

IL LABIRINTO PENALE E IL CASO BRASILIANO: LA TENSIONE TRA IL SISTEMA NAZIONALE E IL SISTEMA INTERNAZIONALE DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI

di Renato de Mello Jorge Silveira

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il quadro di riferimento: l'internazionalizzazione del diritto penale. – 3. Il periodo 1964-1985 nella realtà brasiliana: le violazioni dei diritti umani e la questione del perseguimento della giustizia. – 3.1. La legge di amnistia brasiliana e il supremo tribunale federale. – 3.2. Il rango interno della CIDU e le critiche della dottrina brasiliana. – 3.3. L'interpretazione della CIDU, il disappunto del Supremo Tribunale Federale e la conferma del labirinto penale. – 3.4. Dubbio in merito all'uso adeguato della risposta penale. – 4. L'importanza del raffronto con la CEDU. – 4.1. Il caso della sparizione degli oppositori del franchismo in Spagna e il caso Gutiérrez Dorado e Dorado Ortiz contro Spagna. – 5. Considerazioni Finali.

1. Introduzione

L'osservazione storica dei diritti umani attraverso il prisma penale può prendere percorsi diversi. Si potrebbero ricostruire tutte le conquiste che hanno legittimato le garanzie acquisite, soprattutto nel secolo trascorso, ripercorrendo i principi fondamentali in materia penale che costituiscono gli scudi a difesa dell'uomo contro l'arbitrio dello Stato o che limitano la severità delle sanzioni. Si potrebbe in alternativa scegliere l'angolo visuale dell'universalizzazione della tutela dei diritti umani in sede penale. L'idea dell'internazionalizzazione del diritto penale, così come la competenza in tema di tutela dei diritti umani, l'ultima ambizione etica della globalizzazione, è certamente di particolare rilievo, soprattutto se si ritiene che essi non derivino dalla mera creazione legislativa ma siano anteriori a quest'ultima.

Volendo prediligere questo secondo punto di osservazione e focalizzando l'attenzione sulla realtà brasiliana, si nota che pochi temi suscitano tanto dibattito quanto il portato giuridico delle riflessioni in tema di diritti umani e in particolare la questione dell'amnistia per i crimini commessi durante il regime militare del 1964. Cessato quel momento politico e restaurata la democrazia, sono trascorsi più di venti anni prima che fosse vagliata e ritenuta conforme al dettato costituzionale dal Supremo Tribunale Federale la legge di amnistia. Tale decisione è stata oggetto di innumerevoli critiche non soltanto da un punto di vista giuridico, finché – in un momento successivo – la Corte Interamericana dei Diritti Umani si è pronunciata nel senso opposto al Supremo Tribunale Federale brasiliano, ritenendo che le leggi di amnistia non avessero nessuna validità.

Anche senza entrare nel merito della necessità o della legittimità della risposta penale per tali tipologie di condotte e pur ribadendo con chiarezza l'orrore e la

riprovazione per le barbare aggressioni ai diritti umani commesse in quel periodo, è da rilevare la situazione di incertezza giuridica nella quale vengono a trovarsi i giudici brasiliani, i quali si ritrovano, dunque, in quel labirinto penale descritto accuratamente dagli studiosi, frutto della crescente importanza assunta dai Tribunali sovranazionali. A cosa, o a chi dovrebbero vincolarsi i giudici? Alla normativa nazionale e alla giurisprudenza interna o ai precetti internazionali? Com'è possibile difendere il primato dei diritti umani in questo scenario? Bisogna tentare, quindi, di ripercorrere queste due importanti decisioni richiamate, enucleando le diverse questioni affrontate, e di volgere uno sguardo comparativo al dibattito e alla giurisprudenza che su simili questioni si è sviluppata in Europa.

Si può già anticipare che, anche dopo la decisione del Supremo Tribunale, sono state presentate alcune denunce contro membri delle forze di repressione, basate soprattutto sulla motivazione per cui la giurisdizione sovranazionale prevarrebbe su quella nazionale. Tentativi di questo tipo, tuttavia, non paiono poter rappresentare una soluzione della questione, poiché, oltre al fatto di poter essere respinte dallo stesso potere giudiziario nazionale, mettono in evidenza, ancora una volta, la perdita di orientamento dell'operatore giuridico. Il labirinto, quindi, si presenta nuovamente. Questo saggio si propone di analizzare il problema da due punti di vista: in primo luogo in riferimento al vincolo posto alla giurisdizione nazionale o sovranazionale e successivamente in relazione alle peculiarità della realtà brasiliana.

2. Il quadro di riferimento: l'internazionalizzazione del diritto penale

Volendo sinteticamente tracciare il quadro entro cui si iscrivono queste riflessioni sulla questione dell'amnistia brasiliana per i crimini commessi durante la dittatura militare, fondamentale è il riferimento all'internazionalizzazione del diritto penale e della tutela dei diritti umani. Tali processi di internazionalizzazione hanno avuto un ancor più rapido e florido sviluppo all'interno delle organizzazioni internazionali continentali. Innanzitutto, si pensi all'imponente opera di europeizzazione della materia penale conseguita alla creazione del Consiglio d'Europa, e al suo intero soprattutto della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e della corrispondente Corte, e alla creazione dell'Unione Europea, da ultimo e soprattutto con il Trattato di Lisbona¹, nel quale si verifica il superamento delle nozioni fondamentali di sovranità. Per quanto attiene al continente americano pari rilevanza assume la creazione dell'Organizzazione degli Stati americani e, in seguito, la stipulazione della Convenzione Interamericana dei diritti umani (Patto di San José, Costa Rica) del 1969 e la creazione della Corte Interamericana dei Diritti Umani.

Il panorama giuridico internazionale è, dunque, molto mutato, essendosi popolato di corti internazionali come la Corte Europea dei diritti dell'uomo (CEDU) o la Corte Interamericana dei diritti umani (CIDU), che hanno accresciuto la complessità

¹Cfr. G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. 4, 2307 e ss.

degli ordinamenti giuridici interni. Tale circostanza è ben evidenziata nella originale ricostruzione di Vittorio Manes, il quale sottolinea come l'incidenza delle fonti sovranazionali sull'ordinamento abbia posto il giudice all'interno di un vero e proprio labirinto. Il labirinto, come è noto, è un luogo da cui si può uscire attraversando falsi sentieri, sentieri ribattuti o percorsi multipli, percorrendo non di rado uno scenario di transizione. La metafora del labirinto, nel contemplare fonti confuse e disordinate, cerca di fornire la giusta direzione applicabile al caso concreto, il percorso da fornire al giudice per la risoluzione della fattispecie². Ci si potrebbe chiedere: a cosa deve attenersi il giudice interno? Alla legge nazionale? Alla giurisprudenza del suo tribunale nazionale? Alle corti internazionali³? Manes sottolinea che il crepuscolo della sovranità e la progressiva depolarizzazione delle fonti di produzione della dinamica punitiva finiscono per generare un innegabile paradosso, visto brillantemente attraverso l'immagine di un labirinto che intrappola il giudice stesso. Di conseguenza, il giudice è chiamato ad esaminare con molta cura la topografia del labirinto e il suo "nocciolo duro", costituito dagli obblighi punitivi, giungendo ad assumere il suo ruolo finale di guardiano del labirinto⁴.

