videla-Plan Cóndor"*

Corte Federale di Cassazione Penale, IV, causa n. CFC 13445/1999/TO1/CFC7, intitolata: "VIDELA, Jorge Rafael e altri s/ricorsi di cassazione e di incostituzionalità", sentenza del 4 maggio 2018.

2.2. *Decisione impugnata dinanzi alla CFCP*

Nel caso in esame, è stato presentato ricorso dinanzi alla Camera Federale di Cassazione penale contro la decisione del Tribunale Penale Federale n. 1 che ha deliberato, sommariamente:

- di non accogliere la richiesta di nullità del procedimento per violazione del principio di legalità a causa dell'applicazione ultra-attiva della legge penale più severa (articoli 18 della Costituzione Nazionale; 166, 167 – comma 3 –, 168 – questi ultimi *a contrario sensu* – e concordanti del Codice di Procedura Penale della Nazione);
- respingere la richiesta di incostituzionalità della legge 25.779 [11];
- non accogliere le richieste di estinzione dell'azione penale per prescrizione (articoli 59, 62, 63, 67 – *a contrario sensu* – e concordanti del Codice penale);
- non dare luogo alle richieste di litispendenza, cosa giudicata e violazione del principio *ne bis in idem*;
- non accogliere la richiesta di insussistenza dell'azione penale per violazione del termine ragionevole di durata del processo;
- non accogliere la richiesta di incostituzionalità dell'articolo 210 del

[11] La legge 25.779 ha dichiarato irrimediabilmente nulle le leggi n. 23.492 e n. 23.521, denominate rispettivamente legge del punto finale e legge dell'obbedienza dovuta.

Codice penale;
- non accogliere la questione di inapplicabilità e incostituzionalità dell'articolo 19, comma 4, del Codice penale e dell'articolo 80 della legge;
- non accogliere la richiesta di incostituzionalità dell'articolo 12 del Codice penale;
- condannare Riveros, Bignone, Feroglio, Pepa, Falcón, De Lío, Lobaiza, Aleispeiti, Guañabens Perelló, Olea e Cordero Tedesco, in quanto ciascuno di essi è ritenuto "penalmente responsabile del reato di associazione per delinquere nell'ambito del cosiddetto 'Piano Condor', che concorre materialmente, e come autore mediato, con il reato di privazione illegittima della libertà commesso da un pubblico ufficiale con abuso delle sue funzioni o senza le formalità prescritte dalla legge, in modo reiterato" (articoli 2, 12, 19, 29 – comma 3 –, 40, 41, 45, 55, 144 bis comma primo [testo secondo la legge 14.616], e 210 [testo secondo la legge 20.642], tutti del Codice penale della Nazione; 530 e 531 del Codice di Procedura Penale della Nazione);
  condannare Cordero Piacentini e Furci in quanto ritenuti entrambi "corresponsabili penalmente del reato di privazione illegittima della libertà commessa da pubblico ufficiale con abuso delle proprie funzioni o senza le formalità prescritte dalla legge, in modo reiterato", aggravato nel caso di Furci per aver fatto ricorso a violenza o minacce; sette episodi sono inoltre aggravati per la loro durata superiore a un mese. Tali condotte concorrono materialmente con il reato di imposizione di torture reiterate;
- condannare Minicucci in quanto ritenuto penalmente responsabile del reato di associazione per delinquere nell'ambito del cosiddetto "Piano Condor".

2.3. Fatti di causa [12]

Già nel 1975 in Argentina, prima del colpo di Stato del 1976, il governo costituzionale, ritenendo che le forze di polizia e di sicurezza fossero insufficienti a prevenire gli atti considerati "sovversivi" che si verificavano in tutto il paese, chiamò l'esercito argentino a intervenire in operazioni di sicurezza interna, nell'ambito di un piano strutturato volto alla repressione e allo sterminio delle organizzazioni rivoluzionarie. Tale piano fu sviluppato dalle

[12] CFCP, Sez. IV, causa n. CFC 13445/1999/TO1/CFC7, Videla, Jorge Rafael e altri s/ ricorsi di cassazione e incostituzionalità, 4 maggio 2018. Considerando c. *Della descrizione generale e particolare dei fatti indagati e del modo in cui il tribunale orale a quo ha valutato le prove prodotte per considerarli provati*, 108 ss.

istituzioni statali e potenziato a partire dall'usurpazione del potere legale da parte delle forze armate, il 24 marzo 1976.

In questo contesto è interessante l'analisi relativa al quadro normativo imposto dalla giunta militare e a quello che riguarda l'operatività della cosiddetta "Lotta contro la sovversione", condotta dalle forze armate con la partecipazione delle forze di sicurezza e di intelligence argentine e delle loro controparti del Cono Sud.

La responsabilità primaria di questo piano ricadeva sull'esercito, sotto il cui controllo operativo erano posti la Polizia Federale Argentina, le Polizie Provinciali, il Servizio Penitenziario Federale e il S.I.D.E. (agenzia di intelligence).

Dal 24 marzo 1976, il piano di repressione messo in atto dalle forze armate divenne clandestino e le azioni furono condotte in segreto, garantendo l'impunità degli autori e/o dei partecipanti agli atti criminali.

L'esercito emanò la direttiva n. 404/75 del 28 ottobre 1975, che individuava le zone di combattimento prioritarie, divideva la manovra strategica in fasi e confermava l'organizzazione territoriale. In questa direttiva si stabiliva che i detenuti dovevano essere messi a disposizione dell'autorità giudiziaria o del potere esecutivo, e tutto ciò che riguardava le norme procedurali per gli arresti e le perquisizioni era rinviato all'emanazione di un regolamento identificato come Procedura Operativa Normale, che fu infine approvato il 16 dicembre successivo (PON 212/75).

L'esercito argentino era strutturato sulla base di un'organizzazione gerarchica verticale, che era organizzato secondo una struttura gerarchica verticale che andava dal comandante in capo e dal suo Stato maggiore generale, composto dal capo di stato maggiore, dal capo dei servizi segreti, dal capo delle operazioni e dal capo della logistica, fino alle unità di base, dove si trovavano le sottounità e le sezioni.

La struttura repressiva era organizzata nel modo seguente: innanzitutto veniva effettuata una divisione territoriale dell'intero Paese. Tale modello fu adottato dai militari argentini sulla base della "Dottrina della Scuola Francese", in particolare della tecnica di *quadrillage* sviluppata in Algeria dai francesi. Sulla base della struttura dei corpi dell'esercito, delle brigate e delle unità di combattimento e di supporto al combattimento dispiegate in tutto il paese, furono istituiti i comandi delle zone, delle sottozone, delle aree e delle sottoaree, rispettivamente.

In base a tale organizzazione territoriale, i comandanti delle rispettive zone, sottozone, aree e sottoaree furono incaricati dell'esecuzione del piano repressivo nei rispettivi ambiti, che includeva il controllo operativo sulle forze di sicurezza e penitenziarie. Quando si parla di controllo operativo si

fa riferimento alla responsabilità dell'esecuzione delle azioni repressive compiute dai membri di tali forze. Poiché la dottrina della controsovversione indicava che il "nemico" rimaneva nascosto nella popolazione, il controllo totale su tale popolazione e, di conseguenza, sul territorio in cui si trovava, era fondamentale.

Così, il Paese fu diviso in quattro Zone di Difesa corrispondenti ai quattro Corpi dell'Esercito (I, II, III e V), e il 21 maggio 1976 se ne aggiunse un'altra, che di fatto era già operativa, affidata al Comando degli Istituti Militari (Zona di Difesa IV).

L'istruzione consisteva nel centralizzare la conduzione delle azioni di intelligence e delle operazioni in aree geografiche (urbane o meno) con caratteristiche simili; operare con unità di comando, specialmente in ambito industriale; intensificare gradualmente e rapidamente l'azione antisovversiva, con l'obiettivo di completare l'annientamento dell'opposizione.

Il territorio nazionale fu suddiviso come segue:

a) COMANDO ZONA DI DIFESA 1: sotto il comando del Capo del Corpo d'Armata I, con sede nella Capitale Federale e giurisdizione su tale città, gran parte della Provincia di Buenos Aires e della Provincia di La Pampa (G-2 Intelligence);
b) COMANDO DELLA ZONA 2: sotto il comando del II Corpo d'Armata, con sede a Rosario (Provincia di Santa Fe) e giurisdizione sulle province di Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes, Chaco, Formosa e Misiones (G-2 Intelligence);
c) COMANDO DELLA ZONA 3: sotto il comando del III Corpo d'Armata, con sede nella città di Córdoba e giurisdizione sulle province di Córdoba, San Luis, Mendoza, San Juan, La Rioja, Catamarca, Santiago del Estero, Tucumán, Salta e Jujuy (G-2 Intelligence);
d) COMANDO DELLA ZONA 4: sotto il comando del Comando degli Istituti Militari, con sede a Campo de Mayo e giurisdizione sui distretti di San Isidro, Escobar, General Sarmiento, General San Martín, Pilar, San Fernando, Tigre, Tres de Febrero, Vicente López, Exaltación de la Cruz, Zárate e Campana, nella provincia di Buenos Aires; (G-2 Intelligence), Scuola di Intelligence, Distaccamento di Intelligence 201, Sezione del Distaccamento di Intelligence 201 (Zárate);
e) COMANDO DELLA ZONA 5: sotto il comando del V Corpo d'Armata, con sede a Bahía Blanca e giurisdizione sul settore meridionale della provincia di Buenos Aires e sulle province di Río Negro, Neuquén, Chubut, Santa Cruz e Tierra del Fuego (G-2 Intelligence).

L'azione repressiva era coordinata sulla base della direttiva n. 404/75 e sull'Ordine Parziale n. 405/76, e persino il Piano dell'Esercito per il colpo di Stato prevedeva la creazione di accordi giurisdizionali tra i comandi dei diversi territori. Inoltre, il Piano dell'Esercito disponeva che, sulla base di questa organizzazione giurisdizionale, fossero condotte operazioni militari congiunte per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato, che consisteva nel prendere il potere con la forza e annientare il cosiddetto "nemico sovversivo". Questo fu il fondamento su cui furono costruite tutte le relazioni tra le tre Forze Armate, e tra queste e le Forze di Sicurezza all'interno del Paese, ma anche, a livello regionale, tra le dittature dei Paesi del Cono Sud.

L'azione concertata di tutte le forze è il principio fondamentale di qualsiasi azione militare ed è per questo che è stata stabilita questa forma di azione per le forze all'interno e all'esterno di ciascuna delle giurisdizioni che erano sotto la responsabilità di ciascun comandante. Sono state così create "squadre speciali" composte da membri di diverse forze, e ciò ha avuto un corrispettivo nell'ambito dei paesi del Cono Sud.

Inoltre, furono istituiti diversi tipi di meccanismi di coordinamento e sostegno reciproco, due dei quali si rivelarono cruciali per il successo dell'impresa criminale: la "liberazione dell'area" o "area libera" o "zona liberata" e le "comunità informative". Il principale coordinatore era l'esercito argentino. All'esercito argentino fu assegnato il controllo operativo sulle forze di sicurezza e il controllo funzionale sul S.I.D.E. Le direttive operative strutturavano il controllo operativo e funzionale del piano.

Durante la repressione illegale, ogni comandante o capo di corpo, brigata e unità militare a cui era stato assegnato un territorio di responsabilità, formò un comando o centro di operazioni tattiche ("C.O.T."). Nel C.O.T. venivano pianificate, eseguite, coordinate e supervisionate le operazioni in generale. Le sue funzioni erano: a) la direzione, il controllo e il coordinamento delle operazioni; e b) l'integrazione del supporto con le operazioni eseguite dalle forze dipendenti. Ciò veniva realizzato specificando al rappresentante del comandante che avrebbe fornito il supporto, il tipo di supporto richiesto, gli obiettivi, l'opportunità per abbattere ciascun obiettivo, i risultati che si desiderava ottenere e le considerazioni sulla sicurezza delle truppe, se del caso. Quando si parla di coordinamento e supervisione di tutte le operazioni, non ci si riferisce solo alle operazioni eseguite dal comando in questione, ma a tutte le operazioni svolte nel territorio sotto la responsabilità di tale comando, sia che fossero eseguite dalla propria unità o da altre unità.

Per questo motivo ogni C.O.T. era in costante comunicazione con gli altri C.O.T., in particolare con quelli che operavano nelle unità da cui dipendeva

operativamente, sia per richiedere le "aree libere" e ricevere le autorizzazioni per operare, sia per l'"esecuzione degli obiettivi".

A sua volta, anche il Centro Operazioni Tattiche Corpo Esercito ("C.O.T.C.E.") doveva disporre dei dati necessari per il controllo. Una volta eseguita l'operazione, era necessario informare immediatamente il C.O.T.C.E. ed entro 24 ore era necessario presentare una relazione scritta al Dipartimento Operazioni, insieme al materiale sequestrato. Nel caso dei cosiddetti "obiettivi di opportunità", le informazioni dovevano essere trasmesse al C.O.T.C.E. contemporaneamente all'operazione. Gli eventuali risultati dell'operazione venivano successivamente comunicati alla giurisdizione in cui era stata eseguita.

In conclusione, ogni "novità operativa" veniva registrata, controllata e centralizzata dai C.O.T. I cosiddetti "obiettivi" potevano essere persone o luoghi. Un "bersaglio pianificato" era il risultato della raccolta, della valutazione e dell'elaborazione delle informazioni disponibili, che si concretizzavano in un obiettivo specifico. Un "bersaglio occasionale" era quello che veniva individuato per la prima volta dopo l'inizio di un'operazione e che non era stato precedentemente preso in considerazione. Poiché era generalmente di natura fugace, doveva essere eseguito il più rapidamente possibile.

I C.O.T. raggruppavano i rappresentanti dello Stato Maggiore assegnati alle operazioni tattiche e di supporto tattico. Il C.O.T. era un elemento di tutte le unità nella "Lotta contro la sovversione", era un organizzatore con sede che poteva essere mobile, e la polizia poteva collaborare per una migliore esecuzione dei compiti.

In definitiva, si trattava di un chiaro esempio di come fosse stata messa in pratica l'ordinanza generale imposta nelle direttive di coordinare le operazioni per ottenere il successo della repressione. Fu proprio attraverso i C.O.T. e i C.O.T.C.E. istituiti in tutte le unità del Paese, in combinazione con il funzionamento delle comunità informative, che si riuscì a decentralizzare l'esecuzione delle attività repressive e a combinare efficacemente l'azione congiunta delle diverse forze in tutto il territorio nazionale nel quadro della cosiddetta "Lotta contro la sovversione".

Gli imputati in questo caso ricoprivano le cariche di capi di zona, sottozona, area e sottoarea, funzioni di enorme rilevanza per la concretizzazione dei reati commessi per aver preso parte all'associazione per delinquere nell'ambito del cosiddetto "Piano Condor", poiché garantivano sia l'esecuzione delle attività di intelligence sul campo, sia le operazioni di sequestro delle vittime, indipendentemente da chi fossero gli esecutori diretti di tali operazioni.

La missione generale di ciascun responsabile territoriale era quella di operare contro la cosiddetta "sovversione" nella propria giurisdizione; e tale

missione generale si concretizzava tramite il controllo permanente e assoluto della popolazione inserita in quel territorio attraverso l'esecuzione di diverse operazioni militari, aperte e sotto copertura. Chi era in condizioni migliori per esercitare il controllo sulla popolazione era chi aveva la responsabilità della porzione minore di territorio, ovvero i capi di area e sottoarea. Erano proprio questi capi militari che, nell'esercizio di tale potere, venivano immediatamente a conoscenza delle operazioni che si svolgevano nel territorio di loro competenza, sia attraverso le indagini e i pattugliamenti permanenti che effettuavano, sia attraverso la denuncia diretta di un vicino o tramite la stazione di polizia locale, sia attraverso la prevenzione da parte della polizia.

In genere vestivano in borghese, portavano sempre armi in bella vista, spesso armi lunghe, di solito erano diversi uomini che arrivavano su più di un veicolo senza identificazione. In tutti i casi veniva esercitata violenza sulle persone perseguitate, sia in abitazioni private che in luoghi pubblici. Se si trattava di un'abitazione privata, spesso veniva distrutta e saccheggiata. Per quanto queste operazioni fossero segrete, le loro azioni, di giorno o di notte, finivano per essere note ai vicini e ad altri testimoni occasionali. A ciò si aggiunge il fatto che, nelle abitazioni dove venivano effettuate le operazioni, venivano collocate delle "trappole" con personale delle forze repressive. Inoltre, operazioni di maggiore entità venivano eseguite da questi gruppi, dai servizi di intelligence, spesso in collaborazione con le forze di sicurezza e armate responsabili del territorio in questione. In questi casi, venivano chiusi diversi isolati, intervenivano numerosi agenti in borghese e in divisa, si verificavano sparatorie, venivano utilizzati elicotteri e persino carri armati militari e spesso veniva interrotta l'energia elettrica nella zona. Dopo le operazioni, arrivavano dei camion che portavano via tutti i beni dell'abitazione perquisita.

In molti casi, le stesse truppe dei Comandi di Area e Sottoarea agivano in modo occulto nei loro controlli e pattugliamenti. Per questo era indispensabile che i Comandi fossero informati su quando, dove e chi avrebbe effettuato un'operazione nel territorio sotto la loro responsabilità; ed è per questo che con loro doveva essere coordinata l'"area liberata", che comprendeva anche la stazione di polizia locale. L'attività di intelligence per la determinazione di un "bersaglio" era svolta a diversi livelli, comprese le aree militari. Veniva utilizzato un "Modulo di richiesta di 'area libera' per operare", che includeva l'ora della richiesta, chi avrebbe operato, chi richiedeva l'autorizzazione, l'ubicazione dell'obiettivo, il tipo di operazione, la data, i veicoli che sarebbero stati utilizzati e i segnali di identificazione, il personale e i segnali di riconoscimento.

Pertanto, i rispettivi comandanti e capi territoriali qui processati erano a

conoscenza dei fatti, il che, a sua volta, è di estrema rilevanza per sostenere, inoltre, che gli imputati hanno preso parte all'associazione per delinquere nell'ambito del cosiddetto "Piano Condor".

Per quanto riguarda i Centri di detenzione clandestini (CCD), il linguaggio eufemistico utilizzato dai militari era quello di "luoghi di riunione dei detenuti" (L.R.D.).

Già nelle sentenze emesse dalla Camera Nazionale d'Appello Penale e Correzionale Federale, nell'ambito dei casi n. 13/84 e n. 44, è stata accertata la metodologia generalizzata secondo cui la "scomparsa" iniziava con il sequestro di una persona e il suo ingresso in un centro di detenzione clandestino. In tale causa si precisa: "Le persone rapite venivano immediatamente condotte in luoghi situati all'interno di unità militari o di polizia o che dipendevano da esse, distribuiti sul territorio del Paese e la cui esistenza era nascosta al pubblico (...). I luoghi di detenzione clandestini erano generalmente sorvegliati da persone diverse dai torturatori (...). Questi ultimi erano normalmente conosciuti con il nome di "la patota" e, in genere, erano le stesse persone che avevano compiuto i rapimenti e che, in alcuni casi, agivano in diversi centri di detenzione. Sia i torturatori che le guardie adottavano atteggiamenti e procedure per nascondere la loro identità" (cfr. CCCfed., n. 13/84, rta: 9 dicembre 1985).

Per quanto riguarda le strutture di questi centri clandestini, in alcuni casi erano situate in sedi militari, in altri casi in sedi della Polizia Federale provinciale o in sedi di altre forze armate, mentre altre ancora erano situate in abitazioni che non erano di proprietà di alcuna istituzione statale.

In alcuni dei centri operava unicamente un gruppo o una forza, mentre altri erano utilizzati come luogo di interrogatori e di detenzione da parte di diversi gruppi e forze. La normativa militare affidava ai comandi territoriali la gestione dei prigionieri e questi dovevano garantire le condizioni di sicurezza generale dei centri, l'ingresso e l'uscita delle forze da tali luoghi, l'ingresso, l'uscita e il trasferimento, in generale, dei prigionieri, nonché la disponibilità permanente a fornire supporto, ove necessario, in caso di possibili attacchi e fughe. Questi comandi effettuavano, nell'ambito del controllo della popolazione di cui erano responsabili, pattugliamenti aperti e sotto copertura, blocchi stradali, controlli di strada, controlli dei documenti, per cui non sembra ragionevole pensare che automobili non identificate con a bordo persone evidentemente armate, generalmente vestite in borghese, che trasportavano al loro interno persone ammanettate e incappucciate e/o bendate, potessero circolare ed entrare e uscire da un edificio senza essere fermate e senza il rischio che si verificassero scontri. Ogni CCD e il territorio circostante era di per sé una "zona liberata".

Tutto avveniva in modo sistematico e in uno spazio geografico limitato, sottoposto a un controllo rigoroso e permanente da parte delle unità militari competenti e delle forze di polizia sotto il loro controllo operativo, in coordinamento con i rispettivi comandi.

A sua volta, vi era un coordinamento repressivo regionale, poiché esisteva una relazione tra i comportamenti dei comandanti e dei capi delle diverse strutture territoriali del paese e l'accordo illegale regionale denominato "Piano Condor".

Oltre all'organizzazione "Montoneros" e al "P.R.T.E.R.P.", come nemici da combattere a tutti i livelli delle forze armate furono inclusi anche i membri delle organizzazioni straniere classificate come sovversive, in particolare la Junta Coordinadora Revolucionaria (J.C.R.). Sono state specificate le organizzazioni latinoamericane che ne facevano parte, i precedenti delle relazioni tra loro a partire dal 1968, tra cui spiccava una riunione a Santiago del Cile nel 1972, in cui furono gettate le basi della nuova organizzazione su proposta del Segretario Generale del M.I.R. – Miguel Enríquez –. L'obiettivo era quello di "unire l'avanguardia rivoluzionaria latinoamericana nella lotta armata per l'instaurazione del socialismo, prendendo come esempio la rivoluzione cubana". Nelle norme sono stati impartiti ordini e missioni specifiche volte, da un lato, a impedire l'accesso di tali organizzazioni in Argentina, nonché il sostegno che potevano fornire alle organizzazioni locali, e, dall'altro, a impedire che le persone già presenti in Argentina, appartenenti a organizzazioni nazionali o straniere, potessero recarsi nei paesi confinanti. A questo proposito, vale la pena citare il seguente frammento del regolamento menzionato, punto 4.003, f), che recita: "La conduzione delle operazioni antisovversive sarà facilitata quando si sarà riusciti a ottenere una completa interdizione del sostegno esterno alla sovversione. La sovversione si nutre fondamentalmente dei mezzi del paese stesso in cui opera: popolazione, armi, attrezzature, denaro, organizzazioni, istituzioni, ecc.; ma anche del sostegno morale e materiale esterno che possono fornire quei paesi in cui l'ideologia estremista è riuscita a imporre il proprio regime e intende diffonderlo".

Allo stesso modo, sono state adottate misure volte a impedire l'accesso all'asilo politico che poteva essere concesso nelle ambasciate presenti nel Paese e sono state isolate dal sostegno esterno le organizzazioni sovversive nei Paesi di: Uruguay, Paraguay, Brasile, Bolivia e Cile.

In definitiva, i fatti descrivono il funzionamento dettagliato della cosiddetta L.C.S. e i mezzi illegali utilizzati a tal fine, in un quadro strutturato e organizzato in modo dettagliato, in cui erano coinvolti gli imputati e che costituiva un piano più ampio che comprendeva diversi paesi dell'America Latina, noto come "Piano Condor".

Riguardo all'accordo denominato "Piano Condor", è stato determinato che questo aveva lo scopo di eliminare i dissidenti politici – attuali o potenziali – a livello regionale, ed era composto dalle autorità dei vari Stati: Argentina, Bolivia, Cile, Paraguay, Uruguay e Brasile, ai quali si sono poi aggiunti Perù ed Ecuador. Non solo dai rispettivi presidenti, giunte militari, ministri della difesa, dell'interno, degli affari esteri o equivalenti, ma anche da vari membri delle forze armate, di sicurezza e dei servizi di intelligence, che hanno partecipato – a vari livelli – all'ideazione del piano di sterminio e di disciplina sociale, alla sua attuazione e alla sua esecuzione quotidiana. Il "Piano Condor" si estese dalla fine di novembre del 1975 fino all'inizio degli anni '80, con il suo massimo impatto tra il 1976 e il 1978.

Tale piano combinava: gestione delle informazioni; presenza di agenti nelle diverse ambasciate per ottenere collegamenti diretti e personali; organizzazione di viaggi, fornendo supporto logistico e operativo – tramite documentazione falsa – con veicoli senza identificazione, voli clandestini, sistemi di comunicazione e consegna di fondi; commissione di una serie di fatti consistenti in rapimenti e detenzioni illegali di persone, che venivano interrogate con mezzi coercitivi e torture; commissione di innumerevoli omicidi, espropriazione dei beni mobili e immobili delle vittime, modifica dello stato civile dei minori – privandoli della loro identità – e sparizione dei corpi, mancata risposta ai familiari delle persone detenute e tentativo di distruggere le prove per ottenere l'impunità dei propri atti.

Le vecchie operazioni di spionaggio mantenute segrete si trasformarono in una rete multilaterale di intelligence istituzionalizzata, estesa e permanente. I principali imputati (non tutti, poiché alcuni hanno avuto un ruolo diverso) ricoprivano la carica di capi di zona, sottozona, area e sottoarea, o comandante delle operazioni navali, e svolgevano funzioni e/o compiti che venivano svolti all'interno della struttura dell'apparato repressivo statale di cui facevano parte.

Nel quadro del sistema di divisione territoriale vigente, progettato dalle forze armate, gli ordini operativi venivano impartiti dai comandanti di zona, trasmessi ai loro subordinati e, a loro volta, ricevuti dai comandanti di sottozona, che li eseguivano e li trasmettevano ai capi di area o sottoarea all'interno della catena di comando inerente alla struttura repressiva. Ciò senza pregiudicare gli ordini che ciascuno di essi impartiva *di propria iniziativa*.

I comandanti e/o i capi delle unità militari emettevano e ricevevano ordini finalizzati all'esecuzione di operazioni di privazione illegale della libertà, controllandone il corretto adempimento da parte degli esecutori. I capi coordinavano e dirigevano anche, in base alla posizione che occupavano all'interno dell'apparato repressivo statale, la disposizione e la custodia

dei detenuti illegali, compresa l'ubicazione dei minori che erano anch'essi vittime delle operazioni di sequestro, il saccheggio degli immobili rimasti disabitati e persino la decisione sulla destinazione dei cadaveri, che spesso venivano sepolti in vari cimiteri come "N.N.", trasferiti all'obitorio o finivano con destinazione sconosciuta, come "desaparecidos". A loro volta, i capi avevano anche il controllo esterno dei centri di detenzione clandestini situati nei loro territori. Tutto ciò in conformità con la nota "Dottrina della Sicurezza Nazionale".

2.4. *Considerazioni delle parti rilevanti per il diritto penale internazionale*

Sono diverse le argomentazioni della difesa che trattano questioni di diritto penale internazionale, principalmente in merito alla prescrizione o all'imprescrittibilità dell'azione penale; al principio del *ne bis in idem* e alla cosa giudicata; al principio di legalità; all'adeguatezza sociale; all'adempimento di un dovere; al principio di fiducia; al divieto di retroattività e alle forme di imputazione e di partecipazione punibile [13].

In particolare, per quanto riguarda i ricorsi relativi all'imputazione e all'intervento punibile, la sentenza è stata impugnata in quanto si ritiene che non sia possibile attribuire la responsabilità penale sulla base della mera funzione ricoperta dagli imputati al momento dei fatti, né ricorrendo alla teoria della responsabilità mediata per dominio dell'organizzazione del potere, poiché l'applicazione di tale costruzione dogmatica viola il principio di legalità sancito dall'articolo 18 della Costituzione Nazionale, in quanto supera i limiti della autorìa e della co-autorìa disciplinati dall'articolo 45 del Codice penale, come affermato dalla Corte Suprema di Giustizia della Nazione nella sentenza della causa n. 13/84. Ciò posto, è stato affermato che, anche se si considerasse applicabile la suddetta dottrina, essa non lo sarebbe al caso di alcuni imputati, poiché non è stato dimostrato che essi abbiano impartito o ritrasmesso un ordine affinché un altro individuo commettesse personalmente il fatto illecito.

Infine, è stato osservato che, nel peggiore dei casi, gli imputati potrebbero essere considerati solo concorrenti nel reato, con la conseguente riduzione della pena inflitta che ciò comporta.

D'altra parte, è stato sostenuto che non sussiste il reato di associazione per delinquere, poiché appartenere a una delle istituzioni dello Stato, l'"Esercito argentino", implica essere "legati ai propri pari, superiori e subordinati

[13] Caso Videla, cit., 16 ss.

mediante vincoli originariamente leciti". È stato affermato che "è lo Stato e non un'organizzazione parastatale ad essere accusato dei presunti reati. In altre parole, non si osserva una specifica volontà associativa volta a costituire un gruppo per commettere un numero indeterminato di reati". È stato sottolineato che "non si può attribuire una responsabilità penale per il solo fatto di aver fatto parte delle strutture dello Stato", che sostenere che "appartenere a un'istituzione come l'Esercito argentino equivalga ad appartenere a un'associazione per delinquere e che tra i capi e i subordinati sia stato raggiunto un accordo volontario per commettere reati è davvero un'incongruenza e dimostra una totale ignoranza di ciò che è l'esercito argentino, dove il capo impartisce un ordine e i subordinati devono eseguirlo, non si mettono d'accordo per svolgere questa o quella missione" [14].

È stato altresì aggiunto che gli accusatori non sono riusciti a dimostrare che gli imputati fossero a conoscenza di agire secondo le linee guida "di una struttura organizzativa sovranazionale destinata a coordinare e integrare progetti criminali dei paesi membri, per perseguire illegalmente gli oppositori politici attraverso rapimenti, torture e sparizioni forzate" [15], per cui non sarebbe stata provata la sussistenza del reato di associazione per delinquere.

2.5. *Decisione della CFCP*

La CFCP ha deciso di respingere i ricorsi in cassazione presentati dalle difese di tutti gli imputati e di confermare la sentenza impugnata – a maggioranza per quanto riguarda alcuni condannati –, ad eccezione del caso OLEA, per il quale è stato deciso di sospendere il procedimento di cassazione, e del caso BIGNONE, per il quale è stato deciso di dichiarare astratta la questione sottoposta all'esame [16].

2.6. *Holding*

La CFCP si è pronunciata in merito alle doglianze sollevate dalle difese degli imputati e ha stabilito la relativa dottrina giudiziaria.

Il primo voto è stato quello del dottor GEMINIANI. Innanzitutto, ha ritenuto inammissibile la causa di "adempimento di un dovere", poiché gli ordini erano illegittimi. Tutti gli imputati conoscevano e accettavano gli

[14] *Ivi*, 24.

[15] *Ivi*, 48.

[16] *Ivi*, 1018 ss.

ordini, non li discutevano, li eseguivano, davano direttive, li ritrasmettevano e davano ordini propri. Era un sistema progettato dai militari, per essere applicato dai militari. Inoltre, è stato respinto il principio di fiducia e il divieto di ritorno, data l'evidente inadeguatezza sociale dei comportamenti [17].

Per quanto riguarda l'associazione per delinquere regionale [18], denominata "Piano Condor", è stato sottolineato che tale accordo criminale regionale è stato provato. Non si può nemmeno immaginare la possibilità che militari o poliziotti, ad esempio cileni o uruguaiani, abbiano agito sul suolo argentino senza il previo, concomitante e successivo coordinamento con le autorità del Paese. Pertanto, a prescindere dalle autorità politico-militari, diplomatiche o migratorie, è inevitabile concludere che ciò abbia coinvolto le stesse autorità militari territoriali, vale a dire quelle responsabili della pianificazione degli "obiettivi" e della loro esecuzione operativa.

Gli imputati avevano una conoscenza effettiva e reale delle attività del personale militare straniero in territorio argentino (nelle zone o sottozone di loro competenza), poiché i loro compiti consistevano in un controllo dettagliato del territorio affidato. Ciò includeva anche la garanzia dell'"area libera", tra le altre funzioni, per garantire il successo e l'impunità delle operazioni condotte contro il cosiddetto "nemico sovversivo"; in alcuni casi, straniero [19].

La cosiddetta "Organizzazione Condor" può essere sintetizzata come la struttura o rete segreta istituita durante il decennio degli anni '70 del secolo scorso e formata dai servizi di intelligence dei regimi dittatoriali che all'epoca governavano l'Argentina e le repubbliche di Bolivia, Brasile, Cile, Paraguay e Uruguay, con l'obiettivo di attuare nella pratica l'"Operazione Condor" o "Piano Condor", ovvero il programma clandestino destinato a perseguire, arrestare, compiere sparizioni forzate e assassinare qualsiasi persona considerata oppositrice politica di tali regimi [20].

L'esistenza dell'organizzazione non è controversa, né lo sono le azioni per le quali è stata costituita, ma solo l'intervento degli imputati sia nell'ambito della sua struttura, sia in relazione ad altri fatti loro imputati al di fuori di tale organizzazione.

In ogni caso, lo status giuridico dei soggetti coinvolti nei fatti oggetto di indagine comporta, oltre al dovere generale di esercitare la propria libertà

[17] *Ivi*, 164.

[18] *Ivi*, 285.

[19] *Ivi*, 580.

[20] *Ivi*, 809.

senza arrecare danno a terzi, anche quello di garantire il rispetto della legalità nell'esercizio delle proprie funzioni. La grave violazione di tali obblighi, dimostrata dalla loro partecipazione ai fatti in esame, comporta la responsabilità per gli stessi. Si tratta, quindi, di un'ingiusta violazione del dovere, di una violazione istituzionale [21].

La qualità di pubblico ufficiale degli autori non attribuisce al fatto una qualificazione particolare, né lo trasforma in un reato proprio, trattandosi di una condotta che avrebbe potuto essere posta in essere anche da un privato. Piuttosto, il fatto deve essere considerato – ai fini dell'imputazione – come una violazione dell'ordinamento amministrativo, ossia come un illecito che incide sull'amministrazione, senza richiedere necessariamente l'intervento di un pubblico funzionario[22].

Al di sopra degli obblighi di rispetto della libertà, vi sono le istituzioni che contribuiscono proprio al sostegno e alla garanzia di tale libertà, ovvero quelle che esprimono l'organizzazione istituzionale dello Stato.

Si tratta quindi di prestazioni che meritano una piena imputazione penale, ovvero l'associazione dei fatti ai responsabili in qualità di autori, qualifica che, sebbene coincida con quella scelta dai giudici, non costituisce un caso di autore mediato. Inoltre, l'imputazione non può basarsi esclusivamente sul co-dominio funzionale dei fatti [23].

Secondo questo voto, è opportuno escludere in modo generale e definitivo l'istituto della "responsabilità per delitto mediatamente causato" per ogni ipotesi in cui gli esecutori materiali degli ordini risultino pienamente responsabili di tale esecuzione, circostanza che si presenta proprio in tutti i casi di utilizzo di un apparato organizzato di potere [24].

Il magistrato spiega: "... La conseguente responsabilità dell'esecutore materiale dell'ordine e la valutazione della libertà implicita in tale attribuzione di responsabilità – circostanza che l'arsenale di qualsiasi sistema imputativo stabilirà come condizione – impongono di escludere la valutazione del suo contributo al fatto, come mero "ingranaggio fungibile" del piano di esecuzione globale.

Infatti, anche se l'attuazione dell'ordine è stata effettivamente possibile grazie alla sostituzione dell'esecutore che si era rifiutato di procedere, la responsabilità dell'"uomo dietro le quinte" non può essere fondata a scapito

[21] *Ivi*, 918.

[22] *Ivi*, 919.

[23] *Ibidem*.

[24] *Ibidem*.

della libertà dell'"uomo in prima linea". Come afferma Herzberg: "In quanto persone che agiscono autonomamente, anche i destinatari dell'ordine possono infrangere anche la decisione più ferma, seguire la propria coscienza, mancare l'obiettivo prefissato per negligenza, rimanere inattivi per pigrizia o lasciarsi corrompere" (Herzberg, Rolf D.: "La sentenza Fujimori: Sull'intervento del superiore nei crimini del suo apparato di potere", in "La responsabilità mediata", Editores Ara, 2010, 133)" [25].

E afferma: "... Fondare la responsabilità sulla certezza per l'autore del verificarsi del risultato – nel caso dell'esistenza di un apparato organizzato di potere con esecutori fungibili – presuppone un ragionamento che, trasferito alla generalità dei casi, non risulta spiegabile e rompe quindi l'inevitabile sistematicità che ogni sistema di imputazione deve esibire. Ricorrendo all'esemplificazione sempre illuminante, si dovrebbe affermare che la paternità si basa – in un'ipotesi di cosiddetta paternità diretta – sulla precisione delle previsioni dell'autore sul corso pianificato, ad esempio sulla qualità dell'arma scelta per uccidere, sulla sofisticatezza del mezzo incendiario, sulla verosimiglianza dell'aspetto della falsificazione, ecc.

Si tratta di circostanze che potrebbero risultare rilevanti per la valutazione dell'idoneità della condotta in relazione alla sua virtualità di entrare nell'ambito del rischio proibito, ma non pertinenti per affermare la paternità.

Ciononostante, e in modo esplicito per il suo ideatore Claus Roxin, l'esistenza di un'organizzazione in cui, in considerazione della fungibilità dei suoi subordinati, è garantita l'esecuzione dell'ordine, non costituisce altro che una specifica espressione dell'idea di dominio, e quest'ultima, sebbene sia stata storicamente un'idea fondante della paternità, non milita da sola nelle sue pretese [26]. Infatti, anche se si può effettivamente constatare che la fungibilità dello strumento ha costituito la ragione concreta dell'esecuzione dell'ordine, a questa circostanza manca ancora la ragione giuridica dell'imputazione. L'azione dello strumento di per sé non può fondare l'imputazione all'esecutore, ma oltre a tale circostanza fattuale, occorre analizzare la responsabilità dell'esecutore, che in virtù della sua qualità di responsabile viene annullata come fondamento dell'imputazione all'emittente dell'ordine" [27].

---

[25] *Ibidem*.

[26] Cfr. originariamente sull'idea di dominio come fondamento della paternità mediata: A.C. Hegler, *Mittelbare Tätherschaft bei nichtsrechtswidrigem Handeln der Mittelperson*, in *Festgabe für Richard Schmidt*, Hirschfeld, Lipsia, 1932; e, più recentemente, sul dominio come fondamento dell'autore, V. Haas, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, Duncker & Humblot, Berlino, 2008.

[27] Caso Videla, cit., 921.

A tal proposito, il magistrato spiega: "Non sto affermando che l'intervento dell'esecutore ostacoli la responsabilità di chi impartisce l'ordine sulla base dell'interruzione del "nesso causale" originariamente attribuito al divieto di ritorno negli sviluppi di Mayer, o ancora più precisamente nella proposta di Frank basata sui fattori soggettivi di imputazione [28]. È così, poiché per collegare, o eventualmente separare, il contributo di chi ha impartito l'ordine e quello di chi lo ha eseguito, non è pertinente né necessario ricorrere al rapporto "causale", né a quello di "dominio sicuro", né alla reciproca valutazione "soggettiva" degli stessi, ma piuttosto all'interpretazione del significato oggettivo del contributo, in relazione al quale occorre verificare se chi ha emesso l'ordine abbia configurato in modo preponderante il fatto, facendo proprio, attraverso tale configurazione, l'episodio nella sua interezza; vale a dire, determinando con la sua espressione che il fatto appartiene anche a lui, e integralmente.

Se l'esecutore utilizza il modello già formato in precedenza, allora il fatto porta – sia nelle opere buone che in quelle cattive – non solo il suo "sigillo", ma anche quello dei produttori del modello [29].

Si distingue così il senso oggettivo del contributo del cosiddetto "uomo dietro le quinte", che risulta rilevante ai fini dell'imputazione della sua partecipazione in qualità di autore, mentre la sua condotta sarà inoltre valutata congiuntamente a quella dell'"uomo di fronte". In diversi ambiti organizzativi, i due soggetti integrano la stessa violazione normativa.

Il comportamento di chi progetta il reato mediante l'ordine che emette è perpetuato nella realizzazione del tipo da parte del soggetto che lo esegue. Il comportamento precedente (l'ordine) è collegato al comportamento successivo (la sua esecuzione). Si tratta di un "comportamento di continuazione".

Il magistrato afferma: "Si tratta di un'"impresa" affrontata attraverso un lavoro condiviso, in cui il legame tra il contributo dei progettisti e quello degli esecutori si traduce, per i primi, nella loro influenza nella configurazione del fatto, e per i secondi, nel fatto che la loro esecuzione costituisce effettivamente l'adempimento del piano precedentemente configurato; e con ciò entrambi esprimono che il fatto nel suo insieme appartiene loro" [30].

---

[28] Così, M.E. Mayer, *Der Kausalzusammenhang Zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Eine Rechtsphilosophische Untersuchung*, Sauer & Auvermann, Francoforte sul Meno, 1967; R. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, VII ed., J.C.B. Mohr, Tubingen, 1908.

[29] Caso Videla, cit., 922. Cfr. G. Jakobs, *Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori*, in K. Ambos, I. Meini (a cura di), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, ARA Editores, Lima, 2010, 109.

[30] Caso Videla, cit., 923.

E conclude: "L'evento che si verifica positivamente è dominato dagli esecutori esattamente nella misura in cui lo configurano, e non lo dominano nella misura in cui è stato precedentemente configurato dagli altri partecipanti" [31]; ma tutti dovranno rispondere, e sulla base del fatto che le loro prestazioni esprimono l'appartenenza l'una all'altra, e tutte, nello stesso contesto, costituiscono espressione congiunta della violazione normativa" [32].

In virtù di ciò, Riveros, Feroglio, Pepa, Falcón, De Lío, Vañek, Lobaiza, Alespeiti, Guañabens Perelló e Caggiano Tedesco hanno dovuto rispondere in qualità di coautori del reato di privazione illegale della libertà, secondo questo primo voto.

Il secondo voto è stato espresso dal dott. Hornos. In merito all'intervento punibile, ha affermato che è conforme alle prove del caso e in linea con il diritto vigente inquadrare il comportamento dei ricorrenti come autori mediati dei fatti giudicati. L'autore mediato non è altro che colui che interviene avvalendosi di un terzo che opera come mero strumento. Questo tipo di autore si proietta nella struttura bifronte di un autore dietro un esecutore [33].

Il magistrato afferma: "L'idea fondamentale consiste nel fatto che, considerando il dominio dell'atto come criterio decisivo per l'attribuzione della responsabilità, esistono tre modi diversi in cui un evento può essere dominato senza che il soggetto dominante debba essere presente al momento in cui l'atto viene eseguito: il dominante può costringere l'esecutore, può ingannarlo o può dare un ordine nell'ambito di un apparato organizzato di potere, "che assicura l'esecuzione degli ordini anche senza coercizione o inganno, dato che l'apparato stesso garantisce l'esecuzione" [34]. La coercizione o l'inganno non sono necessari in quest'ultimo tipo di autore mediato, perché l'apparato di potere organizzato ha a sua disposizione eventuali esecutori dell'ordine nel caso in cui un particolare individuo si rifiuti di eseguirlo. È questa fungibilità dell'autore diretto che conferisce il dominio del fatto all'autore mediato, poiché non ha bisogno di una persona determinata affinché il suo ordine sia eseguito, dato che esso sarà inevitabilmente eseguito da qualcuno, chiunque esso sia. In questo modo, l'autore diretto – sebbene responsabile dell'esecuzione dell'ordine in senso giuridico-penale – diventa un mero strumento per l'autore mediato, che può sostituirlo immediatamente se necessario. Questa circostanza fa sì che chi impartisce l'ordine abbia il dominio assoluto sul fatto: il rifiuto dell'autore

[31] G. JAKOBS, *"El ocaso del dominio del hecho"*, Manoscritto, 12.

[32] Caso Videla, cit., 924.

[33] Caso Videla, cit., 976.

[34] Cfr. CLAUS ROXIN, *La responsabilità mediata per dominio nell'organizzazione*, in *Revista de Derecho Penal* 2005-2, Rubinzal Culzoni, p. 9.

diretto di eseguire l'ordine non ne comporterà la mancata esecuzione, ma egli sarà immediatamente sostituito da qualcuno disposto a eseguirlo. Se definiamo autore colui che ha il dominio sul fatto, l'inclusione del caso in esame nel concetto di autore è innegabile" [35].

Cita il voto di Stratenwerth, secondo cui "... esiste un caso limite in cui, comunque, si deve attribuire a chi agisce dietro le quinte la qualità di autore mediato, anche se chi agisce in modo immediato domina senza alcuna limitazione l'evento concreto: è il caso del delitto e organizzato attraverso un apparato di potere... Qui compaiono gli "autori da scrivania" che di per sé non collaborano all'esecuzione del fatto, ma hanno il controllo dell'evento perché, disponendo dell'organizzazione, hanno anche la possibilità di convertire gli ordini dell'"apparato" nell'esecuzione del fatto. Dato che il soggetto che esegue l'atto può essere sostituito da chiunque altro, non è necessario né il ricatto né l'errore per attribuire il controllo dell'atto a chi agisce dietro le quinte" (G. STRATENWERTH, *Derecho Penal*, Parte General I, 2a edizione, Ed. Di Plácido, Buenos Aires, 1999, 242).

Aggiunge: "Spiega che la dottrina argentina afferma che '[i]n questo caso, l'agente agisce come fattore decisivo in una struttura complessa, regolamentata e gerarchicamente organizzata, in cui, man mano che si scende dal fattore decisivo (il cosiddetto 'uomo in alto') verso coloro che agiscono come esecutori diretti, l'identità dei fattori perde rilevanza ai fini della definizione del fatto. Almeno in un punto della gerarchia i fattori sono totalmente fungibili" (MARCELO A. SANCINETTI, MARCELO FERRANTE, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, 204).

In questo tipo di autorìa, data la libertà dello strumento che agisce, senza coercizione o errore, l'elemento fondamentale è il meccanismo funzionale dell'apparato in cui gli autori diretti esercitano la loro azione. Un'organizzazione con queste caratteristiche ha una vita indipendente dalla mutevole composizione dei suoi membri e funziona senza fare riferimento alla persona individuale dei conducenti [36].

Per quanto riguarda il reato di associazione per delinquere [37], il voto ribadisce la possibilità che tale reato possa configurarsi nell'ambito di un'organizzazione lecita e statale. Il fatto che gli imputati appartenessero a un'associazione organizzata dello Stato come le Forze Armate e che, pertanto, fossero legati ai loro pari, superiori e subordinati in virtù di legami di origine

[35] *Ivi*, 976-977.

[36] Caso Videla, cit., 978.

[37] Caso Videla, cit., 983.

legale, non condiziona in alcun modo le relazioni configurate attraverso la volontà di successiva convergenza illecita. Ciò che è iniziato in modo regolare può trasformarsi in irregolare, proprio per volontà di coloro che compongono un determinato gruppo. Non si è trattato né si tratta di un'accusa per il fatto di appartenere a una determinata istituzione, ma per gli atti illeciti commessi ricoprendo un determinato ruolo (sia individualmente come reati autonomi, sia come membro di una comunità il cui scopo è la commissione di tali e altri atti illeciti).

L'associazione per delinquere può configurarsi nell'ambito di una struttura statale, poiché il reato che punisce chi partecipa a un'associazione o banda di tre o più persone destinata a commettere reati per il solo fatto di essere membro dell'associazione non esclude tale possibilità.

Nulla impedisce che all'interno della struttura statale stessa (cioè all'interno di una struttura associativa lecita) si configurino e si determinino le caratteristiche proprie di questa figura penale. Ciò che è determinante è lo scopo con cui i diversi membri si associano o si impegnano, anche se in precedenza avevano già stabilito una relazione formale o informale. Se tale rapporto è ora determinato dalla volontà individuale e comune di commettere diversi atti illeciti indeterminati, la comunità configura un'associazione che si autonomizza e si distingue dalla struttura preesistente, qualora tale fine sia divenuto l'obiettivo primario dell'associazione [38].

Per quanto riguarda l'organizzazione internazionale, essa era costituita dai più alti funzionari degli Stati della regione, i loro subordinati e coloro che eseguivano per conto proprio le decisioni da loro prese, che agivano in modo coordinato, con rotazione dei membri che ricoprivano diversi incarichi e ruoli, in modo tale da garantire la permanenza dell'organizzazione e la concretizzazione delle procedure di sequestro, alloggio in centri clandestini destinati a tale scopo e pratica della tortura come metodo per ottenere informazioni [39].

Il terzo voto del dottor Borinsky [40] si riferisce innanzitutto a ciascuno dei punti della difesa e coincide, in generale, con la dottrina esposta dai magistrati che hanno espresso il loro parere in precedenza, in particolare per quanto riguarda la sussunzione tipica dei comportamenti attribuiti agli imputati nelle figure di associazione per delinquere, privazione illegittima della libertà e imposizione di torture (solo nel caso di un imputato), nonché il grado di partecipazione attribuito a ciascuno degli imputati.

---

[38] Caso Videla, cit., 984. Cfr. P. Ziffer, *El delito de asociación ilícita*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, 81/82.

[39] Caso Videla, cit., 985.

[40] *Ivi*, 995.

Aggiunge, tuttavia, quanto al modello dogmatico di autore mediato tramite apparato organizzato di potere utilizzato dal tribunale per attribuire la responsabilità penale agli imputati in relazione alla fattispecie di privazione illegittima della libertà, che non sussistono ostacoli alla sua applicazione nei casi in esame, in quanto i predetti detenevano un dominio gerarchico e di fatto sulle strutture affidate alla loro responsabilità, nonché sugli agenti ivi in servizio, e che, dalle loro posizioni, impartirono ordini al fine di eseguire il piano sistematico di repressione illegale di persone nel Paese [41].

Tale teoria è riconosciuta dalla dottrina nazionale, senza che vi siano impedimenti alla sua applicazione nella nostra legislazione. Il Codice penale argentino, oltre al concetto di autore che emerge da ciascuno dei tipi penali e che si ottiene dall'applicazione del dominio del fatto (come dominio della propria azione), contiene anche nell'articolo 45 i casi di dominio funzionale del fatto, sotto forma di ripartizione dei compiti (corresponsabilità per ripartizione funzionale dell'impresa criminale) e di dominio della volontà (autorialità mediata)" [42].

Per quanto riguarda il reato di associazione per delinquere, respinge la questione di incostituzionalità [43].

In conclusione, la risoluzione conferma, a maggioranza, che vi è stata un'interferenza punibile per autore mediato, in un contesto di apparato organizzato di potere. In questo modo, la sentenza segue la posizione iniziale della Camera Federale nel caso delle Giunte Militari del 1985 [44].

2.7. *Commento*

La sentenza è fondamentale nel contesto delle indagini e dei processi per crimini contro l'umanità in Argentina, poiché determina il contesto dei fatti accaduti nella loro massima estensione: il quadro del Piano Condor a livello regionale, in cui si sono verificati rapimenti, torture, omicidi, sparizioni forzate e altri crimini oggetto di indagine in altri casi. In altre parole, questa sentenza stabilisce il quadro, il piano sistematico dello Stato argentino in cui si sono verificati non solo i fatti di questo caso, ma anche quelli di molti altri, e consente così di inquadrare i reati commessi nell'ambito dei crimini contro

---

[41] In tal senso, si vedano i voti del dott. Borinsky nei casi "Ortuvia Salinas", "Azar", "Greppi" e "Zeolitti" e, come membro della sezione III, nei casi "Martel" e "Acosta" – tutte già citate – tra molti altri precedenti.

[42] Caso Videla, cit., 1013.

[43] *Ibidem*.

[44] Vedi spiegazione *supra* nella sezione "Introduzione".

l'umanità, mostrando tale piano, a sua volta, come parte di un contesto più ampio a livello regionale, noto come il cosiddetto "Piano Condor".

Inoltre, tra le altre questioni rilevanti, la sentenza affronta in particolare il tema dell'intervento punibile degli autori dei crimini e assume la posizione della responsabilità mediata da parte di un apparato organizzato di potere. Su questo punto si nota una differenza importante tra i voti, ma la dottrina giudiziaria rimane definita per quanto riguarda il tema stesso dell'intervento punibile.

Il primo voto esclude in modo generale e definitivo l'istituto della "responsabilità mediata" per tutte le ipotesi in cui gli esecutori materiali degli ordini risultino pienamente responsabili di tale esecuzione. È chiaro che questo è proprio ciò che accade nella maggior parte dei casi di utilizzo di un apparato organizzato di potere nell'ambito del quale vengono commessi crimini contro l'umanità, per i quali saranno responsabili i subordinati. Secondo il primo voto di questa sentenza, si tratta di autorìa diretta, non di autorìa mediata. Gli altri due voti, invece, divergono.

Il secondo voto ha sottolineato che l'autore mediato è colui che interviene attraverso l'utilizzo di un terzo che opera come mero strumento. Ha spiegato che questo tipo di autore si proietta nella struttura bifronte di un autore dietro un esecutore. Quindi, sta dicendo che in questo caso si applica la responsabilità mediata attraverso un apparato organizzato di potere, perché chi dà l'ordine ha a sua disposizione eventuali esecutori di tale ordine nel caso in cui un particolare individuo si rifiuti di eseguirlo. Tale fungibilità dell'autore diretto è ciò che conferisce il dominio del fatto all'autore mediato, poiché non ha bisogno di una persona determinata affinché il suo ordine sia eseguito, dal momento che questo sarà inevitabilmente eseguito. Una volta dato l'ordine, esso si considera già eseguito.

Pertanto, l'autore diretto è responsabile dell'esecuzione dell'ordine in senso giuridico-penale, ma diventa un mero strumento per l'autore mediato, che può sostituirlo immediatamente se necessario, in questo tipo di contesto, ovvero quello di un apparato organizzato di potere.

Il terzo voto ritiene altresì che possa applicarsi al caso il modello dogmatico di autore mediato tramite apparato organizzato di potere per attribuire la responsabilità penale ai superiori per i fatti commessi dai loro subordinati, poiché costoro detenevano un dominio gerarchico e di fatto sulle strutture affidate alla loro responsabilità, nonché sugli agenti in servizio in tali strutture appartenenti a detto apparato di potere. Pertanto, dalle loro posizioni, i superiori hanno impartito ordini al fine di eseguire il piano sistematico di repressione illegale, ordini che sono stati infine eseguiti.

In sintesi, i tre magistrati concordano nel ritenere che, nel caso in esame,

fosse presente un "apparato organizzato di potere", dotato di tutte le relative caratteristiche: il potere di impartire ordini, il dominio del fatto, la fungibilità degli esecutori e la sicura esecuzione degli ordini impartiti. Tuttavia, i giudici divergono sul modo di intervento punibile di coloro che hanno impartito gli ordini. Il primo voto ritiene che si sia trattato di un caso di autorìa diretta e scarta l'autorìa mediata, mentre gli altri due voti, e quindi così è la risoluzione della Camera a maggioranza, definiscono che si tratta di un caso di "autorìa mediata attraverso un apparato organizzato di potere".

Chi impartisce l'ordine ha quindi il controllo assoluto del fatto, e questa è la situazione dei fatti di causa, in cui i capi principali, in qualità di superiori, impartivano un ordine e tale ordine veniva eseguito senza eccezioni dai subordinati, uno o l'altro. Ecco perché è così importante contestualizzare il piano organizzato e stabilito dallo Stato nel suo complesso, perché in questo modo si dimostra l'apparato organizzato di potere che è stato creato in Argentina durante la dittatura. In tale contesto, un ordine impartito significava un ordine che doveva essere eseguito. Pertanto, secondo questa sentenza votata a maggioranza, si applica la teoria della responsabilità indiretta per mezzo di un apparato organizzato di potere.

3. *Caso "Arrillaga": autorialità per omissione impropria, qualità di funzionario pubblico e violazione del dovere speciale di garanzia nei reati di "Violazione di doveri speciali"*

3.1. *Dati della sentenza*

Corte Federale di Cassazione penale, sezione IV, causa FMP 33004447/2004/TO1/CFC66 del registro di questa sezione, intitolata: "ARRILLAGA, Alfredo Manuel e altri s/ricorso di cassazione", sentenza dell'11 ottobre 2018.

3.2. *Decisione impugnata dinanzi alla CFCP*

Il Tribunale penale federale di Mar del Plata, Provincia di Buenos Aires, in data 25 febbraio 2016, con motivazioni del 25 aprile 2016, dopo aver respinto diverse richieste della difesa, ha condannato Arrillaga; Lombardo; Marino; Ortiz; Guiñazú; Lodigiani; Falcke; Robelo, Rioja, Mosqueda, Silva e Bujedo, in quanto ciascuno di essi è risultato essere autore diretto, in qualità di funzionario pubblico, dei reati di "Violazione di doveri speciali": privazione illegale della libertà, aggravata – in alcuni casi – dall'uso di violenza o minacce e dalla durata superiore a un mese, e imposizione di torture

aggravate dal fatto di essere state commesse a danno di perseguitati politici, e omicidio, in alcuni casi omicidio aggravato; e associazione per delinquere in qualità di capo o organizzatore, tutti reati in concorso reale.

3.3. *Fatti di causa* [45]

Nel contesto della dittatura militare avvenuta in Argentina tra il 1976 e il 1983, è stata posta in essere una serie di privazioni illegali della libertà (sequestri) avvenute nella città di Mar del Plata, nella provincia di Buenos Aires. Le detenzioni illegali sono state condotte da militari, poliziotti e persone in borghese, a seconda dei casi, che sono entrati nelle abitazioni delle diverse vittime o dei loro familiari con armi di grosso calibro e, con percosse e insulti, le hanno private illegalmente della libertà e le hanno trasferite con il volto coperto da un cappuccio. In alcuni casi, i beni personali sono stati saccheggiati.

Gli interrogatori sotto tortura venivano effettuati nelle stesse abitazioni in cui avveniva la detenzione, con l'obiettivo di ottenere informazioni sulle idee e sui legami politici dei detenuti, mentre in altri casi le vittime venivano condotte al centro di detenzione clandestino operativo nella base navale di Mar del Plata dove alcune di loro venivano sottoposte a tali interrogatori sotto gravi tormenti e tenute in condizioni di detenzione disumane. Tali condizioni di detenzione implicavano, ad esempio: pratiche di interrogatori severi; torture – come scariche elettriche ("picana elettrica"), manovre di soffocamento, ad esempio con un cuscino, pugni e calci, costringendo le vittime ad ascoltare le urla e i lamenti di altri torturati – fino a quando le vittime non venivano ridotte in pessime condizioni di salute; permanenza quotidiana sedute su sedie rivolte verso il muro o in piedi di fronte al muro per ore e in un luogo non adatto a dei detenuti; vittime bendate con nastro adesivo sugli occhi e legate, a volte a un tavolo, con perdita di contatto con il mondo esterno; in alcuni casi, con musica ad alto volume e impossibilità di comunicare con il resto dei prigionieri; con il divieto di soddisfare adeguatamente i propri bisogni fisiologici e con l'incertezza sul proprio destino finale.

Si sono verificati anche casi di vittime incinte – comunque torturate – che hanno partorito durante la prigionia e i cui figli sono stati sottratti. Dalla base navale, alcune vittime sono state trasferite in altri centri di detenzione. Alcune vittime sono state uccise, altre sono scomparse. Di altre vittime non

[45] CFCP, sezione IV, n. FMP 33004447/2004/TO1/CFC66, ARRILLAGA, Alfredo Manuel e altri s/ricorso di cassazione, 11 ottobre 2018. Considerando: VIII. Fatti ritenuti provati nella sentenza. a. Sintesi dei fatti, 97-160.

si conosce né il luogo di detenzione né l'ubicazione. Alcune vittime hanno riottenuto la libertà.

3.4. *Argomenti delle parti rilevanti per il diritto penale internazionale*

La difesa ha eccepito la questione della prescrizione dell'azione e della violazione del principio di legalità nell'applicazione da parte del tribunale dell'imprescrittibilità [46]; che avrebbero dovuto essere applicate le leggi di Obbedienza dovuta e Punto finale che avrebbero significato un'amnistia nel caso [47]; che i molteplici processi cui gli imputati hanno dovuto far fronte per cause simili configurano un'ipotesi equiparabile alla persecuzione multipla [48], tra le altre questioni. È stata inoltre contestata la qualificazione dei fatti come crimini contro l'umanità [49].

Per quanto riguarda la questione dell'intervento punibile, è stato sostenuto che la sentenza non stabilisce alcuna differenza tra autori e partecipanti [50] e che non spiega nemmeno quale sia il contributo concreto [51] di ciascuno dei condannati ai fatti loro contestati; che la condanna è stata pronunciata solo in base alla carica ricoperta dagli imputati, applicando criteri di responsabilità puramente oggettivi. È stato obiettato che la sentenza è contraddittoria in quanto da un lato sottolinea che i fatti sono stati compiuti nella più assoluta clandestinità, mentre dall'altro conclude che gli imputati non potevano ignorare le procedure che vi si svolgevano. È stato affermato che la sentenza non ha spiegato come si sarebbero potuti evitare i comportamenti di altre persone.

È stato inoltre osservato che, durante le argomentazioni, il pubblico ministero ha adottato la tesi della coautorialità funzionale per fondare la responsabilità dei suoi assistiti, mentre, al momento della decisione, la maggioranza dei giudici li ha ritenuti responsabili come autori diretti in base alla cosiddetta "teoria dei reati di violazione del dovere". Per questo motivo, la sentenza è stata considerata nulla per aver superato i limiti dell'accusa [52].

È stato affermato che la responsabilità dei condannati è stata definita

---

[46] Caso Arrillaga, cit., 25 ss.

[47] Caso Arrillaga, cit., 26 ss.

[48] *Ibidem*.

[49] Caso Arrillaga, cit., 35 ss.

[50] *Ivi*, 27 ss.

[51] *Ivi*, 24 ss.

[52] *Ivi*, 32 ss.

sulla base di un corpus probatorio fittizio, basato esclusivamente sulla presunta violazione dei doveri speciali inerenti alle cariche ricoperte dagli imputati al momento dei fatti. È stato sostenuto che i magistrati hanno immaginato un intreccio di piani, ordini ed esecuzioni semplicemente collegando un dovere aziendale agli episodi indagati [53]; che ad alcuni dei condannati è stata attribuita un'importanza e un potere gerarchico all'interno della struttura militare che in realtà non avevano [54]; che la giunta militare che ha fatto irruzione nelle istituzioni democratiche si è autoproclamata organo supremo della Nazione e che i condannati hanno continuato a svolgere le funzioni che già ricoprivano prima del colpo di Stato, così come hanno fatto i funzionari di tutta la struttura dello Stato.

3.5. *Decisione della CFCP*

La Camera Federale di Cassazione Penale ha respinto i ricorsi presentati dalle difese, ad eccezione di una richiesta relativa a Bujedo che ha accolto.

3.6. *Holding*

La CFCP si è pronunciata in merito ai ricorsi presentati dalle difese degli imputati e ha stabilito la relativa dottrina giudiziaria.

Il primo voto è stato espresso dal dott. Hornos [55]. Egli ha sostenuto il rispetto del principio di legalità per quanto riguarda la qualificazione dei fatti come crimini contro l'umanità [56], trattandosi di reati commessi contro lo *ius gentium* (articolo 118 CN), e, per quanto riguarda l'imprescrittibilità di tali reati [57] e la validità della legge 25.779 [58], si è allineato a quanto già stabilito dalla Corte Suprema di Giustizia (sentenze "Arancibia Clavel" [59], "Simón" [60] e "Mazzeo" [61]). Si è inoltre espresso in merito al termine ragionevole, al *ne bis in idem* e al principio di congruenza.

---

[53] *Ivi*, 35 ss.

[54] *Ivi*, 36 ss.

[55] *Ivi*, 43 ss.

[56] *Ivi*, 45 ss.

[57] *Ivi*, 47 ss.

[58] *Ivi*, 48 ss.

[59] CSJN, Fallos: 327:3312, 24 agosto 2004.

[60] CSJN, Fallos: 328:2056, 14 giugno 2005.

[61] CSJN, Fallos: 330:3248, 13 luglio 2007.

Per quanto riguarda l'intervento punibile, secondo il magistrato, non viola il principio di congruenza il fatto che il Pubblico Ministero abbia formulato l'accusa sulla base di una teoria (corresponsabilità funzionale) e il tribunale abbia deciso in base a un'altra (responsabilità diretta secondo la cosiddetta "teoria dei reati di violazione del dovere"), perché il principio di congruenza riguarda la correlazione fattuale, che in questo caso non è stata violata [62].

Riguardo alla autoria del reato, il magistrato ha affermato che l'articolo 45 del Codice penale definisce genericamente gli autori come coloro che "hanno preso parte all'esecuzione del fatto", senza distinguere tra autori diretti o coautori. Il Codice penale stabilisce i criteri per determinare chi debba essere considerato autore del reato, distinguendoli solo da coloro che devono essere qualificati come complici o partecipanti. Queste sono le uniche regole previste dalla legge per analizzare il grado di partecipazione da attribuire ai soggetti coinvolti in un fatto illecito per le loro azioni o omissioni [63].

Spiega: "La distinzione tra 'autore diretto' e 'coautore' è stata tradizionalmente associata alla cosiddetta 'Teoria del Dominio del Fatto', che suddivide le categorie di autore, rispettivamente, a seconda che l'imputato abbia commesso il reato con le proprie mani – esercitando così il cosiddetto "dominio formale del fatto" – o attraverso la distribuzione dei compiti in un fatto più o meno complesso, in modo tale che ciascuno dei partecipanti mantenga per sé il co-dominio o "dominio funzionale" dell'opera illecita collettiva. La differenza tra autore diretto e coautore ha quindi, in linea di principio, scopi puramente tassonomici: il criterio rilevante in entrambi i casi per attribuire a un agente il titolo di autore consiste esclusivamente nella verifica del suo dominio sullo svolgimento dei fatti, indipendentemente dalla forma in cui esso sia esercitato o sia condiviso con altri partecipanti" [64].

Per questo motivo il magistrato ha argomentato, descrivendo la situazione degli imputati Arrillaga, Mosqueda e Silva, che sono stati considerati coautori dall'accusa in virtù del fatto di essersi riservati la comproprietà funzionale delle diverse fasi del piano sistematico di repressione. Il co-dominio loro attribuito dall'Accusa implica che tale piano non avrebbe potuto svilupparsi nella sua configurazione concreta se non fosse stato per i contributi che essi hanno apportato dai rispettivi ruoli o funzioni.

---

[62] Caso Arrillaga, cit., 75 ss.

[63] *Ivi*, 80.

[64] *Ivi*, 81 ss. Cfr. G. Stratenwerth, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, trad. di M. Cancio Meliá e M.A. Sancinetti, IV ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, par. 12; G. Jakobs, *Derecho Penal Parte General*, trad. di J. Cuello Contreras e J.L. Serrano González de Murillo, II ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, 742-761.

Per quanto riguarda la cosiddetta "teoria dei reati di violazione dei doveri", nella sentenza si afferma che si tratta semplicemente della "tesi che postula, come criterio preponderante per l'attribuzione della responsabilità, la constatazione che un comportamento ha determinato la violazione di un mandato o di un obbligo speciale che grava sull'imputato. Tali mandati speciali possono a loro volta provenire da due grandi gruppi di fonti. Da un lato, da un comportamento precedente dell'agente che mette a rischio l'incolumità dei diritti penalmente tutelati di un terzo o ne interferisce con l'esercizio. (...) Tale comportamento precedente attiva il correlativo dovere di evitare che tale pericolo si concretizzi in un risultato illecito" [65].

Pertanto, l'attribuzione di responsabilità, in questo caso ad Arrillaga, Mosqueda e Silva, come autori diretti, si basa sul fatto che essi avrebbero utilizzato la loro posizione e l'influenza che esercitavano su una pluralità di risorse tecniche e umane per creare le condizioni in cui potevano essere violati i diritti di una pluralità di vittime. A causa di tale pericolo, i tre hanno acquisito nei rispettivi ambiti di competenza il corrispondente dovere di evitare che tale rischio si concretizzasse.

Ciò che è importante in questo caso è che la violazione dei rispettivi doveri degli imputati è consistita proprio nel non aver impedito tali fatti dalle loro rispettive posizioni di potere; e tale violazione dei mandati che gravavano su di loro è personale e non trasferibile, il che giustifica il fatto che il tribunale li definisce semplicemente "autori", anziché "coautori". Ma la differenza è puramente nominale.

Insieme a questo tipo di doveri derivanti dal modo in cui le persone organizzano il loro comportamento nei confronti di terzi, si postula anche l'esistenza di doveri inerenti a determinati ruoli o posizioni sociali, che sono indipendenti da qualsiasi comportamento precedente dell'agente: i cosiddetti "doveri istituzionali". Secondo questa dottrina, coloro che hanno questi doveri non dovrebbero rispondere come semplici partecipanti, ma come autori, in virtù della violazione del loro speciale dovere di garanzia, indipendentemente dal fatto che non avessero, in senso stretto, il controllo (o il controllo congiunto) sul fatto [66].

L'esercizio dell'attività funzionale degli imputati in questo caso li pone nella posizione istituzionale di garanti del corretto utilizzo delle risorse a loro disposizione. La violazione dei loro doveri è quindi evidente, poiché invece di adempiere ai rispettivi mandati di protezione, gli imputati hanno utilizzato il loro potere su diversi dipartimenti per guidare le forze sotto il

[65] Caso Arrillaga, cit., 82-83.

[66] *Ivi*, 84.

loro comando o la loro influenza verso un attacco generalizzato e sistematico contro la popolazione civile che ha comportato la repressione illegale e, in particolare in questo processo penale, contro le vittime del caso [67].

Il secondo voto è stato espresso dal dott. Borinsky [68]. Esso coincide sostanzialmente con il primo voto per quanto riguarda la qualificazione dei fatti come crimini contro l'umanità, l'imprescrittibilità e il rispetto del principio di legalità [69]; la costituzionalità della legge 25.779 che ha dichiarato irrimediabilmente nulle le leggi n. 23.492 e n. 23.521 (denominate rispettivamente legge del Punto finale e legge dell'Obbedienza dovuta) [70], e quanto deciso in merito al termine ragionevole [71].

Per quanto riguarda la responsabilità penale, il magistrato sottolinea che, tanto la "teoria del dominio del fatto" quanto la "teoria della violazione del dovere" giustificano l'applicazione, nella presente causa, dell'articolo 45 del Codice penale. Tuttavia, il giudice si discosta dalla posizione assunta dalla maggioranza e dichiara di votare a favore dell'"applicazione del modello dogmatico di autore mediato per mezzo di un apparato organizzato di potere" [72].

Aggiunge poi che "le cariche ricoperte dagli imputati hanno determinato un maggiore grado di impegno all'interno dell'associazione e, allo stesso tempo, una maggiore gravità delle loro condotte", poiché "il contributo degli organizzatori non deve essere misurato in base alla forza, ma piuttosto al modo in cui contribuisce, aiuta o sostiene l'azione esecutiva compiuta dal tipo, così come la capacità effettiva di determinare le caratteristiche dell'attività dell'associazione e di rafforzare la decisione degli altri membri, saranno linee guida decisive in quanto contribuiscono a dare al gruppo la sua configurazione concreta. E anche se non sono esecutori diretti, determinano l'oggetto e la forma dell'esecuzione del reato, e possono anche non avere il controllo dell'azione in una fase, ma conservano sempre (e questo li trasforma in capi) il controllo della decisione" [73].

Infine, il terzo voto è quello del dott. Geminiani [74]. Egli concorda sostanzialmente con i precedenti e, per quanto riguarda la responsabilità degli

---

[67] *Ivi*, 85.

[68] *Ivi*, 275 ss.

[69] *Ivi*, 277 ss.

[70] *Ivi*, 284.

[71] *Ivi*, 285-288.

[72] *Ivi*, 299-300. Cfr. voto del dott. Borinsky nella sezione IV.

[73] Caso Arrillaga, cit., 337-338. Cfr. P. Ziffer, *El delito de asociación ilícita*, cit., 141/142.

[74] Caso Arrillaga, cit., 358 ss.

imputati, aggiunge, senza modificare l'imputazione, quanto segue:

"Ai fini dell'imputazione, risulta prevalentemente dominante la qualità di funzionario dell'imputato, che governa e assorbe la difettosa organizzazione personale che esprime in modo sottinteso il suo comprovato intervento nei fatti [75].

Il significato giuridico dell'istituzione, che si esprime socialmente nella sua qualità di funzionario, è tenuto in massima considerazione in relazione alla libertà di organizzazione alla base degli illeciti di dominio; ciò in quanto le istituzioni che tali funzioni rappresentano costituiscono condizioni elementari dell'organizzazione sociale, al fine di garantire l'efficacia dell'istituzione fondante l'imputazione per dominio: la libertà personale [76].

In conclusione, la decisione conferma, a maggioranza, che vi è stata responsabilità penale per autore diretto, trattandosi di reati di violazione di doveri speciali.

3.7. *Commento*

Ancora una volta ci troviamo di fronte a una sentenza non decisa all'unanimità. Un voto di minoranza segue la linea della responsabilità indiretta in apparati organizzati di potere, come nel caso "Plan Cóndor" e nel vecchio caso 13/84. Ma due voti, in senso contrario, ritengono che la responsabilità possa essere attribuita, nel caso in esame, secondo il modello dell'autore diretto, poiché gli imputati avrebbero utilizzato le loro cariche e l'influenza che esercitavano su una pluralità di risorse tecniche e umane, e queste risorse e l'attività funzionaria degli imputati sono state la base contestuale per generare le condizioni in cui si potevano violare i diritti di una pluralità di vittime, come è avvenuto, attraverso attività criminali. Gli imputati hanno acquisito nei rispettivi ambiti di competenza il correlativo dovere di evitare che, essendo state generate le condizioni affinché il rischio potesse concretizzarsi, ciò avvenisse effettivamente.

Si tratta quindi di una "omissione impropria". La violazione dei doveri degli imputati è consistita proprio nel non aver impedito tali fatti tramite le rispettive posizioni di potere. Si tratta di una violazione dei mandati che gravavano su di loro. Chiamarli "autori", invece che "coautori", è una differenza nominale, ma le conseguenze sono le stesse, sottolinea la sentenza.

---

[75] Cfr. G. Jakobs, *Derecho Penal Parte General*, cit., 1/7 – 11, 7/57 – 259, 7/68 – 265, 7/70 – 266, 21/2 – 718, 21/16 –730, 21/116 –791, 29/29 –972, 29/57 – 993; ecc.

[76] Caso Arrillaga, cit., 363. Cfr. J. Sánchez Vera-Gómez Trelles, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, 145.

Esistono doveri derivanti dal modo in cui le persone organizzano il loro comportamento nei confronti di terzi e doveri inerenti ai ruoli o alle posizioni sociali, che sono indipendenti da qualsiasi comportamento precedente dell'agente. Questi ultimi sono i cosiddetti "doveri istituzionali" e coloro che hanno questi doveri rispondono come autori in caso di reati, in virtù della violazione del loro speciale dovere di garanzia, indipendentemente dal fatto che non avessero, in senso stretto, il dominio (o il codominio) sul fatto.

L'esercizio dell'attività di alcuni funzionari li pone nella posizione istituzionale di garanti del corretto utilizzo delle risorse a loro disposizione. Se, anziché adempiere ai doveri di protezione, i funzionari utilizzano il loro potere per indirizzare le forze sotto il loro comando o influenza a commettere reati, si configura allora la violazione del dovere. In questo caso, inoltre, i reati sono stati commessi nell'ambito dell'attacco generalizzato e sistematico contro la popolazione civile che ha comportato la repressione illegale in Argentina.

In definitiva, si è trattato di un caso di responsabilità per omissione impropria nei reati di "violazione di doveri speciali".

4. *Conclusioni*

La sentenza nella causa 13/84 contro le giunte militari ha inaugurato una giurisprudenza fondamentale: l'attribuzione della responsabilità per autore mediato ai comandanti per gli atti dei loro subordinati sulla base della teoria degli apparati organizzati di potere. Tale teoria ha avuto i suoi oppositori, si sono avvicendati cambiamenti di posizione, opinioni diverse, ma è stata la principale applicata in ambito giudiziario argentino nei processi per crimini contro l'umanità.

Tuttavia, in particolare nei due casi studiati, si verifica una situazione speciale.

Nel caso "Videla" ("Piano Condor"), viene descritto in modo approfondito in cosa consisteva il piano sistematico istituito dallo Stato argentino durante la dittatura militare dal 1976 al 1983 e come si trattasse di un piano non solo nazionale, ma regionale. In questo caso è stata dimostrata l'esistenza di un "apparato organizzato di potere" e come i superiori abbiano agito in modo tale che i loro subordinati – gli uni o gli altri – eseguissero gli ordini impartiti. In questo caso è stata applicata la teoria della responsabilità mediata attraverso la struttura di un apparato organizzato di potere.

Nel caso "Arrillaga", si nota che la stessa Camera della Corte Federale di Cassazione intervenuta pone l'accento in particolare su un altro aspetto:

l'omissione impropria degli imputati e la loro responsabilità come autori diretti. La Corte chiarisce espressamente che gli imputati avevano la posizione istituzionale di garanti del corretto utilizzo delle risorse a loro disposizione e, in particolare, che queste dovessero essere destinate per la difesa e la salvaguardia della popolazione civile. Cosa che chiaramente non hanno fatto.

La sentenza evidenzia la responsabilità derivante dall'attività funzionale come elemento determinante per la creazione della posizione di garante speciale e della sua violazione. L'omissione consiste nel non fare ciò che si dovrebbe fare in virtù della posizione derivante dalla carica o dalla situazione di potere e influenza che si ricopre. I superiori ricoprivano una posizione che generava condizioni di contesto in cui potevano verificarsi reati, e questi si sono verificati senza che essi facessero nulla per evitarli, anzi. Pertanto, in quanto responsabili in tali incarichi, con ruoli assegnati specificamente, risorse a loro disposizione e un potenziale rischio di attività illecita da parte di altri, avrebbero dovuto assicurarsi che la condotta criminosa non si verificasse. Nel caso concreto, invece, avvenne esattamente il contrario.

Pertanto, nel primo procedimento si concentra l'attenzione sull'apparato istituito dallo Stato e si adotta la già consolidata in Argentina "teoria dell'autore mediato tramite apparato organizzato di potere", mentre nel secondo procedimento si evidenzia la struttura dei reati di violazione dei doveri e si passa alla responsabilità dei superiori per autore diretto per omissione impropria, in ragione dell'attività funzionale degli imputati, della loro posizione di garante e della violazione dei doveri istituzionali.

Infine, in entrambi i casi si tratta di autoria diretta (articolo 45 del Codice penale), ma la motivazione e la posizione al riguardo differiscono.

Si potrebbe osservare che si tratta di casi leggermente diversi per quanto riguarda le cariche ricoperte dagli imputati. Sappiamo che la teoria della responsabilità mediata attraverso un apparato organizzato di potere si applica, in genere, a casi in cui gli imputati ricoprono cariche di alto rango o ruoli primari nell'organizzazione. Essa troverebbe applicazione solo nei casi in cui i soggetti coinvolti si trovano al vertice dell'organizzazione dell'apparato di potere. La responsabilità per il fatto aumenta nell'ambito dell'organizzazione nella misura in cui cresce la distanza dal livello di esecuzione.

Il soggetto che si trova a un livello di comando superiore (di rango più elevato) ha un maggiore potere di controllo, che diminuisce dall'alto verso il basso nella gerarchia di comando (punto di vista noto come "top-down"). Per questo motivo un soggetto come Videla, nel contesto della dittatura militare argentina, potrebbe rispondere come autore mediato in un apparato di potere organizzato, mentre altri capi inferiori potrebbero rispondere come coautori (o autori diretti).

Quando si ha un'organizzazione a più livelli, il dominio si condensa e si accumula con l'aumentare del potere decisionale e della disponibilità di risorse personali. Si potrebbe quindi fare una leggera distinzione tra coloro che occupano il vertice dell'organizzazione e coloro che sono anch'essi funzionari di alto rango ma si trovano al di sotto di tale vertice nella struttura del potere. Il dominio assoluto è detenuto da coloro che fanno parte del vertice dell'organizzazione che dipende da loro. Il potere degli altri funzionari è derivato [77].

Gli autori che si trovano al di sotto di quella prima linea gerarchica possono al massimo dominare parte degli eventi all'interno dell'apparato, non tutti. Quindi, i primi potrebbero essere ritenuti responsabili di autoria mediata nella struttura dell'apparato organizzato di potere che controllano, mentre i secondi lo sarebbero come coautori. È difficile trovare e definire tale linea di demarcazione, ma è una possibilità di distinzione.

Infine, si osserva che le sentenze argentine qui esaminate applicano il concetto di crimini contro l'umanità previsto dallo Statuto della Corte penale internazionale in vigore (articolo 7.1 dello Statuto di Roma), ma non applicano, invece, nell'ambito della responsabilità penale, la responsabilità del superiore per gli atti dei propri subordinati in relazione all'omissione di controllo secondo le disposizioni di tale normativa internazionale (articolo 28 dello Statuto di Roma).

[77] Per una spiegazione dettagliata del punto, cfr. K. AMBOS, *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago del Cile, 2007, 71-102.

CAPITOLO VI

LA PENA E LA SUA ESECUZIONE

di EMANUELA FRONZA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Per un *diritto penale dell'inumano*. – 2.1. La disfunzionalità della pena. – 2.2. Universalismo del diritto penale internazionale vs. relativismo del diritto penale nazionale: la ricerca di una dosimetria sanzionatoria. – 3. Laboratorio Argentina: il dovere di indagare e di punire ("*obligaciòn de investigar y sancionar")*. – 3.1. La sentenza "Mazzeo". – 4. L'impatto della teoria del "dovere di indagare e di punire dello Stato" sull'esecuzione della pena. – 4.1. Le *salidas transitorias*: il caso "Kalinec". – 4.2. Gli arresti domiciliari. – 5. Qualche osservazione conclusiva. Ripensare la sanzione per i crimini contro l'umanità: per una giustizia non solo punitiva.

1. *Introduzione*

Nel 2005 con la riapertura dei processi penali per crimini commessi durante la dittatura, inizia per l'Argentina una nuova fase di quella che, con le categorie attuali, definiamo "giustizia di transizione" [1].

675 sono ad oggi i processi riaperti, di cui la metà ancora in corso e l'altra metà, invece, si è già conclusa [2]. 3824 le persone accusate ad oggi, di cui 1197 condannate [3].

La decisione di riaprire i processi ha sollevato molte problematiche, complesse, tra cui quella riguardante il rapporto tra tempo e giustizia (e in particolare le forme di giustizia tardiva) e quella relativa alla difficoltà di

* Professoressa di Diritto penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum - Università degli Studi di Bologna.

[1] G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013.

[2] Cfr. https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/?tipo-entrada=estadisticas.

[3] Non vi sono dati aggiornati se non quelli riguardanti la percentuale dei condannati agli arresti domiciliari e quelli tutt'ora in carcere.

rispondere con la sanzione penale (e nel rispetto dei principi che la guidano) a un male smisurato, straordinario.

È su questo secondo aspetto che ci concentreremo in questo contributo, mostrando come il "laboratorio Argentina", ancora una volta, sia utile per una riflessione più generale sul trattamento sanzionatorio dei crimini contro l'umanità.

Confrontarsi con la punizione di questi crimini abnormi evidenzia le tensioni del diritto e della giustizia penale internazionale e in particolare quella tra l'esigenza di persecuzione di crimini gravissimi e la necessità di individuare una misura nella risposta a tali atrocità, così rispettando quelle garanzie e limitazioni proprie del diritto penale liberale, coerenti con una pena umana e un *diritto penale dell'inumano* (par. 2).

Inoltre, l'esperienza argentina mostra chiaramente la complessità della risposta penale anche in riferimento al reticolo di fonti applicabili dai giudici nazionali: norme di diritto consuetudinario (dunque non scritte), norme pattizie (dunque non nazionali), norme domestiche (costituzionali e del Codice penale) e, infine, la giurisprudenza nazionale, regionale e internazionale. L'analisi delle pronunce argentine sui crimini internazionali, e in particolare sui profili riguardanti le sanzioni irrogabili, l'esecuzione delle stesse, rivela come esse siano il risultato di un'interazione significativa tra fonti differenti e, dunque, di un dialogo (o conflitto) tra le diverse corti nazionali e la Corte Interamericana dei Diritti Umani [4] che, come noto, ha stabilito un obbligo di *giudicare* e *punire* questi crimini (par. 3).

Da tale obbligo di punire discendono significative conseguenze, rilevanti anche rispetto alla sanzione. Una delle questioni più rilevanti è se nella fase di esecuzione della pena, disposta in questo caso da corti nazionali, continui a vigere (come nella fase di accertamento della responsabilità penale individuale) un binario differenziato – in coerenza con il regime derogatorio che riguarda diversi profili dei crimini internazionali – o se – in linea con quanto disposto dalla legge argentina – nella fase dell'esecuzione si applicano anche ai crimini contro l'umanità le disposizioni previste per i reati ordinari.

2. *Per un* diritto penale dell'inumano

Il diritto e la giustizia penale internazionale impongono di confrontarsi con crimini *smisurati*, quali i crimini di genocidio, di guerra e contro l'umanità. I crimini internazionali, come noto, si caratterizzano rispetto ai comuni delitti in

[4] Sulla importanza della giurisprudenza della Corte Interamericana cfr. *retro,* Cap. I, par. 3.

quanto particolarmente gravi e massivi. Queste due caratteristiche rappresentano nella riflessione sulla sanzione, l'origine di una frattura intrinseca tra la *dismisura* per definizione dei crimini contro l'umanità e il diritto penale liberale, i cui principi sono, per converso, basati sulla *misura*, sulla razionalità: dinanzi ai crimini contro l'umanità, la pena, – tradizionalmente *misura* e *umanità* – entra inevitabilmente in tensione con la *dismisura* e l'*inumanità* del crimine.

Come affrontare quindi l'incommensurabile? Come articolare la reazione dinanzi a crimini atroci senza tradire i principi del diritto penale liberale? Come costruire "un *diritto dell'inumano*" [5]?

Nella sua concretezza e nei principi di personalità e di umanità che la definiscono, la pena collide con lo straordinario, con l'*inumanità* che connota questi crimini. Inevitabilmente si genera dunque una frattura tra due logiche diverse. Da un lato una logica della misura, dell'umanità, del *logos*, della razionalità della pena coerente con un paradigma liberale del sistema penale che ha al suo centro l'imputato, l'accertamento dei fatti nel processo e le responsabilità individuali [6]. Dall'altro, una logica che, cercando di rispondere alla dismisura *inumana* dei crimini contro l'umanità, insegue la punizione 'assoluta', anche a costo di abbandonare quei presupposti, col rischio di scivolare verso un paradigma diverso, il *diritto penale del nemico* [7]. Un diritto che giudica la persona e non i suoi atti. Quest'ultimo ha due essenziali caratteristiche: massimizza le responsabilità e in-umanizza l'imputato, in quanto nemico, sottraendolo alle garanzie del diritto e al-

---

[5] Il termine inumano non è qui inteso in senso generico o autoevidente di disumano, ma come riferimento preciso alla dismisura, riprendendo un concetto di Mireille Delmas Marty. Cfr., Id., *Violence et massacres: entre un droit pénal de l'ennemi et un droit pénal de l'inhumain?*, in *Revue des Sciences criminelles et de droit comparé*, 1, 2009, 55-68. L'Autrice segnala l'esigenza di articolare un diritto che affronti "l'inumano", ovvero ciò che è fuori dalla misura, fuori dall'essere umano dell'Illuminismo, fuori, potremmo dire, dal cerchio vitruviano di Leonardo, dove l'essere umano con la sua armonia e la sua ragione è misura di tutte le cose, e tutte le cose sono intelligibili in rapporto all'umano. Di qui la coppia su cui svilupperemo la nostra breve riflessione: misura/umano e dismisura/inumano.

[6] Trasformare, in altri termini, le rotelle dell'ingranaggio – e dunque il tassello del sistema "inumano" – in un essere umano con dignità – e dunque responsabilità.

[7] Sul concetto di diritto penale del nemico, ripreso dal penalista tedesco Günther Jakobs, cfr. anche per ulteriori riferimenti, G. Jakobs, M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo,* I ed., Civitas, Madrid, 2003, 57-102; R. Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006. In lingua italiana: A. Gamberini, R. Orlandi (diretto da), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna, 2007; M. Donini, M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007; M. Pavarini, *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle* Unpersonen, in *Studi sulla Questione Criminale*, 2, 2006, 7 ss.

l'uguaglianza e all'universalità dei diritti [8]. Questo è il volto che l'inumanità assume quando infetta dall'interno il diritto.

In questo orizzonte concettuale, diverse esigenze sono in conflitto: da un lato l'esigenza, anche comunicativa, di una reazione ai crimini contro l'umanità e la necessità di evitare il ripetersi di eventi drammatici; dall'altro, l'esigenza di coerenza con i principi del diritto penale – "istituzionalmente" reocentrico – rimanendo vincolati alla responsabilità penale personale, all'accertamento di quest'ultima con le garanzie del processo e all'umanità della pena.

Occorre poi una ulteriore riflessione: la retribuzione è una retribuzione di sofferenze. Dinanzi all'incommensurabile, però, salta ogni misura proprio rispetto alla retribuzione della sofferenza. L'impossibilità di parametrare esclusivamente sulla responsabilità dell'autore la quantità di pena evidenzia la necessità di ricercare altri meccanismi reattivi, altre "forme di giustizia" [9] destinati a riconoscere un ruolo maggiore alle vittime, in una delicata ricerca di equilibrio tra finalità oppositive non facilmente componibili [10]. Una risposta articolata tra forme retributive e restaurative consentirebbe di scongiurare quel rischio, già evocato, che la modalità meramente punitiva insegua il crimine incommensurabile, col rischio, già evocato, di scivolare verso un paradigma, che altro non tradurrebbe se non l'inumanizzazione dell'imputato e, prima e più in alto, dello stesso diritto.

Il processo penale è necessario per giudicare e punire tanto il crimine ordinario quanto l'inumano.

Sanzionare, dunque, ma anche sancire i valori che quei crimini gravissimi hanno voluto distruggere. Vi è bisogno del processo penale perché si riconosce che si è creata una situazione in cui senza la sanzione penale di crimini gravissimi (e imprescrittibili) non si dà una "conferma" e una promozione efficace di valori fondanti e della distinzione giusto-ingiusto. Se non si sanziona non si sancisce.

Dire e dare la pena. Da questa consapevolezza, tuttavia, anche la necessità di rimanere attenti a non contrapporre alla dismisura del crimine la

---

[8] Il diritto c'è se esiste simmetria, se esiste parità, ma i nemici sono soggetti a cui il diritto vuole non riconoscere alcuna reciprocità.

[9] Riprendiamo tale espressione dal volume di A. Garapon, *Pour une autre justice. La voie restaurative*, PUF, Parigi, 2025, ora tradotto in italiano Id., *La via riparativa alla giustizia*, Vita e Pensiero, Milano, 2026.

[10] Sul diritto penale vittimario e sull'esistenza o meno di un diritto della vittima alla punizione del colpevole, nella vastissima letteratura sul tema, per tutti e per ulteriori riferimenti cfr. G. Fornasari, *'Right to punishment' e principi penalistici. Una critica della retorica anti-impunità*, E.S.I., Napoli, 2023.

dismisura della pena, che rischierebbe di riportarci a un diritto premoderno, ai supplizi dell'*Ancien Régime*.

Tuttavia, per *sanzionare* e quindi *sancire* serve anche una legittimazione interna e non solo esterna, sul piano comunicativo, dal punto di vista della società: il processo penale deve essere sostenibile, legittimo. Legittimo secondo i valori che si vogliono difendere, per cui l'imputato non può essere oggetto dei valori esterni che si vogliono sancire, ma deve essere posto al centro della liturgia processuale.

Soltanto un sistema reattivo più ampio (che ricomprenda meccanismi retributivi e restaurativi) – e teleologicamente diversificato – può permettere, forse, di sciogliere, o almeno di attenuare la tensione fra esigenze intrinseche di un paradigma di diritto penale liberale e quelle estrinseche del "mai più" [11], del rifiuto di quei crimini che passa anche attraverso il riconoscimento formale, il "dare un nome" a quelle atrocità.

Un ricorso a forme, altre, di giustizia ponendo al centro l'imputato e affrontando le gravissime violazioni con spazi di parola, strumenti di verità che soddisfano la richiesta del 'sancire' [12], inteso nel duplice senso di sanzionare-punire, ma anche di significare-fissare-stabilire i fatti, e di trasformare la memoria in storia non controvertibile. Così, forse, si può più coerentemente trasmettere un messaggio nello spazio pubblico, una risposta politica e di ricomposizione di comunità. Tutti profili, questi ultimi, che forme di risoluzione dei conflitti diverse dalla pura sofferenza rendono, pur nelle inevitabili difficoltà, possibili.

Diversamente, il rischio è che i diritti dell'imputato o del condannato divengano sgradevole orpello illuministico fuori moda e fattore di impaccio. E il rito penale e la sentenza rischiano di assumere la funzione di essere spazio per "sancire" questo o quel messaggio – quasi "scrivendolo sul corpo" dell'imputato –, col rischio di alimentare le ambizioni fagocitanti di un diritto penale del nemico.

---

[11] Non si può inseguire la dismisura del crimine con la dismisura della pena. Se lo si fa, non si raggiunge il crimine smisurato, ma si perde in maniera smisurata il diritto e i limiti che lo fondano. Il *diritto penale del nemico* è quindi la negazione del diritto.

[12] Il valore della reazione penale, dunque, – e del rito come luogo per sancire, nel suo doppio significato di punire e stabilire quanto accaduto – ha in tali casi una valenza maggiore. Torna qui l'importanza del doppio significato di "sanzione": sanzionare-punire da un lato, fissare una dimensione stabile di "significato" dall'altro. Due significati per lo stesso termine, tanto intrecciati da essere quasi indistinguibili: uno l'atto e uno la conseguenza, il significato dell'atto, che stanno assieme alle origini nel *sanctum facere* agambeniano. G. AGAMBEN, *Homo sacer*, Einaudi, Torino, 2005.

2.1. *La disfunzionalità della pena*

I crimini contro l'umanità, che sono al centro dei processi riaperti in Argentina, possono essere metaforicamente rappresentati come dismisura del male [13]. La pena, invece, è misura del disvalore, misurazione delle atrocità a cui si cerca di reagire e, dunque, come misura del male. Essa, si può dire, "disturba" perché vi è una dimensione eccezionale sia nella gravità dei crimini commessi, sia nel messaggio di civiltà che si vuole trasmettere. Questa non può andare di pari passo con l'eccezionalità della pena, né della sua esecuzione. Un crimine eccezionale *non* può essere soggetto a una pena eccezionale.

L'in-umano giocoforza deve essere ridotto all'umano. La pena non è sufficientemente capiente. Vi è una sproporzione strutturale, come segnalato. Tutto quello che c'è prima della pena è eccezionale: una criminalità di sistema a cui corrisponde un regime giuridico eccezionale [14]. La pena, tuttavia, riporta l'abnormità del crimine all'ordinario: come ricorda la filosofa Hannah Arendt, il male è banale. La pena riconduce, in altri termini a una cifra che è quella dell'umanità della pena nel senso dell'essere umano che ha compiuto quelle atrocità. Dietro il crimine incommensurabile c'è un essere umano che lo ha compiuto.

Da qui il conflitto, già individuato, tra questi due poli – misura della pena e crimini incommensurabili – destinato a rimanere, forse, irrisolvibile. La pena per definizione non appare sufficientemente ampia e, di conseguenza, la sua applicazione riporta l'abnormità della violazione sul piano dell'ordinario. Per questo il concetto di *diritto penale dell'inumano* torna utile: ricorda come anche in questi casi la chiave della reazione repressiva sia l'umanità della pena e della sua esecuzione, che non può avere un sapore che richiami lo splendore dei supplizi, né può deviare dai principi e dalle garanzie fondamentali. Un diritto penale dell'inumano, quindi, che senza rinnegare i propri postulati assiologici, sappia confrontarsi con l'inumano.

Da una parte, dunque, vi è la necessità di giudicare e punire tali atrocità, dall'altra il diritto e la giustizia dei crimini internazionali hanno fini particolari: affrontare la criminalità collettiva, individuare i responsabili, riportare dunque non solo giustizia, ma anche riconciliazione e pacificazione, costruire un nuovo corpo politico, ricreare una comunità.

---

[13] Si riprende qui il titolo "*La dismisura del male. Il diritto di fronte ai crimini di massa*" del Convegno internazionale, tenutosi a Firenze il 3 marzo 2008.

[14] La stessa evoluzione della disciplina delle sanzioni nel diritto penale internazionale prova questi sforzi di 'civiltà', di umanizzare la risposta, tenendo fermo l'argine dei diritti e delle pene.

Tale considerazione evidenzia un elemento centrale del diritto dei crimini internazionali: la pena riconosce e stigmatizza il fatto commesso come grave, con ricadute significative in termini di comunicazione e di funzione poietica (affermare, riconoscere e attribuire gravità ai fatti). Di qui taluni interrogativi. La tenuta del sistema penale internazionale e la sua legittimazione hanno come premessa ineludibile l'entità e l'effettività della pena? O si tratta soprattutto di *dire la pena* più che di *dare la pena*? Di dire la condanna, più che di commisurare l'entità della condanna [15]?

Emerge a questo punto la tensione già segnalata: la pena – per sua natura limitata – non può mai esprimere a pieno la gravità e l'entità eccezionale delle offese, né quel particolare valore comunicativo che si attribuisce al diritto e al processo penale internazionale per sancire quanto accaduto [16]. Si tratta, come evidente, di un messaggio, rivolto non tanto al singolo imputato, ma all'opinione pubblica, allo spazio pubblico [17].

La pena non può adeguarsi alla dimensione macroscopica dei crimini internazionali. La sofferenza non può essere metro di misura né della gravità del crimine, né della responsabilità personale dell'accusato. Tale affermazione è ancora più vera alla luce del fatto che tramite l'applicazione del diritto penale internazionale non si colpiscono tutti i responsabili delle atrocità.

Esiste, insomma, una dimensione eccezionale nella gravità del fatto commesso che non può essere accompagnata da una eccezionalità nella commisurazione della pena e nell'esecuzione della stessa. La pena, in questo senso, per la sua natura, rappresenta, come detto, un elemento di "inciampo" rispetto alla reazione penale e anche alla funzione, spuria, di tipo comunicativo, assegnata alla giustizia penale che si confronta con i crimini internazionali. Torna nuovamente in gioco quell'antinomia destinata a rimanere irrisolvibile tra la

---

[15] M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005. *Dire* la pena non può che essere *una funzione indiretta* e non uno scopo da cui dipende la legittimazione del punire. Ciò mostra dunque chiaramente le difficoltà segnalate riguardanti la punizione di violazioni gravissime e massive.

[16] Sulla funzione *comunicativa*, che si mantiene e acquisisce nuove caratteristiche nei contesti di transizione e a fronte di crimini internazionali, cfr., in una vasta letteratura K. AMBOS, *Treatise of International Criminal Law*, vol. I (Foundations and General Part), Oxford University Press, Oxford, 2013. Si vedano anche P. EIROA, *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009; E. MACULAN, *Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición*, in A. GIL GIL, E. MACULAN (diretto da), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, 207-240.

[17] Secondo l'accezione, ormai classica, di Hannah Arendt. Cfr. i capitoli II e V di H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani, Milano, 1964, 1988.

straordinarietà del crimine e la puntiforme applicazione della pena al singolo individuo: a dismisura non è possibile rispondere con dismisura e in-umanità.

Nella ricerca di trovare un punto di equilibrio tra esigenze contrapposte, la reazione a crimini smisurati richiede di affinare un *diritto penale dell'inumano*, ovverosia un diritto che rispetti la persona, i suoi diritti fondamentali e che limiti l'accertamento processuale al fatto commesso. Il rischio, altrimenti, è quello, già evocato, di andare verso un *diritto penale del nemico*. Due paradigmi antinomici sono infatti in uno stato di costante tensione: diritto penale dell'inumano, da un lato, e diritto penale del nemico, dall'altro. Il primo riporta alla misura, all'umano e rifiuta la pena di morte, tenendo fermo il *totem* della responsabilità penale individuale; l'altro giudica la persona e non gli atti commessi. Criminalizza dunque il soggetto in quanto tale, come pericoloso in sé, sottraendolo alle garanzie fondamentali della legge e del processo.

Per evitare che la giustizia penale si trasformi in strumento per la realizzazione di proclami pubblici o, peggio, in luogo di battaglie narrative e mnemoniche occorre dunque tenere ben fermo la cultura dei limiti, propria di ogni sistema penale. Il centro di ogni processo penale, anche di quelli diversi dalla giustizia riguardante i reati ordinari, devono restare l'imputato, l'accertamento dei fatti e una pena conforme, anche nella sua esecuzione, alla cultura giuridica umanista.