Lo stesso Manes ricorda che i legislatori di vari paesi hanno dovuto riconoscere i vincoli che sottraggono l'irrazionalità delle tentazioni politico-criminali e delle emergenze che caratterizzano il cosiddetto diritto penale simbolico o di emergenza. In questo modo, la CEDU rappresenta una versione della "*Magna Charta del reo*, che offre una *koiné* dei diritti umani a vocazione (tendenzialmente) universale: una 'carta', tuttavia, singolarmente 'ipertestuale', perché l'articolato della Convenzione – piuttosto essenziale e 'scarno' nella sua formulazione – va letto alla luce della ricchissima giurisprudenza della Corte di Strasburgo, un giudice *ad hoc* che via via scolpisce e approfondisce i singoli diritti ivi riconosciuti, intervenendo con decisioni che hanno lo stesso grado di vincolatività attribuito alla Convenzione (...)"⁵. Tale costruzione sarà

² V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, pp. 43 e ss. Nello stesso senso, altre considerazioni dell'Autore in V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 54 e ss. V. MANES, *Método e limites da interpretação conforme as fontes supranacionais*, in *RBCrim*, 97/11 e ss.

³ Cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., pp. 34 e ss.

⁴ V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., pp. 45 e ss. Silva Sánchez, giustamente, dopo aver criticato la radicata convinzione che il diritto penale sovranazionale abbia un legame con certe strutture obiettive logiche, a dimostrazione della difficoltà di costruire in modo completo il sistema dogmatico del diritto penale in una singola base giuridica permanente e immutabile, affronta la questione di una dogmatica penale sovranazionale. Per lui "si tratta, fondamentalmente, di mettere a fuoco in modo realistico i concetti e le categorie del sistema attraverso il quale si attribuisce la responsabilità penale, mostrando la sua innegabile base culturale, filosofica sociale e politica. A partire da ciò, devono introdursi criteri razionali che permettano l'argomentazione e, con essa, il controllo, in un terreno in cui, troppo spesso e con troppo poca sostanza, si fa appello solo al testo della legge mentre dobbiamo sforzarci di introdurre elementi di razionalità valutativa, teleologica, nel produrre decisioni all'interno di queste cornici" J. SILVA SANCHEZ, *Bases de una dogmática jurídico-penal supranacional*, in A.S. FRANCO - G. NUCCI (a cura di), *Doutrinas essenciais. Direito Penal*, São Paulo, 2010, vol. 2, p. 324.

⁵ V. MANES, *As garantias fundamentais em matéria penal, entre a Constituição e a Convenção europeia de Direitos do Homem*, in F.R. D'AVILA, *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*, Porto Alegre, 2011, p. 85. Alludendo agli stessi problemi, "la giustizia internazionale sta invitando il Brasile ad

qui utilizzata per l'analisi della questione brasiliana in materia di amnistia, che ha dato adito a due antitetiche decisioni del Supremo Tribunale Federale brasiliano e della CIDU, cercando di individuare le possibili uscite dal labirinto.

3. Il periodo 1964-1985 nella realtà brasiliana: le violazioni dei diritti umani e la questione del perseguimento della giustizia

Il periodo successivo alla Seconda Guerra Mondiale ha stabilito un nuovo scenario geopolitico mondiale, con la divisione del mondo in nuove sfere di influenza. Questo ha anche innescato numerosi movimenti di eccezione, soprattutto in America Latina. Diversi Paesi come l'Uruguay, l'Argentina, il Cile e il Paraguay hanno vissuto una rottura nel processo democratico e l'instaurazione di sistemi autoritari, in genere presieduti da militari⁶. Il 31 Marzo 1964 è stato instaurato in Brasile il Regime Civico-Militare, nato con il preteso intento di soffocare le manifestazioni comuniste nel paese⁷. La crisi, già esistente da tempo, si è concretizzata in quel momento, e gradualmente la forza e l'eccezione si sono date base giuridica in quella che allora è stata denominata Rivoluzione del 1964⁸. Letture più attuali, per diverse ragioni, ritengono ci sia stato un Colpo di Stato e non propriamente una rivoluzione⁹. Ad ogni modo, l'irrigidimento del sistema ha fatto anche sì che si compissero atti di forza da parte degli agenti dello Stato¹⁰ durante i tanti momenti che Gaspari definisce come una dittatura imbarazzata¹¹, una dittatura smascherata¹², una dittatura intrappolata¹³ e una dittatura sconfitta¹⁴.

indagare su tali crimini. Per il STF non sarebbe possibile. Come risolvere tutti questi conflitti tipici della postmodernità? La giustizia internazionale vale più della Corte Suprema? Come è la sovranità del Brasile? I giudici brasiliani sono tenuti a rispettare la giurisprudenza della Corte interamericana?" L.F. GOMES - V. MAZZUOLI, *Crimes da ditadura militar e o "Caso Araguaia": aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros*, in L.F. GOMES - V. MAZZUOLI, *Crimes da ditadura militar. Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, São Paulo, 2011, p. 50.

⁶ A.W. PEREIRA, *Ditadura e repressão. O autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, São Paulo, 2010, pp. 51 e ss.

⁷ A.R. TAVARES - W. AGRA, *Justiça reparadora no Brasil*, in I.V.P. SOARES - S.A.S. KISHI (a cura di), *Memória e verdade. A justiça de transição no estado democrático brasileiro*, Belo Horizonte, 2009, pp. 74 e ss.

⁸ Cfr. R.L. SANTOS, *Crimes da ditadura militar. Responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação aos direitos humanos*, Porto Alegre, 2010, pp. 23 e ss. M.T.R. MOURA - M.A.C. ZILLI - B. GHIDALEVICH, in K. AMBOS - E. MALARINO (a cura di), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Bogotá, 2010, pp. 172 e ss.

⁹ Cfr. FM. MORERA, *O arcabouço normativo no período da ditadura militar no Brasil: do Golpe de 1964 à Constituição de 1988*, in F. SÁ - O. MUNTEAL- P.E. MARTINS (a cura di), *Os advogados e a Ditadura de 1964. A defesa dos perseguidos políticos no Brasil*, Rio de Janeiro, 2010, pp. 270 e ss.