2.2. *Universalismo del diritto penale internazionale vs. relativismo del diritto penale nazionale: la ricerca di una dosimetria sanzionatoria*

L'adeguamento allo Statuto della Corte mette in moto un processo di armonizzazione con le disposizioni vigenti nella legislazione penale e, prima e più in alto, della Costituzione. Un problema che dipende anche dal *relativismo* del diritto penale domestico rispetto all'*universalismo* delle disposizioni contenute nelle fonti sovranazionali.

Ai fini della nostra analisi va segnalato che da un lato, molte delle condotte riconducibili ai crimini contro l'umanità sono già previste in molti diritti nazionali come delitti comuni. Tuttavia, pur avendo un corrispettivo ordinario nelle previsioni domestiche, sono commessi in modo da offendere tutta la comunità umana (elemento di contesto, o internazionale) e vengono quindi differentemente inquadrati, come crimini internazionali – dunque, evidentemente più gravi –, richiedendo pene più severe.

Anche se può sembrare controintuitivo, questo non significa che la pena più severa, prevista anche dallo Statuto di Roma, cioè l'ergastolo, si applichi sempre – quasi di *default* – nel contesto dei crimini internazionali. A tale

riguardo risulta paradigmatica l'esperienza del Tribunale penale internazionale *ad hoc* per l'ex Jugoslavia: quest'ultimo, infatti, ha emesso il maggior numero di condanne: oltre 160 persone sono state giudicate e più della metà sono state condannate. Di queste, solo il 5,62% è stato condannato all'ergastolo, mentre più della metà dei condannati è stata condannata a pene comprese tra i 10 e i 20 anni [18]. Come noto, i crimini internazionali sono nella maggior parte dei casi commessi da un collettivo di autori di diverso grado gerarchico, e la pena inflitta deve riflettere la responsabilità di ciascuno, in base all'atto individuale realizzato e alla posizione ricoperta [19].

L'ordinamento argentino è tra quelli che hanno implementato lo Statuto: limitandoci a quanto disposto per le sanzioni si è stabilito che la pena sarà eseguita in coerenza con quanto stabilito dallo Statuto di Roma [20].

3. *Laboratorio Argentina: il dovere di indagare e di punire* ("**obligaciòn de investigar y sancionar**")

Prima di esaminare le pronunce argentine e, in particolare, i profili riguardanti la sanzione e la sua esecuzione è bene 'contestualizzare' questa giurisprudenza. A tal fine occorre, seppure rapidamente, segnalare il ruolo svolto dalla Corte interamericana dei diritti umani (CIDU) e l'influenza che la sua giurisprudenza ha avuto a livello nazionale e anche internazionale [21]. Le sentenze della CIDU sono vincolanti per l'Argentina in quanto Stato firmatario della Convenzione Americana sui Diritti Umani. L'articolo 68 sancisce, infatti, l'obbligo di rispettare le decisioni della Corte stessa. Inoltre, la riforma costituzionale del 1994 ha disposto che i trattati sui diritti umani

---

[18] T. Manguel, *Alcances y limitaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia'*, in H. Olásolo et. al. (coord.), *Alcances y Limitaciones de la Justicia Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 480.

[19] A. Epik, L. Steinl, *Shortcomings of a Showpiece: Reflections on the Need for Reform of the German Code of Crimes Against International Law and Challenges for its Application*, in *Journal of International Criminal Justice*, 21, 2023, 815-837.

[20] Cfr. la *Ley de Implementación del Estatuto de Roma*, approvata il 13 dicembre 2006 e promulgata il 5 gennaio 2007.

[21] È questa una dinamica di interazione propria del diritto dei crimini internazionali: dal livello regionale della Corte Interamericana dei Diritti Umani al livello nazionale, o verso altre Corti regionali (come la Corte Europea dei Diritti Umani) e, infine, ancora verso la CPI. Su tali interazioni come costitutive della internazionalizzazione del sistema penale, cfr. M. Delmas-Marty, *Interactions between National and International Criminal Law in the Preliminary Phase of Trial at the ICC*, in *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, 2-11.

hanno rango costituzionale in Argentina. Ne consegue che ogni decisione della CIDU deve essere rispettata dallo Stato argentino e che i tribunali devono interpretare e applicare le disposizioni nazionali in modo conforme a questa stessa giurisprudenza. Nel caso "Esposito" [22] CSJN ha riconosciuto la vincolatività della sentenza della CIDU nel "Bulacio vs. Argentina" [23], che aveva evidenziato la violazione dei diritti umani a causa dell'impunità per la prescrizione del caso. La Corte Suprema ha revocato la propria decisione precedente e ha stabilito che la prescrizione non poteva essere applicata in questo caso, seguendo quanto disposto dalla CIDU. Questa sentenza ha consolidato la dottrina del controllo di convenzionalità, che obbliga i giudici nazionali a conformare le proprie decisioni alle norme e ai principi stabiliti dai tribunali internazionali sui diritti umani, rafforzando così l'implementazione degli standard internazionali nel sistema giuridico argentino [24].

Occorre prima di tutto ricordare che nel marzo 2001 la Corte interamericana dei diritti umani ha pronunciato la sentenza sul caso "Barrios Altos" che segna un momento 'storico' per il diritto penale internazionale e anche per il ruolo, più generale, di tale Corte (regionale). In tale caso la Corte ha dichiarato lo Stato peruviano responsabile del massacro verificatosi nel 1991, in cui 15 cittadini peruviani, tra cui un bambino di 8 anni, furono uccisi da uno squadrone della morte sponsorizzato dallo Stato. Altre 4 persone furono gravemente ferite. Ciò preme qui segnalare perché estremamente importante per l'Argentina è che la Corte ha stabilito che le leggi di amnistia approvate dal Congresso pro-Fujimori nel 1995 violavano gli obblighi del Perù ai sensi della Convenzione interamericana sui diritti umani. La Corte ha inoltre dichiarato che la legge sull'amnistia non aveva alcun effetto. In tal modo affermava l'obbligo di punire le gravissime violazioni

[22] CSJN, Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, 23 dicembre 2004, Fallos: 327:5668. Tale teoria è stata ribadita nella sentenza della Corte Suprema D. 1682. XL. RECURSO DE HECHO Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal causa n° 24.079", del 29 novembre 2011. In questa pronuncia, applicando quanto disposto dalla CIDU nella sentenza *Bueno Alves vs. Argentina* il ricorso è stato accolto e la sentenza impugnata è stata annullata.

[23] Sentenza del 18 settembre 2003 (*Fondo, Reparaciones y Costas*).

[24] In modo sorprendente, il 14 febbraio 2017 la CSJN ha respinto la richiesta contenuta nell'atto della Direzione dei Diritti Umani del Ministero degli Esteri e del Culto della Nazione, con cui si chiedeva di eseguire la sentenza emessa dalla CIDU il 29 novembre 2011 nel caso Fontevecchia e D'Amico vs. Argentina (in seguito, caso "Fontevecchia"). La scelta di non rispettare quanto sancito nella sentenza della Corte ha avviato un cambiamento nella giurisprudenza del tribunale argentino con riferimento alla vincolatività delle pronunce della CIDU che condannano lo Stato.

dei diritti umani e l'inapplicabilità dinanzi a tali crimini sia dei termini di prescrizione e dell'amnistia [25].

In coerenza con la giurisprudenza della Corte interamericana [26] e in riferimento alla possibilità di applicare gli strumenti internazionali sui diritti umani a eventi che si sono verificati prima della loro entrata in vigore, la Corte Suprema ha affermato, che "… no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos… [Y] desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno…" [27].

Tale orientamento si consolida nel 2005 con la sentenza della Corte Suprema argentina nel caso "Simón" [28], in cui si stabilisce che le due leggi di "*Obediencia debida*" e di "*Punto final*" sono nulle, dichiarando al contempo costituzionale la legge 25.779 che giustamente dichiarava nulle e non valide le leggi della dovuta obbedienza e del punto finale [29].

Ripercorrere sinteticamente questo itinerario della giurisprudenza della Corte interamericana, prima, e delle Corti argentine, successivamente, è fondamentale per comprendere la riapertura dei processi. Non sarebbe infatti stata possibile senza il recepimento a livello interno della teoria, elaborata dalla Corte interamericana, dell'obbligo di punire le gravissime violazioni

---

[25] CIDU, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), 14 marzo 2001, cfr. http://www. corteidh.or.cr/seriec/Seriec_ 5_esp.doc.

[26] La Corte Interamericana è attore cruciale del sistema di giustizia globale che reagisce ai crimini internazionali. Essa partecipa alle dinamiche di interazione tra Corti (regionali/domestiche; regionali/internazionali) e la sua giurisprudenza costituisce – nonostante la Corte sia competente per la responsabilità degli Stati – molto significativa per l'affermazione della responsabilità individuale per questi crimini.

[27] CSJN, A. 533, XXXVIII, "RECURSO DE HECHO, Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros, causa n. 259, 28 agosto 2004, Fallos: 327:3312. (par. 28 e 29 del voto di maggioranza).

[28] CSJN, S. 1767, XXXVIII, "RECURSO DE HECHO, Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc., causa n. 17.768, 14 giugno 2005.

[29] La legge 25.779 dell'Argentina, promulgata il 2 settembre 2003, dichiarava la nullità assoluta e insanabile delle leggi di Punto Finale (legge 23.492) e Obbedienza Dovuta (legge 23.521). Queste leggi, approvate negli anni '80, avevano garantito l'impunità ai responsabili di crimini contro l'umanità commessi durante l'ultima dittatura militare (1976-1983). Con la loro annullazione, la legge 25.779 ha permesso la riapertura dei processi contro ex militari e repressori, segnando una tappa fondamentale nella lotta per la giustizia e i diritti umani in Argentina.

dei diritti umani. Le diverse pronunce affermano il dovere dello Stato argentino di perseguire e punire i responsabili di crimini contro l'umanità, in conformità con gli impegni assunti dal paese. In particolare, in relazione ai crimini contro l'umanità si afferma l'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità [30], la non validità dei *los indultos* [31] presidenziali [32]; il primato del diritto internazionale dei diritti umani sul diritto interno [33] e l'obbligo per il singolo Stato di svolgere indagini, giudicare e punire i crimini. Questo ultimo profilo è quello che maggiormente interessa in quest'analisi.

3.1. *La sentenza "Mazzeo"*

In particolare, nel caso Mazzeo occorre segnalare il superamento della *res iudicata*, l'incostituzionalità delle leggi di indulto e l'idea della "pena necessaria" (*duty to punish*) per i responsabili di crimini contro l'umanità. Il bilanciamento con tali principi viene compiuto in nome delle esigenze di verità e del valore giuridico che la CSJN attribuisce alle sentenze emesse dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani (CIDU) nell'applicare la Convenzione Interamericana.

La sentenza *Mazzeo*, emessa dalla Corte Suprema dell'Argentina nel

---

[30] La Corte Suprema ha confermato che i crimini contro l'umanità, come quelli commessi durante l'ultima dittatura militare (1976-1983), non sono soggetti a prescrizione e possono essere processati indipendentemente dal tempo trascorso. A sostegno di tale affermazione la Corte fa riferimento a norme internazionali, quale la Convenzione sulla imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità. Cfr. in questo volume il contributo di Pablo Parenti.

[31] "Indulto" in castigliano ha un significato diverso da "indulto" in italiano. Nella legislazione argentina, l'amnistia e l'indulto sono due istituti differenti, sebbene abbiano entrambi l'effetto di esonerare una persona dalla responsabilità penale. L'amnistia può essere concessa con una legge approvata dal Congresso Nazionale; è una misura di carattere generale che estingue l'azione penale o la pena per un gruppo di persone o per determinati reati (generalmente basata su ragioni politiche o di pacificazione sociale, come nelle transizioni democratiche). L'indulto, invece, è una facoltà esclusiva del Potere Esecutivo Nazionale, in conformità con l'articolo 99, comma 5 della Costituzione argentina. A differenza dell'amnistia, non estingue l'azione penale (e quindi nemmeno la condanna), ma soltanto la pena inflitta.

[32] La sentenza ha annullato l'indulto concesso nel 1990 dall'allora Presidente Carlos Menem all'ex ufficiale militare José Luis Arce, condannato per crimini contro l'umanità. Secondo la Corte le leggi di impunità violano la Convenzione Interamericana dei diritti umani, strumento che ha gerarchia costituzionale, a seguito della riforma del 1994 (articolo 75, par. 22, Cost.).

[33] La Corte ha ribadito che le norme internazionali sui diritti umani, come si è detto, rientrano nella gerarchia costituzionale (ai sensi dell'articolo 75, par. 22 della Costituzione nazionale) e prevalgono sulle norme nazionali che limitano la persecuzione penale di questi crimini.

2005 [34], riguarda il processo relativo ai crimini contro l'umanità commessi durante la dittatura militare argentina (1976-1983). La decisione affronta la questione della pena da infliggere in caso di crimini contro l'umanità. In particolare, in questo caso, il giudice Eduardo Mazzeo aveva chiesto di esaminare la legittimità della legge che aveva esteso l'impunità per i crimini commessi durante la dittatura e che era stata applicata in vari processi, col risultato di non punire i responsabili di crimini contro l'umanità. La Corte Suprema ha stabilito che i crimini contro l'umanità non possono essere oggetto di amnistia o di misure di impunità e che le persone accusate di tali crimini devono essere giudicate e punite. La sentenza Mazzeo si pone dunque in linea con la già citata giurisprudenza della Corte Interamericana, rafforza la giustizia per le vittime della dittatura militare, ribadendo che la pena per i crimini contro l'umanità non può essere negata e che i colpevoli devono affrontare le conseguenze per le atrocità commesse.

La Corte ha detto che "[i]l diritto internazionale umanitario e dei diritti umani, in diversi trattati e documenti, prescrive l'obbligo, da parte dell'intera comunità internazionale, di 'perseguire', 'indagare' e 'sanzionare adeguatamente i responsabili' di crimini che costituiscono gravi violazioni dei diritti umani", e tale obbligo è di applicazione imperativa nella giurisdizione argentina [35].

La sentenza *Mazzeo* ha in questo modo riaperto il tema dell'incostituzionalità degli indulti e della persecuzione dei responsabili dei crimini contro l'umanità.

La difesa, dal canto suo, argomentava che, decretando l'incostituzionalità del decreto n. 1002/89 [36], veniva violato il principio di "cosa giudicata" poiché il controllo di costituzionalità su tale disposizione era già stato esercitato dalla Corte Federale d'Appello di San Martín, che aveva assolto l'imputato

---

[34] CSJN, M. 2333, XLII, y otros, Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucio nalidad, 13 luglio 2007 (Fallos: 330:3248).

[35] CSJN, considerandi 10 e 11 fino al 27, rispettivamente, del voto della maggioranza in "Mazzeo".

[36] Il decreto 1002/1989, firmato il 6 ottobre 1989 dall'allora presidente Carlos Menem, concesse l'indulto a 38 ufficiali militari processati per violazioni dei diritti umani durante l'ultima dittatura militare in Argentina (1976-1983). Tale provvedimento venne disposto anche ad alti comandanti quali Reynaldo Bignone, Luciano Benjamín Menéndez, Ramón Genaro Díaz Bessone, Cristino Nicolaides, Leopoldo Fortunato Galtieri e Albano Harguindeguy, tra gli altri.

A differenza delle leggi di Punto Finale e Obbedienza Dovuta, che abbiamo menzionato e che limitavano o estinguevano l'azione penale per determinati reati, il Decreto 1002/1989 disponeva indulti a singoli individui, anche a coloro che non erano ancora stati condannati, interrompendo così i processi in corso.

nel 1989. Tuttavia, la maggioranza della Corte ha ritenuto che in virtù del carattere vincolante delle sentenze della CIDU e del carattere relativo del principio della res iudicata non si configurasse una violazione. E ha precisato che "sia i trattati internazionali sui diritti umani che la giurisprudenza e le raccomandazioni dei loro organismi interpretativi e di monitoraggio, hanno portato il Tribunale, attraverso diversi pronunciamenti, a 'ripensare l'ambito della garanzia di cosa giudicata compatibile con i crimini oggetto di indagine'". Inoltre, la Corte ha citato la sentenza della CIDU *Almonacid Arellano e altri*, in cui si affermava che "i giudici e i tribunali interni sono soggetti all'impero della legge e, perciò, sono obbligati ad applicare le disposizioni vigenti nell'ordinamento giuridico. Ma quando uno Stato ha ratificato un trattato internazionale come la Convenzione Americana, i suoi giudici, come parte dell'apparato statale, sono anche soggetti ad essa, il che li obbliga a garantire che gli effetti delle disposizioni della Convenzione non siano ridotti dall'applicazione di leggi contrarie al suo oggetto e fine, che fin dall'inizio non hanno effetti giuridici. In altre parole, il potere giudiziario deve esercitare una sorta di 'controllo di convenzionalità' tra le norme giuridiche interne che applicano nei casi concreti e la Convenzione Americana sui Diritti Umani. In questa attività, il potere giudiziario deve tener conto non solo del trattato, ma anche dell'interpretazione che ne ha fatto la Corte Interamericana, interprete ultima della Convenzione Americana".

In tale pronuncia, la Corte di San José ha inoltre sostenuto che "gli Stati non adotteranno misure legislative né prenderanno altre misure che possano compromettere gli obblighi internazionali che hanno assunto riguardo all'identificazione, alla detenzione, all'estradizione e alla punizione dei colpevoli di crimini di guerra o di crimini contro l'umanità".

Così procedendo, la Corte attribuisce particolare rilievo alla giurisprudenza degli organi di applicazione dei trattati sui diritti umani che lo Stato argentino ha ratificato e sostiene che "al momento della promulgazione del decreto n. 1002/89 esisteva un doppio ordine di divieti di alto contenuto istituzionale che rifiutava ogni idea di impunità nei confronti degli Stati nazionali. Da un lato, un sistema internazionale riconosciuto da tutte le nazioni civilizzate e, dall'altro, un sistema internazionale di protezione dei diritti umani costituito, tra gli altri, dalla Convenzione Americana sui Diritti Umani e dal Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici. In questo modo, la decisione di chiudere i procedimenti penali ha violato gli obblighi internazionali destinati a verificare i crimini denunciati, a identificare i loro autori, complici e copritori, a imporre le sanzioni corrispondenti, così come il diritto delle vittime a un ricorso efficace per ottenere tale scopo".

Sulla base di questo ragionamento, la maggioranza della CSJN ha concluso

che "la possibilità di concedere l'indulto agli autori e ai partecipanti in crimini contro l'umanità comporta in modo ineluttabile la rinuncia alla verità, all'indagine, alla verifica dei fatti, all'identificazione dei loro autori e alla disarticolazione dei mezzi e delle risorse efficaci per evitare l'impunità. Da questa prospettiva, per la Corte è chiaro che le garanzie costituzionali di cosa giudicata e ne bis in idem, invocate dagli imputati a loro difesa, hanno una dimensione che richiede alcune precisazioni'".

La Corte stabilisce dunque un *obbligo di accertare la verità storica* e *indagare i fatti* che hanno causato le violazioni della CIDU; un obbligo di individuare i responsabili, di arrestarli, punirli e di eseguire le relative pene. Tale obbligo è noto anche [37] come "dovere di giustizia penale".

Inoltre, la sentenza nel caso "Barrios Altos" non costituisce un precedente isolato, ma segna una linea giurisprudenziale costante della Corte Interamericana. Così, nel Caso "Bulacio", il Tribunale ha sottolineato che "secondo gli obblighi convenzionali assunti dagli Stati, nessuna disposizione o istituto di diritto interno, tra cui la prescrizione, potrebbe opporsi all'adempimento delle decisioni della Corte riguardo all'indagine e alla punizione dei responsabili delle violazioni dei diritti umani".

Una giustificazione analoga è stata usata nel Caso "Tibi", dove la Corte ha affermato che "lo Stato deve garantire che il processo interno volto a indagare, giudicare e punire i responsabili degli eventi abbia gli effetti dovuti. Inoltre, deve astenersi dall'usare istituti come l'amnistia, la prescrizione e l'esclusione della responsabilità, nonché misure che intendano impedire la persecuzione penale" [38].

D'altra parte, nel Caso "Almonacid Arellano e altri", in un contesto simile a quello qui esaminato, la Corte ha stabilito che "lo Stato non potrà invocare alcuna legge o disposizione di diritto interno per esimersi dall'ordine della Corte di indagare e punire penalmente i responsabili della morte del signor Almonacid Arellano (...) Inoltre, lo Stato non potrà invocare la prescrizione, l'irretroattività della legge penale, né il principio *ne bis in idem*, nonché qualsiasi altra esclusione di responsabilità, per giustificarsi del suo dovere di indagare e punire i responsabili". In particolare, per quanto riguarda il principio del ne bis in idem, la Corte ha affermato che esso non è assoluto e che pertanto la celebrazione di un nuovo processo per gli stessi fatti non implicherebbe una violazione di tale principio, se la precedente

---

[37] Sul caso *Tibi c. Francia*, cfr. Corte europea dei diritti umani, Tibi contro Francia, ricorso n. 34050/96, 23 settembre 2003.

[38] CIDU, Tibi vs. Ecuador, 7 settembre 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf).

assoluzione fosse derivata dall'intento di proteggere la persona responsabile di violazioni dei diritti umani dalla responsabilità penale e se emergessero nuovi fatti o prove che indicassero l'identità dei responsabili di violazioni dei diritti umani o crimini contro l'umanità [39].

In base a questa interpretazione della Corte Interamericana dell'obbligo di indagare e punire, lo Stato non può invocare, alla luce dell'evoluzione del diritto internazionale dei diritti umani, la causa di cosa giudicata per non adempiere ai propri obblighi internazionali e, pertanto, dovrà rimuovere tutti gli ostacoli esistenti per garantire i diritti delle vittime.

Merita segnalare che nella già citata sentenza *Almonacid Arellano*, la Corte ha affermato che "l'obbligo degli Stati di rendere giustizia alle vittime dei diritti umani prevale sulla garanzia del ne bis in idem a carico dell'imputato e sulla nozione di sentenza definitiva" [40]. In altre parole, gli Stati sono gravati dall'obbligo di indagare, perseguire e punire gravi violazioni dei diritti umani, circostanza che relativizza i principi e le garanzie che sono, se vogliamo, di natura assoluta rispetto ai reati comuni. Pertanto, quando ci troviamo di fronte a crimini atroci, non esistono sentenze definitive né *res judicata*.

4. *L'impatto della teoria del "dovere di indagare e di punire dello Stato" sull'esecuzione della pena*

Il sistema di esecuzione della pena in Argentina è disciplinato dalla legge n. 24.660, che istituisce un regime penitenziario progressivo. La logica centrale di tale regime consiste nella graduale attenuazione della pena in funzione della condotta e del comportamento del detenuto. Il raggiungimento della libertà rappresenta l'obiettivo principale del regime progressivo: si tratta della ricompensa che il sistema penitenziario offre in cambio dell'adesione alle regole carcerarie. In questo senso, il regime progressivo e la liberazione condizionale costituiscono le due facce della stessa medaglia.

Tale impostazione è chiaramente espressa nell'articolo 6, secondo cui "il regime penitenziario si baserà sulla progressività", e ribadita nell'articolo 12,

---

[39] CIDU, Almonacid Arellano et al v Chile (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), 26 settembre 2006, IACHR Series C No. 154, par. 154–155. (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf).

[40] CIDU, Almonacid Arellano et al v Chile, par. 154. Cfr. G. Nuridzhanian, *The Principle of* ne bis in idem *in International Criminal Law Balancing the Interests of Individuals, States, and the International Community*, Routledge, Londra, 2024, 57.

che stabilisce: "il regime penitenziario applicabile al condannato, qualunque sia la pena inflitta, sarà caratterizzato dalla sua progressività". Lo stesso principio è richiamato, in modi diversi, in ulteriori disposizioni della legge (articoli 104, 135 e 140).

Sorge, tuttavia, un interrogativo: questo medesimo sistema progressivo di rieducazione, con i benefici che esso comporta, deve essere applicato anche ai condannati per crimini contro l'umanità? Alcuni ritengono che tali soggetti non debbano accedere agli stessi benefici previsti per gli altri detenuti, e sostengono quindi la necessità di un regime penitenziario differenziato.

Ora, tale premessa sull'obbligo di punire stabilito dalla giurisprudenza della CIDU e recepito dalla giurisprudenza interna era necessaria prima di affrontare la questione dell'esecuzione delle sanzioni. In particolare, occorre chiedersi se tale obbligo per lo Stato si traduce in un obbligo nell'accertamento della responsabilità penale individuale e nell'irrogazione della sanzione o se, invece, 'continua'/'si irradia' anche nell'esecuzione. Tale quesito è particolarmente rilevante perché la tesi di un trattamento differenziato anche in questa fase non trova conferma nel diritto positivo (la legge argentina non prevede un trattamento differenziato per i condannati di questi crimini contro l'umanità [41]). Come vedremo la giurisprudenza argentina della Corte Suprema [42] non riserva un regime differente per i condannati di crimini contro l'umanità. Talune decisioni in questo senso, invece, si riscontrano invece nella giurisprudenza di organismi inferiori.

In tutti questi casi (arresti domiciliari, *salidas transitorias*, benefici penitenziari, più in generale), si ribadisce, come si è detto, che "nei crimini che inquadrati come crimini contro l'umanità, viene in rilievo la responsabilità internazionale dello Stato argentino, che deve garantire la persecuzione e la punizione dei responsabili di questi atti, in conformità con il diritto internazionale vincolante per il nostro Paese" [43]. E si aggiunge che "dato che la decisione della Cassazione autorizza la liberazione dell'imputato, con la conseguente possibilità che egli si sottragga all'azione di giustizia, essa mette

[41] Legge 24660 sull'esecuzione, Sancionada: Junio 19 de 1996. Promulgada: Julio 8 de 1996, ultima reforma de fecha 28 de julio de 2017 mediante ley 27.375

[42] Le decisioni della Corte Suprema su tale profilo sono molto poche; la CSJN tende infatti a dichiarare il caso inammissibile. Cfr., tra le più recenti, FSM 27004012/2003/TO36/4/1/2/RH71, Ocampo, Mario Guillermo s/ incidente de recurso extraordinario, 2 luglio 2024; FRO 43000130/2004/TO1/52/3/1/1/RH20 Vallejo, Ernesto s/ incidente de recurso extraordinario, 6 agosto 2024; CFP 14216/2003/TO7/18/5/1/CS8, Kalinec, Eduardo Emilio s/ incidente de recurso extraordinário, 21 maggio 2025.

[43] Cfr. le decisioni CSJN 328:2056 "Simón", cit.; CSJN 330:3248 "Mazzeo", cit.

immediatamente a rischio gli impegni della Nazione e, pertanto, costituisce un caso di gravità istituzionale" [44].

È utile esaminare, seppure sommariamente, questa giurisprudenza.

4.1. *Le* salidas transitorias*: il caso "Kalinec"*

La sentenza "Kalinec", pronunciata dalla Camera Federale di Cassazione Penale, riveste particolare rilievo nell'ambito dell'analisi delle sanzioni e dei procedimenti penali per crimini contro l'umanità commessi durante la dittatura militare in Argentina.

Nel caso in questione, Eduardo Emilio Kalinec, condannato il 21 dicembre 2010 all'ergastolo per la sua partecipazione ai crimini perpetrati nel centro clandestino di detenzione noto come "Atlético, Banco y Olimpo", aveva richiesto la concessione di permessi di uscita temporanea dal carcere, richiesta accolta il 27 dicembre 2019 dal giudice dell'esecuzione penale, sulla base degli articoli 16 e 17 della legge 24.660.

Tuttavia, la decisione non si è mai concretizzata a causa del ricorso presentato dal pubblico ministero e dalla parte civile. Il 27 febbraio 2020, la Camera Federale di Cassazione Penale ha accolto il ricorso, annullando la decisione e rinviando la causa al giudice dell'esecuzione affinché una commissione medica valutasse se Kalinec fosse in grado di comprendere la legge e la gravità dei reati commessi, ai fini di un possibile reinserimento sociale.

Una perizia del Corpo Medico Forense ha indicato che tale valutazione esige un approccio interdisciplinare che esula dalle sue competenze. In termini analoghi si è espresso il Programma Interministeriale Argentino di Salute Mentale (PRISMA), il quale ha segnalato che l'incarico richiesto andava oltre le sue attribuzioni istituzionali, accettando comunque di collaborare in via eccezionale con la Segreteria degli Affari Penitenziari del Ministero della Giustizia. Tuttavia, l'intervista prevista non si è svolta poiché Kalinec si è rifiutato di autorizzarne la registrazione. Solo il Servizio Penitenziario Federale ha espresso un parere favorevole alla concessione del beneficio.

Successivamente, il 13 luglio 2021, sono stati acquisiti i pareri delle varie aree dell'Unità n. 19 del Servizio Penitenziario Federale, che si sono espresse all'unanimità a favore della concessione delle uscite temporanee. Ciononostante, il 10 dicembre 2021, il giudice dell'esecuzione della Seconda Corte Orale Federale – che, pur facendo parte del collegio che ha pronunciato la sentenza definitiva, esercita anche funzioni esecutive in conformità al diritto processuale argentino – ha respinto la richiesta, pur riconoscendo che tutti

[44] Cfr. CSJN 317: 1690.

i requisiti previsti dall'ordinamento per l'ottenimento del beneficio risultavano soddisfatti.

Secondo il giudice, la mera sussistenza dei presupposti oggettivi non autorizza automaticamente la concessione del beneficio, soprattutto in considerazione della natura dei reati per i quali Kalinec è stato condannato. Inoltre, ha sottolineato che una tale decisione potrebbe configurare una responsabilità internazionale per lo Stato argentino per violazione del dovere di punire i crimini contro l'umanità, come stabilito, tra l'altro, dalla giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani, che ha consolidato l'obbligo degli Stati di assicurare l'effettività della pena nei casi di gravi violazioni ai diritti umani.

Il giudice ha inoltre richiamato l'articolo 110, par. 4, lettere a), b) e c) dello Statuto della Corte Penale Internazionale, che stabilisce i presupposti per una riduzione della pena nei casi di crimini internazionali gravi. Tali requisiti, tra cui la cooperazione con la giustizia e la dimostrazione di pentimento, non risultavano soddisfatti da Kalinec, il quale ha sempre rifiutato di fornire informazioni sui fatti e sulle vittime dei crimini di cui è stato riconosciuto colpevole.

A seguito del ricorso della difesa, una nuova composizione della Cámara Federal de Casación Penale ha ritenuto che tali argomentazioni fossero "estranee al quadro normativo che disciplina la materia". Il giudice Hornos ha affermato che la decisione di rigetto era infondata e che "si è negato il beneficio delle uscite temporanee a Kalinec sulla base di considerazioni discrezionali e arbitrarie, sostenute da argomenti non convalidabili in quanto al di fuori del quadro normativo applicabile".

Il magistrato ha criticato anche l'intervento di PRISMA, sottolineando che tale organismo aveva già indicato che la valutazione richiesta esulava dalle sue competenze e che ciò aveva portato a sminuire l'autorità delle perizie elaborate dagli specialisti del servizio penitenziario, i quali costituivano l'unico elemento valutativo oggettivo a disposizione.

In conclusione, pur riconoscendo la gravità dei fatti per i quali Kalinec è stato condannato e l'esigenza, in coerenza con gli obblighi internazionali, di garantire che i responsabili della repressione sistematica nel contesto dell'ultima dittatura militare scontino la pena inflitta, si è affermato che ciò non può comportare una soppressione dei diritti e delle garanzie riconosciuti a ogni condannato. In particolare, non è ammesso escludere arbitrariamente l'applicazione della legge sull'esecuzione penale (legge 24.660) o introdurre requisiti non previsti dalla normativa per la concessione dei benefici previsti. In caso contrario, si configurerebbe una violazione flagrante dei principi costituzionali di legalità formale, tassatività, e *pro homine*, tra gli altri.

Va da ultimo segnalato che la Camera Federale d'Appello ha di recente annullato la decisione del tribunale orale che aveva respinto la richiesta di accesso alla libertà condizionale [45]. Entrambe le istanze concordavano sulla sussistenza dei requisiti temporali oggettivi previsti dall'articolo 13 Codice penale, nonché sul giudizio prognostico favorevole per il reinserimento sociale, così come risultante dal rapporto tecnico-criminologico elaborato dal Servizio Penitenziario Federale. Il caso riguardava in particolare il rapporto dell'Equipe Interdisciplinare per l'Esecuzione Penale, in cui si era stabilito che il condannato non manifestava un atteggiamento responsabile per i fatti per cui era stato condannato e che non aveva intrapreso né riteneva opportuno intraprendere un trattamento psicologico, né, infine, aveva mostrato un atteggiamento riflessivo al riguardo.

La decisione che qui si segnala, adottata a maggioranza dalla Camera Federale della Cassazione Penale di annullare tale provvedimento e di concedere la [46] libertà al condannato si è fondata sull'affermazione secondo cui la circostanza di scontare la pena dell'ergastolo per reati di estrema gravità, qualificati come crimini contro l'umanità, non è di per sé sufficiente a giustificare il diniego dell'accesso alle fasi previste dalla legge nell'ambito del regime progressivo di esecuzione della pena. In tal modo, la Corte ha dato priorità alla sussistenza dei requisiti temporali di cui all'articolo 13 Codice penale e alla prognosi favorevole di reinserimento sociale, rispetto a valutazioni riguardanti l'assenza di pentimento o di atteggiamento riflessivo sui fatti oggetto di condanna. In tale prospettiva, è stata richiamata la giurisprudenza della Corte Suprema di Giustizia della Nazione, secondo cui, anche in presenza di reati di eccezionale gravità, il legislatore non ha previsto un regime speciale in materia di esecuzione della pena per i crimini contro l'umanità, né restrizioni automatiche ulteriori (CSJN, *Alespeiti*, Fallos: 340:493, voto del giudice Rosatti, consid. 6).

4.2. *Gli arresti domiciliari*

Nell'esperienza argentina, come in altri contesti (si pensi a quello italiano, ad esempio), in cui i processi per crimini contro l'umanità sono stati riaperti e celebrati dunque a molti anni di distanza dalla commissione dei fatti contestati, la condanna può intervenire in età avanzata dell'imputato.

---

[45] Causa CFP 14216/2003/TO7/18/13/CFC772, "Kalinec, Eduardo Emilio s/recurso de casación" (reg. 1462/25.4, 16.12.25).

[46] CSJN, *Alespeiti*, Fallos: 340:493, voto del giudice Rosatti, consid. 6.

Nell'ordinamento argentino gli arresti domiciliari costituiscono una misura eccezionale di esecuzione della pena o di custodia cautelare, la cui concessione rientra nella discrezionalità del giudice competente. Quest'ultimo può disporre tale misura se sussistono determinate condizioni, come ad esempio l'età superiore ai 70 anni o la presenza di una malattia incurabile per il condannato [47]. Il verificarsi di uno dei presupposti indicati non determina automaticamente la concessione della misura, essendo comunque necessaria una valutazione giudiziale individualizzata che tenga conto della natura e della gravità del reato, della condotta precedente, del pericolo di fuga e dell'eventuale rischio ostacolare il corretto svolgimento del procedimento.

Gli argomenti a favore o contro la concessione di tale beneficio nel caso di commissione di crimini internazionali sono gli stessi che abbiamo riportato per i permessi premio. La complessità è tuttavia maggiore quando questi processi vengono celebrati molto tempo dopo la commissione dei crimini. Situazione che si verifica molto spesso [48].

Torna quindi la tensione tra i diritti inerenti al diritto internazionale dei diritti umani, di cui gli arresti domiciliari sono un'espressione, e l'obbligo di punire queste violazioni a cui l'Argentina è vincolata quando si tratta di gravi violazioni dei diritti umani. Per questo motivo, la SCJN ha affermato che nel contesto dei casi riguardanti i crimini contro l'umanità, i giudici devono avere un particolare dovere di attenzione (*un especial deber de cuidado*) per neutralizzare qualsiasi possibilità di fuga, poiché lo Stato argentino è obbligato dal diritto internazionale dei diritti umani a indagare, giudicare e punire i responsabili di tali crimini [49].

La pena è arbitraria in quanto il giudice *a quo* avrebbe dovuto verificare

---

[47] Cfr. articolo 10 Codice penale e articolo 33 della legge 24.660, come modificato dalla legge 26.472 del 2009. Tale misura può essere disposta, previa istanza di parte o d'ufficio, nei seguenti casi tassativamente previsti: affezione morbosa che, per le sue caratteristiche, non possa essere adeguatamente trattata in regime carcerario, purché non sia necessario il ricovero ospedaliero; malattia incurabile in fase terminale; disabilità tale da comportare, in caso di detenzione intramuraria, un trattamento inumano, degradante o crudele; età superiore ai settant'anni; Stato di gravidanza; madre di minore di cinque anni o persona che abbia stabilmente a proprio carico un soggetto con disabilità.

[48] Sulla giustizia tardiva e per una comparazione delle esperienze cfr. M. Vormbaum (ed.), *The last Nazi trials*, Springer, Berlino, 2024.

[49] Cfr. parere della Procura Generale della Nazione nel caso FSA 73000813/2007/TO1/2/2/RH1, Mulhall, Carlos Alberto e altri s/ privazione illegale della libertà aggravata (articolo 142 inc. 5) e privazione illegale della libertà pers. (articolo 142 bis inc. 3), a cui la CSJN ha fatto riferimento nella sua sentenza del 5 novembre 2020), Fallos: 343:1620 "Mulhall".

se le circostanze che rendevano applicabili gli arresti domiciliari fossero ancora in essere, prima di decidere se la misura revocata dal tribunale orale dovesse essere mantenuta, dato che si trattava di una considerazione rilevante per la corretta risoluzione del caso.

L'aver ammesso agli arresti domiciliari una persona condannata per crimini contro l'umanità, anche se la sentenza non è definitiva, deve essere preceduta sia dalla verifica dei requisiti legali per la concessione di questa misura eccezionale (artt. 10 c.p. e 32 della Legge 24.660), sia dall'analisi del rischio di fuga, nella misura in cui i giudici hanno il dovere speciale ("*un especial deber de cuidado*") di neutralizzare qualsiasi possibilità che ciò si verifichi, poiché lo Stato argentino è obbligato dal diritto internazionale dei diritti umani a indagare, perseguire e punire i crimini.

La decisione di revocare gli arresti domiciliari al condannato è illegittima ("descalificable"), in quanto non ha tenuto in debito conto se, in considerazione delle sue particolari condizioni di salute e della sua età avanzata, la detenzione in un istituto penitenziario potesse compromettere o aggravare le sue condizioni, nonché se la corrispondente unità carceraria fosse effettivamente idonea a ospitarlo, salvaguardare le sue condizioni e trattarlo adeguatamente.

Il divieto di trattamenti inumani o degradanti non ammette deroghe, nemmeno nei processi per crimini contro l'umanità: ogni pretesa eccezione risulterebbe infatti priva di supporto normativo [50].

Sebbene la gravità e l'atrocità dei crimini costituisca un fattore di ponderazione nello stabilire l'entità della pena – all'interno della forbice edittale prevista dalla corrispondente tabella delle pene – e la qualificazione sia uno degli aspetti da tenere in considerazione nel decidere sull'opportunità dell'esenzione dal carcere e della scarcerazione, tali elementi – in conformità alle norme generali che regolano la materia – non intervengono nel momento in cui viene disposta l'esecuzione domiciliare della custodia cautelare e/o della pena detentiva [51].

[50] Voto del giudice Maqueda nel caso "Alespeiti" (Fallos: 340:493).

[51] Voti dei giudici Rosatti e Rosenkrantz nel caso 340:493 "Alespeiti", cit.

5. *Qualche osservazione conclusiva. Ripensare la sanzione per i crimini contro l'umanità: per una giustizia non solo punitiva*

Da un punto di vista puramente retributivo, si è detto, non esiste una pena che si adegui all'abnormità che connota i crimini contro l'umanità.

L'esame della giurisprudenza argentina conferma come la concessione di benefici in fase esecutiva sia la regola e non l'eccezione. Tuttavia, pur dinanzi a tale orientamento della giurisprudenza, le questioni riguardanti le risposte ai crimini contro l'umanità sono molto complesse e evidenziano tensioni che si manifestano sul piano giuridico e anche nella società civile. Per esempio, la concessione degli arresti domiciliari a Miguel Osvaldo Etchecolatz nel dicembre 2017, nonostante le sue condanne definitive all'ergastolo per crimini contro l'umanità, suscitò un forte dibattito in quanto contraddiceva gli *standard* internazionali sull'esecuzione delle pene nei casi di gravi violazioni dei diritti umani. L'immediata reazione sociale e istituzionale portò alla revisione del beneficio da parte di diversi tribunali federali, i quali tennero conto del carattere imprescrittibile dei reati, dell'obbligo statale di garantire sanzioni effettive e dell'eccezionalità degli arresti domiciliari rispetto a crimini di tale natura. Finalmente, la Corte Suprema ha revocato il beneficio [52] e Etchecolatz continuò a scontare le sue condanne in ambito penitenziario fino al suo decesso nel 2022.

Un altro esempio paradigmatico degli effetti della pressione esercitata dalla società civile, per garantire il processo e la punizione ("*juicio y castigo*") nei casi contro l'umanità, è stato ciò che è accaduto con la cosiddetta legge 2x1. La legge "2x1" [53] consentiva di raddoppiare la durata della detenzione preventiva a partire dal secondo anno, è tornata alla ribalta nel 2017, quando la Corte Suprema l'ha applicata nel caso "Muiña" [54], a beneficio di un uomo condannato per crimini contro l'umanità. La decisione ha generato una reazione di rifiuto sociale e istituzionale, che ha trovato espressione in cortei di massa in tutto il paese. Il Congresso, quindi, ha rapidamente approvato unanimemente la legge 27.362, una legge interpretativa che escludeva

[52] CSJN, FLP 737/2013/35/2/1/RH11 "Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ incidente de prisión domiciliaria", reg. 30 ottobre 18.

[53] La legge 24.390, conosciuta come "Legge del 2 x 1", è stata promulgata nel 1994 e abrogata nel 2001. Stabiliva che, se una persona rimaneva in detenzione preventiva per più di due anni (cioè senza una sentenza definitiva), per ogni giorno successivo se ne sarebbero contati due ai fini del computo della pena.

[54] CSJ 1574/2014/RH1, Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro si recurso extraordinario, 3 maggio 2017 (Fallos: 340:549).

espressamente questi crimini dal beneficio. Infine, nel caso "Batalla" [55], la Corte stessa ha ribaltato la propria sentenza e ha stabilito che la legge 2x1 non era applicabile ai crimini contro l'umanità.

Perché, dunque, ancora una volta l'Argentina è 'laboratorio'? Cosa suggerisce questa esperienza e come può far avanzare la riflessione sulle risposte ai crimini internazionali?

La giurisprudenza argentina e le interazioni con le pronunce della Corte interamericana dei diritti umani, che – come segnalato – hanno stabilito un dovere di punire e non solo di perseguire conducono a non negare le tensioni che discendono dal diritto internazionale dei diritti umani (e dal conseguente obbligo dello Stato di giudicare e punire queste gravissime violazione).

Tenendo conto di tale necessità ma anche delle caratteristiche proprie dei crimini contro l'umanità, ci si deve domandare se non sia necessario cercare di andare verso altre forme di giustizia che possano affiancare quella punitiva [56]. Queste ultime, in particolare, suggeriscono di ripensare la pena, ricercando così di restituire umanità alle vittime, ma anche all'autore del crimine. Uno schema reattivo più ampio di quello della pura sofferenza – e teleologicamente diversificato – potrebbe anche permettere di tenere conto dei peculiari scopi del diritto penale internazionale.

La giurista francese Mireille Delmas Marty, in altro contesto, si chiedeva "come costruire *un diritto penale dell'inumano* [57] non solo idealista ma anche realista, fortificando la giustizia su scala universale" [58]. A tal fine, individuava varie condizioni, tra cui la definizione dei crimini, la responsabilità penale individuale, ma anche la *natura* della sanzione. Insisteva anche sull'importanza del principio di complementarità che informa il sistema della Corte penale internazionale: quest'ultima andrebbe intesa non solo come complementarità tra una dimensione domestica e internazionale, ma anche come complementarità tra un meccanismo giudiziario e punitivo e meccanismi diversi, altri oltre a quello puramente repressivo.

---

[55] FLP 91003389/2012/T01/93/1/RH11, Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros…, 4 dicembre 2018 (Fallos: 341:1768).

[56] Sul possibile valore costituente del "potere di non punire" come speculare all'esercizio del potere punitivo, anche per ulteriori riferimenti P. Caroli, *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, E.S.I., Napoli, 2020.

[57] Tale concetto consente di mettere a fuoco la contrapposizione tra misurabile (umano) e incommensurabile (inumano). Il diritto penale dell'inumano è il modello, opposto, al diritto penale del nemico.

[58] Così M. Delmas-Marty, *op. cit*.

Occorre dunque ripensare l'insieme di risposte ai crimini contro l'umanità prestando ossequio a forme diverse rispetto alle istanze meramente retributive? Il sistema penale – se declinato nella prospettiva di reazione a crimini incommensurabili – non è soltanto, né può esserlo, quello della punizione mediante giurisdizione, volto all'accertamento processuale dei fatti e alla condanna. Si è già segnalato come per tale via vi sia il rischio di cadere nella dicotomia tra umano e inumano, tra misura e incommensurabile. E, come si è detto, le regole di *umanità* proprie di ogni sistema penale entrano in conflitto con la *inumanità* dei crimini da giudicare e punire. Le esigenze della commisurazione e di una giustizia conforme al modello di un diritto penale liberale entrano in uno stato di complessa frizione: la pena deve necessariamente preservare la misura nell'umanità anche quando affronta l'incommensurabile.

Di qui l'importanza di percorrere e *immaginare* altre forme di giustizia. I meccanismi per rispondere ai crimini contro l'umanità hanno assunto e possono assumere una molteplicità di forme e paradigmi [59]. In particolare, interessa qui menzionare l'universo della giustizia riparativa, là dove tende a una riconciliazione e pacificazione tra i soggetti parte del conflitto, in aggiunta, dunque, allo schema meramente punitivo. Queste vie possono contribuire a dare una definizione dei fatti comune e condivisa nella sfera politica. Al processo penale e alla sentenza andrebbe dunque affiancato un meccanismo ulteriore per sancire e chiarire nello spazio pubblico quanto accaduto e per consentire alle vittime uno *spazio* di parola.

Queste considerazioni sono rafforzate dall'analisi compiuta delle sentenze argentine. essa definisce i profili interni della tensione fra esigenze di legalità, colpevolezza e umanità della pena ed esigenze di pubblicità, di messaggi comunicativi da mandare circa la dismisura nel segno della misura. Emerge, allora, un ulteriore paradosso: ci si confronta con crimini gravissimi del potere per cui si chiede giustizia e punizione, ma poi occorre cedere, o quanto meno aggiungere qualcosa di più, a tale istanza retributiva. Rinnovare la riflessione sulla pena per valorizzare altri schemi utili al fine di *ricreare comunità*, riparare relazioni o comunque rendere possibile la loro ricreazione.

Come ripensare e 'arricchire' la risposta sanzionatoria per i crimini contro l'umanità? A prima vista, paiono percorribili due vie.

Anzitutto, si può esacerbare la sanzione in concreto perché quella astratta risulta limitata e, dunque, non concedere alcun beneficio nella fase esecutiva.

---

[59] Paradigmatiche in tal senso l'esperienza sudafricana e l'esperienza colombiana.

Questa può essere una via convincente sul piano populistico, ma la tensione, già segnalata, rimane: si affronta il misurabile (umano) e l'incommensurabile (inumano). Non è il diritto che viene governato, dunque, dall'umanità ma il diritto stesso che diventa disumano: inumanità del diritto invece che inumanità del crimine.

Una seconda via, invece, parte dall'accettazione dell'inadeguatezza della retribuzione e dalla consapevolezza che se si vuole acquisire una dimensione di senso nel colmare la dismisura tra crimine commesso e sanzione occorre andare alla radice di questo conflitto. Dare significato dunque a tale dismisura, colmarla nel senso di renderla intellegibile e comprensibile, così cercando di superarla. A tal fine occorre immaginare altre forme di giustizia che possono avvicinarci all'esigenza e all'obiettivo fondamentale di dare un senso all'incommensurabile, al disumano. Un intreccio tra punizione e altri percorsi permette di contribuire all'aspirazione di andare alle radici dei crimini commessi, creando un ponte verso il futuro. Solo indagando le cause nel contesto della commissione dei crimini possiamo cercare di evitare la tentazione di "scaricare" la colpa su una singola persona, che nella maggior parte dei casi non occupa nemmeno una posizione di responsabilità. La retribuzione, più che altrove, sconta le sue debolezze, dato l'immane disvalore del crimine da retribuire e la conseguente difficoltà di individuare un *quantum* di pena commisurato alla gravità dell'atto che non tracimi inesorabilmente in forme di "parossismo" o "tirannia punitiva".

Anche in fase commisurativa ed esecutiva occorrerebbe pertanto pensare a schemi restaurativi e riparativi da aggiungere al paradigma repressivo, senza togliere i diritti dell'accusato e del detenuto. Nella ricerca di equilibrare il disequilibrio è essenziale tenere presente che la "giustizia punitiva", cioè il perseguimento e la punizione dei colpevoli di crimini smisurati, è solo uno degli obiettivi della giustizia penale internazionale. Il giudicare e punire i maggiori responsabili è incluso nello stesso Preambolo dello Statuto della Corte penale internazionale ed è senza dubbio uno degli scopi principali della giustizia penale internazionale. Non è, tuttavia, l'unico.

Necessario e urgente rinnovare la riflessione sulla pena e sul diritto penitenziario internazionale. *De lege ferenda* un ripensamento della pena e del trattamento sanzionatorio complessivo sono necessari se si vuole altresì perseguire una dimensione maggiormente effettiva e coerente con le funzioni del diritto e della giustizia penale internazionale, disponendo per l'avvenire e non solo per il passato. Di qui l'importanza di un discorso di memoria e di riparazione. A ben vedere, in tale ambito più che in altri, il recupero e la tutela della memoria può svolgere un importante effetto curativo delle ferite del passato. Consolidare una memoria condivisa appare funzionale non

soltanto all'esigenza di non scrivere la storia con le sentenze, ma anche al cercare di evitare il ripetersi di eventi nefasti nel futuro, svolgendo, dunque, una funzione preventiva di gran lunga più effettiva rispetto a quella connessa alla mera punizione retrospettiva dei fatti realizzati.