¹⁰ L.J. SWENSSON JUNIOR, *Anistia penal. Problemas de validade da Lei de Anistia Brasileira (Lei 6.683/79)*, Curitiba, 2011, pp. 31 e ss.

¹¹ Cfr. E. GASPARI, *Ditadura envergonhada*, São Paulo, 2002, pp. 43 e ss.

¹² Cfr. E. GASPARI, *Ditadura escancarada*, São Paulo, pp. 15 e ss.

¹³ Cfr. E. GASPARI, *Ditadura encurralada*, São Paulo, pp. 19 e ss.

¹⁴ Cfr. E. GASPARI, *Ditadura derrotada*, São Paulo, pp. 25 e ss.

Innumerevoli sono state le accuse di sevizie registrate in quel periodo¹⁵, così come in altri paesi dell'America Latina che hanno vissuto la stessa esperienza dei regimi d'eccezione. Sebbene ci siano state anche aggressioni da parte dei movimenti di resistenza, è certo che episodi di tortura e sparizioni forzate sono state eseguite da agenti dello Stato.

3.1. La legge di amnistia brasiliana e il Supremo Tribunale Federale

Il regime d'eccezione in Brasile è durato fino alla metà degli anni 80. Tuttavia, verso la fine degli anni 70, dando seguito ad una tradizione comune durante la Repubblica¹⁶, è stata approvata la cosiddetta Legge di Amnistia (Legge n° 6.683/79), che ebbe come scopo l'amnistia di tutti gli eventi che si sono verificati durante il Regime Militare post-1964.

L'approvazione è avvenuta grazie ai 206 voti del partito del Governo (ARENA) contro i 201 dell'opposizione (MDB), il che potrebbe già fondare dei sospetti circa il presunto accordo sulla fine del regime del 1964. Sotto l'ambito di applicazione della legge di amnistia ricadrebbero anche gli episodi ascrivibili a quegli agenti dello Stato che avrebbero praticato atti di forza contro i civili¹⁷. Diverse critiche si sono quindi sollevate contro la sua legittimità, sia in termini di opportunità, posto che appariva quale una sostanziale auto-amnistia, sia in termini di concreta applicabilità anche con riferimento ai crimini contro i diritti umani (posto che l'applicazione in questi casi avrebbe condotto ad una totale violazione della stessa dignità della persona umana), le quali hanno finito per generare diversi dubbi circa la stessa compatibilità della legge in questione con il sistema legale¹⁸. Diversi giuristi, come Dallari e Comparato, hanno affermato in quel momento che la legge di amnistia non sarebbe riuscita ad abbracciare

¹⁵ Cfr. AA.VV., *Brasil: nunca mais*, Petrópolis, 1985, passim.

¹⁶ Per Paulo Ribeiro da Cunha, "lungo la storia repubblicana brasiliana, vi sono state 48 amnistie: la prima nel 1895 e l'ultima nel 1979, e molte, se non tutte, guidate dalla bandiera della conciliazione." P.R. CUHNA, *Militares e anistia no Brasil: um dueto desarmônico*, in E. TELES - V. SAFATLE (a cura di), *O que resta da ditadura*, São Paulo, 2010, p. 15.

¹⁷ Per facilitare il lettore si riporta la parte più rilevante della Lei n° 6.683/79. "Art. 1. È concessa l'amnistia a tutti coloro che, nel periodo compreso tra il 2 settembre 1961 e il 15 agosto 1979 commisero crimini politici o connessi con essi, crimini elettorali, coloro che avevano i loro diritti politici sospesi e che servirono l'amministrazione in modo diretto ed indiretto, le fondazioni legate al governo, i leader legislativi e giudiziari, i militari e i rappresentanti sindacali, puniti sulla base di leggi organiche e complementari. §1: Sono considerati connessi, ai fini di questo articolo, i crimini di qualsiasi natura relativi a reati commessi da politici o con motivazione politica. §2: sono esclusi dai benefici dell'amnistia coloro che sono stati condannati per reati di terrorismo, aggressione, sequestro di persona e attentato alla persona."

¹⁸ Cfr. S.A. SOARES - L.B.B. PRADO, *O processo político da anistia e os espaços de autonomia militar*, in C.M. SANTOS - E. TELES - J. TELES (a cura di), *Desarquivando a ditadura. Memória e justiça no Brasil*, São Paulo, 2009, vol. 2, pp. 353. G. MEZAROBBA, *Anistia de 1979: o que restou da lei forjada pelo arbitrio?*, ivi, pp. 372 e ss. L.E.A.F. BASTOS, *A anistia brasileira em comparação com as da América Latina: uma análise na perspectiva do direito internacional*, ivi, pp. 386 e ss.

le violazioni praticate dagli agenti dello Stato¹⁹ Tuttavia, nel periodo successivo all’emanazione della legge di amnistia dapprima la giurisprudenza e poi la dottrina hanno finito per definire in maniera estensiva la categoria dei crimini politici oggetto dell’amnistia in modo da inglobare anche quelle situazioni definite come gli inutili “crimini della dittatura”.

Comunque sia, col passare degli anni e prendendo in considerazione altri esempi di amnistie similari avvenute in Paesi che hanno anche vissuto regimi di eccezione nella seconda metà del XX secolo²⁰, come i già menzionati casi in Argentina²¹, Cile²² o Uruguay²³, la questione è stata portata all’attenzione del potere giudiziario. È stata sindacata quindi la stessa costituzionalità dell’interpretazione data fino a quel momento alla legge di amnistia, dato che pacificamente si considerava che avrebbe coperto anche le violenze praticate dagli agenti dello Stato brasiliano contro chi si fosse opposto al regime del 1964. È stato così che il Supremo Tribunale Federale brasiliano, nel giudicare tramite l’azione di inadempimento del precetto fondamentale n° 153, ha confermato, nell’aprile del 2010, la costituzionalità della legge di amnistia²⁴. Con questo, si è inteso che tutti gli agenti del governo dell’epoca militare sarebbero stati amnistiati per i loro eventuali crimini o abusi.