In generale, dunque, esigenze di effettività della risposta sanzionatoria – che trascendano le istanze "comunicative" pur necessarie in tale contesto – impongono di perseguire un ideale di differenziazione della sanzione, parametrato vuoi sul disvalore del fatto, vuoi sulla specificità del referente criminologico. In questo orizzonte concettuale, occorre cercare di sviluppare e applicare meccanismi *lato sensu* 'riparativi' in aggiunta alla mera sofferenza al fine di permettere una diversificazione, anche *in executivis*, della risposta. Ciò potrebbe essere di aiuto anche a processare il potere economico, a processare nuovi attori, nuovi poteri, senza però annichilire tutti quei diritti del reo che sono poi la cifra dell'umanità della pena.

Per quanto aberrante sia il crimine, possono applicarsi solo pene coerenti con tali principi. E ciò non solo perché così si rispettano tali limiti invalicabili, ma perché in tal modo si afferma anche il principio per cui l'ordinamento risponde ragionevolmente e non brutalmente alla barbarie. Per un comportamento disumano, punizioni umane. Inoltre, le finalità del diritto penale internazionale sono più ampie della retribuzione o della prevenzione generale attraverso l'imposizione di pene, la giustizia punitiva: la riconciliazione è anch'essa ricercata come parte del processo di giustizia di transizione e riparativa.

Giudicare e punire i crimini contro l'umanità è una necessità inderogabile. Tuttavia, occorre valorizzare un insieme di misure, anche non strettamente punitive, che possano riconoscere un giusto e innegabile spazio alle vittime e che siano in grado di superare l'aporia strutturale più volte evidenziata, integrando un messaggio che non può esprimersi soltanto con la pena retributiva. Stante la tensione tra piano della giustizia e piano comunicativo, affidarsi alla sola giustizia repressiva significa infatti sprofondare nell'antinomia irriducibile fra umano e inumano.

Per un "diritto penale dell'inumano realista e non soltanto idealista" [60], che possa veicolare un messaggio di civiltà a una comunità di riferimento, vi deve essere, oltre alla definizione dei crimini e alla responsabilità penale personale, una riflessione sulla natura della sanzione non solo in termini di punizione, ma anche di riparazione. Occorre individuare la via per dare significato condiviso alle tragedie agite e subite e rendere intelligibile una ricomposizione,

[60] M. Delmas-Marty, *op. cit*.

oltrepassando l'incommensurabile alle radici del conflitto e dei crimini. È necessaria la consapevolezza di quella tensione, non risolvibile se affidata alla sola pena, e dell'obiettivo di comunicazione, riparazione e pacificazione necessaria, che deve guidare a riconsiderare l'universo degli strumenti che si utilizzano.

La "lotta all'impunità", menzionata anche nel Preambolo dello StCPI, non basta dinanzi ad una sfida così complessa. Se si vuole costruire un diritto comune dell'umanità occorre interrogarsi profondamente sulle modalità della punizione, della prevenzione, della riparazione e della riconciliazione, cercando di soddisfare esigenze comunicative e di ponte con le generazioni future.

Per sfuggire alla trappola del diritto penale del nemico va costruito un contro-modello, il *diritto penale dell'inumano*. La giustizia riparativa e l'emergere della verità sui fatti hanno la capacità di non rivolgersi esclusivamente all'autore e dunque di riportare alla misura e all'umano quelle esigenze di comunicazione e di sanzione-significazione, legittime e legittimanti. Queste ultime se vengono affidate alla sola pena, e alla sola giustizia punitiva e al solo spazio di giuridicità possono portare verso una inumanizzazione del diritto in risposta all'inumanità del crimine. Una reazione qualitativamente assimilabile al fatto ci è impedita dai principi supremi. La reazione razionale e contenuta esprime un valore essenziale dell'ordinamento giuridico dinanzi alla barbarie. L'obiettivo del diritto, anche di quello penale internazionale, è riportare *all'umano*, non invece negarlo.

CAPITOLO VII

IL DIRITTO ALLA VERITÀ

di PAOLO CAROLI *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una premessa a livello interamericano. – 3. L'evoluzione argentina. – 4. La svolta del 2001/2005: il caso "Simón" (CSJN, Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) – causa n° 17.768, 14 giugno 2005). – 5. Il caso "Mazzeo" (CSJN, Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad –Riveros – causa n° 2333 XLII –, 13 luglio 2007). – 6. Un'espansione in relazione all'oggetto: il caso "Funes" (CSJN, Funes, Gustavo Javier y otro si encubrimiento, etc. – incidente de excepción por extinción de la acción penal – recurso extraordinario – causa n° F.294 XLVII –, 14 ottobre 2014). – 7. Un'espansione territoriale e temporale: il caso "Hairabedian" (Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 5 di Buenos Aires, Resolucion declarativa de los sucesos históricos conocidos como el genocidio del pueblo armenio – años 1915/1923, 1° aprile 2011). – 8. Diritto alla verità delle vittime contro diritti di altre vittime: il caso "Gualtieri Rugnone de Prieto" (CSJN, Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años – causa n° 46/85 A –, 11 agosto 2009). – 9. Conclusioni.

«La verità non significa niente; ciò che conta sono le conseguenze della verità»
La strategia del ragno, di Bernardo Bertolucci, Italia, 1970

1. *Introduzione*

"L'Argentina è stata il banco di prova in cui l'esercizio del diritto alla verità nei casi di criminalità governativa ha avuto uno sviluppo multiforme" [1].

* Professore di Diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

[1] E. MACULAN, D. PASTOR, *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, 43. Nella vasta produzione dottrinale sul tema del diritto alla verità, ci si limita a segnalare, a favore J. MÉNDEZ, *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, in M. ABREGÚ, C. COURTIS (cur.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los Tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997; per l'aspetto

Da un lato, l'Argentina ha un ruolo molto importante nel riconoscimento e nello sviluppo di tale diritto nel contesto regionale interamericano da parte della Corte Interamericana dei Diritti Umani; dall'altro, in Argentina tale diritto conosce sviluppi particolari ed inediti, sia nell'ambito del processo penale sia in relazione a strumenti alternativi ad esso, come la "Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas" (CONADEP) sia, infine, nel meccanismo peculiare e ibrido dei *Juicios por la verdad*.

Il diritto alla verità nasce a partire dalla fine degli anni '80 nel contesto sudamericano. Alla base vi sono le pretese che i familiari delle vittime e le organizzazioni per i diritti umani rivolgono allo Stato al fine di conoscere la verità sui crimini commessi, in particolare sui numerosissimi casi di sparizione forzata, adottata come pratica criminale massiva e sistematica dai precedenti regimi dittatoriali. A fronte della perpetrazione di tale crimine, il diritto alla verità è sorto innanzitutto come diritto dei parenti delle vittime a conoscere la sorte dei propri cari e, in caso di decesso, a conoscere il luogo dove reperirne le spoglie. Il diritto alla verità nasce così strettamente correlato al c.d. diritto al lutto (*derecho al duelo*) ed è concepito innanzitutto come diritto (della vittima e) dei familiari delle vittime. Parallelamente, si delinea anche un diritto alla verità facente capo all'intera società, o meglio ad un'intera comunità nazionale, che ha diritto a conoscere la verità sul proprio passato e in particolare sulle gravi violazioni dei diritti umani commesse tramite gli apparati statali. A questo diritto, di duplice dimensione, corrisponde per lo Stato un'obbligazione di mezzi avente a oggetto l'indagine, l'accertamento e la diffusione della verità.

Da semplice *pretesa sociale* e politica, in alcuni contesti quest'esigenza diviene elemento essenziale per il superamento del passato non solo per i familiari delle vittime, ma anche per la società tutta, trasformandosi in un vero e proprio *diritto* delle vittime e della società nei confronti dello Stato; un diritto alla ricerca e alla divulgazione della verità sulle gravi violazioni dei diritti umani, affermato prima di tutto sulla base delle norme di diritto regionale per i diritti umani e di diritto internazionale. Questo diritto ha trovato riconoscimento da parte di organi giurisprudenziali a livello internazionale, regionale e nazionale. Nelle esperienze sudamericane sono stati elaborati diversi meccanismi per esercitare il diritto alla verità, alcuni dei quali di carattere non giudiziale, come le Commissioni per la Verità. Seguendo la

collettivo A. Oliveira, M.J. Guembe, *La verdad, derecho de la sociedad*, in M. Abregú, C. Courtis (cur.), *op. cit.*, 541-558; per una posizione critica, E. Maculan, D. Pastor, *op. cit.*, per una ricostruzione dal punto di vista del diritto internazionale, Y. Naqvi, *The right to truth in international law: Fact or fiction?*, in *IRRC*, 88(862), 2006, 245-273.

giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani (Corte IDU), diversi tribunali nazionali hanno poi riconosciuto tale diritto come direttamente giustiziabile, ossia dando la possibilità di farlo valere nei confronti dello Stato davanti a un Giudice. Per raggiungere tale obiettivo, si è fatto ricorso a diversi strumenti destinati ad ottenere informazioni dallo Stato, come l'azione di *habeas data*, ma anche i *Juicios por la verdad* argentini – processi penali senza la possibilità di irrogare una sanzione ed instaurati con l'unico scopo di accertare la verità –, o il tradizionale processo penale. Il Giudice penale, in particolare, nella sua obbligazione di accertamento e diffusione della verità, potrà procedere egli stesso alla soddisfazione del diritto in parola tramite un accertamento della verità storica mediante i mezzi offerti dalla procedura penale; la dichiarazione della verità così accertata formerà il contenuto della sentenza. Tale sentenza, una volta passata in giudicato, acquisterà il carattere dell'irrevocabilità.

2. *Una premessa a livello interamericano*

Non è possibile qui ricostruire la contestata evoluzione giurisprudenziale e dottrinale del diritto alla verità al di fuori del contesto argentino. Ci si limita a segnalare come questo emerga nell'ambito della Corte IDU in relazione all'uso delle amnistie nelle transizioni latinoamericane. Si tratta della c.d. seconda fase della giustizia di transizione [2]. È in questo contesto di transizione pacifiche, – ove gli ex dittatori e generali non vengono uccisi, sconfitti o esiliati, ma restano presenti e influenti nelle società democratiche – che l'amnistia si trasforma, da tradizionale strumento di magnanimità del sovrano verso gli oppositori politici, a un veicolo di impunità per gli ex detentori del potere, un "prezzo" per la concessione di una transizione pacifica

[2] Dopo la prima fase, corrispondente ai Tribunali di Norimberga e Tokyo, la c.d. seconda fase ha avuto luogo durante la lunga stasi della giustizia penale internazionale e coincide con la fine della Guerra Fredda. Si tratta di quella che i politologi chiamano "terza ondata di democratizzazione" (Huntington, 1991); essa inizia con la transizione spagnola del 1975 e, sulla spinta degli eventi del 1989, include le esperienze transizionali latinoamericane, del Sudafrica e dell'Europa orientale. La prima fondamentale genealogia della giustizia di transizione è stata elaborata da R.G. Teitel, *Globalizing transitional justice*, OUP, Oxford, 2014, 110. Sulla nozione di giustizia di transizione e per i riferimenti dottrinali P. Caroli, *La giustizia di transizione*, in E. Amati, P. Caroli, M. Costi, E. Fronza, E. Maculan, A. Pizzuti, A. Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2025, 25-46.

alla democrazia [3]. Tuttavia, dopo aver esperito strumenti diversi dal processo penale e a fronte del passaggio di un paio di decenni e di una stabilizzazione della democrazia, inizia un generale processo di messa in discussione delle amnistie adottate in concomitanza delle transizioni o all'indomani delle stesse.

L'anno di svolta è sicuramente il 2001, che vede coincidere la sentenza argentina di primo grado nel caso *Simón* – di cui si dirà – e la prima decisione della Corte IDU relativa a un'amnistia, quella peruviana: "Barrios Altos c. Perù" [4]. Negli anni successivi, la Corte arriverà a dichiarare nettamente l'incompatibilità con la Convenzione Americana dei Diritti Umani (CADU) delle leggi di amnistia (di Cile, Brasile, Uruguay), anche quando non si tratti di un'autoamnistia [5]. In realtà, la CADU del 1969 non contiene alcun riferimento

[3] Il c.d. Rapporto Joinet (L. JOINET, *The administration of justice and the human rights of detainees – Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)*, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 1997) elaborato dallo *Special Rapporteur* nel 1997, individua quattro fasi di questa evoluzione:

1) anni '70: in vigenza delle dittature, vi è grande mobilitazione di o.n.g. e cittadini per la concessione dell'amnistia ai detenuti politici (emblematico è il nome di *Amnesty International*, nata nel 1961 in quest'ottica e con gli anni diventata, come molte o.n.g., uno dei principali fautori della lotta all'impunità);

2) anni '80: l'amnistia, da strumento di limitazione degli abusi del potere, diventa mezzo di impunità per gli esponenti delle dittature che perdono il potere;

3) anni '90: esasperazione del rapporto fra oppressori e vittime e tentativi di trovare un "*unattainable balance*" fra oblio e giustizia;

4) fase attuale.

[4] Corte IDU, Barrios Altos c. Perù, 14 marzo 2001. La Corte aveva già derivato dalle obbligazioni della CADH il concetto di *right to remedy* (Corte IDU, Velásquez Rodriguez c. Honduras, 29 luglio 1988), declinandolo nelle forme di diritto alla prevenzione delle violazioni, a indagini serie sulle stesse, a imporre le adeguate sanzioni ai responsabili e ad assicurare alla vittima una giusta riparazione. Con riferimento alla progressiva elaborazione del diritto alla verità prima del 2001, va menzionato anche il caso Castillo Páez c. Perù (3 novembre 1997), che riconosce a tale diritto valenza autonoma rispetto al diritto alla persecuzione e punizione dei colpevoli; cfr. anche Bámaca Vélasquez c. Guatemala (25 novembre 2000). La Commissione Interamericana dei Diritti Umani riconosce tale diritto già nel rapporto sulla Situazione dei diritti umani in Argentina del 1980, in cui si raccomanda l'indagine in relazione al crimine di sparizione forzata. Nel Rapporto annuale 1985/1986 si parla per la prima volta di diritto alla verità riferito anche alla società intera. La Commissione torna ad occuparsi del Diritto alla verità nei Rapporti 136/1999 e 21/2000. Fra le decisioni successive (cfr. nota successiva), va evidenziata González e altri c. Messico (16 novembre 2009), che estende il diritto alla verità anche a fatti commessi al di fuori dell'ambito di un regime dittatoriale.

[5] Progressivamente tale giurisprudenza investe il Cile, dove l'amnistia non aveva ostacolato l'attività giurisdizionale (sulla base della c.d. *dottrina Aylwin*), il Brasile, impegnatosi in una commissione per la verità e nell'adozione di forme di risarcimento, e l'Uruguay, dove la vigenza dell'amnistia è stata per due volte confermata da un referendum popolare (cfr. *ex plurimis* G. FORNASARI,

all'amnistia; la Corte, tuttavia, ritiene che una mancata indagine e persecuzione dei responsabili di gravi violazioni dei diritti umani costituisca, a sua volta, una violazione dei diritti umani delle vittime, nonché della società nel suo insieme. Se, dunque, «la mancata punizione di una violazione dei diritti umani costituisce a sua volta una lesione dei diritti umani» [6], la significativa conseguenza è una concezione vittimocentrica del diritto penale. Come evidenziato (criticamente) dai penalisti, «la teoria penalistica centrata sulla figura della vittima è basata sulla neutralizzazione del danno morale permanente che la vittima continua a soffrire in conseguenza del crimine subito» [7].

In dottrina, una siffatta concezione era stata proposta già da Mendez, il quale ritiene che «se è vero che ad ogni violazione di un obbligo internazionale consegue un'obbligazione dello Stato responsabile alla riparazione del danno causato, quando si tratta di crimini contro l'umanità l'obbligazione

Giustizia di transizione e diritto penale, Giappichelli, Torino, 2013). Va però segnalato come siano poi gli Stati a dover dare esecuzione alle sentenze della Corte e molti Stati non hanno adempiuto. Fra le decisioni più significative: Corte IDU, Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú, 8 luglio 2004; Almonacid-Arellano e altri c. Cile, 26 ottobre 2006; La Cantuta c. Perù, 29 novembre 2006; Valle Jaramillo e altri c. Colombia, 27 novembre 2008; Gomes Lund c. Brasile, 24 novembre 2010; Gelman c. Uruguay, 24 febbraio 2011, Massacro di El Mozote c. El Salvador, 25 ottobre 2012. Tuttavia, in riferimento a quest'ultima, si veda l'Opinione Concorrente del Giudice Diego Gracia-Say, che ha sfumato la posizione della Corte. Secondo il Giudice, l'obbligo di perseguire e punire non deve essere considerato assoluto, ma può essere eccezionalmente bilanciato con la necessità di pace e riconciliazione. Quattro dei sette giudici del collegio giudicante hanno aderito a questa posizione; un'estensione molto limitata della clemenza in riferimento ai conflitti in corso può essere intravista anche nella giurisprudenza sulla Legge di giustizia e pace colombiana. In generale sulla giurisprudenza della Corte IDU cfr. A. Seibert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violation*, OUP, Oxford, 2009; fra le voci critiche, E. Malarino, *Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights*, in *IntlCLR*, 12(4), 2012, 665 ss.; J. Contesse, *The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine*, in *IJHR*, 22, 2018, 1168 ss.; R. Gargarella, *Human Rights, International Courts and Deliberative Democracy*, in N. Palmer, P. Clark, D. Granville (cur.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, Intersentia, Antwerpen, 2012, 101 ss.

Più in generale, contro le recenti tendenze neoretribuzioniste, E. Maculan, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, Marcial Pons, Madrid, 2019, 74; per un'interpretazione più favorevole, F. Viganò, *L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in G. Forti, M. Bertolino, L. Eusebi (cur.), *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, 2645 ss.

[6] M.A. Sancinetti, *Las leyes argentinas de impunidad y el artículo 29 de la Constitución de la nación argentina*, in J. López Barja de Quiroga, J.M. Zugaldia Espinar (cur.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, 815.

[7] J.M. Silva Sánchez, *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha conta la impunidad" y del "derecho de la victima al castigo del autor"*, in *Derecho penal y criminologia*, 2008, 171.

dello Stato è più ampia. Non può ridursi a un indennizzo monetario, perché ciò significherebbe permettere agli Stati di mantenere l'impunità in cambio di denaro. La riparazione però non può considerarsi integrale se non include l'indagine e la rivelazione dei fatti e uno sforzo per processare e castigare sul piano penale e disciplinare coloro che risulteranno responsabili» [8]. Secondo Méndez, dunque, la verità che lo Stato deve cercare e comunicare non è fine a se stessa, ma dev'essere funzionale a un duplice messaggio: di "solidarietà" alle vittime e di garanzia di non ripetizione alla società intera.

Seguendo la stessa logica, oggi si tenta di dedurre un divieto di amnistia da trattati internazionali che prevedono per gli Stati un obbligo di criminalizzazione e di esercizio dell'azione penale (*duty to prosecute*), trattati in materia di imprescrittibilità o che prevedono obblighi di tutela dei diritti umani [9]. Conseguentemente, l'amnistia violerebbe un *duty to punish* relativo a determinate condotte criminali e il dovere di protezione dei diritti umani dei cittadini da parte dello Stato, da cui si fa discendere, in caso di gravi violazioni, un corrispondente diritto alla giustizia da parte delle vittime. Quest'ultimo, a sua volta, si compone di vari diritti: diritto alla tutela giurisdizionale (*right to remedy*), diritto alla verità, diritto alla punizione dei colpevoli, diritto al lutto, diritto alla compensazione per quanto subito. Nel contesto interamericano, in particolare, tali diritti sono considerati direttamente giustiziabili e si afferma inoltre che essi possano trovare piena soddisfazione solo per il tramite di processi penali. Con riferimento al diritto alla verità, la Corte non ritiene infatti sufficiente la qualità della verità prodotta da una Commissione per la verità [10].

Non ci è qui possibile affrontare i profili attuali dell'istituto dell'amnistia [11].

---

[8] J. Méndez, *op. cit*., 225.

[9] Per una panoramica, A. Schlunck, *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts*, Spitz, Berlin, 2000. Ci si appoggia poi sulla prassi delle organizzazioni internazionali, di organi di controllo settoriale sui diritti umani, sulla giurisprudenza delle corti regionali per i diritti umani e dei tribunali penali internazionali [principalmente la sentenza di primo grado nel caso *Furundzija* del Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia e quella nel caso *Kallon e Kamara* della Corte speciale per la Sierra Leone (SCSL)] e infine sugli strumenti di *soft law* (cfr. G. Della Morte, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2011, 168 ss.). Al contrario, con le rilevanti eccezioni di Argentina e Uruguay (in quest'ultimo caso però senza efficacia *erga omnes*), le corti supreme o costituzionali nazionali, ove chiamate ad esprimersi sulle leggi di amnistia, ne hanno sempre confermato la legittimità.

[10] Cfr. Corte IDU, *Almonacid-Arellano e altri c. Cile*, cit., par. 150.

[11] Si veda J. Close, *Amnesty, Serious Crimes and International Law. Global Perspectives in Theory and Practice*, Routledge, Abingdon, 2019; P. Caroli, *Transitional Justice in Italy and the Crimes of Fascism and Nazism*, Routledge, Abingdon, 2022, in particolare158 ss.; per i riflessi

Ci si limita a evidenziare come oggi sia totalmente ribaltata la prospettiva classica, che vede nell'amnistia la sostanza della pace ed una funzionalità della stessa alla riconciliazione; oggi vi è una tendenza a ritenere che tutti gli scopi della transizione (inclusa una vera riconciliazione) possano e debbano trovare realizzazione solo per il tramite del processo penale. Si tratta di una conclusione ottenuta, di fatto, ridefinendo "all'interno della nozione originaria di *opinio juris*, il concetto stesso di pratica statale e sostituendone il contenuto originario – basato sulla realtà – con uno nuovo: la condotta degli organi rappresentativi negli organismi internazionali, così come le decisioni e i pareri di tali organismi, le decisioni delle corti internazionali" [12]. In questo modo, le corti sovrannazionali affermano la cristallizzazione di una norma contro l'amnistia sulla base delle decisioni prese da altre corti sovrannazionali [13].

3. *L'evoluzione argentina*

In Argentina le giunte militari sono state al potere dal 1976 al 1983. Già durante la dittatura, la Commissione Interamericana dei Diritti Umani, nel Rapporto sulla Situazione dei diritti umani in Argentina del 1980 [14], riconosce

sulla Corte Penale internazionale, *ibidem*; cfr. *ex plurimis*, P. Eiroa, *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, 385. Su diritto alla punizione in capo alle vittime, in prospettiva critica, G. Fornasari, *'Right to Punishment' e principi penalistici. Una critica della retorica anti-impunità*, E.S.I., Napoli, 2023.

[12] K. Ambos, *Impunidad y derecho penal internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, 81.

[13] In questo senso M. Freeman, M. Pensky, *The Amnesty Controversy in International Law*, in F. Lessa, L.A. Payne (cur.), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability. Comparative and International Perspectives*, CUP, New York, 2012, 57. Vi è una fallacia del ragionamento, che pare tradire una costruzione retorica orientata allo scopo e mascherare un apporto creativo dell'attività del giudicante. Un esempio è fornito dalla decisione della Corte EDU, Camera Grande, *Marguš c. Croazia*, No. 4455/10, 27 maggio 2014. Ivi la Corte offre una dettagliata analisi della giurisprudenza interamericana (*ivi*, 60-66), delle Camere Straordinarie nelle Corti della Cambogia e della SCSL. La Corte di fatto motiva la propria decisione nel caso di specie (relativo ad un'amnistia croata) sulla base della giurisprudenza interamericana "che esclude l'applicazione dell'amnistia agli autori di crimini di guerra e crimini contro l'umanità" (*ivi*, 131), in quanto rappresentativa della "crescente tendenza nel diritto internazionale a considerare tali amnistie come inaccettabili in quanto incompatibili con l'obbligazione degli Stati a perseguire e punire gravi violazioni dei diritti umani" (*ivi*, 139). La Corte lascia tuttavia uno spiraglio aperto, specificando che, in astratto, valutazioni diverse potrebbero essere compiute per amnistie che prevedessero ad esempio un processo di riconciliazione e/o forme di compensazione delle vittime (*ibidem*).

[14] Organizzazione degli Stati Americani, Commissione Interamericana dei Diritti Umani, Rapporto sulla Situazione dei diritti umani in Argentina, OEA/Ser. L/V 11.49, doc. 19, 11.04.1980, in particolare 7-8.

un diritto alla verità delle vittime, raccomandando l'indagine in relazione al crimine di sparizione forzata. All'indomani della transizione, la strategia del governo si basa su tre pilastri [15]: 1) la persecuzione di (pochi) principali responsabili, 2) l'introduzione di una competenza *ad hoc* nella giustizia ordinaria, per sottrarre la giurisdizione alla giustizia militare, 3) la creazione di una Commissione per la verità (CONADEP). Ciò porta, da un lato, alla celebrazione, in sede penale, del c.d. *Juicio a las Juntas* e alla pubblicazione, da parte della CONADEP nel 1984, del rapporto *Nunca más*. Dall'altro, la scelta del governo *Alfonsín* di escludere la responsabilità per i livelli inferiori di responsabilità conduce all'emanazione delle leggi di amnistia di *Punto Final* (legge 23.492 del 23.12.1986) e *Obediencia debida* (legge 23.521 del 4.06.1987) [16]. La combinazione di queste leggi con i successivi provvedimenti di indulto del governo "Menem" [17] determina di fatto una complessiva *blanket amnesty*, cioè un'impunità generalizzata su base legislativa [18].

Nella vigenza delle leggi di amnistia, già dal 1995 si sviluppa l'originale utilizzo del processo penale al solo fine di ricostruire la verità, quindi senza l'affermazione di una condanna individuale e la conseguente irrogazione di una pena: i c.d. *Juicios por la verdad*. Si tratta di uno strumento di creazione puramente giurisprudenziale senza alcuna base legislativa e quindi con discrezionalità e differenze significative nei vari fori. L'imputato viene trasformato in testimone e privato delle sue garanzie; il processo penale – strumento costruito con un fine molto specifico e regole peculiari funzionali a tal fine – viene utilizzato per uno scopo differente: la ricerca e ricostruzione della verità storica [19]. Va ricordato che la finalità per cui la "macchina" del

---

[15] E. Maculan, D. Pastor, *op. cit.*, 44.

[16] Su queste leggi, *ex multis*, C. Nino, *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, 148 ss.; M.A. Sancinetti, *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Lerner, Buenos Aires, 1988, 89 ss.

[17] Decreti 1002, 1003, 1004, 1005 del 7 ottobre 1989 e 2741, 2742, 2743, 2744, 2745, 2746 del 29 dicembre 1990; essi si applicavano sia a chi era già stato condannato che ai soggetti *sub judice* o non ancora giudicati.

[18] Solo un limitato numero di crimini resta escluso dai provvedimenti di clemenza (cfr. articolo 5 l. *Punto Final*, articolo 2 l. *Obediencia debida*); ciò ha reso possibile, ad esempio, il procedimento che nel 1998 condusse in carcere il generale Videla in relazione a un caso di "*robo de bebés*" (la condanna in riferimento al *robo de bebés* in maniera sistematica avvenne tuttavia solo nel 2011).

[19] Per una critica approfondita, D. Pastor, *Processi penali solo per conoscere la verità? L'esperienza argentina*, in E. Fronza, G. Fornasari (cur.), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2009, 99-175.

processo penale è istituita, non consiste nell'accertamento della verità, bensì nella verifica del capo d'imputazione, ossia nell'accertare la responsabilità di una persona per una determinata ipotesi di reato, sulla base di regole sostanziali e procedurali precostituite, prime fra tutte la regola *in dubio pro reo* e il criterio del ragionevole dubbio [20].

Nel caso pilota, il caso "Mignone", la Cámara Federal de Buenos Aires riconosce il diritto alla verità e afferma che esso "rappresenta uno degli scopi specifici e immediati del processo penale" [21]. Un altro fra i primi casi, promosso da Carmen Aguiar de Lapacò, giunge sino alla Commissione Interamericana (Rapporto n° 21 del 2000). Essa riconosce che il ricorso contro lo Stato argentino è fondato su "il diritto dei parenti di conoscere il destino finale dei loro cari e il diritto della società di conoscere nel dettaglio la metodologia utilizzata dalla dittatura militare per sterminare decine di migliaia

[20] Per una critica dettagliata all'uso del processo penale come mezzo per l'accertamento della verità storica, fra i molti lavori, si rimanda alla fondamentale riflessione di P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 17, 1939, 105-128, nonché, in ambito storico, a C. GINZBURG, *Il giudice e lo storico,* Einaudi, Torino, 1991, in particolare 89 e ss. Nel diritto penale internazionale, *ex plurimis* M. DAMASKA, *Problematic Features of International Criminal Procedure*, in A. CASSESE *et al.* (cur.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, OUP, Oxford, 2009, 180; J. MALAMUD GOTI, *What's good and bad about blame and victims*, in *Lewis & Clark L Rev.*, 2005, 641 ss. Sul carattere "rozzo" e insufficiente della dicotomia colpevole/innocente del diritto penale per descrivere la complessità storica, anche W. HASSEMER, *La responsablidad penal por crímenes del Estado y el cambio de sistema politico en Alemania bajo la lupa de las causas de justificación*, in *NDP*, 1988, 73 ss. Per ulteriori elaborazioni teoriche sul rapporto fra verità e processo penale, si rimanda a P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Einaudi, Torino, 2000, nonché, fra i moltissimi contributi dottrinali, a R. DUFF, A. FARMER, L. MARSHALL, S. TADROS, *The Trial on Trial, III: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Hart, London, 2007, 61 ss.; D. PULITANÒ, *Cura della verità e processo penale*, in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO (cur.), *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, Napoli, 2014, 63-98; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari, 2009; E. WEßLAU, *Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess*, in R. HEFENDEHL, T. HÖRNLE, L. GRECO (cur.), *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70 Geburtstag*. De Gruyter, Berlin, 2014, 995 ss.; T. WEIGEND, *Should We Search for the Truth, and Who Should Do it?*, in *N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.*, 36, 2011, 389-416; K. VOLK, *Die Wahrheit vor Gericht: wie sie gefunden und geschunden, erkämpft und erkauft wird*, Bertelsmann, München, 2016; N. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006; F. MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003; P. BERTOLINO, *La verdad jurídica objetiva*, Depalma, Buenos Aires, 1990.

[21] Cámara Nacional Federal en lo Criminal y Correccional (CNFed.), 20 aprile 1995, *Mignone Emilio S/Presentación en causa Nro ESMA*, reg 3/95. Il diritto alla verità e il diritto al lutto saranno poi dalla stessa Corte ribaditi e declinati in molte altre sentenze, fra cui i casi CNFed., Suàrez Mason, 1 settembre 2003; CNFed. ESMA, 1 settembre 2003; CNFed. Maria Elena Amadio, 8 dicembre 2004.

di argentini, in breve, il «diritto alla verità» [22]. Il Rapporto dà poi atto di come le parti siano addivenute a una "*solución amistosa*" in cui si afferma: "il governo argentino accetta e garantisce il diritto alla verità, che consiste nell'esaurimento di tutti i mezzi per arrivare a chiarire ciò che è accaduto alle persone scomparse. Si tratta di un obbligo di mezzi, non di risultati, che si mantiene fino a quando i risultati non vengono raggiunti, in forma imprescrittibile" [23]. Questa soluzione amichevole avvalla e consacra definitivamente la pratica dei *Juicios por la verdad*.

4. *La svolta del 2001/2005: il caso "Simón" (CSJN, Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) – causa n° 17.768, 14 giugno 2005)*

Il 2001 è un anno di svolta. In Argentina, la democrazia conosce una relativa stabilizzazione da due decadi. L'anno, tuttavia, non è casuale anche sulla scena mondiale e coincide con il clima di euforia del passaggio del millennio. In particolare dall'arresto del dittatore cileno Augusto Pinochet nel 1998 (stesso anno della Conferenza di Roma che ha prodotto lo Statuto istitutivo della Corte Penale Internazionale), vi è una generale illusione che sia finita la "*old age of impunity*" ed iniziata la "*new age of accountability*" [24].

Il caso ha ad oggetto il rapimento, nel 1978, dei coniugi José Liborio Poblete Roa e Gertrudis Marta Hlaczik – poi detenuti clandestinamente nel noto centro "Olimpo" – e della loro figlia di appena otto mesi Claudia Victoria Poblete. La nonna della bambina ricorre al giudice in base a segnalazioni che indicano come la minore sia stata illegalmente cresciuta dal militare in pensione Ceferino Landa e da sua moglie come figlia loro. Accertata tale circostanza, oltre alla coppia "adottiva" vengono portati a giudizio anche altri militari coinvolti nel sequestro: Julio Héctor Simón e Juan Antonio Del Cerro. Il giudizio accerta che il rapimento aveva lo scopo di portare i

---

[22] Commissione Interamericana dei Diritti Umani, Rapporto n° 21/00, caso 12.059, *Carmen Aguiar de Lapacó* – Argentina, 29.02.2000, par. 12.

[23] *Ivi*, par. 17 n° 1.

[24] Cfr. K. Sikkink, *The Age of Accountability The Global Rise of Individual Criminal Accountability*, in F. Lessa, L.A. Payne (cur.), *Amnesty in the Age of Human Rights*, cit., 19-41; si rimanda inoltre alle espressioni "effetto Pinochet" (N. Roht-Arriaza, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, Penn Press, Philadelphia, 2005) e "*Justice Cascade*" (K. Sikkink, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, W.W. Norton, New York, 2011).

coniugi presso il centro di detenzione clandestino "Olimpo", con la piena consapevolezza che lì sarebbero stati sottoposti a torture e umiliazioni e che, in seguito, in uno stato di totale indifesa, il loro probabile destino sarebbe stato l'eliminazione fisica per mano di membri delle forze di sicurezza che facevano parte del sistema clandestino di repressione. Una volta giunti nel centro "Olimpo", i coniugi Poblete furono torturati, tra gli altri, da Julio Héctor Simón e interrogati in relazione ad altri membri del gruppo politico cui appartenevano. Simón partecipava attivamente alle torture, impartiva ordini, sorvegliava i detenuti e rimaneva stabilmente nel centro di detenzione. Questa situazione si protrasse fino al gennaio 1979, quando i coniugi furono portati fuori dal centro "Olimpo" e presumibilmente eliminati fisicamente. I fatti vengono qualificati come crimini contro l'umanità consistenti nella privazione illegale della libertà, doppiamente aggravata da violenza e minacce, in concorso materiale con tormenti aggravati per essere stati commessi contro detenuti politici.

In tale contesto, il Giudice di primo grado parte dalla constatazione per cui, dalla modifica della Costituzione nazionale nel 1994, lo Stato argentino ha assunto una serie di obblighi, di rango costituzionale, nei confronti del diritto internazionale e, in particolare, dell'ordinamento giuridico interamericano. Tali obblighi sono stati consolidati e specificati in termini di portata e contenuto in un'evoluzione chiaramente limitativa dei poteri del diritto interno di perdonare o omettere di perseguire atti come quelli del caso di specie. Il Giudice, inoltre, dà conto del fatto che le leggi di amnistia e i successivi indulti sono stati poi esaminati dalla Commissione interamericana per i diritti umani nel Rapporto 28/923. In quell'occasione, la Commissione ha ritenuto che il fatto che i processi penali per gravi violazioni dei diritti umani – sparizioni, esecuzioni sommarie, torture, rapimenti – commessi da membri delle Forze Armate siano stati cancellati, impediti o ostacolati dalle leggi di amnistia e dagli indulti, rappresenta una violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione; si fa riferimento all'articolo 18 (diritto alla giustizia) della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo del 1948 e agli articoli 1, 8 e 25 della CADU. Si raccomanda, inoltre, al governo argentino di adottare le misure necessarie per chiarire i fatti e identificare i responsabili delle violazioni dei diritti umani avvenute nel periodo in questione.

Con decisione del 6 marzo 2001 [25], al fine di ottemperare agli atti processuali, il Giudice dichiara la nullità degli articoli 1 della legge 23.492 e 1, 3 e 4 della legge 23.521 in quanto incompatibili con la CADU (articoli 1, 2, 8 e

[25] Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n. 4, giudice Gabriel Cavallo, *Simon, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracciòn de menores de 10 años*, n. 8686/2000, 6 marzo 2001.

25), con la Dichiarazione americana dei diritti umani (articolo XVIII), con il Patto internazionale sui diritti civili e politici (articoli 2 e 9) e con l'oggetto e lo scopo della Convenzione contro la tortura e altri atti o pene crudeli, inumani o degradanti (articolo 18 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati); a sua volta, sulla base dell'articolo 29 della Costituzione nazionale, dichiara l'incostituzionalità e la nullità dell'articolo 1 della legge 23.492 e degli articoli 1, 3 e 4 della legge 23.521.

La decisione nel caso "Simón", da un lato, in qualche maniera segna il punto finale di un processo di richiesta di giustizia e verità delle vittime iniziato con il *Juicio a las Juntas* e proseguito con la CONADEP e i *Juicios por la verdad*; dall'altro, come detto, è in linea con un momento di svolta a livello regionale. Anche sulla scia dell'impatto di questa decisione, il 21 agosto 2003 il *Congreso Nacional* adotta la legge 25.779, con cui il potere legislativo dichiara nulle le due leggi di amnistia.

Nel 2005 il caso "Simón" giunge alla Corte Suprema. La Corte, tuttavia, non motiva il proprio convincimento sulla base della legge del 2003, affermando anzi che "considerata da un punto di vista strettamente formalistico, la legge 25.779 potrebbe essere considerata incostituzionale, nella misura in cui, dichiarando la nullità assoluta di una legge, viola la divisione dei poteri usurpando le competenze della magistratura, che è l'unico organo costituzionalmente abilitato a dichiarare la nullità delle leggi o di qualsiasi atto normativo con efficacia giuridica". Tale affermazione viene tuttavia subito ridimensionata, in quanto "è chiaro che la presunta "usurpazione di funzioni" ha una portata molto ridotta, poiché, in ogni caso, si riduce ad avanzare la soluzione che il Congresso ritiene adeguata al caso, ma non priva in alcun modo i giudici della decisione finale sul punto. D'altra parte, in base a quanto già detto, è evidente che il contenuto stesso di quanto dichiarato dalla Legge 25.779 coincide con quanto i giudici devono dichiarare in relazione alle leggi citate. […] lo scopo della legge non è altro che quello di formulare una dichiarazione congressuale sull'argomento e […] la "legge" è in realtà idonea a produrre solo un effetto politico simbolico. Il suo effetto vincolante per i giudici deriva solo, a rigore, dal fatto che la dottrina che essa sancisce è quella corretta: la nullità irrevocabile delle leggi 23.492 e 23.521" [26].

[26] Si segnala inoltre l'argomentazione evidenziata nel voto della Giudice Highton de Nolasco (Considerando 30), ove si evidenzia come, essendo i crimini contro l'umanità ricompresi all'interno della giurisdizione universale da parte dei Paesi che la prevedono, la scelta dell'impunità a livello nazionale consiste in una possibile auto-privazione dello Stato argentino nel giudicare i crimini commessi dai propri cittadini. Al riguardo si consideri, in particolare, il processo spagnolo del 2005 a carico di Adolfo Scilingo sulla base del principio di giurisdizione universale e condannato a 1084 anni di carcere, che sta tuttora scontando in Spagna.

La conseguenza di questa sentenza è enorme: produce la riapertura (in molti casi la prima apertura) dei processi penali per i crimini commessi nell'ambito della dittatura. Oltre all'impatto sul piano sociale e politico, ciò produce anche molte conseguenze sul piano giuridico, che non possono qui esaminarsi, come ad esempio il valore probatorio, in questi nuovi processi, delle dichiarazioni rilasciate nell'ambito dei precedenti *Juicios por la verdad*, sotto la vigenza delle leggi di amnistia.

5. *Il caso "Mazzeo" (CSJN, Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad –Riveros – causa n° 2333 XLII –, 13 luglio 2007)*

La sentenza "Mazzeo" estende le conclusioni del caso "Simón" all'indulto (decreto 1002/89). Vi si riconosce l'esistenza di diritti preesistenti degli esseri umani a non essere sottoposti a persecuzione da parte dello Stato. "Questa necessaria protezione dei diritti umani, a cui gli Stati della comunità universale si sono impegnati, non si basa su una teoria giuridica esclusiva. Infatti, i suoi postulati sostengono che esistono principi che determinano la giustizia delle istituzioni sociali e stabiliscono parametri di valore personale universalmente validi, a prescindere dal loro effettivo riconoscimento da parte di alcuni organi o individui, il che non implica scegliere fra visioni alternative giusnaturaliste o positiviste. L'universalità di tali diritti non dipende quindi da un sistema positivo o dal fatto che si basino su una legge naturale esterna al diritto positivo". Tale tradizione giuridica sarebbe entrata nella Costituzione nazionale argentina mediante la consacrazione positivizzata del diritto internazionale. Si riconosce inoltre come l'adesione alla CADU comporti sui giudici domestici anche un potere/dovere di controllo di convenzionalità del diritto nazionale, che si riferisce non solo alla CADU, ma anche alla giurisprudenza della Corte IDU. Alla luce di ciò, la Corte richiama la giurisprudenza della Corte IDU in tema di amnistia al fine di affermare che "al momento della promulgazione del Decreto 1002/89, esisteva un duplice ordine di divieti ad alto contenuto istituzionale che rifiutava qualsiasi idea di impunità nei confronti degli Stati nazionali: da un lato, un sistema internazionale imperativo riconosciuto da tutte le nazioni civilizzate e, dall'altro, un sistema internazionale di protezione dei diritti umani costituito, tra l'altro, dalla Convenzione americana dei diritti umani e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici. Pertanto, la decisione di chiudere i processi penali ha compromesso gli obblighi internazionali di verificare i presunti crimini, di identificare gli autori, i complici e gli agevolatori e di imporre le sanzioni corrispondenti, nonché il

diritto delle vittime a un rimedio efficace per raggiungere questo obiettivo".

Richiamandosi alla decisione della Corte IDU nel caso "Almonacid Arellano", si afferma che lo Stato non può invocare la prescrizione, l'irretroattività della legge penale o il principio del *ne bis in idem* o altra causa di esclusione di responsabilità al fine di esimersi dal dovere di indagare e punire i responsabili. Di conseguenza, "i principi che, a livello nazionale, sono abitualmente utilizzati per giustificare la *res judicata* e il *ne bis in idem* non sono applicabili a questo tipo di crimini contro l'umanità perché, "gli strumenti internazionali che stabiliscono questa categoria di crimini, così come il conseguente dovere degli Stati di identificare e perseguire i responsabili, non contemplano, e quindi non ammettono, che questo obbligo cessi con il passare del tempo, con le amnistie o con qualsiasi altro tipo di misura che dissolva la possibilità di rimprovero" (voto del giudice Argibay nel caso "Simón")".

Per questi motivi, la Corte dichiara incostituzionale il Decreto del Potere esecutivo 1002/89, che aveva introdotto l'indulto per il ricorrente.

6. *Un'espansione in relazione all'oggetto: il caso "Funes" (CSJN, Funes, Gustavo Javier y otro si encubrimiento, etc. – incidente de excepción por extinción de la acción penal – recurso extraordinario – causa n° F.294 XLVII –, 14 ottobre 2014)*

Il caso in questione espande i principi sin qui menzionati, poiché non si tratta di un crimine contro l'umanità, né di un crimine commesso durante la dittatura. Non è neppure un delitto domestico doloso, bensì una condotta di omicidio colposo e successivo occultamento (doloso) di cadavere, che si accomuna ai casi sopradescritti solamente in relazione alla qualifica dei soggetti attivi: membri della forza pubblica argentina.

Il 16 marzo 1991 un bambino di cinque anni sta rientrando a casa dalla piazza in cui giocava con altri bambini, quando viene sorpreso da una tempesta di vento, terra e pioggia, che lo disorienta e lo porta su una strada in cui sta transitando a grande velocità – senza decelerare in ragione delle condizioni metereologiche – un'auto della polizia, che lo investe. In seguito all'incidente e alla morte del bambino, i due agenti alla guida cancellano ogni traccia del crimine e seppelliscono segretamente il corpo, che verrà ritrovato solo diciassette anni dopo, nel 2008. È evidente che in questo caso non si tratta né di sparizione forzata, né di crimine contro l'umanità; tuttavia, rifacendosi alla sentenza della Corte IDU, "Bulacio c. Argentina" (18

settembre 2003), il Giudice *primae curae* [27] ritiene che quando, come conseguenza della commissione di crimini, i diritti umani sono stati violati in modo organizzato e sistematico, devono essere considerati imprescrittibili e deve assicurarsi il diritto delle vittime o dei loro parenti di conoscere la verità su quanto accaduto e di indagare sulla condotta criminale che ha portato all'occultamento del minore per quasi due decenni, nonché di punire i responsabili, senza che possa con ciò ritenersi intaccato il principio di legalità. A fondamento della decisione vengono invocati la CADU, la Convenzione interamericana sulla sparizione forzata di persone e la Convenzione sui diritti del fanciullo.

Il Procuratore Eduardo Ezequiel Casal, nel suo *dictamen* alla Corte Suprema dd. 3 febbraio 2014, individua in questo caso una "tensione tra il diritto della vittima alla giustizia e alla pena, con il correlativo dovere dello Stato di indagare e punire le violazioni dei diritti umani, e i diritti fondamentali della persona che può ricevere una sanzione penale, entrambi tutelati dalla Convenzione americana". Riconosce come non si tratti di un crimine contro l'umanità e richiama la giurisprudenza della Corte IDU nell'affermare che non vi è un'assoluta incompatibilità fra violazioni dei diritti umani e prescrizione, dovendosi ritenere non applicabile la prescrizione solo ai casi la cui gravità rende necessaria la repressione per evitare che tali condotte "vengano commesse nuovamente, come la sparizione forzata di persone, l'esecuzione extragiudiziale e la tortura" (Caso "Suárez Peralta c. Ecuador", 21 maggio 2013, parr. 174 e 175). Pertanto, ne ricava "che le 'condizioni di validità' della Convenzione americana dei diritti umani non contemplano l'applicazione della regola eccezionale dell'imprescrittibilità per nessun reato, anche se è stato riconosciuto che ogni reato comporta di per sé una violazione di una certa gravità dei diritti umani". Tuttavia, "l'estinzione della pretesa penale non implica il disconoscimento dell'obbligo dello Stato di garantire il diritto dei genitori della vittima […] di conoscere la verità dei fatti, indipendentemente dal fatto che la condotta del caso possa essere classificata come crimine contro l'umanità". Il Procuratore riprende le opinioni dissenzienti dei giudici Fayt e Argibay nel caso "Mazzeo", laddove questi tentavano di conciliare il diritto alla verità delle vittime con la rinuncia alla pretesa punitiva esercitata da parte dello Stato a mezzo dell'indulto. Fayt, in particolare, evidenziava come "il diritto delle vittime alla verità – previsto dalla Convenzione americana dei diritti dell'uomo – può

[27] Tribunal Superior De Justicia Cordoba, *Funes Gustavo Javier Y Otro S/ Psa Encubrimiento Etc Incidente De Excepcion por Extincion de la Accion Penal – Recurso De Casacion*, n. 352, 21 dicembre 2010.

essere assicurato senza la necessità di violare le garanzie dell'imputato sotto processo" [28].

Ecco, dunque, la conclusione del Procuratore, cui la Corte Suprema aderisce: lasciando impregiudicata l'estinzione della pretesa punitiva, al fine di garantire il diritto alla verità della vittima, a prescindere dal fatto che si possa o meno applicare una pena ai responsabili, le indagini vanno proseguite al fine di accertare compiutamente quanto accaduto ed anche eventuali ulteriori responsabilità.

7. *Un'espansione territoriale e temporale: il caso "Hairabedian" (Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 5 di Buenos Aires, Resolucion declarativa de los sucesos históricos conocidos como el genocidio del pueblo armenio – años 1915/1923, 1° aprile 2011)*

Questo particolarissimo *Juicio por la verdad* non si riferisce a crimini commessi nell'ambito della dittatura e (originariamente) coperti da amnistia e indulto. Al contrario, si tratta di un caso in cui un giudice argentino emette una decisione irrevocabile su fatti storici avvenuti quasi un secolo prima in un altro continente e senza il coinvolgimento di cittadini argentini; una sentenza basata su prove prodotte dal ricorrente e addirittura giungendo a dichiarare la responsabilità di uno Stato straniero. In tale giudizio non si ipotizzano nemmeno capi d'imputazione individuali rispetto a persone ancora in vita. Si tratta di un "giudizio chiarificatore della verità storica" fondato sul ricorso di un cittadino argentino, Gregorio Hairabedian, avente ad oggetto un "chiarimento dei fatti e degli eventi noti come genocidio del popolo armeno, avvenuto tra il 1915 e il 1923, per mano dello Stato turco". Il ricorrente si dichiara legittimato in quanto discendente in linea diretta di sopravvissuti al genocidio armeno. La Camara del Fuero, dopo aver emesso un *pronunciamento en revocatoria* del precedente rigetto della querela ad opera della Fiscalía n° 10 del Fuero, si concentra sull'accertamento della verità, dando corso ad una lunga ricerca di informazioni sia attraverso gli elementi di prova allegati dal querelante, sia facendo uso dei mezzi di prova previsti dal Codice di procedura penale. Vengono esperite rogatorie internazionali, la maggior parte delle quali hanno esito negativo; vengono acquisite documentazioni prodotte dal querelante attraverso autonome indagini in archivi pubblici e infine vengono assunti testi citati dal querelante.

---

[28] *Caso Mazzeo*, cit., considerando 49, p. 3354.

Sulla base di tali acquisizioni probatorie, il Giudice procede ad una ricostruzione degli eventi storici, dichiarando tuttavia che il processo penale in questione non vuole avere altro scopo che il chiarimento dei dati di fatto, restando ferma la possibilità che altri, in seguito, intendano migliorare e approfondire i risultati ottenuti (quindi si ammette l'integrazione, ma non si parla però di possibile contestazione e negazione degli stessi): "Non è questa l'occasione per riprodurre tremila anni di storia del popolo armeno, compito che spetta alle compilazioni storiche. Né questo vettore processuale è il luogo per un dibattito sui disegni storici della suddetta Nazione; a questo proposito, va chiarito che eventuali discrepanze sui dati, sui riferimenti e su altre circostanze che possono essere presentate sono proprie della discussione scientifica, che questo Magistrato si asterrà rispettosamente dall'affrontare. Sì, questa è l'occasione per un sintetico, preciso e limitato dettaglio dell'evoluzione immediatamente precedente agli eventi, che è supportato dalla bibliografia e dai documenti forniti a questa indagine dai querelanti, la cui espressione, sicuramente, può essere migliorata e approfondita da chi ha interesse a questo aspetto, come deve essere accettato" [29].