In particolare il Tribunale Supremo Federale ha anzitutto chiarito il concetto di crimine politico utilizzato nella legge di amnistia, ritenendo che all’interno di tale categoria dovessero essere ricompresi anche i crimini commessi dagli agenti dello Stato contro gli oppositori della dittatura militare, in ragione di un’interpretazione storica di quanto voluto al momento dell’emanazione dal legislatore e qualificando tale legge come una legge-provvedimento strettamente legata alla necessità di favorire la transizione conciliata verso il nuovo sistema politico. Di grande importanza è anche il riferimento del Tribunale Supremo all’impossibilità per il giudice comune, e anche per lo stesso Tribunale Supremo, di modificare le leggi, ribadendo come “la modifica della Legge di Amnistia, se il mutamento dei tempi e della società la imporranno, dovrà – o

¹⁹ Cfr. L.J. SWENSSON JUNIOR, *Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate*, in D. DIMOULIS - A. MARTINS - L.J. SWENSSON JUNIOR (a cura di), *Justiça de transição no Brasil. Direito, responsabilização e verdade*, São Paulo, 2010, p. 49. Cfr. D. DIMOULIS, cit., pp. 37 e ss. Cfr. anche L.E.A.F. BASTOS, *As leis de anistia face ao direito internacional e à justiça transicional*, in I.V.P. SOARES - S.A.S. KISHI (a cura di), *Memória e verdade*, cit., pp. 167 e ss. E.A.G. FÁVERO, *Crimes da ditadura. Iniciativas do Ministério Público Federal em São Paulo*, ivi, pp. 214 e ss. L.J. SWENSSON JUNIOR, *Punição para os crimes da ditadura militar*, cit., pp. 77 e ss.

²⁰ M. RAFFIN, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictadura del Cono Sur*, Buenos Aires, 2006, pp. 120 e ss. K. AMBOS - E. MALARINO (a cura di), *Justicia de transición*, cit., passim.

²¹ Cfr. C.J. CASCANO, *Límites del principio de justicia universal: los alcances de la amnistía en la Argentina*, in A.I. PÉREZ CEPEDA, *El principio de justicia universal; fundamentos y límites*, Valencia, 2012, pp. 523 e ss. G. YACOBUCCI, *El juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos en la Argentina*, in L.F. GOMES - V. MAZZUOLI, *Crimes da ditadura militar*, cit., pp. 21 e ss.

²² K.F. NEIRA, *La jurisprudencia de la Corte Suprema Chilena, frente a las graves violaciones contra los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar*, in L.F. GOMES - V. MAZZUOLI, *Crimes da ditadura militar*, cit., pp. 277 e ss.

²³ Cfr. G. ADRIASOLA, *El proceso uruguayo de la dictadura a la democracia. Luces y sombras del derecho penal de transición en materia de violación a los derechos humanos ante los organismos internacionales*, in: L.F. GOMES - V. MAZZUOLI, *Crimes da ditadura militar*, cit., pp. 313 e ss.

²⁴ Cfr. D. DIMOULIS, cit., pp. 94 e ss.

meno – esser effettuata dal potere legislativo, non dal potere giudiziario”. Il Tribunale Supremo dà inoltre grande rilievo alla costituzionalizzazione della legge di amnistia all’interno della nuova legge fondamentale del 1988, attraverso l’art. 4 co. 1° dell’EC 26/85.

Si deve rilevare tuttavia che, nonostante tutto, alcuni pubblici ministeri hanno presentato azioni penali indipendenti²⁵, che sono state in seguito respinte. Gli argomenti a sostegno di tali tesi si basavano su due punti chiave: il primo si appuntava sull’interpretazione successiva della CIDU; il secondo sostiene che, nel caso specifico di rapimenti e sparizioni forzate, si sarebbe di fronte a reati permanenti che, pertanto, si sarebbero perpetuati anche in seguito alla legge di amnistia, non potendo perciò essere coperti dalla stessa.

3.2. Il rango della CIDU e le critiche della dottrina brasiliana

Pochi mesi dopo la decisione del Supremo Tribunale Federale, nel dicembre 2010, la CIDU si è opposta all’interpretazione summenzionata e ha condannato il Brasile nel caso Gomes Lund e altri contro Brasile, caso noto anche come “*Guerrilha do Araguaia*” (Guerriglia dell’Araguaia)²⁶. È stato allora deciso, a seguito della condanna del Paese, di intraprendere un’indagine penale sull’operazione compiuta dall’esercito brasiliano tra il 1972 e il 1975 con l’obiettivo di sradicare la già citata azione di guerriglia²⁷.

La CIDU ha esaminato il caso, che trae origine da una petizione del 1995 e che è stato dichiarato ammissibile nel 2008²⁸. Il ricorso si riferiva alla presunta responsabilità dello Stato brasiliano per detenzione arbitraria, tortura e sparizione forzata di settanta persone tra membri del Partito Comunista del Brasile e contadini della regione; fatti commessi nel corso delle operazioni dell’esercito brasiliano tra il 1972 e il 1975, con l’obiettivo di sradicare un movimento di guerriglia che si era formato nella regione centrale del Brasile conosciuta come Araguaia²⁹. Lo Stato brasiliano ha presentato tre eccezioni preliminari: incompetenza *ratione temporis* per esaminare le presunte violazioni dei diritti umani verificatesi prima del riconoscimento della giurisdizione contenziosa della CIDU da parte del Brasile; incompetenza in virtù del mancato esaurimento delle vie di ricorso interne; mancanza di interesse processuale dei rappresentanti legali. Il Brasile ha inoltre contestato il ricorso nel merito con riferimento alla decisione del Supremo Tribunale Federale e alle argomentazioni da questo esposte.

²⁵ Cfr. E.A.G. FÁVERO, *Crimes da ditadura*, cit., pp. 221 e ss.

²⁶ Cfr. L. NOSSA, *Mata! O Major Curió e as guerrilhas do Araguaia*, São Paulo, 2012, passim.

²⁷ Cfr., C.A. BALDI, *Guerrilha do Araguaia e direitos humanos: considerações sobre a decisão da Corte Interamericana*, in L.F. GOMES - V. MAZZUOLI, *Crimes da ditadura militar*, cit., pp. 154 e ss.

²⁸ Cfr. M.A. WEICHERT, *Responsabilidade internacional do Estado brasileiro na promoção da justiça transnacional*, in I.V.P. SOARES - S.A.S. KISHI (a cura di), *Memória e verdade*, cit., pp. 158 e ss.

²⁹ Per la ricostruzione storica della vicenda si vedano le puntuali osservazioni della Corte nei paragrafi 88 ss. della pronuncia.

La CIDU ha deliberato all'unanimità di ammettere solo parzialmente l'eccezione preliminare di incompetenza temporale presentata dallo Stato brasiliano – rifiutate tutte le altre eccezioni – e ha sancito l'incompatibilità con la Convenzione Interamericana dei Diritti Umani delle disposizioni della legge di amnistia brasiliana. La decisione si pone in linea di continuità con la pacifica giurisprudenza della Corte e con le decisioni della Commissione nei casi già esaminati riguardanti simili leggi di amnistia approvate in Perù, Cile, Argentina, Uruguay e Haiti. Ancora una volta, inoltre, di grande approfondimento e meticolosità è la disamina delle altre fonti e decisioni internazionali sulla materia. La Corte rinvia a decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, della Commissione per i Diritti Umani dell'Unione Africana, del Consiglio di Sicurezza e del Comitato sui Diritti Umani delle Nazioni Unite, a decisioni dei diversi tribunali penali internazionali. L'attenzione della Corte si appunta soprattutto sulla giurisprudenza delle Alte Corti dei Paesi della CIDU, le quali hanno fatto sempre proprie le posizioni espresse dalla CIDU nelle pronunce sui ricorsi riguardanti il proprio ordinamento giuridico. In risposta alle argomentazioni sollevate dallo Stato Brasiliano in relazione al positivo giudizio di costituzionalità della legge di amnistia da parte del Supremo Tribunale Federale brasiliano, la CIDU ha notato come la decisione abbia avuto per oggetto soltanto l'interpretazione della legge di amnistia e la conformità a costituzione dell'interpretazione vivente della categoria del reato politico inclusa nell'ambito applicativo della legge. Non sarebbe stata invece in alcun modo affrontata la diversa questione della compatibilità delle disposizioni della legge di amnistia con le fonti sovranazionali ratificate dal Brasile, in questo contravvenendo al principio convenzionale che vuole proprio le autorità giudiziarie interne quali primi baluardi della tutela dei diritti umani consacrati nella Convenzione, attraverso il controllo di convenzionalità da esercitare sugli atti legislativi interni.

La decisione con cui lo Stato brasiliano dovrebbe dare attuazione a tale sentenza, determinare le responsabilità penali e applicare le sanzioni penali previste dalla legge per la detenzione arbitraria, la tortura e la sparizione forzata di settanta persone, tra membri del Partito Comunista del Brasile e contadini della regione coinvolti nella guerriglia, nel periodo di dittatura militare, non è ancora stata presa, né pare possibile comprendere come si comporterà lo Stato brasiliano. Ciononostante, numerosi membri del Supremo Tribunale Federale brasiliano hanno già preso posizione a riguardo dichiarando che l'ultima parola spetterà sempre al Supremo Tribunale Federale³⁰.

3.3. L'interpretazione della CIDU, il disappunto del Supremo Tribunale Federale e la conferma del labirinto penale

La contrapposizione tra le decisioni nonché alcune manifestazioni di pensiero di membri del Supremo Tribunale Federale brasiliano, sono state oggetto di critiche

³⁰ Cfr. L.F. GOMES - V. MAZZUOLI, *Crimes da ditadura militar*, cit., pp. 50 e ss. C.A. BALDI, *Guerrilha do Araguaia e direitos humanos*, cit., pp. 171 e ss.

della dottrina³¹. In questa sede non si soffermerà l'attenzione sui commenti circa l'idea attuale di auto-amnistia o circa la validità teorica delle amnistie in generale, posto che questo è un aspetto relativamente pacifico in dottrina e in giurisprudenza³². Il problema è un altro. Per una valutazione della questione, ci sono tre punti chiave da prendere in considerazione. In particolare, si deve evidenziare la questione temporale preliminare accolta dalla CIDU; la questione del reato di sparizione forzata e la nozione di reato permanente e la necessità di adeguamento costituzionale ai precetti convenzionali.

Come accennato, la CIDU ha parzialmente accolto l'eccezione preliminare di incompetenza temporale. In particolare, con la Sentenza è stato stabilito, al punto 16, che "il Brasile ha riconosciuto la competenza contenziosa della CIDU, il 10 dicembre 1998 e nella sua dichiarazione ha affermato che il Tribunale avrebbe avuto competenza in merito agli 'eventi successivi' a questo riconoscimento. In base a quanto precedentemente esposto e nel rispetto del principio di irretroattività, la CIDU non può esercitare la sua competenza contenziosa per applicare la Convenzione e dichiarare una violazione delle sue norme quando i fatti addebitati o la condotta dello Stato, che potrebbe comportare la sua responsabilità internazionale, siano anteriori a tale riconoscimento di competenza. Per tale motivo, si è esclusa la competenza del Tribunale per la presunta esecuzione extragiudiziale della signora M.L.P.S., le cui spoglie sono state identificate nel 1996, ossia due anni prima che il Brasile riconoscesse la competenza contenziosa della CIDU, come pure qualsiasi altro fatto anteriore a tale riconoscimento". La CIDU ha quindi affermato, in via preliminare, l'impossibilità di mettere in discussione gli eventi anteriori all'adesione del Brasile alla Convenzione Americana sui diritti umani. Tanto è vero che è stata abbandonata l'eccezione relativa all'esame di uno degli omicidi commessi in quel periodo. Pertanto, sfugge alla valutazione della CIDU l'apprezzamento dei fatti verificatisi prima dell'adesione brasiliana.

Tale preclusione in ordine alla sussistenza della giurisdizione della Corte è stata in un certo qual modo aggirata attraverso la qualificazione in termini di reati permanenti degli episodi oggetto del ricorso. La sentenza è chiara nei paragrafi 101 e 102 nell'affermare che il "carattere plurioffensivo, per quanto concerne i diritti lesi in modo continuo o permanente della sparizione forzata è ritenuto dalla giurisprudenza di questo Tribunale costantemente, ovvero sin dal suo primo caso risalente ad oltre venti anni prima, anche precedentemente alla definizione contenuta nella Convenzione Interamericana sulla sparizione forzata di persone. Tale carattere risulta coerente con le altre definizioni contenute in diversi strumenti internazionali, che sottolineano come elementi simultanei e costitutivi della sparizione forzata: (a) la privazione della libertà;

³¹ Cfr. L.F. GOMES - V. MAZZUOLI, *Crimes da ditadura militar*, cit., in L.F. GOMES - V. MAZZUOLI, *Crimes da ditadura militar*, cit., pp. 49 e ss. T. JARDIM, *O caso "Guerrilha do Araguaia" e a obrigação de tipificar e julgar o crime de desaparecimento forçado de pessoas*, in L.F. GOMES - V. MAZZUOLI, *Crimes da ditadura militar*, cit., pp. 104 e ss. A. RAMOS, *Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*, in L.F. GOMES - V. MAZZUOLI, *Crimes da ditadura militar*, cit., pp. 174 e ss. R.L. SANTOS, *Crimes da ditadura militar*, cit., pp. 201 e ss.

³² Cfr. L.E.A.F. BASTOS, *Anistia. As leis internacionais e o caso brasileiro*, Curitiba, 2009, pp. 254 e ss.