I paragrafi successivi ricostruiscono la storia dell'Armenia e del suo popolo, compreso il primo genocidio (1894-1896), nonché la storia del popolo turco e dell'ascesa dei Giovani Turchi. In seguito all'analisi del concetto di genocidio e della normativa internazionale al riguardo, il Giudice, con riferimento al genocidio del popolo armeno, emette una ferma condanna non solo dello Stato turco, ma anche delle potenze internazionali che all'epoca non fecero sentire la propria voce, con un silenzio che viene paragonato ad un assenso. Tale ultima considerazione, peraltro, è inserita all'interno dell'analisi delle norme applicabili senza essere accompagnata da riferimenti probatori specifici; appare piuttosto un giudizio morale alquanto estemporaneo, come testimonia l'uso di aggettivi quali "ripugnante".

Dopo aver riconosciuto, in relazione alla fattispecie di genocidio, il diritto dei familiari delle vittime a conoscere quantomeno:

1) i fatti commessi in tutta la loro magnitudine;
2) la sorte del proprio gruppo familiare;
3) il contesto storico di un patimento tanto grave ed estremo [30];

---

[29] Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 5 di Buenos Aires, *Resolucion declarativa de los sucesos históricos conocidos como el genocidio del pueblo armenio – años 1915/1923*, 1° aprile 2011, par. 6.

[30] "Il concetto è irrazionale e ripugnante per qualsiasi ordine civile, così come qualsiasi proposta che stabilisca "categorie" di persone sulla base della loro origine etnica, della loro fede religiosa

segue un'interessante riflessione sul perché un Giudice argentino, in un processo senza pretesa punitiva, viene a conoscere fatti svoltisi in un altro continente quasi un secolo prima, ricostruendoli essenzialmente sulla base di testimonianze e documenti indicati dallo stesso querelante. Si tratta di considerazioni sconcertanti per un penalista, che vedono il Giudice e il processo penale come "vettore processuale": uno strumento di certificazione offerto alla vittima, tanto più che, stante la provenienza dei documenti da questa prodotti (archivi ufficiali) e ad ogni modo stante la generale concordanza degli storici sui fatti di cui si tratta, al Giudice nemmeno appare necessaria la ricerca della prova nel giudizio: "l'analisi di queste condizioni diventa davvero sovrabbondante".

"In sostanza, questo Magistrato ritiene che la sua attività in questo processo – per quanto nuova e inusuale possa essere – debba essere adeguata alla raccolta delle prove proposte dalla parte al fine di facilitare e fornire i canali processuali autorizzati dal rito a questi fini e per emettere una pronuncia secondo le finalità del processo, in effettiva omologazione delle valutazioni del querelante, con il corrispondente rigore probatorio. E le valutazioni specifiche della querela, in quanto consentono, sulla base delle prove

---

o delle loro convinzioni politiche. A maggior ragione, se lo scopo della proposta è quello di individuare un gruppo sociale per porre fine alla sua esistenza. Se la guerra è già inaccettabile, quanto più lo è qualsiasi processo storico che includa la perpetrazione di un genocidio? Chi dà il diritto di sterminare i propri simili? Che tipo di diritto giustifica lo sterminio di gruppi sociali, etnici o religiosi? Come si può giustificare l'attuazione di un piano sistematico di eliminazione di persone o gruppi sociali? […] Come abbiamo visto, la confluenza di vari fattori politici rese possibile il massacro e, allo stesso tempo, il silenzio o l'acquiescenza delle grandi potenze dell'epoca e rispetto agli eventi, particolarmente inerenti a quest'ultimo macabro capitolo della storia. In altre parole, nessun genocidio sarebbe stato perpetrato se lo Stato turco non lo avesse pianificato e attuato, e le grandi potenze in conflitto non lo avessero permesso […] In base ai molteplici elementi testimoniali e documentali raccolti nel fascicolo, risulta evidente e pienamente corroborato che i fatti così accertati sono degni della qualificazione giuridica di "Genocidio", secondo la descrizione che emerge dal citato strumento convenzionale, rispetto al quale sono assolutamente sussumibili. Questa è la mia convinzione, che dà sufficiente sostegno all'azione penale – pur con le riserve che il passare del tempo può offrire in termini di efficienza – sotto la tutela dell'imprescrittibilità della pretesa punitiva; così come il diritto delle vittime (e della loro linea di successione) di conoscere almeno i fatti commessi in tutta la loro portata e la sorte del loro gruppo familiare di antenati, nel contesto di eventi di così grave ed estrema sofferenza. È vero: la natura del presente procedimento è davvero inedita [...] l'interesse legittimo del ricorrente è incentrato sul chiarimento dei fatti esposti e sul perseguimento di una decisione che ne dichiari la veridicità. Ma la sua condizione eterodossa non ostacola la validità dei criteri sostenuti dalla Corte Suprema di Giustizia della Nazione, in riferimento alla necessità di approfondire le indagini sui crimini contro l'umanità e all'imprescrittibilità del loro perseguimento penale; il che, data la natura meramente chiarificatrice e dichiarativa del presente procedimento (in assenza di una pretesa punitiva), non consente di ravvisare ostacoli giuridici di sorta all'avanzamento di questa decisione".

raccolte, di configurare le dimostrazioni dell'oggetto del procedimento, sono quelle che questo Magistrato approva rispettosamente e fa proprie con la corrispondente entità risolutiva; dato che in questo caso l'organo giurisdizionale opera come strumento per ottenere i documenti e le testimonianze in approssimazione alla verità, la cui reale costruzione è nota al querelante (e a chi lo rappresenta). Va chiarito che questo vettore processuale non è un ambito in cui si approva qualsiasi proposta, a prescindere da qualsiasi analisi sulla veridicità dei documenti e delle testimonianze raccolte. Ma sì, dal momento che la provenienza delle prove è pienamente corroborata ed esente da qualsiasi dubbio sulla loro plausibilità e autenticità – si tratta quindi di archivi ufficiali delle nazioni richieste – l'analisi di queste condizioni diventa davvero sovrabbondante e l'articolazione dei loro estremi, nella costruzione fattuale del genocidio armeno, è più che appianata alla luce delle innumerevoli testimonianze di storici e studiosi del settore, che in sintesi non hanno fatto altro che concordare sui massacri genocidiari degli armeni nello Stato turco nel periodo tra il 1915 e il 1923 e interpretarne le cause e le motivazioni – pur con le caratteristiche e i caveat degli approcci particolari – con un alto grado di consonanza".

Ma se la prova dei fatti è addirittura non necessaria e se il processo altro non è che uno strumento offerto alla vittima, qual è la funzione di questo processo? Il Magistrato qui lo dice espressamente: solamente quella di "convalidare e dare forza di legge, tramite la sua pronuncia di verità, ai risultati di un'indagine" (privata). La vittima, dunque, ha diritto di rivolgersi ad un Giudice affinché la propria verità, che essa stessa produce in giudizio, sia "bollata" come autentica ed acquisti non solo il requisito dell'ufficialità, ma soprattutto quello dell'irrevocabilità e dell'inibizione di qualsiasi messa in discussione. Si tratta di un esempio evidente di privatizzazione della giustizia. Il processo penale, ma prima di questo la dichiarazione di responsabilità contenuta nella sentenza e idonea a passare in giudicato, è un diritto che la vittima vanta verso lo Stato, che è tenuto a fornire tale "verità ufficiale" come fosse un qualsiasi servizio pubblico. A questo diritto della vittima, perciò, le garanzie processuali non possono che essere d'ostacolo.

"Questo Magistrato non è né lo storico né il testimone di questi eventi di tale portata storica. È solo l'organo giurisdizionale che convalida e dà forza di legge, attraverso la sua pronuncia di veridicità, ai risultati di un'indagine svolta, nel tentativo di ottenere un chiarimento dei fatti presentati, sulla base degli indiscutibili elementi probatori ottenuti e accompagnati, e delle motivazioni e del ragionamento del querelante, che devo fare miei. Pertanto, riprodurrò ciò che il querelante ha espresso come ragione e motivo della sua proposta".

In questo caso, dunque, non troviamo neppure un'ipotesi accusatoria individualizzata che delimiti il campo dei fatti rilevanti per il giudizio e quindi consenta l'instaurazione di un procedimento basato sul contraddittorio al fine di provare quell'ipotesi iniziale. Il Giudice semplicemente mette il proprio timbro su una ricostruzione storica di avvenimenti sociopolitici di dimensioni macroscopiche [31]; egli è tenuto a farlo, in ossequio al diritto alla verità delle vittime. Possiamo allora ancora dire che questo Giudice sta esercitando una funzione giurisdizionale e sta presiedendo un processo penale?

8. *Diritto alla verità delle vittime contro diritti di altre vittime: il caso "Gualtieri Rugnone de Prieto" (CSJN, Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años – causa nº 46/85 A –, 11 agosto 2009)*

Pur se precedente al caso appena citato, il caso "Gualtieri Rugnone de Prieto" merita di essere considerato per ultimo, perché segna un interessante freno della tendenza espansiva sin qui descritta. Il caso è di enorme interesse, in quanto questa volta il diritto alla verità delle vittime e della società si scontra non con un diritto dell'imputato, bensì con un diritto di un'altra vittima, che vanta quello che potremmo definire, più che un diritto all'oblio, un "diritto a non conoscere la verità" sui dolori del passato e a vivere la propria vita nel presente. La decisione, dunque, ci pone di fronte al tema – controverso sia fra i politologi che fra gli studiosi dei traumi individuali e collettivi – della messa in discussione del dogma per cui solamente la verità sarebbe una garanzia di superamento del passato, negando così un valore terapeutico all'oblio. La sentenza pone un tale tema sul piano individuale, ma è evidente come da essa si possono sviluppare riflessioni anche su quello collettivo.

---

[31] Per quanto il Giudice ci tenga a limitare la portata del giudicato: "Questo processo non ha altro valore o significato se non quello assegnato dalla richiesta del querelante, cioè l'ottenimento di una decisione giudiziaria che dichiari la veridicità dei fatti presentati e il cui rigore storico sia debitamente documentato negli archivi dei poteri dell'epoca. Questa non è, né può essere, una proposta di revisione storica esaustiva, che va a sindacare ogni singolo episodio rappresentativo del genocidio armeno. Non è nemmeno un lavoro scientifico o antropologico sull'esatta portata del massacro avvenuto in otto anni in territorio turco. È il risultato di un inedito segmento processuale inaugurato nella Repubblica Argentina, con lo status di processo chiarificatore di eventi che indubbiamente acquistano inserimento all'interno dei cosiddetti crimini contro l'umanità e, in questo contesto, della specifica tipologia di genocidio, la cui evocazione e memoria richiedono di essere considerate in un quadro giuridico conforme alla gravità dell'atto commesso".

Il giudizio trae origine da una serie di procedimenti avviati da una denuncia presentata nel 1984 da Blanca María Ingold de Angerosa. Ivi la denunciante riferiva che la figlia, Blanca Estela Angerosa, era stata detenuta illegalmente nel 1978 e da allora la madre non aveva più avuto notizie né di lei, né del figlio che aspettava. Molto tempo dopo, le indagini portarono a identificare un minore, Emiliano Matías Prieto – all'anagrafe figlio di Guillermo Antonio Prieto e Emma Elidia Gualtieri de Prieto –, come possibile figlio di Blanca Estela Angerosa. Negli stessi anni anche la signora Antonia Acuña de Segarra denunciava il rapimento e la sparizione della figlia e del genero – Laura Segarra e Pablo Torres – nel 1978; anche in questo caso la donna era in stato interessante ed anche in questo caso sorge il sospetto che il nipote della denunciante potesse essere Emiliano Matías Prieto. Sia nel 1992 che nel 1997 vi sono dei tentativi giudiziali, infruttuosi, di disporre forzosamente il prelievo del DNA del minore.

Divenuto maggiorenne, Emiliano Matías Prieto presenta ricorso lamentando la lesione di propri diritti costituzionalmente garantiti. Il prelievo forzoso di sangue violerebbe, infatti, i suoi diritti alla *privacy*, all'integrità fisica, psicologica e morale, alla dignità, alla riservatezza, al godimento dei diritti civili, al diritto di non essere privato della libertà se non nei casi e secondo le forme stabilite dalla legge, di non essere detenuto o arrestato arbitrariamente, all'uguaglianza davanti alla legge e il diritto a non essere sottoposto a tortura; diritti tutelati anche in molteplici fonti sovrannazionali quali la Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, la CADU, il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, il Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, la Convenzione contro la Tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

Come riassunto dalla Corte Suprema, "il caso in questione presenta un'estrema tensione di valori e principi, che può essere provvisoriamente sintetizzata come segue: (a) un crimine contro l'umanità è stato commesso e continua ad essere commesso a tutt'oggi, data la sua natura permanente; (b) lo Stato ha il dovere di punirlo, ma allo stesso tempo non è estraneo alla sua commissione e al ritardo di tre decenni nel punirlo e nell'interrompere la sua continuazione; (c) il passare del tempo ha avuto un effetto su tutte le vittime e il perseguimento del reato può causare un danno irreparabile ai diritti della presunta vittima del rapimento, e (d) la mancata indagine sul reato può danneggiare il legittimo diritto alla verità delle altre vittime, che sono i parenti della vittima del rapimento dei suoi genitori. È chiaro che il caso corrisponde a un presunto crimine contro l'umanità sotto forma di crimine di Stato. Ma non si tratta di uno dei tanti commessi nel corso dei secoli,

bensì di un crimine la cui perversa originalità elimina ogni analogia con qualsiasi altro crimine conosciuto. Fatta eccezione per le recenti indagini in corso sulla sorte dei bambini del regime franchista, non esistono precedenti al mondo di casi di rapimento e successiva privazione di massa dell'identità di bambini in tenerissima età o nati in cattività o prelevati dalle loro case, i cui genitori sono stati quasi sempre assassinati nel corso di altri crimini di Stato, e questa situazione si è protratta indefinitamente nel tempo. È chiaro che il crimine in questo caso non è un atto isolato, ma il risultato di una decisione generale nel quadro di un'impresa criminale portata avanti da un apparato di potere statale che viola i diritti umani elementari. La creatività perversa di questa decisione rende difficile comprenderne le motivazioni e, quindi, la dinamica criminale degli eventi stessi. Da un lato, può essere visto come un tentativo di eliminare la memoria di queste vittime, facendole sprofondare nell'ignoranza non solo della loro origine ma anche della loro stessa orfanità. Dall'altro, si tratta di una nuova oggettivazione umana che ha una certa somiglianza con la schiavitù, considerando i bambini come parte del bottino delle razzie criminali. […] D'altra parte, questa continuazione criminale non è stata breve, ma copre trent'anni di vita di una persona, in cui questa ha attraversato l'infanzia, l'adolescenza ed è in piena giovinezza e maturità, in altre parole un percorso di vita in cui ha definito molteplici e decisivi tratti della sua esistenza e ha stabilito o mantenuto legami di ogni tipo con una rilevanza affettiva e giuridica molto diversa. In questi tre decenni, lo Stato non è stato efficace nei suoi sforzi per porre fine all'atto criminale; al contrario, è stato notoriamente lento, impotente e persino negligente. La pretesa punitiva dello Stato, il cosiddetto *jus puniendi*, non può consentire una coercizione che leda gravemente una vittima contro la sua volontà, invocando un interesse sociale nebuloso e astratto, cioè rivendicando la volontà di tutti gli abitanti e incorrendo così nell'identificazione di Stato e società, perché oltre a cadere in una tesi autoritaria, in ogni caso è vietato incorrere in una doppia vittimizzazione. Tanto meno lo Stato può avanzare questa pretesa quando il crimine su cui basa il suo diritto di punire è stato perpetrato dal suo stesso apparato di potere e quando per trent'anni ha permesso o non ha potuto impedire che il crimine continuasse a essere commesso. […] Non è nemmeno possibile legittimare il presunto *jus puniendi* dello Stato sulla base dell'obbligo giuridico internazionale di punire i responsabili di crimini contro l'umanità. Dal punto di vista del diritto internazionale dei diritti umani, è vero che lo Stato è obbligato, in base al diritto internazionale sancito dalle convenzioni e dallo *jus cogens*, a perseguire e punire i responsabili di crimini di Stato contro l'umanità, soprattutto nel caso di sparizione forzata di persone. Tuttavia, è anche indiscutibilmente

vero che il diritto internazionale dei diritti umani obbliga a proteggere le vittime e che la vittima indiscutibile di questo crimine, anche se non l'unica, è la persona scomparsa stessa. Non esiste alcuna convenzione o consuetudine internazionale che autorizzi uno Stato a adempiere a un mandato internazionale negandone o violandone un altro, a meno che il diritto internazionale non venga interpretato in modo contraddittorio e quindi irrazionale. La clausola *pro homine* ha proprio lo scopo di evitare simili interpretazioni. È inoltre innegabile che il diritto internazionale non è stato più efficace del diritto interno nel prevenire e poi punire e fermare questo crimine nel corso di trent'anni".

Certo, la Corte riconosce il valore delle vittime che perseverano nella loro richiesta di verità e giustizia, rappresentando "un esempio per il mondo". Entrambe le pretese sono più che legittime: "Il presunto rapito ha il diritto di chiedere il rispetto della sua autonomia personale. I suoi presunti parenti biologici hanno la legittima pretesa di porre fine alla continuazione del crimine. Uno ha il diritto di chiedere di essere lasciato in pace anche se il presunto crimine continua; gli altri hanno il diritto di chiedere che venga restituita loro la pace interrompendo il presunto crimine commesso. Entrambi i diritti sono giuridicamente protetti dagli standard più elevati a cui ogni decisione giurisdizionale deve fare riferimento. Entrambe le posizioni sono legittime. […] è chiaro che il rispetto del diritto alla verità della presunta famiglia biologica non richiede necessariamente che l'altra vittima (rapita) si faccia carico di tutte le conseguenze emotive e legali della creazione di una nuova identità formale o legale; è sufficiente che la famiglia biologica sia informata dell'identità e che in tal modo si ponga fine alla ricerca di decenni".

Come unico bilanciamento possibile, tenendo conto di diversi aspetti di interesse reciproco, al fine di ridurre al minimo qualsiasi possibile lesione presente o futura, la Corte ammette che si potrebbe disporre il prelievo solo se si individuasse una forma meno invasiva del prelievo forzoso di sangue o se la vittima in futuro decidesse di sottoporvisi spontaneamente. Tuttavia, non essendo state presentate in causa possibilità alternative di ottenimento del DNA che non prevedano un intervento fisico sulla vittima, non possono allo stato ritenersi soddisfatti i criteri di minore offensività richiesti dal bilanciamento e pertanto si rigetta la richiesta di disporre il prelievo forzoso di sangue.

9. *Conclusioni*

È ora molto più facile capire perché si è esordito dicendo che l'Argentina è stata un banco di prova del diritto alla verità, tanto che è difficile dire

quanto sia l'Argentina ad alimentarsi della giurisprudenza interamericana e quanto sia quest'ultima a trare spunto dall'evoluzione argentina per il proprio attivismo: dalla CONADEP all'utilizzo dell'azione di *habeas data*, da processi penali per ricostruire la verità storica sino al superamento di amnistia e indulto ed un'estensione dei *Juicios por la verdad* con riferimento sia allo spazio che al tempo, ma anche a un reato colposo non costituente crimine internazionale e per il quale è già intervenuta la prescrizione. La politica espansiva del diritto alla verità sembra onnivora sia con riferimento agli istituti clemenziali (pur adottati da governi democraticamente eletti) che all'istituto della prescrizione. Addirittura tale diritto arriva in alcuni casi, come visto, a snaturare il processo penale, trasformando il giudice in una sorta di certificatore di eventi storici passati senza connessione territoriale o personale con l'Argentina e senza che si ipotizzino capi d'imputazione individuali per persone viventi. È solamente con il caso "Gualtieri Prieto" che questa espansione onnivora trova un ridimensionamento, perché per la prima volta il diritto alla verità delle vittime e della società non si scontra con i diritti dell'imputato, bensì con quelli di un'altra vittima. Secondo la Corte, lo Stato non può imporre alla vittima di ricordare; lo Stato non può imporre un passato al presente.

Al di là della profonda tragedia personale, da ambe le parti, che questo caso presenta, esso è evocativo di un tema politico più profondo sul piano collettivo: quello del rapporto fra storia e memoria [32] e della domanda sulla sussistenza o meno di un "dovere di ricordare" i tragici fatti del passato; un dibattitto amplissimo, che vede autorevoli voci di giuristi, storici e filosofi sia a favore [33] che

---

[32] Al riguardo si rimanda a E. Traverso, *Il passato: istruzioni per l'uso*, Ombre Corte, Verona, 2006, 25, per il quale la memoria è "una sfida politica e assume la forma di un imperativo etico" (15), "una visione del passato filtrata attraverso il presente" (19); l'Autore cita poi P. Nora, secondo cui la memoria "è affettiva e magica, porta a sacralizzare i ricordi, mentre la storia è una visione laica del passato" (26, citazione da P. Nora, *Entre histoire et mémoire. La problématique des lieux*, in Id. (a cura di), *Les lieux et la mémoire. I. La Républiqu*, Gallimard, Paris, 1984, XIX); si richiama infine alla celebre separazione dei registri (fra storia, memoria e giustizia) evocata da H. Rousso per motivare il suo rifiuto di testimoniare al processo a carico di Maurice Papon (72, cit. da H. Rousso, *La hantise du passé*, Textuel, Paris, 1998, 97). Sulla necessità di integrare la storia con le memorie delle vittime, si veda invece la posizione dello storico israeliano S. Friedländer, *History, Memory and the Historian*, in *New German Critique*, 80, 2000, 3-15. Sugli abusi della memoria, T. Todorov, *Gli abusi della memoria*, Ipermedium Libri, S. Maria Capua Vetere, 1996; V. Pisanty, *Abusi di memoria. Negare, banalizzare, sacralizzare la Shoah*, Mondadori, Milano, 2012.

[33] Fonda tale dovere sul piano dell'etica il filosofo israeliano A. Margalit, *L'etica della memoria*. Il Mulino, Bologna, 2007, mentre su quello della morale il francese P. Ricoeur, il quale afferma che ricordare è un "dovere morale" e un "debito verso le vittime" (citato in D. Rieff, *Elogio dell'oblio. I paradossi della memoria storica*, Luiss University Press, Roma, 2019, 61; al riguardo si

contro [34]. Ancora più nello specifico, a noi spetta chiederci se e in che misura le istanze della memoria possano penetrare nel processo penale. Si condivide qui l'assunto per cui, "l'eccesso di memoria è un segno non di fiducia nella storia, ma di un ritirarsi dall'agire politico" [35] e quindi di una sfiducia nella politica, definita da Plutarco proprio come ciò che subordina il passato al presente. Non si può dunque non prendere coscienza del fatto che la società paia aver preso atto di una scelta di abdicazione da parte della politica stessa e veda nel processo penale l'unico luogo di tutela delle proprie pretese, attribuendo a quest'ultimo una funzione che non compete al diritto e al processo penale: quella della trasformazione della società. Parafrasando un noto brano-inno di un cantautore argentino, il processo penale diventa il luogo in cui "la memoria risveglia, per ferire, i popoli addormentati che non la lasciano vivere, libera come il vento" [36]. Ciò, però, oltre a rischiare in taluni casi di minare le basi del processo penale e la sua legittimazione, può incentivare una deresponsabilizzazione della politica e della società mediante una delega dell'obbligo di ricordare in capo a un Giudice che produce una sentenza irrevocabile. Si rinuncia, così, a un ripensamento critico del passato e rapportato al presente in favore di una relazione con il passato mediata dalla selezione operata dal Giudice, in un atteggiamento commemorativo se non addirittura nozionistico. Spaventa l'idea che il ruolo critico venga affidato una volta per tutte ad un dibattimento in tribunale, lasciando invece la società più "alleggerita", ma anche incapace di sostenere la responsabilità della propria libertà e perciò più vulnerabile ed indifesa.

Vi è poi, ovviamente, l'enorme tema di quale forma di verità possa essere prodotta da un processo penale. L'accento sul processo penale come strumento

---

veda P. Ricoeur, *Ricordare, dimenticare, perdonare. L'enigma del passato*, Il Mulino, Bologna, 2012). Tali approcci partono dalla massima di Santayana per cui "coloro che non ricordano il passato sono condannati a ripeterlo" (citato in D. Rieff, *op. cit.*, 63).

[34] Gli approcci contrari partono dalla massima di Renan, secondo cui l'essenza di una nazione è che "tutti gli individui hanno molte cose in comune e anche che tutti hanno dimenticato varie cose […] l'oblio, e direi perfino l'errore storico, è un fattore essenziale per la creazione di una nazione", poiché essa per sopravvivere deve basarsi su un "plebiscito quotidiano" (citato in D. Rieff, 2019, 38;). Rieff constata come "la memoria storica collettiva […] ha sin troppo portato alla guerra piuttosto che alla pace, al rancore e al risentimento […] La storia non è un menu. Non si può avere la solidarietà che un mito nazionale contribuisce a consolidare e sostenere, senza qualche forma di egocentrismo, come non si può avere l'orgoglio senza la paura" (47); "quando è possibile, bisogna permettere con ogni mezzo che le società ricordino, purché naturalmente il ricordare non generi altri orrori. […] Quando però non è possibile allora […] potrebbe essere il momento di dare una chance all'oblio, ossia, in altre parole, di dare una chance alla politica e mettere a riposo l'idealismo" (96).

[35] E. Kattan, *Il dovere della memoria*, Ipermedium libri, Napoli, 2004.

[36] L. Gieco, *La memoria*, cit., 2001 (brano musicale).

imprescindibile per la ricerca e divulgazione della verità, come pare suggerire la Corte IDU, crea nella collettività aspettative messianiche [37], destinate a rimanere deluse. Alla verità storica il processo penale può offrire certo un importante contributo, ma parziale e condizionato dallo scopo specifico del processo penale stesso, dai mezzi che questo ha a disposizione e dalle norme procedurali che lo regolano, oltre che da presupposti di fatto. L'orizzonte della democrazia [38], semmai, deve portarci verso una concezione più complessa, provvisoria e sfaccettata di verità, che ci pare comparire fra le righe della sentenza "Gualtieri Rugnone Prieto": una concezione bonhoefferiana, ove il concetto di verità si comprende solo assieme al concetto di relazione, o meglio di verità come intero delle relazioni, ove "la parola veridica non è una grandezza costante in sé: è vivente come la vita stessa. Quando essa si distacca dalla vita e dal rapporto concreto con il prossimo, quando qualcuno dice la verità senza tenere conto della persona a cui parla, c'è l'apparenza ma non la sostanza della verità" [39].

---

[37] Parla di credenza messianica nel fatto che il potere punitivo possa e debba raggiungere tutti gli angoli della vita sociale, D. PASTOR, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa de desprestigo actual de los derechos humanos*, in *Nueva Doctrina Penal*, 2005, 74.

[38] Secondo Zagrebelsky, "la democrazia non è il regime della verità – ma – non può nemmeno essere il regime del contrario della verità, cioè della menzogna e dell'inganno. […] Ma come difendersi dalla menzogna pubblica senza cadere nella verità ufficiale?" (cfr. G. ZAGREBELSKY, dalla quarta di copertina di P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, cit., 2000). Egli ha teorizzato il concetto di "democrazia critica", indicando come questa debba essere fondata sull'etica della possibilità, che vede nella democrazia non solo il mezzo, ma anche il fine; "un regime inquieto, circospetto, diffidente nei suoi stessi riguardi, sempre pronto a riconoscere i propri errori, a rimettersi in causa, a ricominciare da capo" (G. ZAGBREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, 102). Häberle ammette una compatibilità fra lo Stato costituzionale disponibile alla ricerca della verità, la presenza di verità assolute che sono fondanti l'ordine costituzionale stesso e, infine, le "menzogna-salvavita", anche a livello collettivo, come nella rimozione di Vichy (P. HÄBERLE, *op. cit*., 100).

[39] D. BONHOEFFER, *Cosa significa dire la verità?,* in ID., *Etica*, Bompiani, Milano, 1983, 310-311, citato e commentato in V. MANCUSO, *La vita autentica*, Raffaello Cortina, Milano, 2009, 114. Secondo Mancuso, nella concezione del teologo tedesco, la verità non è un concetto statico, un'esattezza immutabile; al contrario, "il rapporto umano è più importante della descrizione oggettiva di come stanno effettivamente le cose, una concezione della vita al vertice della quale c'è la relazionalità dell'essere e che individua il criterio decisivo nell'incremento della qualità delle relazioni. […] la verità è qualcosa di dinamico, più esattamente di relazionale […] la verità è un processo, un evento, una relazione, un sistema" (*ibidem*); in tale concezione, chi nega la verità non dice un'eresia, bensì agisce ingiustamente. Per altre elaborazioni teoriche sul rapporto fra verità e processo penale, cfr. P. HÄBERLE, *op. cit.* Per l'analisi del diritto alla verità in rapporto alle concezioni di Derrida e Foucault, cfr. Y. NAQVI, *op. cit.*, 251 ss.

CAPITOLO VIII

LA DEFINIZIONE DI CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ NELLA SENTENZA "RENÉ JESÚS DERECHO" DELLA CORTE SUPREMA ARGENTINA

di LEONARDO G. FILIPPINI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'abbandono della teoria dei due demoni. – 3. La perversione della politica. – 3.1. Il fondamento dei crimini contro l'umanità. – 3.2. La questione delle organizzazioni non statali. – 3.3. Il lavoro di David Luban. – 4. Erudizione e questioni sociali difficili. – 4.1. L'utilizzo della dottrina e dei precedenti internazionali. – 4.2. La giurisprudenza della Corte IDH. – 5. Rilievi conclusivi.

1. *Introduzione*

L'11 luglio 2007, nella sentenza "*Derecho*" [1], la Corte Suprema di Giustizia della Nazione (CSGN), a maggioranza, ha fatto proprio un parere del Procuratore Generale della Nazione (PGN) [2], secondo cui per stabilire se un comportamento costituisca un crimine contro l'umanità occorre rispondere alla domanda se il fatto oggetto di indagine può essere considerato l'esito di un esercizio dispotico e depravato del potere governativo. A partire da questo approccio, la Corte ha negato che una serie di comportamenti illeciti, presumibilmente commessi nel 1988 nell'ambito della Divisione Frodi e Truffe della Polizia Federale Argentina dall'allora poliziotto René Jesús Derecho, costituissero crimini contro l'umanità e quindi imprescrittibili. Nonostante il riferimento esplicito della Corte ai "fatti oggetto di indagine", il

* Professore di Diritto penale e Diritti umani presso le Università di Buenos Aires e di Palermo (Buenos Aires).

[1] CSJN, Fallos: 330: 3074, CSJN, D. 1682. XL, Ricorso di fatto. Derecho, René Jesús s/ incidente di prescrizione dell'azione penale, causa n. 24.079, 11 luglio 2007.

[2] L'intero lavoro, di conseguenza, contiene riferimenti indistinti al parere del PGN o della maggioranza della CSJN.

modo in cui la maggioranza del tribunale ha analizzato le questioni lo ha portato a fissare, almeno in parte, la sua posizione sulla responsabilità penale dei membri di organizzazioni armate non statali per la possibile commissione di crimini contro l'umanità durante il periodo precedente al 1983. La giudice Carmen Argibay, con opinione dissenziente, ha dichiarato il caso inammissibile [3] e il ministro Carlos S. Fayt si era astenuto dal voto.

La maggioranza della CSGN [4] ritenne che nel caso in questione si discutesse "l'interpretazione delle norme di rango costituzionale e del diritto internazionale". Inoltre, si doveva stabilire anche "se i fatti– al di là della prova raggiunta – fossero sussumibili nei crimini contro l'umanità" [5]. La condotta imputata al poliziotto *Derecho* consisteva nell'arresto illegale del sig. Bueno Alves, nelle percosse e nella privazione di medicinali (il detenuto era un uomo malato e aveva bisogno di medicine), fatti avvenuti nel 1988, ovvero cinque anni dopo il ritorno della democrazia in Argentina. Secondo quanto sostenuto dall'avvocato della vittima, esisteva una pratica diffusa della Polizia Federale Argentina consistente nel falsificare procedimenti giudiziari con scopi diversi, come ad esempio migliorare le statistiche (sulle detenzioni avvenute, sull'efficacia dell'azione della polizia) o per vendetta personale.

Almeno due risoluzioni successive respinsero la possibilità di considerare alcuni atti delle organizzazioni armate come crimini contro l'umanità, citando la decisione della CSGN nel caso *Derecho*. Da un lato, la risoluzione 158/07 del PGN, del 29 novembre 2007, che conferì carattere di istruzione generale al parere dell'"Unità di coordinamento e monitoraggio dei casi di violazioni dei diritti umani commesse durante il terrorismo di Stato" della Procura General della Repubblica riguardanti la responsabilità dei membri dell'*Esercito rivoluzionario del popolo* nel caso *Larrabure*. L'altra risoluzione riguardò l'archiviazione del caso sui membri del gruppo *Montoneros*, pronunciata dalla Camera Federale di Buenos Aires, nell'ambito dell'indagine sull'attentato dinamitardo avvenuto il 2 luglio 1976 nella sede dell'allora Superintendenza di Sicurezza Federale della Polizia Federale Argentina [6]. Nella giurisprudenza della CSGN, la sentenza *Derecho* venne citata in

[3] Ai sensi dell'articolo 280 del Codice di procedura civile e commerciale della Nazione.

[4] Composta da: Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda e E. Raúl Zaffaroni.

[5] Parere del PGN, punto II.

[6] C. Nac. Crim. e Corr. Fed., Sala 1ª, Causa n. 40.201, 21 dicembre 2007. Punto III. In tale sede la Camera afferma che «il termine organizzazione [nell'attuale definizione dei crimini contro l'umanità], se non è collegato allo Stato, deve riferirsi a un ente – autorità – che eserciti un dominio politico analogo».

quattro occasioni correlate anche se non così centrali rispetto alla definizione delle responsabilità degli attori non statali [7].

Proprio per la possibilità che trovasse applicazione in altri processi, il caso "Derecho" fu contestato da coloro che ritennero applicabile anche ai membri delle organizzazioni armate non statali, la riapertura dei procedimenti penali per i crimini del passato, consentita a "Simón" nei confronti di agenti statali. Tali critiche segnalano come quel caso esageri la necessità dell'intervento di un attore "quasi statale" per considerare un comportamento come crimine contro l'umanità, con il risultato di non prestare la dovuta attenzione ad altri elementi, come l'interesse della vittima [8].

In questa sede mi soffermerò su alcuni aspetti della sentenza relativi ai gruppi armati non statali [9].

In primo luogo, inquadrerò la decisione in esame nel contesto più generale della politica penale dello Stato per i crimini commessi prima dell'inizio della transizione democratica del 1983. La sentenza "Derecho", come si vedrà, sembra aver consolidato quello che potrebbe essere definito come l'abbandono da parte della giurisprudenza della *teoria dei due demoni*.

In secondo luogo, mi soffermerò sul lavoro di David Luban, ripreso al punto IV dal parere della Procura Generale della Nazione (PGN) [10]. Questo ha infatti costituito l'argomento principale per la definizione del criterio stabilito dalla Corte. Nonostante gli indubbi progressi nella definizione di questo tipo di crimini, rimane una certa imprecisione riguardo al loro contenuto. Come cercherò di dimostrare, questa imprecisione non può essere compensata facendo riferimento al lavoro di Luban.

---

[7] Sentenze: 345:298 (2022) 341:1207 (2018); CSJN, "Fano, Osvaldo Jorge", sentenza dell'8 maggio 2018;340:493 (2017).

[8] Cfr. E.J. Cárdenas, *La Corte Suprema comienza a afinar su puntería respecto de los «crímenes de lesa humanidad»*, in *El Derecho*, 11.897, 4 dicembre 2007; C.A. Manfroni, *Lesa Humanidad: La Doctrina Mal Citada*, in *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, vol. 67, 2, 2007, 25-40 (http://www.colabogados.org.ar/larevista/index.php?idrevista=6&origen=3). In generale, cfr. ad esempio Editoriale I, *Larrabure: Crimen de lesa humanidad*, in *La Nación*, 17 giugno 2007. A queste critiche vanno naturalmente aggiunte quelle già note per cui, per diversi motivi, ci si oppone o si mette in discussione la possibilità di fondare la responsabilità penale individuale sulla base di norme internazionali.

[9] Sono consapevole, tuttavia, che anche l'analisi della violenza politica non statale non è esente da problemi. Essa richiederebbe numerose distinzioni che non possono essere sviluppate in questa sede.

[10] Così anche nella Risoluzione PGN 158/07 e nella sentenza della Camera Federale citate.

In terzo luogo, esaminerò la dottrina e la giurisprudenza internazionale citate dalla PGN. Non si intende mettere in discussione la pertinenza o la correttezza del materiale utilizzato, ma piuttosto evidenziare le difficoltà che emergono nel momento in cui si cerca di giustificare uno standard sulla base di fonti complesse e di un oggetto di analisi che non richiedeva necessariamente di considerare tutti i casi esaminati dalla Corte. Nessuna delle questioni che esamineremo è un problema cruciale nella sentenza *Derecho*, ma esse mostrano la complessità del percorso intrapreso. Mostrare tale complessità è l'obiettivo di queste riflessioni.

2. *L'abbandono della teoria dei due demoni*

La sentenza stabilì un criterio giudiziario in un ambito fino ad allora inesplorato in modo esplicito dalla Corte. Sembrava consolidare l'abbandono da parte della giurisprudenza di una certa simmetria nel considerare penalmente comportamenti degli agenti statali e parastatali e delle organizzazioni armate non statali. Infatti, fino alla fine degli anni '90, la reazione penale della giovane democrazia argentina aveva, in un certo senso, equiparato la necessità dei rimproveri e delle grazie ricevute dagli attori della violenza predemocratica. La sentenza *Derecho*, invece, si inserì in un quadro giuridico e politico che marcava contrasti più forti tra crimini statali o parastatali e atti violenti effettuati dei membri delle organizzazioni.

Il governo del primo presidente democratico Raúl Alfonsín (1983-1989) aveva promosso la persecuzione penale dei militari e dei membri delle organizzazioni armate come parte della sua strategia di transizione, con l'obiettivo di "rafforzare la giustizia" [11] e consolidare l'idea di uno Stato di diritto al di sopra della violenza politica di qualsiasi segno. In un discorso trasmesso dalla televisione nazionale il 22 dicembre 1983, il presidente affermò apertamente che la violenza non potesse rimanere impunita: "Il passato grava cupamente sul nostro futuro, le violazioni estremamente aberranti dei diritti, che costituiscono l'essenza della dignità umana, commesse dal terrorismo e la repressione di tale terrorismo non possono rimanere impunite. Tale

[11] Questo è lo scopo dichiarato nel testo del decreto 157/83. L'espressione "*rafforzare la giustizia*" corrisponde inoltre a uno dei sei obiettivi fondamentali enunciati nella premessa della Costituzione nazionale. Durante la sua campagna elettorale, Alfonsín recitava il preambolo, secondo quanto lui stesso affermava, "come una preghiera laica e patriottica", che il pubblico era solito accompagnare (cfr. R. Estevez Andrade, M. Mendez, *Ahora Alfonsín*, Margen Izquierdo, Buenos Aires, 2023, 324).

impunità significherebbe rinunciare ai principi etici fondamentali, mettendo a repentaglio la prevenzione di future violazioni" [12].

Per questo decise di emanare due decreti presidenziali consecutivi, il 157 e il 158 del 1983. Il primo promuoveva la persecuzione "dei massimi responsabili dell'instaurazione di forme violente di azione politica" verificatesi "dopo il 25 maggio 1973", ovvero includendo il periodo democratico precedente al colpo di Stato del 1976, sottolineando il ruolo della "cúpula terrorista" (vertice) in tali avvenimenti. Il secondo decreto sottoponeva "a giudizio sommario dinanzi al Consiglio Supremo delle Forze Armate i membri della Giunta Militare che usurparono il governo della Nazione il 24 marzo 1976 e i membri delle due giunte militari successive..." [13]. Secondo il filosofo e consigliere presidenziale Carlos Nino, fu la stessa amministrazione a promuovere le indagini sulle atrocità del passato, emanando due decreti (157/83 e 158/83) che disponevano l'avvio dei processi sia nei confronti dei membri delle tre giunte militari, durante le quali si verificarono le più gravi violazioni, sia dei leader dei movimenti guerriglieri terroristici ["*the heads of the guerrilla terrorist movements*"] [14]. In questa stessa prospettiva viene spesso richiamato il testo della prefazione al rapporto *Nunca Más* della Commissione nazionale sulla scomparsa delle persone (CONADEP), in quanto indichi che durante il decennio degli anni '70 l'Argentina era stata "scossa da un terrore che proveniva sia dall'estrema destra che dall'estrema sinistra" [15].

Il drastico ridimensionamento della perseguibilità penale degli agenti statali, introdotto dalle leggi di "Punto Final" e di "Obediencia Debida", non mutò tuttavia l'impostazione centrale della politica criminale nella fase di transizione, orientata al perseguimento dei militari, delle forze di sicurezza e dei membri delle organizzazioni armate. La precisa individuazione dell'insieme dei soggetti coinvolti è tuttavia sempre rimasta problematica. Il

---

[12] Alfonsín Raúl, Messaggio trasmesso dalla rete televisiva nazionale il 22 dicembre 1983, disponibile nell'Archivio Prisma, AU 334, https://www.youtube.com/watch?v=qv_jfW2oNUU&t=171s.

[13] Decreto 158/83, articolo 1.

[14] C.S. Nino, *The Human Rights Policy of the Argentine Constitutional Government: A Reply*, in *Yale Journal of International Law*, vol. 11, 1985, 223. Anche A. Carrió, *Alfonsín y los derechos humanos – El trasfondo ético, político y jurídico del juicio al mal absoluto*, Sudamericana, Buenos Aires, 2023.

[15] La CONADEP è stata istituita con decreto del presidente Alfonsín 187/83, del 15 dicembre 1983, con l'obiettivo di "fare luce sui fatti relativi alla scomparsa di persone avvenuta nel Paese"; decreto 187/83, articolo 1. Sul prologo, E. Crenzel, *El Prólogo del Nunca Más y la Teoría de los dos Demonios. Riflessioni su una rappresentazione della violenza politica in Argentina*, in *Contenciosa*, vol. I, 1, 2013.

successore di Alfonsín, Carlos Saúl Menem, durante il suo primo mandato (1989-1995) attuò una politica con alcune simmetrie, ma con l'obiettivo di limitare quasi completamente la persecuzione penale. Per consolidare la pacificazione nazionale, il presidente Menem concesse la grazia sia ai funzionari statali che ai membri dei gruppi armati [16]. Nella ricostruzione dell'ex ministro dell'Interno Carlos Corach, le ribellioni militari "minavano dall'interno le forze armate, mettendo a rischio tutto il lavoro di guarigione delle ferite causate dalla dittatura [...] la sfida rappresentata dalle ribellioni dei 'carapintadas' metteva [...] tutto il nostro sistema democratico di fronte a una morsa politica e sociale che minacciava di soffocarlo […] il governo democratico doveva dimostrare alla società di avere il potere di sconfiggere gli insubordinati […] Ma d'altra parte era più che evidente la sofferenza a società argentina causata dalle ferite provocate dalla guerra sporca contro le organizzazioni terroristiche..." [17]. In senso simile, Alicia Pierini, allora sottosegretaria per i diritti umani, invitò a comprendere le ragioni alla base di tali provvedimenti di grazia, in quanto furono concesse in un "contesto di incarcerazione di compagni e scontri con i militari, iperinflazione e caos, che fu l'eredità lasciata dal padre dei due demoni", ricordando l'incarcerazione subita dopo il 1983 da persone come Ricardo Obregón Cano, Raúl Magario e Quique Lovey [18].

Questo parallelismo, secondo cui le organizzazioni armate e le forze statali furono, più o meno allo stesso modo, sottoposte alla giustizia o graziate, si incrinò durante il secondo mandato di Carlos Menem (1995-1999). Da allora, il dibattito sulla possibile responsabilità penale degli autori delle violenze pre-democratiche si concentrò sulle forze militari, sulle forze di sicurezza e sulle persone ad esse collegate. Da allora sino ad oggi, sembra essere cambiata la considerazione unitaria del ruolo dei vertici del terrorismo di Stato e delle azioni violente di alcuni gruppi politici, almeno per quanto riguarda la politica penale o di grazia del governo e l'operato dei tribunali. Nel 2003 vennero abrogate le già menzionate leggi di "Punto Final" e

---

[16] Cfr., in generale, O. Landi, I. Gonzalez Bombal, *Los derechos en la cultura política*, in C.H. Acuña, C. Smulovitz (ed.), *Juicio, Castigos y Memoria: Derechos humanos y justicia en la política argentina*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1995.

[17] C. Corach, *La Revolución de la Convivencia Democrática – El Mandato de la Unión Nacional*, in E. Menem, C. Corach (eds.), *Los Noventa – La Argentina de Menem,* Sudamericana, Buenos Aires, 2021, 6 e 8-71.

[18] A. Pierini, *¿Cuál fue mi inconducta?*, in *Página/12*, 10 ottobre 2003. Cfr. anche il decreto 1.003/89 e i decreti 2742/90, 2743/90 e 2744/90. Altri decreti hanno disposto la grazia per diversi agenti statali, compresi quelli condannati nel 1985.

"Obediencia Debida" che avevano limitato la persecuzione penale dei militari dopo il *processo alle giunte* del 1985. Nello stesso anno, la Corte autorizzò i cd. i "processi per la verità" che permisero progressivamente di fare luce sui crimini del terrorismo di Stato. In seguito, un giudice federale ordinò l'arresto dell'ex dittatore Jorge Rafael Videla. Fu l'anno dell'arresto di Pinochet e dell'approvazione dello Statuto di Roma. Gli stessi passi avanti non si riscontravano tuttavia nella persecuzione penale degli ex membri delle organizzazioni armate. L'ampia politica di risarcimenti economici confermava inoltre la condizione di vittime del terrorismo di Stato di molti membri dei gruppi armati.

Durante le presidenze successive, da Fernando de la Rúa (1999-2001) a Eduardo Duhalde (2002-2003), il quadro generale rimase simile. La transizione tra questi due governi fu turbolenta e non sembrava aver avuto un impatto significativo su questo aspetto. Nessuna di queste amministrazioni promosse attivamente la persecuzione dei fatti del passato, ma le indagini giudiziarie sugli atti commessi dal potere statale o sotto la sua protezione proseguirono. In particolare, nel maggio 2001 un giudice federale aveva dichiarato nulle le due leggi di impunità e da allora le indagini continuarono contro i responsabili delle violazioni commesse da o sotto la protezione dell'apparato repressivo statale, senza un correlato equivalente per quanto riguarda i crimini delle organizzazioni non statali. A partire dalla metà degli anni '90, quindi, la teoria dei due demoni [19] (intendendo con essa una certa simmetria nella considerazione dei crimini del periodo pre-democratico), non influenzò la politica di persecuzione penale dei crimini contro l'umanità da parte dello Stato.

Sotto l'amministrazione di Néstor Kirchner (2003-2007) questo orientamento si era consolidato in modo ancora più marcato, continuando poi con Cristina Fernández de Kirchner (sia nel 2008-2011, sia nel 2011-2015). Variazioni sostanziali non ci sono state nemmeno durante i governi di Mauricio Macri (2015-2019) e Alberto Fernández (2019-2023), al di là delle diverse posizioni e discussioni messe in scena da ciascuna amministrazione su varie questioni legate al passato dittatoriale, su cui divergevano in modo significativo.

[19] Come osserva Marina Franco, la teoria dei due demoni, nonostante la diffusione dell'espressione, «non è mai stata enunciata come tale, né in termini positivi con tale denominazione; non esiste come corpus di idee e nessun gruppo si riconosce come autore o promotore della stessa. Inoltre, la definizione o il contenuto di tale "teoria" varia a seconda di chi utilizza tale denominazione e il suo uso è sempre critico e sanzionatorio». Cfr. M. Franco, *La «teoria dei due demoni», un simbolo della post-dittatura in Argentina*, in *A contracorriente. A Journal on Social History and Literature in Latin America*, vol. 11, 2, 2014, 22. Tuttavia, dato che uno dei primi utilizzi della *teoria* si riferisce proprio alla messa in discussione di alcuni aspetti della politica di persecuzione penale degli anni '80, manteniamo qui il riferimento.

Ciò è evidente, ad esempio, nei diversi interventi nella *Giornata Nazionale della Memoria per la Verità e la Giustizia* in ricordo delle vittime del processo iniziato nel 1976. Essa dava la possibilità al potere esecutivo nazionale "di disporre, nei diversi ambiti di sua competenza, l'attuazione di attività specifiche" [20].

L'attuale amministrazione del presidente Javier G. Milei esprime una visione diversa sul modo di intendere e affrontare tali questioni. Si è infatti mostrata fortemente critica sul ruolo delle organizzazioni armate. Inoltre, non condivide l'approccio delle amministrazioni precedenti. Nel messaggio ufficiale, ad esempio, del 24 marzo 2025, la Presidenza ha diffuso un video con la testimonianza di María Fernanda Viola, "vittima del terrorismo dell'E.R.P.", e la pagina della *Casa Rosada* in cui sottolinea che "... per anni è stata nascosta una parte della storia, senza dare il giusto riconoscimento alle vittime della guerriglia da parte di gruppi terroristici come Montoneros, Ejército Revolucionario del Pueblo, Fuerzas Armadas Revolucionarias, Fuerzas Armadas Peronistas, tra gli altri" [21]. Fin qui, ciò sembra aver avuto una certa correlazione con il venir meno del supporto alle indagini sui crimini di Stato, ma non sembra aver influito, almeno non ancora, sulla modifica dei criteri e dell'applicazione della sentenza "Derecho" [22].

Nel 2003, ormai più di vent'anni fa, le leggi già menzionate di Punto Final e Obediencia Debida sono state dichiarate nulle dal Congresso Nazionale. Nel 2005, la CSGN ne ha confermato l'invalidità nel caso *Simón*. Da quel momento, secondo i dati pubblicati dalla Procura per i crimini contro l'umanità, sono stati condannati 1.176 individui e 183 assolti. Altri 17 processi erano in corso e in altri 62 casi la procura aveva richiesto il rinvio a giudizio. Dall'avvio dei processi, d'altra parte, sono 1.559 le persone decedute sulle quali verteva un'indagine [23]. Nello stesso periodo sono stati registrati alcuni tentativi infruttuosi di perseguire penalmente ex membri di organizzazioni armate. Ad esempio, si può menzionare il provvedimento di custodia cautelare, revocato poi poco dopo, e disposto nei confronti di parte della leadership dei

---

[20] Legge 25.633, articoli 1 e 3.