(b) l'intervento diretto di agenti statali o la loro acquiescenza, nonché (c) il disconoscimento della detenzione e il rifiuto di rivelare il destino o l'ubicazione della persona coinvolta. Già in precedenti occasioni, tale Tribunale ha osservato inoltre che la giurisprudenza della CEDU, le decisioni delle diverse istanze delle Nazioni Unite, nonché di vari altri Tribunali costituzionali e delle alte corti nazionali degli Stati americani, sposano questa medesima impostazione. La Corte ha verificato il consenso internazionale nell'analisi di tale crimine, il quale costituisce una grave violazione dei diritti umani in considerazione della particolare rilevanza delle trasgressioni che implica e della natura dei diritti lesi. La prassi delle sparizioni forzate implica un violento abbandono dei principi essenziali su cui si basa il sistema interamericano dei diritti umani e la sua proibizione ha conseguito il carattere di *jus cogens*".

Come detto uno dei punti più controversi è dato dalla corretta individuazione dei rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale, soprattutto laddove, come nel caso in esame, il diritto interno ha rango costituzionale. La decisione del Supremo Tribunale Federale nell'azione di inadempimento del Precetto Fondamentale n° 135 ha infatti chiaramente indicato che la legge di amnistia sarebbe stata accettata dall'ordine costituzionale del 1988, poiché l'emendamento costituzionale n° 26/85, che ha convocato l'Assemblea Costituente, ne ha fatto esplicito riferimento. In altri termini, oltre alla disposizione costituzionale, la legge di amnistia si sarebbe palesata, seppur allo stato embrionale, quale parte dello stesso testo costituzionale attuale nonché parte integrante del testo precedente. Non si tratta, pertanto, di legge ordinaria, bensì di vera legge costituzionale, fermo restando che, in questo caso, non può essere messa in discussione in alcun modo la legittimità di un'approvazione non più avvenuta con una risicata maggioranza numerica da parte del Congresso Nazionale³³.

Ramos si sofferma dettagliatamente sull'impossibilità di immaginare la mancata considerazione dell'applicazione di parte della sentenza della CIDU da parte del Supremo Tribunale Federale. D'altro canto, sostiene che ci potrebbe essere un doppio controllo, poiché ogni Tribunale agirebbe in ambiti diversi. Il Supremo Tribunale Federale agirebbe, dunque, come guardiano della costituzionalità, mentre la CIDU

³³ È pacifico che la dottrina brasiliana critichi la legittimità della legge sull'amnistia, affermando che la stessa non contenesse un patto, essendo stato approvato in un clima di forte contrapposizione tra i parlamentari che hanno sostenuto il regime e coloro che si opponevano allo stesso. Se questo era vero nel 1977, non è stato così con l'emendamento costituzionale 26/85, posto che ha conferito rango costituzionale e ha permesso la convocazione della Costituente. A quel tempo, il 22 ottobre 1985 ci sono stati nella prima tornata di voto, alla Camera dei Rappresentanti, 349 voti a favore e 60 voti contrari (DCN, del 23.10.1985, pag. 2073), mentre, al Senato, 50 voti a favore e 1 contrario (DCN, del 23.10.1985, pag. 2074). Al 2° turno, il 21 novembre 1985, alla Camera dei Rappresentanti, ci sono stati 324 voti a favore, 59 contrari e 2 astensioni (DCN, del 22.11.1985, pag. 2358). Il 22 novembre dello stesso anno, al Senato, 55 voti favorevoli, 0 voti contrari contro (DCN, del 23.11.1985, pag. 2377). In ogni caso, nella sentenza della CIDU, il "caso del Guerrilla Araguaia", al punto 147, si è affermato che "amnistie o accordi simili sono stati una delle barriere per indagare e, se del caso, punire i responsabili di gravi violazioni dei diritti umani. Questa Corte, la Commissione interamericana per i diritti umani, le agenzie delle Nazioni Unite e altre organizzazioni universali e regionali per la protezione dei diritti dell'uomo si sono pronunciate sulla incompatibilità delle leggi di amnistia, che riguardano gravi violazioni dei diritti umani nel diritto internazionale e obblighi internazionali". La sentenza, poi, fa esplicito riferimento alle decisioni della CEDU.

eeguirebbe il controllo della convenzionalità³⁴. Fermo restando che entrambi i Tribunali – nazionale e internazionale – hanno funzioni costituzionali, sorge un problema di compatibilità data la loro contestualità. Varella, d'altra parte, evidenzia le diverse possibili forme di dialogo tra i giudici in cerca di una legittimazione del diritto internazionale e afferma che una delle situazioni più tese è quella che genera il labirinto: si tratta del dialogo tra i tribunali dei diritti umani, del diritto umanitario e i tribunali nazionali. Egli attesta che nel caso brasiliano le eventuali incompatibilità tra la Costituzione Federale e il diritto internazionale, a livello nazionale, non hanno mai generato discussioni importanti. Il potere giudiziario brasiliano normalmente privilegia la legge costituzionale a quella internazionale³⁵, anche perché, ipoteticamente, potrebbero esserci alcune situazioni assolutamente senza risposta da un punto di vista di conflittualità tra i sistemi.

3.4. Dubbio in merito all'uso adeguato della risposta penale

Ad un livello più generale e squisitamente politico-criminale si pone poi la questione della ritenuta esclusiva adeguatezza in questi contesti del diritto penale. Werle ricorda che vi sono diverse possibilità nell'affrontare periodi storici di massiva violazione di diritti umani fondamentali. Si può intentare un procedimento penale; un procedimento non penale; il chiarimento della verità mediante una Commissione di Verità; un risarcimento o l'imposizione di sanzioni non penali. Paesi diversi hanno optato per percorsi diversi. Il procedimento penale, usato nei processi successivi alla Grande Guerra, nei Tribunali Internazionali *ad hoc* e nei paesi dell'America meridionale e centrale, dovrebbe sempre essere consentito per gravi violazioni dei Diritti Umani³⁶. Un procedimento non penale, d'altra parte, può essere utilizzato in casi di amnistia, che di per sé possono essere messi in discussione. Una terza opzione potrebbe essere quella delle cosiddette Commissioni di Verità, come quella istituita in Brasile. Nonostante le molte possibili variabili in merito agli obiettivi, il denominatore comune potrebbe esser visto nello scopo di riconoscere in forma ufficiale le ingiustizie commesse nel passato. In tal senso, è interessante verificare il modello istituito in Sudafrica, dove è stata formata una Commissione di verità e riconciliazione, nella quale agli autori dei presunti reati è stata offerta la possibilità di richiedere l'impunità e l'esonero di responsabilità in cambio del chiarimento di ciò che è realmente accaduto, formando un modello di verità, anziché di punizione³⁷. Sarebbe poi da verificare la

³⁴ A. RAMOS, *Crimes da ditadura militar*, cit., pp. 214 e ss.

³⁵ Cfr. M. D. VARELLA, *Internacionalização do direito. Direito internacional, globalização e complexidade. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 2012, p. 259.

³⁶ G. WERLE, *La elaboración jurídica del pasado, ¿Castigo o amnistía?, ¿Comisión de Reconciliación o Comisión de la Verdad?*, in F. MUÑOZ CONDE - T. VORMBAUM (a cura di), *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*, Valencia, 2009, pp. 74 e ss. Similmente D. DIMOULIS, cit., pp. 92 e ss.

³⁷ G. WERLE, *La elaboración jurídica del pasado*, cit., pp. 78 e ss.

possibile effettività di condanne civili al risarcimento dei danni subiti (situazione verificatasi anche in Brasile, tra altre, con la Legge n° 9.140/95)³⁸ o l'irrogazione di sanzioni non penali, come il licenziamento o l'espulsione di funzionari pubblici³⁹.

Se è corretto affermare che lo stesso Brasile ha proposto un'alternativa alla risposta esclusivamente penale, è lecita una domanda: perché è necessario un approccio anche penale? È accettabile la perentoria illegittimità della legge di amnistia, com'è avvenuto con la CIDU? Ora, Dimoulis fa un'analisi di tale stato di cose, citando la fallacia del "diritto alla verità"⁴⁰ o dell'idea di "punire i reati"⁴¹, sia per il concetto di crimine di stato, sia per la stessa nozione semantica di impunità. La formula di Radbruch, attraverso la quale si cercherebbe un "Diritto giusto", al di sopra dei limiti tradizionali del diritto penale, sarebbe, pertanto, assai problematica, almeno dal punto di vista di una razionalità giuridica⁴². In questo senso, mediante una lettura imparziale, sorgono domande circa la necessità di una risposta penale⁴³. L'amnistia, nel caso brasiliano può agli occhi di molti essere vista come giuridicamente valida, socialmente

³⁸ " La Legge 9.140/95 riconosce come morte, per ogni effetto di legge, "le persone che hanno partecipato, o sono state accusate di coinvolgimento in attività politiche, e che per questo motivo, sono state arrestate da funzionari pubblici, scomparendo da allora" (art. 1, modificato dalla legge n° 10.536 del 14 agosto 2002). E stabilisce quale attribuzione di compiti della Commissione speciale: (a) il riconoscimento di "sparizioni politiche", (b) gli sforzi per il ritrovamento dei loro corpi e (c) un parere sui requisiti in materia di risarcimento (art. 4, modificato dalla legge No. 10.875, dal 1° giugno 2004). Dopo questa misura, gli Stati federali hanno anche iniziato a risarcire i danni a seguito delle condotte delle agenzie statali, quali la polizia militare durante la dittatura." L.J. SWENSSON JUNIOR, *Punição para os crimes da ditadura militar*, cit., p. 31.

³⁹ G. WERLE, *La elaboración jurídica del pasado*, cit., pp. 80 e ss.

⁴⁰ Cfr. D. DIMOULIS, cit., pp. 102 e ss.

⁴¹ Cfr. D. DIMOULIS, cit., pp. 106 e ss.

⁴² Per Dimoulis, "rispetto a quella legge di amnistia, la formula di Radbruch sembra inapplicabile, in quanto la regola ha avuto il sostegno non solo dei legislatori del regime dittatoriale, ma anche delle forze più di sinistra che operavano in quel periodo in Brasile. Allo stesso modo, i costituenti del 1988 non hanno modificato l'equilibrio creato dalla legge di amnistia e di transizione dal regime. Come sostenere che è oggi un'ingiustizia quando fino a poco tempo addietro, è stata sostenuta solo da ambienti di minoranza di sinistra? La contro-argomentazione è che la nostra azione politica e giuridica non si basi su una certezza assoluta e di consenso. Abbiamo compiuto scelte che sembrano appropriate in questo momento, ma non trovano l'unanimità. In caso contrario saremmo condannati all'inazione. I sostenitori della nullità della legge di amnistia del 1979 sostengono che lo Stato non potrà mai perdonare i loro agenti che hanno commesso crimini, perché in tal caso si abdicerebbe all'"essenza" o alla "ragione" del diritto e dello Stato stesso che può solo agire legittimamente. In questa visione, l'amnistia di agenti statali non sarebbe invalida a causa delle circostanze della sua emanazione, ma per ragioni di principio, e non può mai essere di destra. Una tale affermazione non tiene conto del fatto che nel XX secolo ci fu una profusione di amnistie che favoriscono agenti statali. Si ignora anche che il sistema giuridico non ha un'essenza. Le norme vigenti sono definite mediante la creazione di procedure normative. Essendo costituzionalmente prevista la possibilità di concedere l'amnistia senza limitazione *ratione personae* o *functionis*, come accade in Brasile sia sotto Costituzioni precedenti che in base alla Costituzione del 1988, non è possibile considerare tale misura contraria al "diritto". La norma emanata in conformità con la Costituzione è valida, anche se è in contrasto con le opinioni personali sul diritto e sulla sua "essenza". D. DIMOULIS, cit., pp. 116 e ss.

⁴³ "Siamo, quindi, a un bivio: o si muove lungo il percorso del diritto, o della giustizia. E qualunque sia la decisione, ci saranno sempre vantaggi e svantaggi." L.J. SWENSSON JUNIOR, *Punição para os crimes da ditadura militar*, cit., p. 53. Cfr. anche L.J. SWENSSON JUNIOR, *Anistia penal*, cit., pp. 77 e ss.

efficace, ma assiologicamente illegittima o ingiusta⁴⁴. Questo dato, unito alla circostanza per cui, come dichiarato da Martin-Chenut, “la giurisprudenza internazionale di protezione dei diritti umani, per quanto riguarda le gravi violazioni di tali diritti, contribuisce effettivamente a invertire il principio di sussidiarietà del diritto penale. Tale ‘diritto odioso’, ‘strumento brutale’, che dovrebbe essere usato solamente come ultima opzione, diventa mezzo prioritario di azione,” può ostacolare una corretta interpretazione. Alla luce di tali considerazioni, sempre nel tentativo di superare il labirinto penale, che ostacola le funzioni della “bussola” legale, si dovrebbe analizzare la questione fondamentale sotto l’ottica degli spunti comparatistici provenienti dall’Europa.