[21] Casa Rosada: https://www.casarosada.gob.ar/slider-principal/50413-24-de-marzo-dia-nacional-de-la-memoria-por-la-verdad-y-la-justicia-completa.

[22] G. Braslavsky, *Polemica alla Difesa: Luis Petri ha licenziato una squadra che indagava sugli archivi della dittatura, accusandola di "perseguire" i militari*, in *Clarín*, 12 aprile 2024.

[23] *Procuratori*, "24 marzo: dal 2006 sono state emesse 321 sentenze per crimini contro l'umanità, con 1176 persone condannate e 183 assolte", in https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/24-de-marzo-desde-2006-se-dictaron-321-sentencias-por-crimenes-de-lesa-humanidad-con-1176-personas-condenadas-y-183-absueltas/.

Montoneros per la loro possibile responsabilità in un'operazione fallita del 1980 che portò alla morte di diversi militanti [24]. Oppure, ancora i tentativi giudiziari di riaprire casi penali relativi a reati attribuiti ad alcuni membri di organizzazioni armate non statali, come i casi "Viola" [25], "Larrabure" [26], o il cosiddetto "Massacro della Mensa" [27].

In definitiva, la sentenza "Derecho" confermava nella giurisprudenza della CSGN quella che sembrava essere una svolta giudiziaria definitiva, o almeno dagli effetti piuttosto consolidati, rispetto alla considerazione unitaria della violenza politica. Dal 1983, la CSJN si è sostanzialmente allineata alle linee guida definite o promosse dai poteri politici, talvolta anche a maggioranza. In questo senso, il perdurare nel tempo della pretesa punitiva per i fatti commessi sotto la protezione dello Stato, insieme alla prescrizione del reato o alla possibilità di indulto per altri crimini, sembrerebbe esprimere un orientamento interpretativo che appare tuttora prevalente. Dal 1983, e senza pregiudizio per i decreti successivi, sia il *Nunca Más* che la diffusione e la portata istituzionale del *Juicio a las Juntas* suggerivano fin dall'inizio di considerare diversamente la violenza di Stato. In definitiva, è questo il criterio che si è consolidato e in cui si inscrive la sentenza "Derecho". Oggi, dato

---

[24] Cfr. Tribunale penale federale n. 11 della città di Buenos Aires, causa n. 6.859/98; "Scagliusi, Claudio Gustavo e altri s/privazione illegale della libertà", dal registro della Segreteria n. 21, risoluzione del 16 settembre 2003. Questa risoluzione interlocutoria indicava che vi erano forti sospetti per concludere che... i membri della direzione nazionale dell'OM [Organizzazione Montoneros] non hanno preso tutte le precauzioni necessarie affinché le loro decisioni non fossero funzionali alla struttura illegale di repressione organizzata dal governo delle FF.AA. nel periodo 1976/83, poiché il caso particolare dei fatti qui indagati e per i quali sono stati interrogati Roberto Cirilo Perdía e Fernando Vaca Narvaja, evidenzia chiaramente un comportamento sprezzante dei minimi valori giuridici che costituiscono il fondamento di una comunità..." (punto II.2). La soluzione del giudice Claudio Bonadío è stata revocata con toni duri dalla Camera Federale della Città di Buenos Aires; cfr. Sala II – Causa 20.559 "Incidente di scarcerazione di Vaca Narvaja, Fernando nel procedimento Scagliusi, Claudio Gustavo per privazione illegale della libertà personale" del Tribunale Federale 11, Segreteria 21. Registro 21.641, 20 ottobre 2003, e Sala II – Causa 20.561 "Incidente di scarcerazione di Perdía, Roberto Cirilo nel procedimento Scagliusi, Claudio Gustavo per privazione illegale della libertà personale" Tribunale Federale 11, Segreteria 21. Reg. 21.642, 20 ottobre 2003.

[25] C. HARTMANN, *Caso Viola: si valuta se i crimini della guerriglia siano o meno contro l'umanità*, in *La Prensa*, 7 giugno 2022.

[26] CFCP, Sala II, FRO 43000018/2007/2/CFC1, "Kremer, Juan s/ricorso di cassazione", rta. 26 dicembre 2018. Inoltre, V. CARNOVALE, *La violenza rivoluzionaria davanti alla giustizia: nuovi problemi e sfide storiografiche*, Università Nazionale di Mar del Plata. Facoltà di Lettere e Filosofia. Programma Interuniversitario di Storia Politica, in PolHIs, vol. 13, n. 25, pp. 331-358.

[27] P. BLANCO, *Servini ha nuovamente respinto la riapertura del caso relativo all'attentato dei Montoneros alla mensa della Polizia Federale nel 1976*, in *Infobae*, 4 settembre 2023.

il trascorrere del tempo, l'età e la condizione degli attori rilevanti degli eventi precedenti al ritorno alla democrazia, non sembra probabile una modifica significativa del percorso intrapreso finora, senza pregiudizio, ovviamente, delle possibili riletture, critiche e revisioni.

3. *La perversione della politica*

3.1. *Il fondamento dei crimini contro l'umanità*

La sentenza "Derecho" ha stabilito alcuni limiti alla definizione contemporanea dei crimini contro l'umanità.

Come spiegato dalla PGN nel suo parere, sebbene la definizione dello Statuto di Roma fosse "l'ultimo passo statutario di una lunga evoluzione storica e giuridica" [28], l'analisi del caso "*Derecho*" è stata effettuata in conformità con le norme vigenti al momento della sentenza (2007) e non al momento dei fatti (1988). Secondo la CSGN, l'attuale codificazione e la letteratura che la commenta hanno ampliato e non limitato lo spettro di ciò che è accettato come crimine contro l'umanità [29]. Tuttavia, anche alla luce di tale quadro interpretativo, si è concluso che i fatti in esame non integravano la fattispecie di crimini contro l'umanità [30].

La CSGN ha quindi presentato due serie di motivi per concludere che, alla luce del diritto vigente al momento della sentenza, i fatti del caso non costituivano crimini contro l'umanità. In primo luogo, si stabiliva un criterio sostanziale per distinguere tali crimini dai reati comuni. Secondo lo standard fissato dalla Corte, l'esame decisivo doveva far riferimento al fatto preso in considerazione e se quest'ultimo potesse essere ritenuto il prodotto di un esercizio dispotico e depravato del potere governativo. In secondo luogo, si analizzavano i requisiti espliciti della codificazione, della giurisprudenza e della dottrina sui crimini contro l'umanità. Per la Corte, entrambi i criteri portano alla conclusione che i fatti contestati costituivano reati comuni e, pertanto, soggetti alla prescrizione dell'azione penale corrispondente.

In questo punto e nei due seguenti mi concentrerò sul primo criterio stabilito dalla Corte. Sia lo sviluppo dell'argomentazione che la formulazione dell'esame in questione si trovano nel punto IV del parere della PGN, di cui riporto di seguito alcuni passaggi fondamentali. Il Procuratore sosteneva

[28] Parere del PGN, punto III.A.

[29] *Ibidem*, punto IIII.A.

[30] *Ibidem*, punto III.B.

che i crimini contro l'umanità, "così come i reati contro le persone, implicano entrambi la violazione dei diritti fondamentali degli esseri umani" [31] e che la lesione di interessi rilevanti di una persona, di conseguenza, non potrebbe costituire un elemento sufficiente della definizione. La distinzione rilevante, secondo il PGN, riguarda non solo la violazione dei diritti delle vittime, ma anche quelli dell'umanità nel suo insieme.

Per sostanziare tale distinzione, il PGN ha ripreso il lavoro di David Luban [32]. Tale teoria, condivisa sia dal PGN che dalla Corte, è divenuta la base per l'esame svolto dalla Corte per distinguere tra un reato comune e un crimine contro l'umanità.

> "Il ragionamento di tale autore è il seguente: la caratteristica umana di vivere in gruppo, il bisogno naturale di vivere socialmente comportano la necessità di creare un'organizzazione politica artificiale che regoli questa vita in comune. La semplice esistenza di tale organizzazione, tuttavia, implica una minaccia, almeno astratta, al benessere individuale. I crimini contro l'umanità rappresentano la minaccia più grave: si tratta di casi in cui la politica è diventata cancerogena o perversa. L'essere umano non può vivere senza un'organizzazione politica, ma la costituzione di un ordine istituzionale crea il rischio e la minaccia permanente che questo si ritorca contro l'uomo [...] I casi di crimini contro l'umanità sono proprio la realizzazione della peggiore di queste minacce, quella dell'organizzazione politica che attacca massicciamente coloro che dovrebbe proteggere. "Umanità", quindi, in questo contesto, si riferisce alla caratteristica universale di essere un "animale politico" e la caratterizzazione di questi attacchi come crimini contro l'umanità ha la funzione di segnalare l'interesse comune, condiviso dal genere umano, affinché le organizzazioni politiche non diventino quel tipo di macchina perversa. Il criterio di distinzione risiederebbe quindi non nella natura di ogni singolo atto (ad esempio, ogni omicidio), ma nella sua appartenenza a un contesto specifico: "L'alto grado di depravazione, di per sé, non distingue i crimini contro l'umanità dai fatti più crudeli che i sistemi locali criminalizzano. Ciò che distingue i crimini contro l'umanità è che si tratti di atrocità commesse da governi o organizzazioni quasi governative contro gruppi civili che si trovino sotto la loro giurisdizione e il loro controllo [...]".

Su questa base, il PGN concludeva che "[q]uesto criterio potrebbe essere configurato come un test generale per stabilire se il fatto che si intende sottoporre a verifica possa essere considerato il risultato di un esercizio dispotico e depravato del potere governativo" [33]. Nel caso in questione, il

---

[31] *Ibidem*, punto IV.

[32] D. Luban, *A Theory of Crimes against Humanity*, in *Yale Journal of International Law*, vol. 29.

[33] Parere del PGN, punto IV.

PGN affermava che i reati contestati non corrispondono allo scopo internazionale perseguito al momento di definire i crimini contro l'umanità perché nel 1988 in Argentina non esisteva "uno Stato o un'organizzazione dipendente dallo Stato che presentasse la caratteristica fondamentale di essersi trasformato in una macchina perversa di persecuzione sistematica e organizzata di un gruppo di cittadini".

Si aggiungeva inoltre che "dal punto di vista storico"

> "[…] il concetto moderno di questa categoria ha avuto origine alla fine della seconda guerra mondiale. In quel momento, dopo le atrocità commesse dal regime nazionalsocialista, divenne evidente che la categoria dei crimini di guerra non riusciva a comprendere il caso, senza precedenti, almeno per quanto riguardava la sua portata, dei crimini commessi dall'organizzazione politica contro i propri cittadini, o quelli commessi prima dell'inizio della guerra o contro cittadini civili di Stati nemici [...] In un certo senso, la categoria, insieme ai suoi effetti di imprescrittibilità e giurisdizione universale, nasce come risposta alle manifestazioni più terribili del potere statale perverso e violatore dei diritti umani più elementari".

Lo standard adottato dalla CSJN, ovvero ciò che "possa essere considerato il prodotto di un esercizio dispotico e depravato del potere governativo", potrebbe presentare qualche imprecisione se consideriamo alternativamente i fatti concreti del caso affrontato dalla Corte o la questione più generale che lo stesso Procuratore e la Corte decisero di affrontare in merito alla definizione dei comportamenti qualificabili come crimini contro l'umanità.

Come già osservato, anche altri commentatori e persino ulteriori decisioni ufficiali riconoscono senza difficoltà che le considerazioni svolte nella sentenza "Derecho" esprimono qualcosa di più della sola posizione del tribunale sui fatti commessi da agenti statali. L'ultimo paragrafo del punto IV, inoltre, si riferisce in modo inequivocabile alla situazione delle organizzazioni politiche non statali, confermando che la sentenza "Derecho" debba essere letta con molta attenzione per quanto riguarda la definizione dei comportamenti oggi ricompresi nella categoria dei crimini contro l'umanità [34].

---

[34] In un parere successivo, il PGN ha aggiunto alcune considerazioni e ha concluso che le considerazioni di *diritto*, adeguate oggi, non dovrebbero necessariamente essere le stesse in un momento precedente: "... l'elemento di contesto, che distingue i reati comuni dai crimini contro l'umanità secondo la prassi esistente fino agli anni '70, si basa sul fatto che gli atti fanno parte di una politica dello Stato. Ciò risulta chiaramente dal fatto che i fatti a cui è stata applicata questa categoria di reati in tutti i casi erano crimini commessi su larga scala e con la partecipazione o la tolleranza dello Stato" (PGN, Res. 158/07, cit. 5).

3.2. *La questione delle organizzazioni non statali*

Parafrasando il Procuratore generale (PGN), si può concludere che, nel caso di René Derecho, la Corte ha affermato che, pur trattandosi di un agente dello Stato, il fatto in esame non incideva sull'umanità nel suo complesso, ma riguardava unicamente un singolo individuo o la sua comunità, senza integrare una grave perversione del sistema politico. La Corte ha inoltre precisato che, in determinate circostanze, anche condotte non statali possono essere assimilate alla "perversione del sistema politico" che la categoria dei crimini contro l'umanità mira a sanzionare. In altri termini, non ogni abuso commesso da agenti statali implica automaticamente tale perversione, così come non è necessario che l'autore sia necessariamente lo Stato affinché essa possa configurarsi[35].

Nella sentenza, del resto, vi sono diversi riferimenti a quest'ultima possibilità.

In due citazioni di Luban: "… la qualificazione di questi attacchi come crimini contro l'umanità ha la funzione di sottolineare l'interesse comune, condiviso dal genere umano, affinché le organizzazioni politiche non diventino quel tipo di macchina perversa". E ancora: "... ciò che distingue i crimini contro l'umanità è che si tratta di atrocità commesse da governi o organizzazioni quasi governative contro gruppi civili che sono sotto la loro giurisdizione e il loro controllo".

Nella stessa analisi della Corte si dispone che "... se il fatto che si intende mettere alla prova può essere considerato il prodotto di un esercizio dispotico e depravato del potere governativo". Nell'analisi fattuale si precisa che "[nel 1988 non esisteva in Argentina] uno Stato o un'organizzazione dipendente dallo Stato".

E, infine, nel riferimento all'origine storica della fattispecie richiamata, dove si sottolinea che in un primo momento il ruolo dello Stato era effettivamente critico,

> "la categoria dei crimini di guerra non riusciva a comprendere il caso senza precedenti, almeno per quanto riguarda la sua portata, dei crimini commessi dall'organizzazione politica contro i propri cittadini".

---

[35] C.A. Manfroni, *op. cit.*, 26, ha invece criticato il fatto che il PGN "abbia insistito nell'errore di esigere l'intervento dello Stato come condizione sine qua non per l'imprescrittibilità"; anche se nello stesso articolo sembra moderare questo punto affermando che "il procuratore invoca una teoria di David Luba[n] […] e, quindi, senza ulteriori indugi, deduce con il suddetto autore che i crimini contro l'umanità sono quelli commessi dalle organizzazioni politiche – governative o quasi governative – contro gruppi civili che sono sotto la loro giurisdizione e controllo. I crimini contro l'umanità risulterebbero così, dal punto di vista più recente del procuratore, il prodotto di un '*esercizio dispotico e depravato del potere governativo*'".

> "La categoria dei crimini contro l'umanità, insieme ai suoi effetti di imprescrittibilità e giurisdizione universale, nasce come risposta alle manifestazioni più terribili del potere statale perverso".

In conclusione, il parere della PGN e della maggioranza della CSGN hanno escluso la possibilità di considerare che attori non statali possano commettere un crimine contro l'umanità, anche se originariamente la figura incriminatrice richiedeva un atto statale. Fermo restando ciò, l'esame stabilito dalla CSGN si dimostra rigoroso, poiché, pur non richiedendo la partecipazione statale, richiede condizioni quali l'esercizio della "giurisdizione e del controllo" o del "potere governativo". Pertanto, sebbene la reazione della Corte di fronte alla responsabilità penale dei gruppi che hanno agito in Argentina senza il sostegno dello Stato sia un capitolo ancora aperto, l'esito sembra scontato.

Il punto IV, tuttavia, non consente di essere perentori sulle circostanze concrete in cui la CSJN riterrebbe che un comportamento presenti tutti gli elementi necessari per essere attribuito a un'organizzazione politica "perversa". Quale tipo di organizzazione politica, diversa dallo Stato, può essere qualificata come perversa nel senso richiesto dalla fattispecie dei crimini contro l'umanità? In quali condizioni essa eserciterebbe "controllo e giurisdizione"? Quando si potrebbe affermare che si tratta di un'organizzazione "quasi statale" o che detiene un vero e proprio "potere di governo"? Come visto, per la Corte, il fatto che l'autore sia un agente dello Stato con l'autorizzazione espressa ad usare la forza può essere un elemento indicativo, ma non determinante per stabilire se esso costituisca un esercizio perverso del potere politico. La cifra dei crimini contro l'umanità si configura nella perversione del potere politico e il punto IV chiarisce inoltre che solo quelle organizzazioni politiche che, pur non essendo lo Stato stesso, controllano la popolazione civile come tale, ne governano la popolazione e ne hanno giurisdizione su di essa, rientrano nella definizione. Tuttavia, non pare del tutto chiaro con quali strumenti si dovrebbe distinguere, secondo la Corte, quando questi elementi sono provati e quando no, né se necessariamente questo elenco sia da considerarsi esaustivo.

3.3. *Il lavoro di David Luban*

La posizione di David Luban citata dalla CSGN non sembra molto più permeabile di quella della PGN riguardo alla possibilità di considerare gli attori non statali responsabili di crimini contro l'umanità. Il cuore della sua argomentazione è, come ha affermato la PGN, la considerazione della condizione politica dell'essere umano. Luban afferma che siamo individui

consapevoli della nostra individualità e che tale consapevolezza sia alla base di formulazioni come quella della Dichiarazione universale dei diritti umani che proclama la "dignità umana intrinseca". Tuttavia, dice Luban, abbiamo il bisogno naturale di vivere in gruppo, e questo risulta essere allo stesso tempo una necessità ed una minaccia. Luban, seguendo Kant, definisce questo fenomeno "sociabilità asociale", la propensione a entrare in comunità accompagnata da una reciproca opposizione che minaccia costantemente di rompere la società. L'espressione "sociabilità asociale" è per Luban una felice descrizione del fatto che non siamo tanto animali sociali quanto animali politici. La politica è l'arte di organizzare la società in modo tale che l'opposizione reciproca che minaccia costantemente di distruggerla non trasformi la nostra propensione a partecipare ad una società in un patto suicida. La politica, dice, riguarda tanto l'autoaffermazione dell'individuo nei confronti dei gruppi quanto la solidarietà di gruppo. Per Luban, la vita sociale, così come l'individualità, è conseguenza naturale della condizione umana, ma non c'è nulla di naturale nei termini specifici della vita sociale. Definirci "animali politici" significa ammettere il bisogno di una qualche forma di organizzazione artificiale coercitiva, insieme alla contingenza e alla variabilità tra forme particolari [36].

Su questa base, Luban analizza cinque definizioni di crimini contro l'umanità: la Carta di Norimberga, la legge 10 del Consiglio di Controllo Alleato e gli Statuti dell'ex Jugoslavia, del Ruanda e della Corte Penale Internazionale e identifica in tutti questi testi cinque elementi distintivi di questi crimini:

a) sono commessi sia contro cittadini nazionali che stranieri;
b) sono crimini internazionali;
c) sono commessi da gruppi politicamente organizzati che agiscono "under color of policy";
d) costituiscono gli atti di persecuzione e violenza più abominevoli;
e) sono commessi contro le vittime sulla base della loro appartenenza a una popolazione e non tanto in base alle loro caratteristiche individuali.

Secondo Luban, il *leitmotiv* che accomuna tutte questi elementi è "la politica trasformata in qualcosa di orribilmente ingiusto" [*politics gone horribly wrong*]. I crimini "sono commessi da gruppi politici organizzati contro altri gruppi, tipicamente all'interno della stessa società. La rivalità e l'antagonismo

[36] D. Luban, *op. cit.*, 112-113.

sono normali tra i gruppi in quasi tutte le società, ma i crimini contro l'umanità si verificano nel momento in cui la rivalità e l'antagonismo normali 'diventano supernova' ed esplodono in violenza e persecuzione straordinarie" [37]. Luban conclude che questi elementi dei crimini contro l'umanità riflettono la stessa idea di base, ovvero: "che gli inferni politici generino un male peculiare che la legge deve condannare" [38].

Il testo di Luban presenta alcuni elementi imprecisi anche in relazione alla sfida di individuare in quali circostanze concrete un'organizzazione non statale possa incarnare la depravazione del potere politico che caratterizza i crimini contro l'umanità e attraverso quale mezzo potremmo stabilire se ciò sia vero. Le sue osservazioni non limitano il contenuto dei crimini alle azioni statali, ma non forniscono nemmeno informazioni decisive su come sia avvenuta la pratica relativa al comportamento degli attori non statali, o su come sia stato deciso se in un caso concreto la rivalità di un gruppo politico "sia diventata supernova". Come vedremo ora, tuttavia, Luban suggerisce che lo standard per considerare che un'organizzazione non statale diventi "cancerogena" è piuttosto esigente.

Egli afferma che viviamo sotto la costante minaccia che la politica si trasformi in un cancro e che "le istituzioni indispensabili della vita politica organizzata ci distruggano" [39]. Tutte le definizioni statutarie dei crimini contro l'umanità, osserva, hanno in comune la criminalizzazione delle atrocità commesse come parte di un piano organizzato "da uno Stato o da un'organizzazione assimilabile allo Stato [*state-like organization*] [40]". Analizzando le diverse formulazioni statutarie, Luban sottolinea che la Carta di Norimberga presupponeva che i crimini contro l'umanità fossero stati commessi da "agenti di uno Stato" [41]. Il nesso con gli atti dello Stato era considerato "necessario" per portare i crimini nella sfera internazionale. Tuttavia, aggiunge che la guerra in Bosnia aveva portato i redattori a moderare il requisito dell'azione statale, poiché le milizie serbe non erano ufficiali e solo indirettamente [*loosely*] affiliate allo Stato jugoslavo [42]. Il Ruanda, dice Luban, aveva indotto ad un'ulteriore mitigazione del requisito, poiché gran parte del genocidio, avvenuto in parte al di fuori delle zone di combattimento,

[37] *Ivi*, 108-109.

[38] *Ivi*, 109.

[39] *Ivi*, 90-91.

[40] Il parere del PGN traduce come "quasi statale".

[41] D. LUBAN, *op. cit.*, 95.

[42] *Ibidem*.

venne perpetrato da civili senza appartenenza. Pertanto, egli afferma che il requisito dell'azione statale, ampliato in Jugoslavia per includere attori non statali, ma assimilabili a esso, era stato nuovamente ampliato nello Statuto del Ruanda. Quest'ultimo richiedeva solo un attacco sistematico o generalizzato contro qualsiasi popolazione civile a causa della sua nazionalità o appartenenza a un gruppo politico, etnico, razziale o religioso [43]. Infine, conclude Luban, lo Statuto della Corte penale internazionale si adotta un linguaggio molto simile, ma senza l'esigenza di motivazioni. Sono crimini determinati atti quando commessi "come parte di un attacco generalizzato o sistematico contro una popolazione civile e con la consapevolezza di tale attacco". Lo Statuto di Roma, da parte sua, afferma inoltre che per "attacco contro una popolazione civile" si intenda una linea di condotta che comporti la commissione multipla degli atti, di cui al paragrafo 1, contro una popolazione civile, in conformità con la politica di uno Stato o di un'organizzazione di commettere tali atti o di promuovere tale politica (articolo 7.2.a).

Su questa base, Luban osserva che il requisito dell'azione statale ha subito una metamorfosi verso un elemento più ampio, "l'attacco sistematico o generalizzato", legato alla politica [*policy*] di uno Stato o di un'organizzazione. Ciò che tutte le formulazioni sembrano avere in comune, secondo Luban, è che i crimini contro l'umanità siano crimini perpetrati attraverso "un'organizzazione politica" e definisce questo elemento "responsabilità organizzativa" [44]. A tale riguardo, si confronta la definizione di crimine di genocidio con quella di crimine contro l'umanità e si sottolinea che, mentre per il primo è centrale l'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo in quanto tale, per i crimini contro l'umanità è sufficiente che le vittime appartengano a qualsiasi popolazione civile o collettività individuata. D'altra parte, si afferma che mentre il genocidio può essere commesso da un singolo individuo, la caratteristica distintiva dei crimini contro l'umanità è la natura collettiva dell'autore e la decisione organizzata, come parte di una politica, di commettere tali crimini [45].

Tuttavia, la questione delle circostanze in cui potremmo considerare un gruppo politico come un cancro non è, a mio avviso, determinata nella descrizione di Luban. Come dovremmo giudicare gli atti sistematici di persecuzione perpetrati dai membri di una fazione di un partito politico che ha

[43] *Ibidem*.

[44] *Ivi*, 97.

[45] *Ivi*, 97-98.

finanziamenti ufficiali e una certa rappresentanza in cariche elettive? Come dovrebbe essere qualificata la condotta dei membri di un'organizzazione armata che opera, in democrazia, in connivenza con un settore minoritario della forza politica del partito politico al governo e commette omicidi in modo sistematico? E i crimini diffusi di una milizia non statale che controlla per un certo periodo una parte del territorio? Di fronte a casi limite, non si rinviene un criterio definitorio, anche se si ritiene che la risposta di Luban sarebbe molto restrittiva.

L'Autore afferma infatti che la categoria dei crimini contro l'umanità riconosce il pericolo peculiare che "i governi, che dovrebbero proteggere le persone che abitano i loro territori, invece le uccidano e le perseguitano, trasformando la loro patria in un campo di sterminio invece che in un rifugio. Come animali politici non abbiamo altra scelta che vivere in gruppi; e i gruppi non hanno altra scelta che risiedere in territori sotto il controllo politico dell'uno o dell'altro. Il fatto che uno Stato attacchi i propri individui e i propri gruppi solo perché i gruppi esistono e gli individui appartengono ad essi trasforma la politica dell'arte di amministrare la nostra socialità asociale in una minaccia letale. Il rapporto che la politica criminale ha con la politica sana è lo stesso rapporto che il cancro ha con i tessuti sani" [46]. Luban riconosce inoltre che queste idee sono state sviluppate in modo più approfondito in un altro lavoro [47] e che ciò che lui chiama "politiche cancerogene" è ivi descritto come un abuso del "potere statale" che comporta "l'investimento sistematico delle risorse giurisdizionali dello Stato", ovvero la strumentalizzazione perversa dei poteri che giustificano lo Stato [48]. Il caso argentino, del resto, è citato nell'opera di Luban solo in relazione alla pratica statale delle sparizioni forzate, ma non vi è alcun riferimento diretto ad altri atti di violenza politica verificatisi nel Paese.

4. *Erudizione e questioni sociali difficili*

4.1. *L'utilizzo della dottrina e dei precedenti internazionali*

Il parere della PGN è ricco di citazioni e riferimenti alla giurisprudenza internazionale. Tra i riferimenti diretti ho trovato i seguenti:

---

[46] *Ibidem*, 2004, 117.

[47] R. Vernon, *What is Crime against Humanity?*, in *The Journal of Political Philosophy*, vol. 10, 3, 2002, 242-245.

[48] D. Luban, *op. cit.*, 2004, 117.

Punto IV

Statuto di Roma.

Satzger, Helmut; Internationales und Europäisches Strafrecht. Baden-Baden, Germania, 2005, p. 203.

Luban, David; A Theory of Crimes against Humanity. Yale Journal of International Law 29, anno 2004, p. 85.

Ratner, Steven e Abrams, Jason; Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy. Oxford University Press, Oxford-New York, 2001, p. 47.

Robinson, Darryl; Defining "Crimes against Humanity" at the Rome Conference. American Journal of International Law, Vol. 93, 1999, p. 43.

Punto V

Statuto di Roma.

Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, testo adottato dalla Commissione di legislazione internazionale nella sua quarantottesima sessione, 1996.

ICTY, *Procuratore contro Tadic*, 7 maggio 1997.

ICTR, *Procuratore contro Jean-Paul Akayesu*, causa n. ICTR-96-4-T.

Badar, Mohamed Elewa; Dalla Carta di Norimberga allo Statuto di Roma: definizione degli elementi dei crimini contro l'umanità. San Diego International Law Journal, vol. 5, 2004, pag. 73.

Werle, Gerhard; Trattato di diritto penale internazionale. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, tradotto da Díaz Pita e altri.

Chesterman, Simon; An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity. Duke Journal of Comparative & International Law, 308 1999-2000, p. 307.

Ambos, Kai Internationales Strafrecht, Monaco, 2006, p. 214.

Arsanjani, Mahnoush H.; The Rome Statute of the International Criminal Court. American Journal of International Law, gennaio 1999, p. 22.

Claus Kreß, Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofes Vom 17. Juli 1998, in Grützner/Pötz (a cura di); Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen. Heidelberg, 2a ed., 2001 (60a consegna [2003], t. 4. van Schaack, Beth, The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence. Columbia Journal of Tansnational Law, 1999, p. 787.

La strada scelta può servire a illuminare una soluzione migliore, attraverso la considerazione di opinioni ed esperienze comparate, oppure può rispondere alla necessità di individuare il contenuto concreto degli obblighi fondati sulla consuetudine internazionale. Essa comporta però alcuni costi

aggiuntivi, una certa confusione e, forse, inutili difficoltà interpretative. In tono critico, ad esempio, è stato affermato che "l'argomento dell'essenzialità del ruolo del potere pubblico nei crimini contro l'umanità" sia stato "forzato" attraverso la citazione "mutilata" di una sentenza internazionale e della dottrina straniera e che i precedenti invocati "offrano una conclusione opposta a quella attribuita dal procuratore e, per la sua adesione, anche dalla Corte" [49]. Oppure che il procuratore sia stato "[v]isibilmente in ritardo nella lettura dei precedenti giudiziari penali internazionali" [50].

Tenderei a dissentire dalla conclusione secondo cui i materiali siano stati "mutilati" o "forzati". La linea generale esposta dalla PGN coincide con il canone abituale in materia. Come espressamente riconosciuto dalla PGN, il concetto si è evoluto, tra l'altro, a favore di un alleggerimento del requisito dell'azione statale. Naturalmente, è possibile avere divergenze sul significato di questa o quella decisione citata, o sulla portata esatta dell'opinione di un autore o di una sentenza. Potrebbero anche esserci degli errori. Tuttavia, la descrizione della PGN, in generale, non sembra distorcere intenzionalmente il significato di nessuno dei materiali citati. La questione della responsabilità penale dei membri di gruppi non statali è proprio oggi oggetto di discussione e non si tratta di una questione indiscutibilmente risolta che il PGN ha omesso di menzionare [51].

Tuttavia, le critiche alla correttezza delle citazioni dimostrano che il ricorso a fonti esterne può complicare inevitabilmente il nostro approccio alle ragioni che potrebbero plausibilmente sostenere l'una o l'altra posizione e trasforma la ricerca di un criterio di giustizia per una situazione complessa in uno sforzo di erudizione. Da un lato, quasi tutte le citazioni sono difficilmente accessibili. D'altro canto, la Corte non ha definito se le citazioni fossero autorevoli o meno, indicando, ad esempio, se corrispondessero alla prova dell'esistenza di una consuetudine internazionale o se fossero solo materiali illustrativi rispetto a una possibile interpretazione dello Statuto di Roma, anche se propendo per quest'ultima ipotesi. Lo stesso vale, del resto, per i lavori critici che non chiariscono se e perché una determinata decisione di un tribunale internazionale dovrebbe essere vincolante per l'Argentina e in virtù di quale principio o norma [52].

---

[49] C.A. Manfroni, *op. cit.*, 26.

[50] C.M. Cárdenas, *La Corte Suprema*, cit.

[51] Sul fondo della discussione, F. Guariglia, *Crímenes internacionales y actores no estatales. El caso argentino*, in J. Taiana, L. Filippini *et al.* (eds.), *Hacer Justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, 143-165.

[52] Questa osservazione vale sia per il lavoro di C.A. Manfroni, *op. cit.*, che per quello di C.M. Cárdenas, *La Corte Suprema*, cit.

L'abbondanza di materiali può inoltre aumentare la possibilità di commettere errori. Una strategia simile per quanto riguarda il ricorso alle citazioni è stata utilizzata dal PGN nella sua risoluzione 158/07 e dalla Camera Federale nell'archiviazione del caso *Montoneros* già citato ed entrambe le risoluzioni, com'era prevedibile, hanno generato nuove reazioni che mettono in discussione la correttezza con cui vengono utilizzati i materiali esterni [53]. In materia di diritto, la Corte non spiega in modo esauriente con quale criterio ricorra ai materiali a cui fa riferimento, non chiarisce se escluda la menzione di altri che ha preso in considerazione, né sappiamo in che modo i materiali scritti in lingue straniere giungano a conoscenza dei giudici. Come vedremo più avanti, non sono state prese in considerazione nemmeno due sentenze interamericane rilevanti alla luce della giurisprudenza della Corte stessa. È probabile, tuttavia, che la conoscenza erudita di tutti i precedenti internazionali non modifichi la soluzione. Come ha sottolineato lo stesso Luban nell'articolo che il PGN e la Corte hanno fatto proprio, "il concetto [di crimini contro l'umanità] è ancora agli albori del suo sviluppo giuridico, e coloro che si occupano della sua corretta codificazione si trovano quasi nella stessa situazione dei matematici nelle fasi iniziali di un nuovo campo" [54]. Gli avvocati che cercano di codificare i crimini contro l'umanità, dice, "devono partire da un'idea intuitiva di cosa siano, e poi esaminare le loro formulazioni con le loro intuizioni" [55]. In quest'ottica, l'adozione di un criterio sostanziale al punto IV del parere apre una strada fruttuosa per discutere apertamente le ragioni per considerare imprescrittibili gli abusi del "potere governativo" e giudicare il valore dell'esame della Corte.

4.2. *La giurisprudenza della Corte IDH*

Un esempio tangibile dei problemi relativi al ricorso a fonti internazionali è l'assenza di qualsiasi riferimento nella sentenza alla giurisprudenza interamericana, anche se nel caso "Simón" – uno dei precedenti più importanti dell'attuale CSGN in materia – il tribunale aveva dedicato uno spazio

[53] Cfr. C.M. Cárdenas, *Los «crímenes de guerra» y la resolución de la Procuración General de la Nación 158/07*, in *El Derecho*, 11.945, 2008, in cui si contesta che l'istruzione generale ignori sentenze e pareri vigenti. Il quotidiano "*La Nación*" ha pubblicato un editoriale contro la sentenza della Camera di Buenos Aires, criticando anche l'uso di materiali internazionali o stranieri. Cfr. Editoriale I, *L'archiviazione dei casi dei Montoneros, La Nación*, 2008.

[54] D. Luban, *op. cit.*, 2004, 161.

[55] *Ibidem*. Inoltre, lo Statuto di Roma non definisce espressamente quale tipo di organizzazione, oltre allo Stato, rientri in tale categoria.

centrale al caso "Barrios Altos". In alcuni casi la giurisprudenza interamericana svolge un ruolo di primo piano, mentre in altri non viene menzionata.

Una delle sentenze che la CSGN avrebbe potuto prendere in considerazione è quella nel caso "Almonacid Arellano" in cui si analizzavano anche i crimini contro l'umanità [56]. L'assenza di tale riferimento è imputabile alla Corte e non al PGN. Il parere del PGN è del 1° settembre 2006, quindi precedente alla sentenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani del 26 settembre 2006.

Tuttavia, la sentenza della CSGN è del luglio 2007. Va inoltre segnalato che il caso era stato menzionato dalla stampa un mese prima. Nell'editoriale del quotidiano *La Nación* di domenica 17 giugno 2007 si affermava espressamente che "La Corte Interamericana dei Diritti Umani, nel pronunciarsi sul caso 'Almonacid', nel settembre 2006, ha concluso che già nel 1973 l'omicidio commesso nel contesto di un attacco generalizzato o sistematico contro settori della popolazione civile, perpetrato dallo Stato o da un'organizzazione terroristica, integrava una violazione di una norma di jus cogens, essendo obbligatoria la sua punibilità" [57].

Nel caso "Almonacid Arellano", la Corte interamericana ha dovuto stabilire "se al 17 settembre 1973, data della morte del signor Almonacid Arellano, l'omicidio costituisse un crimine contro l'umanità e in quali circostanze" [58]. A tal fine, in relazione ai crimini contro l'umanità ha affermato:

> 96 […] la Corte riconosce che i crimini contro l'umanità includono la commissione di atti disumani, come l'omicidio, commessi in un contesto di attacco generalizzato o sistematico contro una popolazione civile. È sufficiente che un solo atto illecito come quelli sopra menzionati sia commesso nel contesto descritto affinché un crimine contro l'umanità si realizzi.
>
> 99. […] la Corte ritiene che vi siano prove sufficienti per concludere che nel 1973, anno della morte del signor Almonacid Arellano, la commissione di crimini contro l'umanità, compreso l'omicidio commesso nel contesto di un attacco generalizzato o sistematico contro settori della popolazione civile, costituisse una violazione di una norma imperativa del diritto internazionale. Il divieto di commettere crimini contro l'umanità è una norma di *ius cogens* e la punibilità di tali crimini è obbligatoria ai sensi del diritto internazionale generale.

---

[56] Per un'analisi di questa sentenza, cfr. J. ZALAQUETT DAHER, *El caso Almonacid. La noción de una obligación imperativa de derecho internacional de enjuiciar ciertos crímenes y la jurisprudencia interamericana sobre leyes de impunidad*, in *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, 3, 2007, 183-194.

[57] Editoriale I, *Larrabure: Crimine contro l'umanità*, *La Nación*, 17 giugno 2007.

[58] Paragrafo 93.

> 103. Come risulta dal paragrafo sui fatti accertati [...], dall'11 settembre 1973 al 10 marzo 1990 vi era in Cile una dittatura militare che, nell'ambito di una politica di Stato volta a seminare il terrore, aveva attaccato in modo massiccio e sistematico settori della popolazione civile considerati oppositori del regime, con una serie di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale, tra cui almeno 3.197 vittime di esecuzioni sommarie e sparizioni forzate e 33.221 detenuti, la stragrande maggioranza dei quali fu vittima di tortura [...] Allo stesso modo, la Corte ritenne provato che il periodo più violento di tutta questa fase repressiva sia stato quello dei primi mesi del governo *de facto*. Circa il 57% di tutte le morti e le sparizioni e il 61% delle detenzioni si sono verificate nei primi mesi della dittatura. L'esecuzione del signor Almonacid Arellano si verificò proprio in quel periodo.
>
> 104. Pertanto, la Corte ritiene che vi siano prove sufficienti per affermare ragionevolmente che l'esecuzione extragiudiziale del signor Almonacid Arellano, militante del Partito Comunista, candidato consigliere per lo stesso partito, segretario provinciale della Centrale Unitaria dei Lavoratori e dirigente sindacale del Magistero (SUTE), commessa da agenti statali nell'ambito di un modello sistematico e generalizzato di attacchi contro la popolazione civile, e considerata da tali agenti una minaccia alla propria dottrina, costituisca un crimine contro l'umanità.
>
> Come si può vedere, nemmeno la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha tracciato un confine preciso sui requisiti in base a cui stabilire quali azioni che non fanno parte di una politica statale sistematica e generalizzata potrebbero essere considerate crimini contro l'umanità. In termini generali, come nello Statuto di Roma e come nella sentenza "Derecho", rimane aperta la possibilità, ma non è ancora chiaramente definita [59].

Tuttavia, è difficile aderire completamente all'interpretazione del quotidiano *La Nación*, almeno per due motivi. In primo luogo, perché i fatti nel caso "Almonacid Arellano" non sono analoghi a quello dei gruppi armati non statali. Gli autori erano infatti dei carabinieri cileni. In secondo luogo, perché anche se è vero che la Corte IDH non fa riferimento alla condizione dell'autore, conclude, sulla base dei "fatti provati", che l'omicidio sia avvenuto sotto la dittatura militare cilena che, "nell'ambito di una politica di Stato volta a seminare il terrore, ha attaccato in modo esteso e sistematico settori della popolazione civile". Inoltre, si afferma che la morte della vittima è avvenuta durante la fase più violenta del "periodo repressivo [che] coincideva con i primi mesi del governo de facto".

---

[59] In relazione ai crimini contro l'umanità, la Corte IDH non fa riferimento all'elemento "con conoscenza di tale attacco", previsto dallo Statuto di Roma. Questa decisione è a nostro avviso criticabile.

La CSJN non ha preso in considerazione la sentenza "Bueno Alves" [60] contro lo Stato argentino, relativa agli stessi fatti del caso "Derecho", nonostante lo Stato argentino avesse riconosciuto la denuncia e la Corte interamericana dei diritti umani avesse pronunciato la propria sentenza l'11 maggio 2007, ossia due mesi prima della decisione della Corte argentina.

Non ci si soffermerà su questo profilo. È tuttavia sorprendente l'apparente mancanza di comunicazione tra la rappresentanza argentina dinanzi alla Corte interamericana e la massima autorità giudiziaria locale. Ciò contrasta con il forte interesse che la giurisprudenza regionale aveva suscitato in altri casi anche abbastanza simili dal punto di vista giuridico.

A differenza della giurisprudenza nel caso "Almonacid Arellano", che sembra apertamente compatibile con "Derecho", nel caso "Bueno Alves" si sarebbe potuto richiedere come necessario un criterio diverso da quello adottato nella sentenza della CSGN. Si è osservato che "entrambe le sentenze presentano interpretazioni simili nel contesto del reato di tortura e divergenti in materia di fissazione di limiti temporali al potere punitivo dello Stato" [61]. La Corte argentina "facendo proprie le motivazioni del procuratore generale, omette alcune considerazioni attuali che riteniamo fondamentali per la natura della questione affrontata".

La Corte IDH nel caso "Bueno Alves" ha disposto:

"C) Misure di soddisfazione e garanzie di non ripetizione

[…]

a) Obbligo di svolgere indagini sui fatti che hanno integrato le violazioni del presente caso

209. La Commissione ha ritenuto che "la prima e più importante misura di riparazione nel presente caso sia la cessazione del diniego di giustizia" e che sia "essenziale stabilire la verità sui fatti e le relative responsabilità [...], al fine di consolidare il carattere assoluto del divieto di tortura e le conseguenze reali della sua inosservanza". Da parte sua, la rappresentante ha chiesto alla Corte di ordinare allo Stato di "dare effettivo seguito a tutte le indagini necessarie affinché coloro che siano stati individuati come responsabili siano sottoposti a procedimento

[60] Corte Interamericana dei Diritti Umani, Bueno Alves c. Argentina, 11 maggio 2007 (*Merito, Risarcimenti e Spese*).

[61] S. Albanese, *Il controllo di convenzionalità. La Corte Interamericana e la Corte Suprema. Convergenze e divergenze*, in *Jurisprudencia Argentina*, vol. III, 2007, punto I.

penale, giudicati e puniti per i gravi fatti illeciti" e di sottoporre "a procedimento amministrativo e giudiziario tutto il personale di polizia coinvolto nei reati denunciati [...]".

210. A questo proposito, lo Stato aveva dichiarato di aver accettato le raccomandazioni formulate dalla [Commissione Interamericana] e si impegnò a fare tutto il possibile per concludere le indagini nel modo più rapido possibile in merito ai fatti che causarono il danno alla persona del signor Bueno Alves mentre era detenuto a disposizione del potere giudiziario. Una volta determinate concretamente tali circostanze, lo Stato sarà in grado di adottare le misure appropriate affinché gli atti illeciti non restino impuniti, sottoponendo i responsabili degli atti di tortura e di negazione della giustizia ai procedimenti giudiziari e amministrativi giuridicamente praticabili e più adeguatamente efficaci per il raggiungimento di tale obiettivo.

211. Tenuto conto di quanto sopra, nonché della giurisprudenza di questa Corte, la Corte dispone che lo Stato debba svolgere immediatamente le dovute indagini per determinare le responsabilità relative ai fatti del caso di specie e applicare le conseguenze previste dalla legge. Lo Stato deve garantire alla vittima il pieno accesso e la piena capacità di agire in tutte le fasi e in tutte le istanze di tali indagini e procedimenti, in conformità con la legge interna e le norme della Convenzione americana.

E nel dispositivo ha stabilito che:

8. Lo Stato deve immediatamente svolgere le indagini del caso per determinare le responsabilità relative ai fatti oggetto del presente caso e applicare le conseguenze previste dalla legge, ai sensi del paragrafo 211 della presente sentenza.

Su questa base, Albanese trova "difficile conciliare" le decisioni di "Bueno Alves" e di "Derecho". Si afferma, inoltre, che "... la proiezione interna del cosiddetto 'controllo di convenzionalità' è coperta da un manto inestricabile che future argomentazioni potrebbero contribuire a decifrare, tenendo conto che a livello internazionale si chieda ai giudici di prevenire la possibile applicazione della prescrizione dell'azione penale. A tal fine, come stabilito dalle norme procedurali, sarà eventualmente necessario adottare tutte le misure volte ad evitare il mancato rispetto dei termini ragionevoli nello svolgimento di ciascuna fase del processo, ricordando che il giudice è padrone della propria giurisdizione, indipendentemente dal tipo di reato commesso dall'imputato. A tal proposito, si dovrà valutare il comportamento delle parti, nonché la complessità della causa, per la delimitazione delle responsabilità" [62].

[62] *Ibidem*.

Si ritiene tuttavia che vi sia un certo margine per non aderire a tale interpretazione. Non sembra infatti decisivo sostenere che il caso "Bueno Alves", letto congiuntamente al caso "Almonacid Arellano", imponga un criterio diverso, come invece è stato suggerito (cfr. anche Albanese). Ciò anche alla luce del fatto che la precedente giurisprudenza della Corte IDH e della stessa Corte argentina (quale?) sembra rafforzare l'idea che la decisione avrebbe potuto essere diversa. In tal senso, già nel 2003, nel caso "Bulacio" [63], la Corte Interamericana dei Diritti Umani aveva affermato che:

> 116. Per quanto riguarda la prescrizione eccepita nel procedimento interno [...], questa Corte ha sottolineato che sono inammissibili le disposizioni riguardanti la prescrizione o altro ostacolo di diritto interno che miri a impedire l'indagine e la punizione dei responsabili di violazioni dei diritti umani [...].
>
> 117. In coerenza con gli obblighi convenzionali assunti dagli Stati, nessuna disposizione o istituto di diritto interno, compresa la prescrizione, può opporsi all'esecuzione delle decisioni della Corte in materia di indagine e punizione dei responsabili di violazioni dei diritti umani. In caso contrario, i diritti sanciti dalla Convenzione americana sarebbero privi di una protezione efficace. Questa interpretazione della Corte è conforme alla lettera e allo spirito della Convenzione, nonché ai principi generali del diritto; uno di questi principi è quello del pacta sunt servanda, che richiede che alle disposizioni di un trattato sia assicurato l'effetto utile sul piano del diritto interno degli Stati parti (infra 142).

E ha deciso che: "[…] lo Stato deve proseguire e concludere l'indagine su tutti i fatti del caso e punire i responsabili […]".

A mio avviso, si può ritenere che la Corte IDH abbia proposto una tesi più moderata. Da un lato, a differenza del caso "Bulacio", il caso "Almonacid Arellano" non parla di "violazioni dei diritti umani", ma di "crimini contro l'umanità" [64]. D'altro canto, anche "Bueno Alves" usa un linguaggio più moderato e l'obbligo di "punire i responsabili" di "Bulacio" non viene ripetuto, ma compare l'espressione "applicare le conseguenze previste dalla legge". Forse entrambe queste differenze dimostrano un approccio prudente da parte della Corte interamericana nel ricorso alla leva penale. Tale approccio era assente nelle decisioni precedenti e era stato invocato da parte della dottrina [65].

---

[63] Corte IDH, Bulacio c. Argentina. Fondo, risarcimenti e spese, 18 settembre 2003, Serie C n. 100.

[64] Questa possibile differenziazione è già stata suggerita in alcuni incontri di discussione dalla professoressa Claudia Martín dell'*American University*.

[65] Nella dottrina argentina, per esempio, la Corte Interamericana era stata criticata nel caso

In tale sede, è sufficiente rilevare l'esistenza di un margine interpretativo che consenta di ritenere che le decisioni "Bueno Alves" e "Derecho" non siano necessariamente inconciliabili. In ogni caso, sia nell'ipotesi in cui le decisioni "Bueno Alves" e "Derecho" siano tra loro compatibili, sia nel caso in cui non lo siano, rimane aperta la questione del motivo per cui la Corte argentina abbia omesso di pronunciarsi espressamente su tale giurisprudenza. Tale silenzio appare infatti rilevante alla luce del ruolo che la giurisprudenza della Corte interamericana aveva già assunto in precedenti decisioni interne, e solleva interrogativi circa la selezione delle fonti giurisprudenziali internazionali effettivamente considerate dalla CSJN e la coerenza del relativo impiego argomentativo. Sebbene sia difficile rispondere a tale interrogativo cercheremo a mo' di conclusione di svolgere alcune riflessioni.

5. Rilievi conclusivi

In questo breve contributo si sono menzionate tre questioni principali.

La prima riguarda il criterio sostanziale adottato nel caso "Derecho", che si colloca nell'ambito della distinzione qualitativa delle azioni dello Stato. La seconda attiene all'imprecisione che caratterizza alcuni aspetti di questo stesso criterio. Sebbene chiaro quest'ultimo presenta una vaghezza che potrebbe essere problematica nella risoluzione di determinati casi.

La terza questione, infine, riguarda il ricorso al diritto internazionale ai fini dell'interpretazione della nozione di crimini contro l'umanità. L'analisi svolta dalla Corte interamericana dei diritti umani si fonda su argomenti sostanzialmente condivisibili. Le violazioni dei diritti fondamentali commesse da privati non possono essere equiparate ai casi in cui gli abusi siano perpetrati nell'ambito dell'esercizio del potere statale o sotto la sua copertura. Il terrorismo di Stato incide su una delega all'uso legittimo della forza che non trova corrispondente nei casi di gruppi non statali. La struttura formale dello Stato consente infatti di individuare poteri e correlativi doveri istituzionali che non sussistono nei rapporti tra privati. Inoltre, qualora si intenda valorizzare la dimensione di costruzione delle istituzioni democratiche, è opportuno distinguere le violazioni che rientrano nell'ambito dell'esercizio

Bulacio perché "aveva ignorato del tutto le violazioni dei diritti umani dell'imputato, sottoposto a processo per oltre un decennio, cosa che inspiegabilmente gli viene imputata per aver utilizzato i poteri, i diritti e i mezzi che gli sono concessi dalla legge, cosa che per la Corte [Interamericana] è abusiva". Cfr. D. PASTOR, *La deriva neopunitivista di organismi e attivisti come causa dell'attuale discredito dei diritti umani*, in *Nueva Doctrina Penal*, 2005, 87.

delle funzioni delle autorità pubbliche. In tale prospettiva, pur potendosi parlare in generale di violazioni massicce dei diritti umani, il mantenimento di una nozione rigorosa di crimini contro l'umanità, limitata alle condotte riconducibili all'apparato statale o a entità ad esso assimilabili, costituisce uno strumento interpretativo di particolare rilevanza.

Al di là della mia opinione, il caso consente di riflettere sull'evoluzione della politica penale di fronte agli atti di violenza commessi da organizzazioni armate non statali nel periodo pre-democratico, precedente al 1983. È possibile che anche interpretazioni più ampie della nozione di crimini contro l'umanità risultino compatibili con le disposizioni dello Statuto di Roma. È innegabile, infatti, che le azioni violente commesse in assenza di una reazione efficace da parte dello Stato producano effetti particolarmente gravi e destabilizzanti, soprattutto quando non vengano adeguatamente inquadrate e qualificate sul piano giuridico [66].

Nelle pagine precedenti si è segnalata una certa imprecisione riguardante i confini del concetto di crimini contro l'umanità rispetto all'azione delle organizzazioni armate non statali. Ovviamente, parte di questa imprecisione è inevitabile, dato il modo in cui la Corte si è espressa. Da un lato, i fatti del caso non corrispondono all'azione di un'organizzazione armata non statale, il che lascia spazio ad un'ulteriore delimitazione futura. Dall'altro, il concetto stesso di crimini contro l'umanità si è evoluto negli ultimi decenni e si basa su fonti di diritto internazionale, la cui comprensione presenta alcune complessità intrinseche. L'aver fissato uno standard che va oltre i fatti del caso potrebbe rispondere a ragioni funzionali. Il fatto che la PGN abbia espresso una propria posizione sembra indicare l'esistenza, nell'ambito del Ministero pubblico, di un criterio di imputazione penale. Di fronte a ciò, potrebbe essere opportuno che anche la Corte definisca la propria posizione, al fine di consolidare un criterio stabile di imputazione ed evitare oscillazioni nell'esercizio del potere statale di azione penale. In alternativa, si potrebbe anche sostenere un certo grado di deferenza nei confronti del

[66] Il procuratore della Corte penale internazionale ed ex procuratore nel *processo alle giunte militari* Luis Moreno Ocampo ha affermato che l'estensione della categoria dei crimini contro l'umanità alle azioni delle organizzazioni armate era una discussione giuridica valida. Cfr. L.M. Ocampo, *No se puede salir a matar delincuentes*, Enfoques, in *La Nación*, 18 novembre 2007. E ancora: secondo Gustavo Bossert, ad esempio, sebbene la comunità giuridica internazionale consideri crimini contro l'umanità quelli commessi attraverso l'apparato statale, essa dovrebbe definire con precisione il concetto di terrorismo ed estendere in modo chiaro e inequivocabile la qualifica di crimine contro l'umanità anche agli atti di terrorismo e alle organizzazioni non statali che li pongono in essere. G. Bossert, *El terrorismo y los crímenes del Estado*, in *La Nación*, 31 agosto 2005.

criterio adottato dal Procuratore generale in relazione ai presupposti dell'azione penale. Da un altro punto di vista, si può osservare che il rinvio al parere del PGN abbia evitato la pluralità di voci emersa in altre questioni difficili [67] e che, grazie a ciò, la CSGN abbia potuto introdurre un criterio univoco per eventuali casi futuri.

In ogni caso, occorre chiedersi in che misura ragioni pratiche, come la difficoltà dei membri della CSGN nel redigere un voto congiunto o il giudizio stesso della CSGN sul momento migliore per anticipare un criterio su un tema delicato, siano ragioni che giustifichino un certo modo di costruire le decisioni. La strada scelta può essere quella giusta. Tuttavia, dal punto di vista di chi osserva l'attività del tribunale, è legittimo interrogarsi sui costi di tale procedura. Uno di questi riguarda l'assenza di consapevolezza sull'opinione individuale di ciascuno dei giudici su una questione che è evidentemente legata ad altre decisioni in cui gli stessi magistrati avevano ritenuto opportuno offrire una pluralità di voci. Potrebbe rimanere oscuro il grado di deferenza nei confronti dell'opinione del PGN che dovremmo aspettarci in futuro.

Un altro 'costo' riguarda la deliberazione pubblica precedente alla sentenza. Quest'ultima è stata in qualche modo limitata, in quanto i fatti in esame non vertevano sull'azione di organizzazioni armate. Inoltre, fino a quel momento si registravano relativamente poche pronunce di altri tribunali, in contrasto con l'attenzione che, in altre materie, viene riservata alla definizione delle questioni sulla base di un'elaborazione più approfondita o previo ascolto di opinioni provenienti da soggetti terzi rispetto alle parti in causa. Infine, sebbene appaia ragionevole evitare oscillazioni nella politica di persecuzione penale, la sentenza *Simón* intervenne in un contesto in cui le precedenti decisioni dei tribunali avevano già evidenziato criteri interpretativi differenti e soluzioni tra loro disomogenee.

L'imprecisione che caratterizza una questione ancora in evoluzione nel diritto internazionale conduce alla terza delle questioni che sono state segnalate. Indubbiamente, la Corte deve ricorrere a fonti di diritto internazionale che forse non definiscono con maggiore precisione le questioni menzionate. In linea di principio, la Corte argentina non potrebbe colmare le

---

[67] Come ha osservato H.L. FOLGUEIRO, "... sembrerebbe che questa fase istituzionale della Corte Suprema [argentina] sia caratterizzata dall'incapacità dei giudici di concordare sulle argomentazioni e dalla grande estensione dei voti". Cfr. H.L. FOLGUEIRO, *Inconstitucionalidad de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Note alla sentenza "Simón" della Corte Suprema di Giustizia della Nazione*, in A. MADARIAGA (ed.), *Derecho a la Identidad y Persecución de Crímenes de Lesa Humanidad*, Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2006, 67.

imprecisioni a cui lo stesso diritto internazionale non ha ancora rimediato. Tuttavia, questo è un aspetto relativo. Il modo con cui i tribunali nazionali si relazionano col diritto internazionale non è unidirezionale. In linea di massima, l'idea secondo cui il diritto internazionale sia un *corpus* di norme esterno che i tribunali domestici si limitano a recepire e applicare è sufficiente. Questa configurazione è discutibile in molti contesti, poiché l'assenza di un'unica autorità di applicazione centralizzata genera una dinamica in cui i tribunali nazionali possono avere un ruolo di generare norme che non possiedono invece quando interpretano il diritto nazionale. Naturalmente ciò non significa che non esistano limitazioni rigorose al potere dei giudici che applicano il diritto internazionale [68], ma suggerisce che la possibilità di incorporare contenuti e precisazioni nazionali nel diritto internazionale non è rara, né vada necessariamente essere ostacolata. L'intero fenomeno viene descritto come un "processo giuridico transnazionale" [69], proprio per mostrare la complessità e la diversità di queste interazioni [70].

Infine, il riferimento esaustivo ai materiali internazionali faciliterebbe la discussione e ridurrebbe la possibilità di interpretazioni divergenti. Per questo motivo si è sottolineato l'esistenza di almeno due sentenze interamericane che avrebbero potuto contribuire a una soluzione maggiormente condivisa. La mancata menzione da parte della CSGN potrebbe non essere fatale per la soluzione del caso specifico. Infatti, se fossero stati presi in considerazione i casi "Almonacid Arellano" e "Bueno Alves", l'esito sarebbe stato probabilmente

---

[68] Per questo non condivido l'opinione di Roberto Gargarella quando afferma che "nessuno conosce" i principi dello *ius cogens* e che nessuno sa chi li definisce. O che la Corte IDH è un "tribunale internazionale di difficile accesso, di cui non conosciamo i criteri decisionali, i cui membri non conosciamo e che non abbiamo modo di controllare". Cfr. R. GARGARELLA, *Corte: controversa giustificazione per decisioni chiave*, in *Clarín*, 30 luglio 2007. La mia nota sottolinea, precisamente, che il diritto internazionale non è esente da difficoltà. La questione merita un'ulteriore discussione. Lo *ius cogens* è riconosciuto dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (articolo 53) approvata dal Congresso argentino. E la Corte IDH ha giurisdizione in merito alla Convenzione americana sui diritti umani, che integra la stessa Costituzione argentina. Le sentenze del tribunale sono facilmente accessibili in spagnolo sul sito web della Corte, dove è indicata anche la sua attuale composizione. Non credo che l'applicazione nazionale del diritto internazionale dei diritti umani incontri ostacoli insormontabili.

[69] H. HONGJU KOH, *Transnational Legal Process*, in *Nebraska Law Review*, vol. 75, 1996, 181-207.

[70] Ed è lo stesso che suggerisce la risposta di M. OCAMPO a "*La Nación*": "... se la giustizia ripara il tessuto sociale, ciò non implica che si dovrebbe discutere anche se si possono giudicare i crimini della guerriglia?". Ancora: "Mi sembra una discussione legale valida, importante. Quando ero procuratore, abbiamo indagato su questo. Abbiamo avuto dei casi. Ma Menem ha perdonato i militari e anche i leader guerriglieri. Questa è una decisione che spetta agli organi politici e giudiziari del Paese. Non è una mia decisione".

lo stesso. Questo è tuttavia un ragionamento controfattuale. La Corte non ha considerato le sentenze interamericane e, come si è visto, si nutrono dubbi sulla compatibilità delle due decisioni. D'altra parte, non rileva tanto stabilire se la decisione finale sarebbe stata la medesima, quanto piuttosto chiarire quale debba essere il corretto grado di considerazione delle fonti internazionali. In questa prospettiva, la scelta argomentativa di non sviluppare autonomamente i motivi della decisione, limitandosi a recepire il parere del PGN, appare piuttosto debole. Non perché l'adesione al parere del Procuratore generale sia di per sé problematica o perché il relativo criterio sia erroneo, quanto piuttosto perché tale impostazione solleva interrogativi sulla coerenza dell'operato della CSJN rispetto alla propria giurisprudenza precedente. La Corte, infatti, continua a non chiarire compiutamente in quali casi una fonte internazionale debba essere effettivamente presa in considerazione dal giudice nazionale, né ha definito uno standard chiaro circa le modalità di accertamento dell'esistenza di una consuetudine internazionale e della sua applicazione nel caso concreto. Destano inoltre perplessità le ipotesi in cui la giurisprudenza interamericana, qualificata come "obbligatoria" dalla stessa Corte, non venga espressamente considerata nella motivazione, proprio in relazione a fattispecie analoghe.

CAPITOLO IX

IL COLLEGAMENTO TRA L'ATTO E L'ATTACCO NEI CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ

di PABLO EIROA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso "Levín". – 2.1. Fatti e decisione della CFCP e della CSJN. – 2.2. La teoria che emerge dal caso "Levín". – 3. Il caso "Saravia". – 4. Il caso "Molina". – 5. La giurisprudenza della CPI. – 6. Critica della giurisprudenza analizzata. – 7. La giurisdizione universale: definizione e incidenza della definizione su ciò che richiede il requisito del nesso tra l'atto e l'attacco. – 8. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Lo Statuto della Corte penale internazionale (StCPI), che fa parte della legislazione argentina dal 2001, definisce i crimini contro l'umanità atti particolarmente gravi, quali l'omicidio, la tortura e la sparizione forzata, quando commessi nell'ambito di un attacco generalizzato o sistematico contro una popolazione civile, con la consapevolezza di tale attacco [1]. Da questa definizione emerge che l'elemento oggettivo che caratterizza questi crimini in quanto crimini contro l'umanità è il legame o la connessione con il cd. "elemento di contesto", ovvero l'attacco [2]. Tuttavia, lo StCPI non chiarisce quali siano le circostanze che determinano l'esistenza di tale legame o connessione, in altre parole, quando un atto è commesso come parte di un attacco generalizzato o sistematico contro una popolazione civile.

Come noto, in Argentina sono state processate centinaia di persone accusate di aver commesso crimini contro l'umanità durante l'ultimo governo

* Professore di Diritto e procedura penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Buenos Aires.

[1] Cfr. art. 7 dello StCPI, approvato con la legge 25.390, promulgata il 30/11/00 e pubblicata il 23/01/01.

[2] Questo elemento del tipo criminoso è definito nell'art. 7.2.a) dello StCPI.

de facto. Tra le norme che la giurisprudenza ha ritenuto applicabili per lo svolgimento di tali processi figurano quelle contenute nello StCPI, in particolare, per quanto qui interessa, quella che definisce i crimini contro l'umanità. Sebbene lo StCPI sia stato approvato nel 1998 e, come già detto, faccia parte della legislazione argentina dal 2001, la giurisprudenza nazionale ha ritenuto che già all'epoca in cui sono stati commessi i fatti il diritto internazionale consuetudinario vincolante per il Paese li qualificasse come crimini contro l'umanità, fermo restando che questa categoria è stata codificata solo recentemente nello StCPI come risultato di un'evoluzione storica che ha acquisito un impulso decisivo a partire dalla fine della seconda guerra mondiale. Pertanto, l'applicazione dello StCPI ai fatti in esame non viola il principio di legalità [3].

A parte tale questione, nell'ambito di alcuni di questi processi si è sviluppato un interessante dibattito sul legame o la connessione che deve sussistere tra i fatti contestati e l'attacco contro la popolazione civile perpetrato nel periodo in questione. Tale dibattito ha avuto origine da alcuni aspetti particolari che riguardano sia i fatti specifici sia il contesto in cui sono stati commessi. Nello specifico, faccio riferimento riferisco al fatto che le autorità delle giunte militari, che hanno elaborato la politica di repressione illegale, non hanno definito con precisione chi dovesse essere attaccato, cosicché gli esecutori dei fatti hanno avuto ampia discrezionalità nella scelta delle vittime [4].

---

[3] A tale riguardo cfr. il punto III del parere emesso dalla Procura Generale della Nazione nel caso "Derecho" (Fallos: 330:3074), ai cui fondamenti e conclusioni ha fatto riferimento la maggioranza della CSJN nella sentenza emessa l'11/07/07. Cfr. anche le sentenze pronunciate da tale tribunale nei *casi di riferimento* "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312) e "Simón" (Fallos: 328:2056). Per una visione critica della teoria stabilita in tali sentenze, in relazione al principio di legalità, si veda E. MALARINO, *La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón*, in E. MALARINO, *Derechos humanos y derecho penal. Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Derecho, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, 216-233. L'argomento è sviluppato nel I capitolo di questo libro scritto da Marco Scoletta.

[4] Rivelatore il rapporto *Nunca más (Mai più)* della Commissione nazionale sulle sparizioni di persone, creata con decreto del presidente costituzionale Raúl Alfonsín, eletto dopo la fine della dittatura, per indagare sui crimini commessi in quel periodo, in particolare la sparizione di persone, da parte di agenti dello Stato. In particolare, si afferma: "[…] la lotta contro i «sovversivi», con la tendenza tipica di ogni caccia alle streghe o ai demoni, era diventata una repressione follemente generalizzata, perché l'epiteto di sovversivo aveva una portata tanto vasta quanto imprevedibile. Nel delirio semantico, guidato da qualificazioni come «marxismo-leninismo», «apolidi», «materialisti e atei», «nemici dei valori occidentali e cristiani», tutto era possibile: dalle persone che promuovevano una rivoluzione sociale agli adolescenti sensibili che andavano nelle baraccopoli per aiutare i loro abitanti. Tutti finivano nella retata: leader sindacali che lottavano per un

Inoltre, sebbene vi fosse un *modus operandi* caratteristico dell'attacco, coloro che lo hanno eseguito hanno goduto di assoluta impunità nel commettere i più svariati reati [5]. In sintesi, poiché le caratteristiche distintive della politica di repressione illegale non erano chiare, in diversi casi non è stato facile determinare se i reati contestati fossero stati commessi nell'ambito dell'attacco e, quindi, se si trattasse di crimini contro l'umanità che, in quanto tali, potevano ancora essere giudicati in quanto imprescrittibili [6].

Di seguito verrà analizzata la giurisprudenza argentina, in particolare quella della Corte Suprema di Giustizia della Nazione (CSJN) e della Camera Federale di Cassazione Penale (CFCP), su alcuni di questi casi. Dopo l'esposizione dei fatti, dei fondamenti e della decisione adottata in ciascuno di essi, si cercheranno di ricostruire i principi che si sono via via consolidati. Successivamente, tale impostazione sarà confrontata con quella sviluppata dalla Corte penale internazionale (CPI) sulla stessa questione. Infine, si elaborerà una conclusione in cui si valuterà il valore della giurisprudenza argentina analizzata per fornire maggiore chiarezza al concetto di crimini contro l'umanità e si proporrà una definizione del requisito del legame o della connessione tra l'atto e l'attacco.

---

semplice aumento salariale, ragazzi che erano stati membri di un centro studentesco, giornalisti che non erano fedeli alla dittatura, psicologi e sociologi perché appartenenti a professioni sospette, giovani pacifisti, suore e sacerdoti che avevano portato gli insegnamenti di Cristo nei quartieri poveri. E gli amici di chiunque di loro, e gli amici di quegli amici, persone che erano state denunciate per vendetta personale e per essere state rapite e torturate. Tutti, per la maggior parte innocenti di terrorismo o anche solo di appartenenza ai quadri combattenti della guerriglia, perché questi ultimi combattevano e morivano nello scontro o si suicidavano prima di arrendersi, e pochi arrivavano vivi nelle mani dei repressori" (COMMISSIONE NAZIONALE SULLA SCOMPARSA DELLE PERSONE (CONADEP), *Nunca más*, 8° ed., 4° ristampa, Eudeba, Buenos Aires, 2008, 13). Dati più precisi sulla variegata identità delle vittime sono disponibili nel cap. II dello stesso rapporto.

[5] Ancora una volta il rapporto citato è rivelatore. In esso si indica come *modus operandi* caratteristico dell'azione repressiva "la sequenza rapimento-scomparsa-tortura". Tuttavia, si aggiunge, "le autorità militari del Processo di Riorganizzazione Nazionale hanno definito «eccessi» i reati perpetrati da militari o poliziotti per fini particolari, senza l'autorizzazione dei loro superiori, al di fuori dell'azione repressiva. Come si vedrà più avanti, omicidi, stupri, torture, estorsioni, saccheggi e altri gravi reati sono rimasti impuniti quando sono stati perpetrati nel quadro della persecuzione politica e ideologica scatenata in quegli anni" (CONADEP, *op. cit.*, 20 e, più in generale, cap. I).

[6] Cfr. art. 1 della Convenzione sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 26 novembre 1968 e approvata in Argentina con la legge 24.584, promulgata il 1 novembre 1995, e l'art. 29 StCPI. La CSJN ha affermato che l'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità era riconosciuta nel diritto internazionale consuetudinario vincolante per l'Argentina fin dagli anni '60 del secolo scorso e che tale convenzione, di conseguenza, ha solo "cristallizzato" una norma già in vigore da allora. Cfr. la citata sentenza pronunciata nel caso "Arancibia Clavel", cit., in particolare i considerando da 26 a 33 del voto dei giudici Zaffaroni e Highton de Nolasco.

2. *Il caso "Levín"*

2.1. *Fatti e decisione della CFCP e della CSJN*

Tra dicembre 1976 e gennaio 1977, un gruppo di dipendenti dell'azienda di trasporti "La Veloz del Norte" è stato torturato in una stazione di polizia della provincia di Salta. L'arresto delle vittime è avvenuto nell'ambito del procedimento penale avviato a seguito di una denuncia per frode presentata da Marcos Jacobo Levín, socio amministratore dell'azienda. Secondo quest'ultimo, i suoi dipendenti si appropriavano del denaro ottenuto dalla vendita dei biglietti.

Nel 2012 un giudice federale di quella provincia ha processato due ex poliziotti e Levín ritenendoli responsabili delle torture subite da uno solo dei detenuti, Víctor Cobos, il quale, secondo la sentenza, all'epoca dei fatti era delegato sindacale. Quest'ultimo aveva avuto diversi conflitti con Levín e anche alcuni membri della sua famiglia erano stati perseguitati dagli agenti della dittatura a causa della loro attività politica. Sulla base di tali considerazioni, il giudice ha qualificato i fatti come crimini contro l'umanità, ritenendoli collegati al piano di repressione illegale che era in atto all'epoca.

Al contrario, si è escluso che altri reati segnalati potessero essere qualificati allo stesso modo. Al riguardo si è affermato che tutte le vittime sono state arrestate e torturate dopo la denuncia di Levín, che aveva buoni rapporti con gli agenti di polizia, in particolare con uno degli imputati, Víctor Bocos, all'epoca vicecapo della stazione di polizia dove sono avvenute le torture, ma anche dipendente della "La Veloz del Norte", dove svolgeva mansioni di sicurezza. Di conseguenza, secondo il magistrato, Levín avrebbe approfittato di tale rapporto per vendicarsi dei dipendenti che considerava un ostacolo al buon andamento dei suoi affari. In particolare, sulla base delle confessioni di tali dipendenti ottenute sotto tortura, avrebbe avuto un motivo valido per licenziarli.

In sintesi, il giudice di Salta ha sostenuto che, a differenza del caso di Cobos, i suoi compagni sarebbero stati arrestati e torturati per motivi estranei al piano sistematico di repressione attuato dallo Stato. Il magistrato ha sottolineato che, sebbene alcuni di loro fossero affiliati allo stesso sindacato di Cobos, nessuno di loro aveva, come quest'ultimo, una partecipazione attiva nelle sue decisioni, né faceva parte di una famiglia i cui membri avevano subito la repressione per motivi politici. In base a tali considerazioni, si è deciso di dichiarare l'incompetenza della giurisdizione federale a giudicare i fatti denunciati, ad eccezione di quelli di cui è stato vittima Cobos, e di

disporre l'intervento della giurisdizione provinciale [7].

Tale dichiarazione di parziale incompetenza, dopo le impugnazioni da parte della Procura, è stata portata all'attenzione della Camera Federale di Cassazione Penale, che ha confermato a maggioranza la decisione sulla base di motivazioni simili. Infatti, la Camera ha sottolineato che i fatti non costituivano un attacco generalizzato o sistematico, né facevano parte della politica di repressione portata avanti dall'ultimo governo militare, ma erano guidati dall'interesse personale dei soggetti coinvolti nell'accertamento di una presunta truffa. Inoltre, ha sottolineato una differenza tra tali fatti e quelli di cui è stato vittima Cobos, poiché in questo caso, tenendo conto delle prove ottenute, non era possibile escludere, secondo la Camera, che fossero dovuti sia alla frode denunciata da Levín sia alla partecipazione della vittima alla vita politica come delegato sindacale e alla sua appartenenza a un gruppo familiare in cui alcuni dei suoi membri erano perseguitati politicamente, il che sarebbe stato in linea con gli obiettivi del piano di repressione illegale dello Stato che era in atto in quel momento [8].

Anche questa decisione della Camera è stata impugnata dalla Procura. Di qui una pronuncia della CSJN, che ha revocato la dichiarazione di incompetenza parziale e ha disposto che la giurisdizione federale doveva intervenire in relazione a tutti i fatti citati.

A sostegno della sua decisione, la CSJN ha ritenuto determinanti tre circostanze. In primo luogo, ha sottolineato che, secondo le prove raccolte fino a quel momento, tutte le torture sarebbero state commesse nell'ambito di interrogatori in cui si cercava di ottenere dai detenuti la confessione della loro partecipazione criminale alla frode denunciata da Levín, ma alcuni di loro – non solo Cobos – sarebbero stati interrogati anche per la loro attività politica e sindacale, per l'identità di coloro che partecipavano alle riunioni sindacali e per la loro appartenenza individuale, o quella dei loro conoscenti, al gruppo "Montoneros", considerato dal regime un oppositore attivo. In secondo luogo, ha ricordato che la politica del terrorismo di Stato ha giustificato un attacco sistematico che ha comportato ogni tipo di violazione dei diritti fondamentali di coloro che erano collegati a tali attività, in quanto

[7] Cfr. ordinanza del 15 ottobre 2012, emessa dal magistrato incaricato del Primo Tribunale Federale di Salta, nella causa n. 695/11, "Cobos, Víctor Manuel; Rodríguez, Miguel Ángel s/denuncia de apremios ilegales" (una copia di tale ordinanza è consultabile all'indirizzo https://www.cij.gov.ar/nota-10034-Procesaron-a-tres-acusados-por-cr-menes-de-lesa-humanidad-cometidos-en-Salta.html).

[8] Cfr. CFCP, sezione III, n. 875/2013, "Levín, Marcos Jacobo e altri s/recurso de casacións, reg. n. 2495/14, 20 novembre 20 14 (una copia di tale sentenza è consultabile sul sito Internet del Centro de Información Judicial: https://cij.gov.ar).

erano considerati oppositori del governo e, di conseguenza, bersagli dell'attacco. Infine, ha valutato che i fatti sono stati commessi da agenti dell'"organizzazione criminale sostenuta dalla struttura statale" che stava eseguendo l'attacco. In conclusione, doveva essere la giurisdizione federale a occuparsi dell'indagine su tutti i fatti, poiché se fosse stata dimostrata la prima circostanza menzionata e fosse stata valutata insieme alle altre due, che non sono state discusse, non ci sarebbero stati dubbi sul fatto che dovesse essere applicata la categoria dei crimini contro l'umanità [9].

D'altra parte, per quanto riguarda i fatti a danno dei detenuti che non sono stati interrogati sulle loro attività o sui loro legami sindacali o politici, la CSJN si è limitata a sottolineare che dovevano essere indagati dallo stesso magistrato federale "a favore di un'amministrazione della giustizia più ampia, più efficace ed efficiente" [10]. Va detto che la CSJN non ha anticipato la sua posizione sul fatto che anche tali reati dovessero essere qualificati come crimini contro l'umanità e, di conseguenza, essere giudicati dalla giurisdizione federale.

Dopo questa decisione, la CSJN si è nuovamente pronunciata sul caso, ma questa volta solo in relazione alle torture e alla privazione illegale della libertà di cui è stato vittima Cobos. Questo perché, mentre si discuteva la questione della competenza in relazione agli altri fatti denunciati, il procedimento in cui erano imputati Levín e quattro ex poliziotti accusati dei reati commessi contro Cobos ha seguito il suo corso nella giurisdizione federale, gli imputati sono stati condannati e le loro difese hanno impugnato la sentenza, che è stata revocata dalla CFCP in quanto ritenuta errata la qualificazione di tali reati come contro l'umanità, contrariamente a quanto deciso dalla stessa camera, ma con una composizione diversa, nel suo precedente intervento nello stesso caso. Contro questa decisione, il Pubblico Ministero ha presentato un ricorso straordinario, il cui rigetto ha motivato il reclamo che ha consentito una nuova pronuncia della CSJN.

In estrema sintesi, la CFCP ha sostenuto che i fatti di cui Cobos è stato vittima non facevano parte dell'attacco che era in corso in quel momento, perché l'arresto e le torture che aveva subito avevano come unica motivazione la denuncia di Levín. Inoltre, ha sottolineato quelle che considerava

---

[9] Cfr. CSJN, 1874/2015/RH1, Levín, Marcos Jacobo e altri s/imposición de tormentos (art. 144 ter c. 1), 18 settembre 2018 (n. 341:1207). Un altro commento su questa sentenza e sui suoi antecedenti è disponibile in M. Gaitán, *The Nexus Element in the Definition of Crimes against Humanity: An Analysis of Argentine Jurisprudence*, in *Southwestern Journal of International Law*, vol. XXVII, 2, 2021, 283-288.

[10] Cfr. considerando 12 della sentenza citata nella nota precedente.

differenze oggettive tra i fatti legati al piano di attacco e quelli subiti da Cobos. A questo proposito, ha affermato che i fatti legati all'attacco erano caratterizzati dal fatto di essere stati commessi in clandestinità e dall'ampia discrezionalità dei loro esecutori riguardo al destino della persona privata della libertà, che poteva includere il suo omicidio o la sua consegna al potere esecutivo o alla giustizia civile o militare. Al contrario, ha sottolineato che Cobos è stato arrestato da agenti di polizia, che da allora è stato a disposizione di un giudice competente e che quest'ultimo ha prima ordinato il suo rilascio e poi ha deciso il suo proscioglimento per prescrizione dell'azione [11].

La CSJN ha ritenuto arbitraria la decisione della CFCP. Da un lato, ha sostenuto che questo tribunale ha omesso di valutare le circostanze, segnalate dall'accusa, secondo cui l'arresto di Cobos era stato illegale (ad esempio, la mancanza di un mandato di arresto emesso da un giudice competente, l'inesistenza di un caso di flagranza o il fatto che gli agenti intervenuti non avessero redatto un verbale del procedimento, né avessero lasciato traccia nel fascicolo dei motivi), il che priverebbe di fondamento sufficiente l'affermazione contraria sostenuta dalla Camera.

Dall'altro, la CSJN ha anche messo in discussione l'idea che il fatto che l'arresto della vittima e le torture inflittegli fossero legate alla denuncia presentata da Levín fosse sufficiente per escludere la qualificazione di tali fatti come crimini contro l'umanità. A questo proposito, ha sottolineato che non si doveva ignorare che i pretesti per la privazione della libertà durante il periodo di riferimento erano stati molto vari, cosicché la "verifica dei precedenti" o la denuncia per reati contro la proprietà erano stati, in realtà, modi per nascondere altre reali motivazioni, o, anche se tali motivi fossero stati veri, le relazioni successivamente pervenute sui precedenti politici del detenuto – che venivano regolarmente richieste – potevano determinare un cambiamento di atteggiamento da parte degli agenti delle forze di sicurezza.

Inoltre, a ciò si aggiungevano le testimonianze dalle quali emergeva che la vittima era stata interrogata, mentre veniva torturata, sulle sue attività e sui suoi legami sindacali. Circostanza che la CSJN ha ritenuto decisiva poiché, come già detto, la politica del terrorismo di Stato ha giustificato un attacco sistematico che ha comportato ogni tipo di violazione dei diritti fondamentali di coloro che erano coinvolti in attività di tale natura, aspetto

[11] Cfr. CFCP, sezione III, Causa n. FSA 14000695/2011/TO1/CFC1 "Almirón, Víctor Hugo e altri s/recurso de casación", reg. n. 1112/17, 4 ottobre 2017 (una copia di questa decisione è disponibile sul sito web del Centro de Información Judicial, già citato).

fortemente evidenziato nella tesi dell'accusa, secondo cui gli eventi di cui Cobos è stato vittima erano atti concreti di esecuzione di quel piano [12].

2.2. *La teoria che emerge dal caso "Levín"*

In base a quanto emerge dalle sentenze analizzate, sia la CFCP che la CSJN hanno ritenuto che il nesso tra l'atto e l'attacco, come elemento determinante dei crimini contro l'umanità, dipenda dalla motivazione dell'aggressore e da alcune caratteristiche oggettive dei fatti. In estrema sintesi, entrambi i tribunali hanno convenuto che, affinché tale elemento fosse configurato, era rilevante che gli autori fossero agenti dello Stato, che avessero commesso i fatti con l'intenzione di eseguire l'attacco, che le vittime facessero parte del gruppo attaccato e che il *modus operandi* fosse conforme al piano di attacco. Il dissenso tra la CFCP e la CSJN sarebbe dovuto, da un lato, a una diversa considerazione delle particolarità del *modus operandi* che ha contraddistinto i fatti esecutivi dell'attacco e, dall'altro, alla valutazione delle prove relative a quanto accaduto specificamente nel caso.

Per quanto riguarda il *modus operandi*, secondo quanto affermato nel punto precedente, la CFCP ha ritenuto che gli atti esecutivi del piano di repressione illegale fossero stati commessi in clandestinità e che i loro autori materiali avessero ampia discrezionalità nel decidere il destino delle persone private della libertà. Sulla base di ciò, ha escluso che gli arresti analizzati nel caso "Levín" potessero essere qualificati come crimini contro l'umanità, in quanto ha ritenuto provato che le presunte vittime fossero state private della loro libertà nell'ambito di un procedimento penale e fossero sempre state a disposizione di un giudice competente, senza che fossero state riscontrate irregolarità rispetto alle pratiche dell'epoca.

Al contrario, la CSJN ha sostenuto che anche gli arresti effettuati con tutte le formalità previste dalla legge potevano nascondere all'epoca la reale motivazione, ovvero attaccare il detenuto in linea con il piano di repressione, o che, anche quando tali arresti fossero stati basati su motivi legittimi, gli agenti delle forze di sicurezza potevano poi riservare alla persona privata della libertà un trattamento conforme a tale piano, una volta venuti a conoscenza dei suoi precedenti nella politica o nel sindacalismo.

Per quanto riguarda la valutazione delle prove relative a quanto accaduto

---

[12] Cfr. CSJN, FSA 14000695/2011/TO1/7/RH2, Almirón, Víctor Hugo e altri s/ imposición de tortura (art. 144 ter c. 1), 18 ottobre 2022 (Fallos: 345:1160), in cui la CSJN ha fatto riferimento, per quanto pertinente ed escludendo il capitolo IV, alle motivazioni e alle conclusioni del parere del Procuratore Generale della Nazione.

specificamente nel caso "Levín", la CFCP e la CSJN hanno dissentito in merito alle circostanze in cui sarebbero stati effettuati l'arresto di Cobos e gli interrogatori sotto tortura di quest'ultimo e di alcuni altri dipendenti dell'azienda. Mentre per la CFCP l'arresto di Cobos era legale, la CSJN ha concluso che vi erano particolarità di tale arresto che permettevano di sostenere il contrario, in base alla legislazione vigente all'epoca. Inoltre, la CSJN ha ritenuto che non si potesse escludere, come aveva fatto la CFCP, che Cobos e alcuni altri detenuti fossero stati torturati per ottenere informazioni relative alla loro attività sindacale e politica o ai loro legami con persone dedite a questo tipo di attività [13].

È importante sottolineare che la CSJN, annullando la revoca della condanna pronunciata contro gli imputati per la privazione illegale della libertà e le torture subite da Cobos, non ha concordato con una delle motivazioni sviluppate dalla Procura Generale della Nazione (PGN) sulla configurazione del nesso tra tali fatti e l'attacco citato [14].

In particolare, si tratta della motivazione secondo cui sostenere che i fatti del caso "Levín" fossero eventi isolati e casuali, attribuibili solo ai poliziotti e all'imprenditore che avrebbero partecipato alla loro commissione, senza alcuna relazione con l'attacco alla popolazione civile, non risponderebbe adeguatamente al diritto internazionale che disciplina la materia, né al fondamento della competenza universale per giudicare i crimini contro l'umanità.

Ciò sarebbe vero anche se Cobos non fosse stato arrestato né torturato per la sua condizione di rappresentante sindacale o per i suoi legami sindacali o politici, poiché sarebbe stato comunque vittima di reati di estrema gravità, commessi dagli stessi agenti dello Stato che avrebbero dovuto garantire la tutela dei suoi diritti fondamentali, in un contesto in cui stavano attuando un piano generalizzato e sistematico di repressione, che avrebbe lasciato indifeso il suddetto, così come i soggetti che erano l'obiettivo principale dell'attacco. Non vi è dubbio che gli agenti che hanno commesso i reati contro Cobos abbiano approfittato di tale contesto, che aumentava chiaramente la loro capacità offensiva e, di conseguenza, la vulnerabilità della vittima, poiché godevano della libertà, garantita istituzionalmente, di agire con i metodi propri degli atti esecutivi dell'attacco.

In sintesi, la PGN sosteneva che, anche se Cobos non fosse stato arrestato né torturato per la sua identità politica o sindacale, non vi sarebbero stati

---

[13] Per maggiore precisione al riguardo, cfr. il parere del Procuratore Generale della Nazione citato nella nota precedente.

[14] Come già detto, la CSJN ha chiarito di non condividere quanto esposto nel capitolo IV della sentenza, in cui viene sviluppata la motivazione in questione.

validi motivi nella legislazione sui crimini contro l'umanità per distinguere il suo caso da quelli delle vittime principali dell'attacco. Tutti loro sono rimasti in balia dei loro aggressori, impossibilitati a ricorrere ai mezzi istituzionali di tutela dei loro diritti, il che giustificherebbe la competenza universale [15].

Sebbene non lo abbia espressamente indicato, la CFCP non avrebbe condiviso tale argomento della PGN. Ciò è vero se si ammette, come è stato detto, che la CFCP ha negato che i reati commessi esclusivamente nell'interesse dei responsabili debbano essere considerati parte di un attacco, anche se gli autori materiali, come nel caso "Levín", fossero stati agenti dell'apparato criminale che lo stava eseguendo.

3. *Il caso "Saravia"*

La CFCP ha mantenuto la stessa posizione pronunciandosi in un altro caso, noto come "Saravia", in cui si è discusso del collegamento o del nesso tra i reati commessi dagli agenti delle forze di sicurezza e il piano di repressione attuato durante l'ultima dittatura.

Nel 2014 il Tribunale penale federale di Salta ha condannato due ex poliziotti per l'omicidio di Oscar Ramón Rodríguez e José Lino Salvatierra, ritenendo provato che essi avessero ucciso le due persone citate in una notte del maggio 1977 e poi abbandonato i loro corpi sul ciglio di una strada con un cartello che recitava "por ladrón y cuatrero" (per furto di bestiame). Questi fatti sono stati qualificati come crimini contro l'umanità, in quanto il tribunale ha concluso che erano collegati all'attacco generalizzato e sistematico che le forze di sicurezza stavano eseguendo in quel momento. A questo proposito, ha sostenuto che gli omicidi sono stati commessi da agenti di polizia della "Guardia del Monte", un gruppo costituito all'interno delle forze dell'ordine, avente, tra gli altri scopi, combattere il furto di bestiame; che tali agenti consideravano le vittime un "intralcio" all'ordine che si voleva imporre, a causa della loro reputazione di ladri di bestiame, e che si avvalevano

[15] Lo stesso fondamento era già stato sviluppato dalla PGN nelle sentenze sui casi T.101, XLVIII, Taranto, Jorge Eduardo", n. 14969 [ricorso di fatto presentato dal Centro Ex Combatientes Islas Malvinas La Plata]", con sentenza della CSJN del 19 febbraio 2015, e nel citato caso "Levín", cit. In nessuna di queste occasioni la CSJN aveva chiarito se condividesse il fondamento in questione. Nel caso "Taranto", cit., la PGN ha sostenuto, sulla base di tale fondamento, tra l'altro, che le torture commesse contro alcuni soldati argentini dai loro stessi compagni, in esecuzione di ordini superiori, durante la guerra del Sud Atlantico, dovevano essere considerate parte dell'attacco che all'epoca era in corso nel nostro Paese (cfr., in particolare, il punto IV del parere, in cui viene sviluppato il criterio che, alcuni anni dopo, sarebbe stato ribadito nel caso "Levín", cit.).

della possibilità di agire impunemente garantita dal contesto in cui operavano. Ha aggiunto che le vittime del piano di repressione non erano solo le persone considerate "sovversive", ma anche tutti coloro che, senza svolgere alcuna attività politica né avere legami di questo tipo, erano visti come "indesiderabili" nel quadro del progetto di riorganizzazione nazionale intrapreso dal regime. Così, ha concluso, "la dittatura non ha raggiunto i suoi obiettivi dichiarati e ha esteso lo sterminio a eccessi impensabili" [16].

Tale condanna è stata revocata dalla CFCP. Contrariamente a quanto affermato dal tribunale si è ritenuto che tali fatti fossero del tutto estranei all'attacco citato, per cui non potevano essere qualificati come crimini contro l'umanità e, di conseguenza, era opportuno analizzare la possibile estinzione dell'azione penale. In particolare, ha sottolineato che gli omicidi in questione sarebbero stati fatti isolati, senza alcun collegamento con l'attacco contro la popolazione civile, poiché non sarebbero stati motivati dalla qualità di oppositori politici al regime delle persone che ne sono state vittime, ma dal fatto che, secondo la percezione dei poliziotti che li avrebbero commessi, si trattava di ladri e briganti. A ciò la CFCP ha aggiunto che se non fosse necessario considerare le ragioni che hanno portato gli imputati ad agire, allora tutti i reati commessi dagli agenti delle forze di sicurezza nel periodo di riferimento dovrebbero essere qualificati come crimini contro l'umanità [17].

In sintesi, la CFCP ha confermato il criterio già applicato nel caso "Levín", secondo cui la motivazione dei responsabili dei reati è uno dei fattori determinanti da tenere in considerazione nel valutare la loro eventuale connessione con l'attacco in corso. In senso stretto, si potrebbe dire che tale fattore è considerato il principale per la valutazione dell'esistenza del legame o del nesso tra l'atto e l'attacco, poiché le circostanze oggettive considerate anche in altri casi, come il *modus operandi* e l'identità delle vittime, sono state ponderate, come si è visto, al fine di dare una risposta fondata a tale questione.

Inoltre, la CFCP ha chiarito che non condivideva, come invece ha fatto la CSJN nel caso citato, l'idea che fosse sufficiente, per configurare tale collegamento, che i responsabili dei fatti fossero agenti dell'apparato attraverso

---

[16] Cfr. Tribunale penale federale di Salta, nn. 3799/12, 3802/12, 3852/12 e 3921/13, 14 ottobre 2014, in particolare alle pagg. 746 (citazione testuale) e 884-899 della copia semplice pubblicata sul sito internet del Centro de Información Judicial (https://www.cij.gov.ar/nota-14315-Lesa-humanidad--difundieron-fallo-que-conden--a-prisi-n-perpetua-a-los-seis-acusados-en-un-juicio-oral-en-Salta.html).

[17] Cfr. CFCP, sezione I, FSA 73000260/2008/TO1/CFC2, Mulhall, Carlos Alberto e altri s/ricorso di cassazione, reg. n. 84/19, 14 febbraio 2019, 344-355 della copia semplice pubblicata su: https://cij.gov.ar. Per un altro commento su questa sentenza, cfr. M. Gaitán, *op. cit.*, 289-292.

il quale veniva eseguito l'attacco e che, nel commettere tali fatti, potessero contare sull'impunità garantita da tale apparato.

La procura ha presentato un ricorso straordinario federale contro la decisione della CFCP e, successivamente, un reclamo contro il rigetto di tale ricorso, ma la CSJN non si pronuncerà in questo caso poiché gli imputati sono deceduti [18].

4. *Il caso "Molina"*

Il caso "Molina" differisce dai precedenti perché in esso il dibattito sul nesso tra i fatti e l'attacco ha incluso anche la questione se i reati in questione, non più i fatti, potessero essere considerati collegati alla politica di repressione illegale attuata durante l'ultima dittatura. Infatti, non c'è alcun dubbio che le privazioni illegali della libertà, le torture e gli omicidi fossero reati originariamente previsti nel piano di attacco, ma nel caso "Molina" all'imputato, all'epoca membro dell'Aeronautica Militare, sono state attribuite ripetute violenze sessuali che avrebbe commesso contro due donne private della libertà nel centro di detenzione clandestino di cui era uno dei responsabili, il che ha portato la difesa a sostenere che tali reati non erano inclusi nel piano citato, ma che, in realtà, si trattava di azioni spontanee e autonome [19].

Il tribunale di primo grado ha condannato Molina all'ergastolo ritenendolo responsabile di tali violenze sessuali, qualificate come crimini contro l'umanità. Questa sentenza è stata impugnata dalla difesa e il caso è arrivato alla CFCP, che ha confermato la condanna.

Nel voto che ha portato all'accordo si è sostenuto che, contrariamente all'obiezione della difesa, le violenze sessuali dovevano essere considerate collegate all'attacco sistematico e generalizzato che si stava commettendo in quel periodo, dato che le autorità del regime avevano concesso ampia discrezionalità agli esecutori di tale attacco, come Molina, per decidere non

[18] Si può tuttavia consultare il parere della Procura Generale della Nazione, emesso il 4 settembre 2 020, prima della morte dell'ultimo imputato ancora in vita fino a quel momento, in cui si propone la revoca della decisione della CFCP (cfr. parere *in re* FBB 93000982/2009/TO1/56/1/1/1/RH21, "Granada, Jorge Horacio s/incidente de recurso extraordinario", la cui copia semplice è disponibile sul sito internet del Ministerio Público Fiscal: https://mpf.gob.ar).

[19] Cfr. CFCP, sezione IV, n. 12.821, "Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación", 17 febbraio 2012, reg. n. 162/12, esp. 46, 50-56 e 64-65 della copia pubblicata sul sito internet del Centro de Información Judicial, già citato. Per un altro commento su questa sentenza, cfr. M. Gaitán, *op. cit.*, 292-296.

solo sull'identità delle vittime, ma anche sul loro destino. A questo proposito, è stato anche chiarito che le violenze sessuali sono previste dall'art. 7 dello StCPI come crimini che possono essere considerati contro l'umanità se commesse in un contesto come quello argentino dell'epoca. Infine, è stato considerato che la violenza sessuale era una pratica sistematica nel centro di detenzione in cui lavorava l'imputato, il che, secondo il parere del magistrato, determinava la qualificazione menzionata [20].

Nel secondo voto sono stati indicati cinque criteri per valutare l'esistenza di un nesso o di una connessione tra gli atti e l'attacco. Solo uno di essi coincide con quelli espressi nel primo voto. Si tratta di quello secondo cui la condotta imputata rientrava tra quelle che il diritto internazionale qualifica come crimini contro l'umanità nel caso in cui siano commessi nell'ambito di un attacco generalizzato o sistematico contro una popolazione civile [21].

Altri tre di quei cinque criteri non sono stati espressi nel primo voto, ma non c'è dubbio che siano in linea con le considerazioni ivi sviluppate. Mi riferisco: (i) al fatto che la condotta imputata si è verificata in modo contemporaneo e all'interno dell'area spaziale in cui è stato eseguito l'attacco; (ii) al fatto che l'agente faceva parte dell'apparato repressivo e godeva della sua acquiescenza; e (iii) al fatto che le vittime appartenevano al settore della popolazione contro cui era diretto l'attacco, in quanto si trattava di detenute per motivi politici [22].

Infine, è stato anche considerato che l'imputato, in quanto agente dell'apparato di potere che stava eseguendo l'attacco, godeva dell'impunità garantitagli da tale condizione. Questa circostanza è stata dedotta da un'altra, ritenuta provata, secondo cui era prassi comune dell'imputato violentare le detenute illegalmente nel centro di detenzione in cui prestava servizio. Pertanto, secondo quanto concluso, sarebbe stato impensabile che Molina non godesse dell'impunità [23].

Tale criterio, come si evince chiaramente, coincide con quello sostenuto dalla PGN nel caso "Levín", che non è stato condiviso dalla CSJN nello stesso caso, né dalla CFCP nel caso "Saravia". Tuttavia, mentre apparentemente la PGN lo ha proposto come criterio sufficiente di per sé per configurare il nesso tra l'atto e l'aggressione, nel voto commentato sembra essere richiesta anche l'esistenza delle altre quattro circostanze menzionate.

---

[20] Cfr. sentenza "Molina", copia citata nella nota precedente, 19-23.

[21] Cfr. *ibidem*, 75-76.

[22] Cfr. *ibidem*, 75-78.

[23] Cfr. *ibidem*, 75-78 e 82.

Il terzo magistrato che si è pronunciato nel caso "Molina" ha dichiarato di aderire alle motivazioni fornite dagli altri due giudici della camera. Ha poi aggiunto un'altra motivazione, che ha definito "complementare" a quelle precedenti, secondo cui le violazioni imputate a Molina dovevano essere considerate parte dell'attacco perché acquisivano lo stesso significato sociale degli altri fatti attribuiti all'imputato come "espressioni parziali di un piano integrale e sistematico di annientamento per motivi di persecuzione politica" [24].

In sintesi, solo questo argomento, che nell'ultimo voto è stato considerato "complementare" agli altri sostenuti dai primi due giudici, non è maggioritario, per cui non si può affermare che integri la teoria che emerge dal caso. Gli altri costituirebbero invece tale teoria, essendo stati condivisi da almeno due dei tre giudici.

5. *La giurisprudenza della CPI*

Il caso "Katanga" è stato quello in cui, fino ad ora, la CPI si è pronunciata in modo più esteso in una sentenza sul nesso tra l'atto e l'attacco come elemento tipico dei crimini contro l'umanità. Inoltre, i criteri ivi stabiliti al riguardo, come si vedrà di seguito, sono stati riconosciuti in altre sentenze della CPI.

Per quanto qui interessa, il caso "Katanga" riguardava i reati di omicidio, stupro e schiavitù sessuale commessi contro la popolazione civile del villaggio di Bogoro nel contesto di un conflitto armato che si stava combattendo nella Repubblica Democratica del Congo, all'inizio del XXI secolo, per motivi politici ed etnici. In particolare, è stato provato che, nel febbraio 2003, una truppa dell'organizzazione armata composta da membri dell'etnia Ngiti ha invaso il suddetto villaggio e ha attaccato sia i combattenti dell'Unione dei Patrioti Congolesi (UPC), gruppo armato presente in quel villaggio, sia i suoi abitanti civili appartenenti all'etnia Hema, che i Ngiti consideravano nemici, percependoli come possibili oppressori e invasori del territorio sotto il loro dominio. Circa duecento civili dell'etnia Hema sono stati vittime di quei crimini, che sono stati considerati parte di un attacco sistematico diretto contro tale popolazione civile, eseguito dall'organizzazione dei Ngiti in accordo con la loro politica di liberazione di Bogoro sia dagli Hema che dall'UPC, che accusavano di rappresentare gli interessi di quelli [25].

---

[24] Cfr. *ibidem*, 89 (citazione testuale) e 87-90.

[25] Cfr. ICC-01/04-01/07, Camera II, situazione della Repubblica Democratica del Congo, *Il procuratore contro Germain Katanga*, 7 marzo 2014, in particolare i punti 1134-1167.

Nel pronunciarsi sui requisiti dei crimini contro l'umanità, la questione forse più interessante affrontata dalla CPI, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso, era se i Ngiti avessero costituito un'organizzazione che potesse essere considerata tipica ai sensi dell'articolo 7 dello StCPI. Infatti, tale norma definisce l'attacco che caratterizza i crimini contro l'umanità come una linea di condotta che implica la commissione multipla dei reati ivi previsti contro una popolazione civile, in conformità con la politica di uno Stato o di un'organizzazione di commettere tale attacco o di promuovere tale politica [26], ma senza chiarire cosa si debba intendere per "organizzazione" [27].

Tuttavia, la CPI ha anche sviluppato considerazioni rilevanti per l'argomento analizzato in questo lavoro. Infatti, ha sostenuto che nel valutare se un fatto faccia parte di un attacco generalizzato o sistematico, si devono prendere in considerazione la natura, gli obiettivi e le conseguenze di tale atto, e considerare l'attacco nella sua totalità e rispetto a ciascuna delle sue componenti (ad esempio, il modo in cui sono stati commessi i crimini, il tipo di vittime, ecc.) [28].

Inoltre, ha sottolineato che, sebbene l'articolo 7 dello StCPI richieda che l'atto sia compiuto con la consapevolezza dell'attacco, ciò non significa che l'autore del fatto debba conoscerne tutte le caratteristiche o i dettagli precisi del piano, né è necessario che ne condivida la politica o che agisca con l'intenzione di rendere il proprio atto parte integrante dell'attacco. In sintesi, sarebbe irrilevante che l'agente abbia cercato di contribuire con la propria condotta alla realizzazione o alla promozione di una certa politica [29].

---

[26] Cfr. c. 2 c).

[27] La questione è esaminata nei punti 1117-1122 e 1139-1141 della sentenza citata. Nella dottrina, per un ampio panorama sulla discussione suscitata attorno al concetto, cfr. G. Werle, B. Burghardt, *Do Crimes against Humanity Require the Participation of a State or a "State-like" Organization?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 1151-1570; T. Rodenhäuser, *Beyond State Crimes: Non-State Entities and Crimes against Humanity*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 27, 4, 2014, 913-928; E. Amati, E. Maculan, I *crimini contro l'umanità*, in E. Amati, M. Costi, E. Fronza *et al.* (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, 4a ed., Giappichelli, Torino, 2020, 383-387, e J. Pérez caballero, *El elemento político en los crímenes contra la humanidad. La expansión de la figura al crimen organizado transnacional y el caso de las organizaciones de narcotraficantes mexicanas en el sexenio 2006-2012*, Dykinson, Madrid, 2015.

[28] Cfr. punto 1124 della citata sentenza nel caso "Katanga". Allo stesso modo, ICC-01/05-01/08, sezione di primo grado III, situazione della Repubblica Centrafricana, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 21 marzo 2016, in particolare punto 165; ICC-01/04-02/06, sezione di primo grado IV, situazione della Repubblica Democratica del Congo, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, 8 luglio 20 19, in particolare il punto 696; ICC-02/04-01/15, Camera di primo grado IX, situazione dell'Uganda, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 4 febbraio 2021, in particolare il punto 2688.

[29] Cfr. punto 1125 della sentenza pronunciata nel caso "Katanga", cit. Allo stesso modo, cfr.

Per quanto riguarda il concetto di "politica", anch'esso non definito nello StCPI, la Corte ha affermato che si riferisce essenzialmente al fatto che uno Stato o un'organizzazione intenda, mediante un'azione o un'omissione, compiere un attacco contro una popolazione civile [30]. Ciò non escluderebbe che lo Stato o l'organizzazione stabiliscano formalmente tale politica e la rendano nota, ma non sarebbe necessario, e comunque è raro che ciò avvenga, per cui secondo la CPI, nella maggior parte dei casi, l'esistenza di una certa politica potrebbe essere dedotta, ad esempio, dalla ripetizione di atti che seguono lo stesso schema o da altre circostanze di esecuzione o preparazione dell'attacco [31].

Ha inoltre sottolineato che alcuni aspetti della politica si concretizzano e

---

punti 161 e 167 della sentenza del caso "Bemba", cit. In questa sentenza si chiarisce anche che non è necessario che l'agente agisca deliberatamente per attuare la politica, ma è sufficiente che tenga un comportamento prevedibile nell'ambito di tale politica (in particolare punto 161).

[30] La particolarità che la politica possa essere attuata per omissione, in circostanze eccezionali, è espressamente stabilita negli Elementi dei Crimini, in particolare nella nota 6. Si tratterebbe di una deliberata omissione di agire che mira consapevolmente a incoraggiare un attacco. A ciò si aggiunge che l'esistenza della politica che presuppone l'attacco non può essere dedotta esclusivamente dalla mancanza di azione da parte del governo o dell'organizzazione. Per M. GAITAN, F. SOTELO, definendo in questo modo l'elemento politico dei crimini contro l'umanità, la CPI «ha chiarito che questo requisito stabilisce una soglia bassa e implica semplicemente che gli atti che costituiscono l'attacco devono essere in qualche modo collegati ai disegni di un'entità statale o organizzativa» (cfr. M. GAITÁN, F. SOTELO, *La calificación de los actos individuales como delitos de lesa humanidad. Lineamientos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Penal Internacional*, in L. G. PITLEVNIK, D. R. MUÑOZ (diretto da), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 27, Hammurabi, Buenos Aires, 2019, 109). È importante anche distinguere tra "politica" e "piano" di attacco. Mentre l'esistenza di un piano implicherebbe un attacco sistematico, in quanto si tratterebbe di un programma d'azione dettagliato la cui esecuzione seguirebbe modelli determinati, una politica può consistere semplicemente nell'incoraggiare attivamente un attacco massiccio compiuto da terzi (ad esempio, incentivandolo attraverso i mezzi di comunicazione), o anche nel non interferire nella commissione di crimini commessi – per fare un altro esempio – in modo generalizzato ma non coordinato, da diversi membri di alcune religioni contro quelli di un'altra in particolare, che forse erano oppositori politici del governo in carica, per cui potrebbe esserci un attacco non sistematico ma conforme a una politica. Cfr. D. ROBINSON, *Defining "Crimes against Humanity" at Rome Conference*, in *The American Journal of International Law*, vol. 93, 1, 1999, 50-51; K. AMBOS, S. WIRTH, *The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, in *Criminal Law Forum*, vol. 13, 1, 2002, 31-33; P. PARENTI, *Crímenes contra la humanidad. Origine ed evoluzione della figura, e analisi dei suoi elementi centrali nello Statuto di Roma*, in P. PARENTI, L. FILIPPINI, H. FOLGUEIRO, *I crimini contro l'umanità e il genocidio nel diritto internazionale*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, 50-53; T. RODENHÄUSER, *op. cit.*, 925.

[31] Cfr. punti 1108-1109 della sentenza pronunciata nel caso "Katanga", cit. Allo stesso modo, sentenze pronunciate nei casi "Bemba", cit., in particolare punto 160; "Ntaganda", cit., in particolare punto 674 e "Ongwen", cit., in particolare punto 2679, già citati.

si sviluppano durante l'esecuzione stessa di tale politica. Pertanto, è possibile che essa risulti chiara solo al momento della sua attuazione, cosicché sarebbe possibile definirla nella sua interezza solo in modo retrospettivo, una volta che gli atti sono stati commessi e sulla base di una visione d'insieme dell'intera operazione o linea di condotta seguita [32].

D'altra parte, si chiarisce che, secondo la lettera della legge, non è necessario dimostrare che ogni atto sia stato compiuto in conformità con la politica o per promuoverla, né è necessario che i responsabili dei fatti siano membri dello Stato o dell'organizzazione, o abbiano un legame diretto o indiretto, anche se tale circostanza potrebbe valere come indizio del collegamento tra l'atto e l'attacco [33].

Riferendosi ai fatti specifici del caso, la CPI ha affermato che l'omicidio è stato il mezzo principale di esecuzione dell'attacco al villaggio di Bogoro, in conformità con il piano dei Ngiti di sterminare (*wipe out*) la popolazione civile degli Hema. Pertanto, quando ha affermato che anche gli altri reati commessi – stupro e schiavitù sessuale – facevano parte dell'attacco, ha ricordato il suo criterio secondo cui non è necessario che ogni comportamento, per essere considerato tipico di crimine contro l'umanità, sia commesso nell'esecuzione della politica. Inoltre, ha sottolineato che il collegamento tra tali crimini e l'attacco era stato configurato dal fatto che erano stati commessi "con lo stesso obiettivo e facevano parte, oggettivamente, dell'operazione" [34]. Pertanto, la CPI ha applicato al caso alcuni dei criteri che aveva precedentemente esposto in astratto come determinanti del collegamento tra l'atto e l'attacco.

Tuttavia, nel sottolineare che gli atti di stupro e schiavitù sessuale facevano parte della stessa operazione, la CPI non ha chiarito se con ciò intendesse riferirsi a una coincidenza temporale e spaziale tra tali atti e l'attacco, o a qualche altra circostanza oggettiva. Pertanto, vale la pena ricordare che un'altra sezione dello stesso tribunale, in una sentenza successiva, ha sostenuto che tale coincidenza tra l'atto e l'attacco può essere una circostanza rilevante per valutare l'esistenza del nesso, ma non è necessaria, poiché anche un atto commesso prima o dopo la fase centrale (core) dell'attacco può essere considerato parte di esso [35].

---

[32] Cfr. punto 1110 della sentenza nel caso "Katanga", cit.

[33] Cfr. punto 1115 id. Nella sentenza del caso "Bemba", cit., in particolare al punto 161, è stato persino sostenuto che non è un requisito tipico che l'autore della condotta agisca per motivi politici.

[34] Cfr. punto 1165 della sentenza del caso "Katanga", cit.

[35] Cfr. punto 696 della sentenza pronunciata nel caso "Ntaganda", cit.

6. *Critica della giurisprudenza analizzata*

Come si è detto, la giurisprudenza internazionale distingue tra l'atto e l'attacco e tra quest'ultimo e la politica. Tale elaborazione non si ritrova nella giurisprudenza argentina. In particolare, la CPI ha sottolineato che è l'attacco che deve essere eseguito in conformità con la politica di uno Stato o di un'organizzazione, ma non necessariamente ciascuno dei reati commessi in tale contesto, come richiesto in generale dalla giurisprudenza argentina, deve essere collegati all'attacco. A ciò si aggiunge che, secondo la CPI, contrariamente a quanto emerge da tale giurisprudenza locale, non è nemmeno necessario che l'agente agisca motivato da una certa politica, né che faccia parte del gruppo di potere attraverso il quale viene eseguito l'attacco.

L'interpretazione della CPI, rispetto a quella fornita dalla giurisprudenza argentina, sembra più aderente alla lettera della norma che definisce i crimini contro l'umanità, poiché stabilisce che l'atto, per essere qualificato come tale, deve essere parte dell'attacco, e che quest'ultimo deve essere condotto in modo generalizzato o sistematico e in conformità o a sostegno della politica di uno Stato o di un'organizzazione [36]. In sintesi, sarebbe conforme alla definizione normativa di crimini contro l'umanità ritenere che un atto che non fosse esecutivo della politica di commettere un attacco, o che non mirasse a promuovere tale politica, possa essere ugualmente collegato all'attacco [37].

Tuttavia, quando si fa riferimento al criterio da adottare per affermare quando un reato particolare non è casuale o isolato, ma parte di un attacco, anche nel caso in cui – si potrebbe aggiungere – non sia stato commesso in conformità con la politica di eseguire tale attacco o per promuovere tale

---

[36] Cfr. art. 7, commi 1 e 2.a., STCPI. A questo proposito, cfr. C. Hall, K. Ambos, *Article 7*, in O. Triffterer, K. Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3a ed., C.H. Beck, H. Nomos, 2016, 165-167.

[37] Cfr. L. Pellegrini, *El nexo entre los actos ilícitos y el ataque en los crímenes contra la humanidad*, en Leonardo G. Pitlevnik (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. IX, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 286-288. Non intendo negare che, come sottolinea C. Cárdenas A ravena nella conclusione della sua analisi su diverse decisioni adottate dalla CPI durante la fase preliminare del processo, occorrerebbe escludere come atti collegati all'attacco quelli commessi da «individui che agiscono per conto proprio», indipendentemente dalla politica (cfr. *El ataque contra una población civil en la práctica de la Corte Penal Internacional, en Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXIV, 1, 2021, 306). In senso stretto, in accordo con le motivazioni che saranno fornite *infra*, punto 7, sostengo che non agirebbe in modo indipendente dalla politica un individuo che commettesse un reato senza lo scopo di eseguire l'attacco, anche quando non si trattasse di uno dei reati che caratterizzano tale attacco, ma sapendo che tale politica include la tolleranza del suo comportamento, anche quando esso eccedesse il piano di attacco.

politica, la giurisprudenza della CPI manca di precisione, poiché ricorre a concetti ambigui come la natura, gli obiettivi e le conseguenze dell'atto e suggerisce di valutare il modo in cui sono stati commessi i crimini e il tipo di vittime dell'attacco, tra le altre circostanze, senza fornire un'indicazione precisa di quali sarebbero quelle rilevanti [38].

Tale imprecisione è evidente nell'analisi del caso "Katanga". Come già detto, la CPI ha sostenuto che l'attacco dell'organizzazione armata Ngiti contro i civili Hema che vivevano nel villaggio congolese di Bogoro aveva lo scopo di liberare il villaggio dai membri di quell'etnia attraverso il loro annientamento, per cui il *modus operandi* che ha caratterizzato l'attacco è stato l'omicidio delle vittime. A ciò si è aggiunto che anche i reati di natura sessuale commessi contro gli stessi civili dovevano essere considerati parte dell'attacco, poiché erano stati commessi in quel contesto e perseguivano lo stesso obiettivo. Tuttavia, quest'ultima affermazione è problematica, perché non è evidente, né la CPI lo ha spiegato nella sentenza, come si potesse ottenere il risultato di sradicare dal villaggio, o tanto meno annientare, i membri dell'etnia Hema attraverso crimini come lo stupro o la schiavitù sessuale.

D'altra parte, la CPI ha sottolineato che alcuni aspetti della politica possono cristallizzarsi durante la sua esecuzione, cosicché sarebbe possibile definirla nella sua interezza solo in modo retrospettivo, una volta che gli atti sono stati commessi e sulla base di una visione d'insieme dell'intera operazione o linea di condotta seguita. Ha inoltre aggiunto che non è necessario che l'agente agisca deliberatamente per attuare una certa politica, ma è sufficiente che tenga un comportamento prevedibile nell'ambito di tale politica.

Tale considerazione sembra conciliabile con la teoria che emergerebbe dalla sentenza della CFCP nel caso "Molina". Infatti, due dei tre giudici della corte che hanno partecipato al caso hanno concordato nel sottolineare che le violenze sessuali contestate dovevano essere considerate collegate all'attacco sistematico e generalizzato che ha avuto luogo durante l'ultima dittatura argentina, dato che le autorità del regime avevano concesso ampia discrezionalità agli esecutori di tale attacco, come l'imputato nel processo, per decidere non solo l'identità delle vittime, ma anche il loro destino. Pertanto, nonostante nella sentenza del caso sia stato ammesso che il *modus operandi* caratteristico dell'attacco fosse il sequestro, la privazione illegale della libertà in centri di detenzione clandestini, la tortura e l'omicidio [39], si è concluso che le violenze sessuali delle detenute politiche non potevano essere considerate atti isolati e slegati dall'attacco.

---

[38] In senso simile, M. GAITÁN, F. SOTELO, *op. cit.*, 114-115.

[39] Cfr. 19-20 della copia citata nella nota 19.

Tale conclusione trova conferma negli Elementi dei Crimini, secondo cui la politica può essere attuata anche, in via eccezionale, mediante un'omissione deliberata che miri consapevolmente a incoraggiare un attacco. Sulla base di tale disposizione, infatti, si potrebbe sostenere che, anche se nel caso "Molina" non fosse stato possibile dimostrare che il piano originariamente definito dalle autorità dell'ultima dittatura argentina includesse l'abuso sessuale delle detenute per motivi politici, tali reati sarebbero stati comunque collegati all'attacco, essendo stato provato che le istituzioni dello Stato tolleravano tale pratica.

Nel caso "Molina", come risulta dalla sentenza analizzata, le autorità statali avevano incoraggiato l'attacco ai civili considerati come oppositori politici sia attraverso la pianificazione di determinati fatti specifici (privazione illegale della libertà, tortura ed eventualmente omicidio), sia attraverso l'omissione di limitare la condotta degli esecutori, che procedettero con ampia discrezionalità nella selezione delle vittime dell'attacco e nella decisione sul loro destino. Di conseguenza, non sembra ragionevole sostenere che gli abusi sessuali commessi fossero fatti isolati, senza alcun collegamento con l'attacco o con la politica [40].

D'altra parte, nella sentenza del caso "Molina" è stato aggiunto che tali violenze sessuali sono state commesse in modo sistematico nel centro di

---

[40] È opportuno chiarire che quanto detto non significa affermare, senza ulteriori precisazioni, che tali abusi sessuali possano essere attribuiti anche a coloro che, ai vertici della dittatura militare, hanno pianificato la politica di repressione illegale e ne hanno ordinato l'esecuzione. Dalla sentenza citata non emerge che tali ordini includessero l'abuso sessuale delle vittime, né che le autorità della dittatura fossero a conoscenza del fatto che tali reati venivano commessi. Tuttavia, non vi è dubbio che le agenzie statali non fossero disposte a reprimere le azioni dell'imputato, a giudicarlo o a punirlo per il trattamento riservato alle persone private illegalmente della libertà, il che determinerebbe il collegamento di tali reati con l'attacco. In altre parole, se ammettiamo che le persone private della libertà nei centri di detenzione clandestini erano alla mercé dei loro rapitori, che erano consapevoli dell'impunità di cui godevano in base alla politica dell'attacco, sembrerebbe irragionevole sostenere che i reati commessi dagli agenti della dittatura in quel contesto contro i detenuti sotto la loro custodia fossero fatti casuali, isolati o senza alcun collegamento con l'attacco. Mi sembra che una posizione analoga sia sostenuta, ad esempio, da K. Ambos (cfr. *Treatise on International Criminal Law*, vol. II: *The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 72), il quale sottolinea che, per configurare l'elemento politico dell'attacco, sarebbe sufficiente che le autorità di un paese identificassero le possibili vittime e annunciassero l'impunità di coloro che commettessero reati contro di esse. Anche altri autori sostengono che sia sufficiente la tolleranza dello Stato per configurare l'elemento politico. Cfr., ad esempio, A. Gil Gil, *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, in *Revista de Derecho Penal*, 1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, 231-236; e G. Werle, F. Jessberger, *Tratado de derecho penal internacional*, trad. esp. di C. Cárdenas Aravena *et al.*, 3a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 573-574.

detenzione clandestino in cui aveva prestato servizio l'imputato, ma questa considerazione non era necessaria, poiché la sistematicità è una caratteristica tipica che deve presentare l'attacco, non i singoli atti, e nel caso citato tale particolarità dell'attacco in corso al momento della commissione dei fatti non è mai stata messa in discussione.

Il criterio della CPI secondo cui non è necessario che l'agente agisca deliberatamente per attuare la politica di attacco, poiché è sufficiente che compia un'azione prevedibile nell'ambito di tale politica per considerare configurato l'elemento di collegamento o connessione tra l'illecito e l'attacco, presenta anch'esso una certa ambiguità. Per esemplificarlo, è utile ribadire che nel caso "Molina" le violenze sessuali sulle detenute politiche sono state considerate parte dell'attacco compiuto durante l'ultima dittatura argentina, tenendo conto che le autorità di quel governo hanno concesso ai loro subordinati un'ampia discrezionalità nel decidere il destino delle vittime. Seguendo tale criterio, si sarebbe concluso che se queste ultime, secondo il piano di repressione illegale, potevano essere sequestrate, torturate e sottoposte ad altre condizioni di vita disumane, secondo quanto affermato nella sentenza del caso [41], era prevedibile che fossero anche violentate.

Tuttavia, in tale sentenza non viene indicato il criterio in base a cui si giunge a tale conclusione. Di fronte a tale lacuna della decisione, è lecito chiedersi quale soluzione sarebbe stato opportuno adottare se nello stesso caso Molina fosse stato accusato, supponiamo, non di aver violentato, ma di aver sterilizzato con la forza le vittime, di averle sottoposte a qualche esperimento medico, di averle private di cibo, o di qualche altro reato che potesse essere qualificato come crimine contro l'umanità [42]. Ciò che si intende evidenziare è che, in definitiva, non sembrerebbe semplice stabilire quali sarebbero tutti i reati ragionevolmente prevedibili nel quadro di una politica di attacco che, come si sarebbe constatato in Argentina, concedeva ampia discrezionalità ai suoi esecutori nel decidere cosa fare delle vittime.

---

[41] Cfr. 20 della copia citata nella nota 19.

[42] La sterilizzazione forzata è un reato previsto dall'art. 7, c. 1 g), dello StCPI, pertanto non vi è dubbio che, se commessa nell'ambito di un attacco sistematico o generalizzato contro una popolazione civile, dovrebbe essere qualificata come crimine contro l'umanità. Al contrario, gli altri atti menzionati non sono espressamente inclusi in tale norma. Tuttavia, non si può escludere che possano essere qualificati come crimini contro l'umanità, se commessi nel contesto sopra indicato, tenendo conto della disposizione aperta con cui si chiude l'elenco di tali illeciti nello StCPI (cfr. art. 7, comma 1.k) (per ulteriori approfondimenti al riguardo, C. HALL, K. AMBOS, *op. cit.*, 2016, 238-239).

7. *La giurisdizione universale: definizione e incidenza della definizione su ciò che richiede il nesso tra l'atto e l'attacco*

La giurisprudenza argentina fornisce un criterio idoneo per rimediare alle imprecisioni che abbiamo segnalato. Si tratta, in particolare, del criterio sostenuto da due dei giudici della CFCP nella sentenza del caso "Molina" e anche dalla Procura Generale della Nazione nei suoi pareri emessi nei casi "Taranto" e "Levín" [43], secondo cui il rapporto tra il reato specifico e l'aggressione è tipico, in conformità con quanto previsto dall'art. 7 dello StCPI, se contiene le caratteristiche essenziali da cui dipende l'impegno internazionale di perseguire penalmente i crimini contro l'umanità.

Il motivo alla base del fatto che certi reati generino tale obbligo risiede nella particolare situazione di abbandono in cui si trova la vittima quando le istituzioni dello Stato, la cui missione è quella di proteggere e garantire i suoi diritti, sono invece quelle che, al contrario, li violano in modo massiccio e sistematico, tollerano o coprono i responsabili, o sono incapaci di reprimerli e giudicarli. Di fronte a tale situazione, la comunità internazionale viene in aiuto delle vittime, sostituendosi allo Stato nell'adempimento del suo obbligo di perseguire penalmente i reati di tale natura, senza osservare i limiti giurisdizionali o temporali imposti dal diritto interno [44].

In conclusione, ciò che è determinante per considerare un illecito collegato a un attacco non è che esso abbia la stessa natura, persegua gli stessi obiettivi e produca le stesse conseguenze degli altri fatti dell'attacco, né che sia stato un atto conforme alla politica di eseguire l'attacco, commesso con l'intenzione di eseguirlo o prevedibile nel quadro di tale politica. Tali circostanze potrebbero essere, come risulta dalla giurisprudenza della CPI, indizi del nesso o della connessione, che si configurerebbe, in senso stretto, se le istituzioni pubbliche non fornissero alla vittima la dovuta protezione contro la violazione dei suoi diritti, perché lo stesso Stato fosse l'aggressore o perché tollerasse, coprisse o non avesse la capacità di reprimere e giudicare gli aggressori [45].

---

[43] Citati nelle note 9 e 15.

[44] R. Vernon, *What is Crime against Humanity?*, in *The Journal of Political Philosophy*, vol. 10, 3, 2002, 241-246; A. Gil Gil, *op. cit.*, 219 e 231-236; W.A. Schabas, *State Policy as an Element of International Crimes*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, 3, 2008, 974; M. Renzo, *Crimes against Humanity and the Limits of International Criminal Law*, in *Law and Philosophy*, 31, 2012, 445-446; A. Chehtman, *Contemporary Approaches to the Philosophy of Crimes against Humanity*, in *International Criminal Law Review*, vol. 14, 2014, 19-23.

[45] Un criterio analogo era già stato sviluppato alcuni anni prima da K. Ambos, S. Wirth, *op. cit.*, 14-15 e 36. Anche nella dottrina locale era stato affermato che un criterio come quello

Come è stato ricordato, la CFCP si è dichiarata contraria a tale criterio nella sentenza del caso "Saravia", sottolineando che se non si tenesse conto delle ragioni che hanno motivato l'azione dei responsabili dei fatti, in particolare la loro volontà di attuare la politica di repressione illegale, si potrebbe concludere che tutti i reati commessi dagli agenti delle forze di sicurezza durante l'ultimo governo *de facto* in Argentina fossero parte dell'attacco. Tuttavia, tale valutazione è errata poiché, come risulta da quanto detto, si potrebbe affermare il collegamento o la connessione con l'attacco solo per quei reati che lo Stato non avrebbe voluto reprimere né giudicare.

Seguendo tale criterio, infatti, nella sentenza di primo grado emessa nel caso citato, si è sostenuto che gli omicidi contestati dovevano essere qualificati come crimini contro l'umanità perché, secondo quanto ritenuto provato, i poliziotti che li hanno commessi, oltre a considerare le vittime un "intralcio" all'ordine che si voleva imporre, a causa della loro reputazione di ladri di bestiame, hanno approfittato della possibilità di agire impunemente garantita dal contesto in cui hanno agito. A questo proposito, sono state valutate circostanze fattuali accertate che, secondo il tribunale, dimostravano che le istituzioni dello Stato, sia la polizia che il potere giudiziario, non erano disposte a procedere in modo adeguato per identificare gli autori, processarli e condannarli. Ad esempio, è stata ricordata la dichiarazione dell'avvocato del padre di una delle vittime, che lo aveva assunto per indagare su quanto accaduto. L'avvocato ha dichiarato che, prima dello svolgimento di un'udienza nel processo avviato a tal fine, si era recato sul posto un membro delle forze armate, che all'epoca ricopriva la carica di vicecapo della polizia di Salta e che l'avvocato conosceva fin da bambino, il quale gli aveva detto che il processo non poteva proseguire e che, se avessero insistito con l'iniziativa di portarlo avanti, sia la sua vita che quella del suo cliente sarebbero state in pericolo. L'avvocato ha aggiunto che l'udienza, che era già stata rinviata in un'altra occasione, non si è tenuta nemmeno quel giorno, poiché il giudice e il pubblico ministero si sono ritirati senza preavviso dopo

---

sostenuto dagli autori citati risulta più sicuro di quello proposto nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e il Ruanda, che è simile a quello che emerge dalla giurisprudenza della CPI. Cfr. P. PARENTI, *op. cit.*, 58-60 e L. PELLEGRINI, *op. cit.*, 289. In senso concordante, RODENHÄUSER, *op. cit.*, 915-917 e M. GAITÁN, *op. cit.*, 300. D'altra parte, il criterio proposto non implica assumere una posizione nel dibattito sul fatto che sia sufficiente la "impunità strutturale" o se sia necessario il collasso delle istituzioni statali o uno "Stato fallito" per determinare l'esistenza dell'elemento politico del tipo, in particolare quando non è lo Stato, ma un'organizzazione che esegue l'attacco. A questo proposito, cfr. P. CABALLERO, *op. cit.*, 84-122. La verità è che, qualunque sia la posizione assunta sulla questione, il fondamento dell'azione penale senza limiti di tempo e di spazio sarebbe sempre lo stesso e, di conseguenza, lo sarebbe anche il criterio per stabilire il nesso tra l'atto e l'attacco, come già detto.

l'incontro con quel membro delle forze armate, per cui, in seguito, ha consigliato al suo cliente di desistere dal perseguire il caso fino alla fine della dittatura militare [46].

È importante chiarire che non è vero che, come sembra suggerire la CSJN nella sua sentenza sul caso "Levín" [47], sia sufficiente, secondo il criterio in questione, che l'atto in questione sia stato commesso nel contesto temporale e spaziale dell'attacco per considerarlo parte di esso. In senso stretto, sarebbe anche necessario, come già detto, che l'impunità di tale atto fosse garantita istituzionalmente, oppure che le agenzie dello Stato fossero incapaci di reprimere e giudicare i responsabili.

Ciò deriva dal fatto che se la ragione per attribuire maggiore gravità ai crimini contro l'umanità e, di conseguenza, considerarli crimini internazionali, è l'aumento della pericolosità della condotta criminale, o la maggiore vulnerabilità della vittima di fronte all'impossibilità di ricevere protezione dallo Stato, un reato deve essere considerato tale non solo quando è commesso nel contesto di un attacco generalizzato o sistematico, ma anche quando produce tale effetto. Ad esempio, una persona uccisa da un membro delle forze di sicurezza, in occasione di una rapina commessa contro di lei dallo stesso soggetto, non sarebbe vittima di un crimine contro l'umanità se le agenzie dello Stato avessero manifestato la volontà di reprimere, indagare e giudicare il responsabile, anche se, in quel momento, avessero compiuto, compreso l'autore dell'omicidio, un attacco sistematico e generalizzato contro la parte della popolazione a cui apparteneva quella vittima.

In sintesi, l'elemento di connessione o collegamento tra l'atto e l'attacco non richiede né è determinante ai fini della sua configurazione che la vittima del reato in questione sia membro della popolazione attaccata [48]. Ritengo corretto considerare parte dell'attacco anche un illecito di cui sia vittima qualcuno che non fa parte del gruppo attaccato, qualora sia dimostrato che gli aggressori potevano contare sull'impunità che sarebbe stata loro garantita dal contesto in cui hanno compiuto l'atto. Ritengo inoltre che tale circostanza dovrebbe essere considerata come un'aggravante del fatto, poiché

---

[46] Cfr. 223-224 e 891-898 della copia della sentenza citata nella nota 17.

[47] Considerando 11 della sentenza citata nella nota 9.

[48] Tale requisito, del resto, può risultare di difficile o impossibile applicazione in molti casi se è vero, come affermato dalla CPI nella sentenza del caso "Katanga", cit., che è raro che lo Stato o l'organizzazione che intende compiere un attacco contro una popolazione civile adotti formalmente e diffonda il piano di esecuzione. Va aggiunto che nell'esperienza argentina, in cui l'attacco è stato condotto per diversi anni con caratteristiche non sempre identiche, è stato molto difficile precisare, come già detto, chi dovesse essere perseguito. Cfr. M. GAITÁN, *op. cit.*, 297-298.

quella vittima in particolare, a differenza di coloro che facevano parte del gruppo attaccato, avrebbe ancora avuto l'aspettativa che le istituzioni statali le garantissero l'esercizio dei suoi diritti, il che avrebbe aumentato la sua vulnerabilità, in quanto chi non doveva essere considerato bersaglio dell'attacco non avrebbe avuto alcun motivo di pensare e adottare misure di autoprotezione, come lasciare il Paese.

8. *Osservazioni conclusive*

I crimini contro l'umanità richiedono che l'atto in questione sia commesso come parte di un attacco, ma non si specifica cosa debba intendersi per tale requisito, ovvero quando un atto debba essere considerato parte di un attacco.

La giurisprudenza argentina ha dovuto occuparsi di chiarire tale questione perché, nel giudicare i fatti commessi durante l'ultima dittatura militare, sebbene fosse stato dimostrato che in quel periodo era stato compiuto un attacco generalizzato e sistematico contro la popolazione civile, era stato anche dimostrato che, secondo la politica delle autorità di tale dittatura, gli esecutori dei fatti godevano di ampia discrezionalità sia per selezionare le vittime, sia per decidere il loro destino e sottoporle a ogni tipo di violazione dei loro diritti, per cui in alcuni casi non è stato facile determinare se i fatti contestati dovessero essere considerati parte dell'attacco.

Nel pronunciarsi sull'elemento tipico in esame, la CSJN e la CFCP hanno concordato nel sottolineare alcuni criteri. Secondo le sentenze analizzate, tali tribunali hanno ritenuto che occorra determinare se i responsabili dei fatti abbiano agito con l'intento di eseguire l'attacco, per cui è opportuno valutare le circostanze oggettive della commissione del reato per stabilire se si sia trattato di atti conformi alla politica dello Stato. Tra tali circostanze, sono state indicate come necessarie l'appartenenza della vittima alla popolazione attaccata e l'intervento di membri del gruppo aggressore.

In questo modo, la giurisprudenza argentina avrebbe confuso elementi della fattispecie di crimine contro l'umanità, come l'atto e l'attacco, con uno degli elementi della sua definizione, come la conformità alla politica di uno Stato o di un'organizzazione. In particolare, come affermato dalla CPI, è l'attacco che deve essere conforme alla politica di uno Stato o di un'organizzazione, secondo la definizione di attacco prevista dallo StCPI, mentre non è necessario che ciascuno degli atti abbia le stesse caratteristiche che definiscono l'attacco. Di conseguenza, non è necessario che ogni atto sia stato commesso in conformità con la politica di eseguire l'attacco o di promuovere tale

politica, né che fosse previsto nel piano di attacco, anche se poteva essere prevedibile in base alla politica.

Tuttavia, né tale criterio di prevedibilità, né gli altri forniti dalla CPI, quali la natura, l'obiettivo e le conseguenze dell'atto, consentono di giungere a risultati certi quando si tratta di determinare il nesso tra l'atto e l'attacco, come dimostrato dall'esempio argentino e dai fatti analizzati nella sentenza del caso "Katanga".

Al posto di tali criteri, è stato proposto quello secondo cui tale nesso dipende dall'inquadramento dei crimini contro l'umanità come crimini internazionali, ovvero la situazione di particolare vulnerabilità della vittima di fronte all'impossibilità di ottenere la dovuta protezione dalle istituzioni statali, perché lo Stato è l'aggressore o perché tollera, copre o è incapace di reprimere, giudicare e punire gli aggressori.

In sintesi, un atto è collegato a un attacco generalizzato e/o sistematico non solo quando è commesso in tale contesto, ma anche quando aumenta la vulnerabilità della vittima, che non ha la possibilità di rivolgersi alle agenzie statali per richiedere protezione, e questa circostanza è nota ai responsabili.

Ne consegue, inoltre, che non è necessario che la vittima faccia parte del gruppo considerato come bersaglio dell'attacco. Se la vittima non facesse parte di tale gruppo, questa circostanza dovrebbe essere considerata un'aggravante del fatto in questione, poiché aumenterebbe la sua vulnerabilità, non avendo la vittima alcun motivo per cercare di proteggersi dall'attacco.

Finito di stampare nel mese di marzo 2026
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE "CESARE BECCARIA"

Serie di diritto ecclesiastico e canonico

Per i tipi di Giuffrè

1. VITALI E.G., *Profili* dell'impedimentum criminis (1979), 8°, p. VIII-356.
2. ALBISETTI A., *Contributo allo studio del matrimonio putativo in diritto canonico* (1980), p. XIV-306.
3. ALBISETTI A., *Giurisprudenza costituzionale e diritto ecclesiastico* (1983), 8°, p. 132.
4. JASONNI M., *Contributo allo studio della «ignorantia juris» nel diritto penale canonico* (1983), 8°, p. IV-192.
5. VITALI E., CASUSCELLI G. (a cura di), *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli Accordi di Villa Madama*, atti del convegno (Milano-Bergamo 10-12 ottobre 1985) (1988), 8°, p. X-436.
6. CONSORZIO EUROPEO DI RICERCA SUI RAPPORTI TRA STATI E CONFESSIONI RELIGIOSE, *L'obiezione di Coscienza nei paesi della comunità europea*, atti dell'incontro (Bruxelles-Lovanio 7-8 dicembre 1990) (1992), 8°, p. VI-306.
7. CONSORZIO EUROPEO DI RICERCA SUI RAPPORTI TRA STATI E CONFESSIONI RELIGIOSE, *Stati e Confessioni religiose in Europa, modelli di finanziamento pubblico, scuola e fattore religioso*, Atti dell'incontro (Milano-Parma 20-21 ottobre 1989) (1992), 8°, p. VIII-214.
8. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *Marriage and religion in Europe*, Proceedings of the meeting (Augsburg 28-29 november 1991) (1993), 8°, p. VI-252.
9. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *Churches and labour law in the EC countries*, proceedings of the meeting (Madrid 27-28 november 1992) (1993), 8°, p. 282.
10. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *The legal status of the religious minorities in the countries of the european union*, proceedings of the meeting (Thessaloniki 10-20 november 1993) (1994), 8°, p. 380.
11. CONSORTIUM EUROPEEN: RAPPORTS RELIGIONS-ETAT, *Le statut constitutionnel des cultes dans les pays de l'union européenne*, Actes du colloque (Université de Paris XI, 18-19 novembre 1994) (1995), 8°, p. 234.
12. BARDI M., *Il dolo nel matrimonio canonico* (1996), 8°, p. VIII-274.
13. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *Religions in european union law*, proceedings of the colloquium (Luxembourg/Trier 21-22 november 1996) (1998), 8°, p. VI-196.
14. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *"New liberties" and church and state relationships in Europe*, proceedings of the meeting (Tilburg 17-18 november 1995) (1998), 8°, p. VIII-470.
15. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *New religious movements and the law in the European union*, proceedings of the meeting (Lisbon, Universidade Moderna 8-9 november 1997) (1999), 8°, p. VIII-392.
16. CONSORZIO EUROPEO DI RICERCA SUI RAPPORTI TRA STATI E CONFESSIONI RELIGIOSE, *Cittadini e fedeli nei paesi dell'unione europea, una doppia appartenenza alla prova della secolarizzazione e della Mondializzazione*, atti del colloquio (Università per stranieri, Reggio Calabria 12-15 novembre 1998) (1999), 8°, p. VI-428.

17. Consortium europeen pour l'etude des relations eglises-etat, *Le statut des confessions religieuses des états candidats à l'union européenne, sous la direction de Francis Messner*, actes du Colloque (Université Robert Schuman - CNRS, Strasbourg, 17-18 novembre 2000) (2002), 8°, p. VIII-276.
18. European consortium for church-state research, *Social welfare, religious organizations and the State*, editors Inger Dübeck and Frands Ole Overgaard, proceedings of the meeting (Sandjerg, 18-20 November 1999) (2003), 8°, p. VIII-232.
19. Pacillo V., *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato* (2003), 8°, p. XII-380.
20. Dieni E., Ferrari A., Pacillo V. (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture* (2006), 8°, p. XII-402.
21. Pasquali Cerioli J., *L'indipendenza dello stato e delle confessioni religiose, contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano* (2006), 8°, p. VIII-206.
22. Finocchiaro F., *Saggi (1973-1978)*, a cura di Alessandro Albisetti (2008), 8°, p. XVI-730.
23. Vitali E., *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico* (2012), 8°, p. XXII-524.

Serie diritto penale

1. Maiani G., *Fondamento e valore dell'esimente prevista dall'art. 598 c.p.* (1970), p. XVIII-120.

Serie diritto processuale penale

1. Amodio E., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione* (1967), p. 221.
2. Dominioni O., *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale* (1974), p. VIII-376.
3. Amodio E., *Le cautele patrimoniali nel processo penale* (1971), p. VIII-312.
4. Dominioni O., *La testimonianza della parte civile* (1974), p. IV-152.

Serie unificata di diritto penale e diritto processuale penale

6. Ubertis G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale* (1979), p. IV-152.
7. Palmieri R., *Il delitto di avvelenamento di acque (art. 439 c.p.)* (1979), p. IV-170.
8. Presutti A., *La declaratoria delle nullità nel regime delle impugnazioni penali* (1982), p. IV-284.
9. Prosdocimi S., *Profili penali del postfatto* (1982), p. XII-344.
10. G. Ubertis, *Dibattimento senza imputato e tutela del diritto di difesa* (1984), p. IV-256.
11[1]. *Studi in memoria di Giacomo Delitala* (1984), I, p. IV-724.
11[2]. *Studi in memoria di Giacomo Delitala* (1984), II, p. VIII-725-1446.
11[3]. *Studi in memoria di Giacomo Delitala* (1984), III, p. VIII-1447-2166.
12. Presutti A., *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario* (1986), p. IV-164.
13. Comucci P., *Nuovi profili del trattamento penitenziario* (1988), p. IV-164.
14. Barone G., *Enti collettivi e processo penale* (1989), p. VI-258.
15. *Studi in memoria di Pietro Nuvolone* (1991), I, p. VIII-792.
16. *Studi in memoria di Pietro Nuvolone* (1991), II, p. VI-706.
17. *Studi in memoria di Pietro Nuvolone* (1991), III, p. VI-698.
18. De Maglie C., *L'agente provocatore* (1991), p. XVI-456.
19. Peroni F., *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali* (1992), p. VI-270.
20. Bernasconi A., *La collaborazione processuale* (1995), p. VI-378.
21. Ruggieri F., *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari* (1996), p. VIII-326.
22. Catalano E.M., *La prova d'alibi* (1998), p. VIII-166.
23. Vigoni D., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti* (2000), p. XIV-624.
24. *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia* (2000), I - Diritto penale, p. XII-942.

25. *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia* (2000), II - Procedura penale, p. VI-780.
26. *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia* (2000), III - Criminologia, p. VI-1056.
27. Catalano E.M., *L'accordo sui motivi di appello* (2001), p. VI-182.
28. Capitta A.M., *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali* (2001), p. X-344.
29. Ruga Riva C., *Il premio per la collaborazione processuale* (2002), p. XVI-616.
30. Bonetti M., *Riservatezza e processo penale* (2003), p. XIV-358.
31. Pedrazzi C., *Diritto penale* (2003), I - scritti di parte generale, p. X-576.
32. Pedrazzi C., *Diritto penale* (2003), II - scritti di parte speciale. Reati contro il patrimonio - delitti contro la pubblica amministrazione - varia, p. VI-520.
33. Pedrazzi C., *Diritto penale* (2003), III - scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali - diritto penale societario, p. VI-848.
34. Pedrazzi C., *Diritto penale* (2003), IV - scritti di diritto penale dell'economia. Disciplina penale dei mercati - diritto penale bancario - diritto penale industriale - diritto penale fallimentare - varia, p. VI-1096.
35. Basile F., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva* (2005), p. XX-928.
36. Lupária L., *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale* (2006), p. VIII-222.
37. *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, tre volumi, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero (2006), p. XVI-2996.
38. C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente* (2007), p. XX-360.
39. Vassalli G., Ferrari V., Dolcini E., Fiore C., Padoa Schioppa A., Paliero C.E., *Presentazione degli studi in onore di Giorgio Marinucci* (2007), p. VI-48.
40. Gatta G.L., *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi* (2008), p. XXVI-976.
41. Basile F., *Il delitto di abbandono di persone minori o incapaci (art. 591 c.p.). Teoria e Prassi* (2008), p. X-180.
42. Benussi C., *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società* (2009), p. XVI-454.
43. Vigoni D., *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva* (2009), p. X-336.
44. Bontempelli M., *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale* (2009), p. X-354.
45. Basile F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali* (2010), p. XVI-496.
46. Capitta A.M., *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità* (2010), p. XIV-274.
47. Miucci C., *La testimonianza tecnica nel processo penale* (2011), p. X-198.
48. Frioni I., *L'esame dell'imputato* (2011), p. X-214.
49. Vigoni D., *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento* (2011), p. X-370.
50. G. Marinucci, *La colpa. Studi* (2013), p. XXX-480.
51. *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. Paliero e F. Viganò (2013), p. XIV-316.

Nuova serie (dal 2015)

1. Albisetti A., *Dieci saggi* (2015), p. VI-148.
2. Casuscelli G., *Scritti giovanili*, a cura di N. Marchei e J. Pasquali Cerioli (2015), p. XXII-290.
3. Pisani M., *Cesare Beccaria*. Studi (2015), p. X-154.
4. Ragucci G. (a cura di), *Il contributo di Enrico Allorio allo studio del diritto tributario*, Atti del convegno tenutosi presso l'università degli studi di Milano 12 giugno 2015 (2015), p. XVIII-216.
5. Catalano E.M., *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale* (2016), p. VIII-208.
6. Della Bella A., *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime deten-*

tivo speciale ex art. 41 bis o.p. (2016), p. XVIII-460.

7. Bontempelli M., *La litispendenza penale* (2017), p. X-322.
8. Ragucci G. (a cura di), *Ezio Vanoni - giurista ed economista*, atti del convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano 16 giugno 2016 (2017), p. XIV-262.
9. Lugli M., Toscano M. (a cura di), *Il matrimonio tra diritto ecclesiastico e diritto canonico* (2018), p. VIII-264.
10. Zirulia S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale* (2018), p. XVIII-484.
11. Bianchetti R., *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza* (2018), p. XXVIII-688.
12. Paliero C.E., Viganò F., Basile F., Gatta G.L. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini* (2018), tomo I, p. XII-498 - tomo II, p. 499-1200.
13. Tira A., *Alle origini del diritto ecclesiastico italiano. Prolusioni e manuali tra istanze politiche e tecnica giuridica (1870-1915)* (2018), p. XX-394.
14. Bellucci L., *La sindrome ungherese in Europa. Media, diritto e democrazia in un'analisi di Law and politics* (2018), p. XII-188.
15. Ragucci G., Albertini F.V. (a cura di), *Costituzione, legge, tributi. Scritti in Onore di Gianfranco Gaffuri* (2018), p. X-646.
16. Chiaraviglio P., *Il favoreggiamento del creditore nel diritto penale concorsuale* (2020), p. XII-616.
17. Mazzola R., *Componere. Offesa e riconciliazione nell'ordinamento vendicatorio* (2020), p. XII-170.
18. Galluccio A., *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet* (2020), p. X-442.
19. Ubiali M.C., *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato* (2020), p. XII-404.
20. Dolcini E., Della Bella A. (a cura di), *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma* (2020), p. XII-364.
21. Febbajo A., Paliero C.E., Fittipaldi E., Mazzola R., *L'eredità di Theodor geiger per le scienze giuridiche* (2020), p. VIII-424.
22. Della Bella A., Zorzetto S. (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Atti del I convegno annuale del dipartimento di scienze giuridiche "Cesare Beccaria" Milano, 18-19 novembre 2019 (2020), p. XII-598.
23. Mariani E., *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamenti di interessi* (2021), p. XVI-532.
24. Poli P.F., *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale* (2021), p. XII-514.
25. Biasi M., Ferraro F., Grieco D., Zirulia S. (a cura di), *L'emergenza Covid nel quadro giuridico, economico e sociale*. Atti del II convegno annuale del dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria", 15-18 marzo 2021 (2021), p. XII-320.
26. Finocchiaro S., *Confisca di prevenzione e civil forfeiture. Alla ricerca di un modello sostenibile di confisca senza condanna* (2022), p. XXII-474.
27. Ragucci G., *La legge generale tedesca del processo tributario. Finanzgerichtsordnung (FGO), testo e studi* (2022), p. XII-186.
28. Marino G., *Corporate tax governance, il rischio fiscale nei modelli di gestione d'impresa* (2022), p. X-438.
29. Zuffada E., *Homo OEconomicus periculosus. Le misure di prevenzione come strumento di contrasto della criminalità economica. Uno studio della prassi milanese* (2022), p. XII-166.
30. Biasi M., *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza* (2022), p. XVI-208.
31. Piergallini C., Mannozzi G., Sotis C., Perini C., Scoletta M., Consulich F. (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero* (2022).

32. Mancini L., Milani D. (a cura di), *Pluralismo religioso e localismo dei diritti* (2022), p. VIII-286.
33. Ruffini R., Ingaggiati M., *Evoluzione dei concorsi pubblici in Italia: la valorizzazione delle competenze* (2023), p. XVIII-208.
34. Albanese D., *Cosa giudicata e confisca di prevenzione* (2024), p. 400.

Serie: Corso di dottorato in Scienze giuridiche "Cesare Beccaria"

1. Ferraro F. (a cura di), *Diritto simbolico, simboli nel diritto* (2022), p. 120.
2. Bonomelli S., *L'editing genetico germinale umano, tra problemi etici e questioni di governance* (2023), p. X-517.

Per i tipi di Giappichelli

35. Ragucci G. (a cura di), *Fisco, responsabilità, sanzioni. Una prospettiva multidisciplinare: accelerazione o* disruption? (2024), p. XVI-224.
36. Cianitto C., *Minoranze e simboli religiosi. I sikh tra identità e cittadinanza* (2024), p. XII-212.
37. Luzzati C., *Il cristallo della laicità. Contro la teologia politica* (2024), p. VI-202.
38. Ferraro F. (a cura di), *La cultura del diritto. Scritti per Claudio Luzzati (con una sua replica)* (2025), p. XIV-322.
39. Basile F., Biasi M., Camaldo L., Caneschi G., Fragasso B., Milani D. (a cura di), *Intelligenza artificiale. Diritto, giustizia, economia ed etica* (2025), p. XVI-296.
40. Ragucci G. (a cura di), *Filtri e accertamento del fatto nel processo tributario. Studi di diritto comparato ed europeo* (2025), p. XVIII-206.
41. Zuffada E., *Il mosaico incompiuto. Le sanzioni in ambito penale tra scelte legislative e applicazioni giurisprudenziali* (2025), p. XXIV-632.
42. Fragasso B., *Intelligenza artificiale e responsabilità penale. Principi e categorie alla prova di una tecnologia "imprevedibile"* (2025), p. XXII-842.
43. Vitarelli F., *Il disvalore penale tra testo e contesto. Prolegomeni per una formalizzazione degli 'indici di tipicità'* (2025), p. X-326.
44. Timellini C., *Il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello. La gestione del conflitto tra relazioni industriali, criteri esterni e contratti di prossimità.* Prefazione di *Giulio Prosperetti* (2025), p. XVI-256.
45. De Giuli A., *Donne a processo. Ragionamento giuridico, stereotipi e discriminazione* (2026), p. VIII-280.
46. Marino G. (a cura di), Corporate tax governance*. Il rischio fiscale nei modelli di gestione d'impresa. II edizione* (2026), p. XXIV-656.
47. Ferraro F., *Le funzioni simboliche del diritto. Lineamenti di una teoria analitica* (2026), p. X-278.
48. Eiroa P., Fronza E., Scoletta M. (a cura di), *Laboratorio Argentina. Un'analisi della giurisprudenza sui crimini contro l'umanità* (2026), p. XL-264.

Serie: Corso di dottorato in Scienze giuridiche "Cesare Beccaria"

3. Vigoni D. (a cura di), *Il sistema multipolare dei procedimenti speciali in materia penale: l'evoluzione e le criticità* (2024), p. X-230.
4. Toscano M. (a cura di), *Specialità e fattore religioso. Nodi giuridici per una società plurale* (2025), p. XII-180.

5. Rossi F. (a cura di), *Soggetti, diritto e disuguaglianze tra passato e presente. Un'analisi interdisciplinare* (2025), p. XIV-226.