4. L’importanza del raffronto con la CEDU

Il sistema di protezione dei diritti umani tende verso la fusione di orizzonti tra sistemi di *civil law* e *common law*⁴⁵, in cui il ruolo della giurisprudenza è essenziale⁴⁶. Infatti, in difesa dei diritti umani, la giurisprudenza si dimostra più che mai anche fonte necessaria del diritto. E va osservato che, sotto l’angolo visuale universale, sarebbe auspicabile l’influenza della CEDU sulla CIDU e viceversa⁴⁷, in una vera nuova concezione del sistema delle fonti⁴⁸. La giurisprudenza europea, anche se con un diverso *focus* degli obblighi in capo agli Stati è piuttosto ampia⁴⁹. Malgrado le evidenti asimmetrie tra il sistema europeo e quello interamericano dei diritti umani⁵⁰, sono innegabili alcune affinità concettuali, posto che in fin dei conti si occupano del medesimo oggetto. Grande importanza assume in particolare per l’ordinamento brasiliano l’analisi del simile caso della legge di amnistia spagnola per i crimini commessi durante il periodo franchista. L’affinità concettuale di alcuni elementi con la

⁴⁴ Cfr. L.J. SWENSSON JUNIOR, *Anistia penal*, cit., pp. 177 e ss. “Nonostante questo atto contrario ai vari criteri stabiliti da noi in modo che possa essere considerato equo, legittimo o moralmente ammissibile, è comunque uno standard legalmente valido, appartenente quindi al sistema giuridico brasiliano e ha forza vincolante. In altre parole, la legge è ingiusta ma valida”. L.J. SWENSSON JUNIOR, *Anistia penal*, cit., pp. 213 e ss.

⁴⁵ Cfr. A. CADOPPI, *Civil law e common law: contrapposizione sistemica o culturale?*, in AA.VV., *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005, pp. 99 e ss. Per Manes, “è noto che la giurisprudenza di Strasburgo s’iscrive in un sistema di judicial law-making che riconosce autorevolezza ai propri precedenti (...)” V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., p. 21.

⁴⁶ Cfr. O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, cit., vol. 4, pp. 2197 e ss. V. MANES, *As garantias fundamentais em matéria penal*, cit., pp. 114 e ss. X. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana*, Bogotá, 2011, pp. 83 e ss.

⁴⁷ Cfr. F. VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, cit., vol. 4, pp. 2655 e ss.

⁴⁸ Cfr. H. OLÁSÓ ALONSO - P GALAIN PALERMO, *Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y el Sistema de Aplicación del Derecho Penal Internacional del Estatuto de Roma*, in *RBCCrim*, 102/106 e ss.

⁴⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire*, cit., pp. 2665 e ss.

⁵⁰ Cfr. V. MAZZUOLI, cit., pp. 95 e ss. K. MARTIN CHENUT, cit., pp. 98 e ss.

realtà vista nella pronuncia sui casi di amnistia da parte del Supremo Tribunale Federale brasiliano è abbastanza sintomatica. Attraverso l'analisi di questo caso europeo non si può fuggire dal labirinto, ma almeno è forse possibile avere un migliore orientamento per l'evasione.

4.1. *Il caso della sparizione degli oppositori del franchismo in Spagna e il caso Gutiérrez Dorado e Dorado Ortiz contro la Spagna*

La Spagna ha vissuto, durante il XX secolo, il regime franchista, che è durato dal 1939 al 1976⁵¹. È noto che nel Paese si sono verificate molte situazioni oggi qualificate quali lesive dei diritti umani⁵². Come asserisce Portilla Contreras, una volta instaurato il regime, la creazione di istituti come il Tribunale speciale per la repressione della massoneria e del comunismo è stato un tentativo di legittimare, attraverso il diritto, lo stesso *status quo* di quel momento storico. Tale situazione è abbastanza peculiare, dal momento che la Spagna – in misura maggiore rispetto, per esempio, al Portogallo – è stata protagonista della trasformazione giuridica da una dittatura ad uno Stato di diritto unicamente con la morte del dittatore Francisco Franco, il 20 novembre 1975, e non come in altri paesi europei con analoghe dittature, come la Germania e l'Italia, dove è avvenuta con la fine della seconda guerra mondiale⁵³.

Proprio a causa della politica dell'oblio di quegli eventi, esiste qualche dubbio da parte di autori quali Muñoz Conde sull'impunità delle aggressioni, torture, arresti illegali e sparizioni verificatisi in quell'epoca⁵⁴. La legge di amnistia del 1977 (*Ley* 46/1977, del 15 ottobre), approvata dal 93,3% del Parlamento⁵⁵ e che ha amnistiato atti con finalità politiche anteriori al 15 dicembre 1976, ha generato una situazione non meno controversa. Nonostante la presenza della cosiddetta *Ley de Memoria Histórica*⁵⁶, la situazione oggi non cessa di essere controversa.

⁵¹ A. GIL GIL, *España*, in K. AMBOS - E. MALARINO (a cura di), *Justicia de transición*, cit., pp. 472 e ss.

⁵² Cfr. R. HURTADO HOYOS, *Siete años en las cárceles franquistas*, Madrid, 2012, passim.

⁵³ F. MUÑOZ CONDE, *La transformación jurídica de la ditadura franquista en un estado de derecho*, in F. MUÑOZ CONDE - T. VORMBAUM (a cura di), *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*, cit., p. 214.

⁵⁴ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *La transformación jurídica de la ditadura franquista en un estado de derecho*, cit., pp. 215 e ss.

⁵⁵ Secondo Gil Gil, la legge spagnola "è stata salutata come il più significativo traguardo di tutto il processo di riparazione e restituzione della libertà personale a coloro che furono privati di essa per ragioni politiche legate alla guerra e alla dittatura". A. GIL GIL, *España*, cit., p. 477.

⁵⁶ Per Terradillos Basoco, "la denominata LMH costituisce l'ultimo passo del largo processo di applicazione di risposte giuridiche costituzionali agli esercizi della dittatura franchista durante e dopo la guerra civile che impegnarono la Spagna tra il 1936 e il 1939." J. TERRADILLOS BASOCO, *La revisión del pasado y la ley de memoria histórica*, in F. MUÑOZ CONDE - T. VORMBAUM (a cura di), *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*, cit., p. 246. Così, la legge sulla memoria storica sottolinea la funzione riparatoria, affermando nella sua parte. 1.1., di riconoscere ed estendere i diritti a favore di coloro che hanno sofferto persecuzioni o violenze per convinzione politica, ideologica o religiosa, durante la guerra civile e la dittatura, la promozione e la riparazione morale della memoria personale e

In tale contesto, il *Juzgado Central de Instrucción* n° 5, nelle *Diligencias Previas Proc. Abreviado* 399/2006, del 16 ottobre 2008, per mano del giudice istruttore Balthasar Garzón, ha deciso la questione concernente gli scomparsi durante il regime franchista. Pertanto, secondo le norme e i precedenti della CEDU, soprattutto per quanto riguarda la questione della sparizione forzata, si è dichiarato competente per indagare sulla scomparsa di oppositori del regime franchista tra gli anni 1936 e 1975 in quanto vittime di crimini contro l'umanità, arrivando di conseguenza a menzionare persino la contrarietà alle disposizioni della succitata Clausola Martens.

In seguito, nel 2009, il Tribunale Supremo spagnolo ha ammesso la proposizione di un'istanza presentata dal sindacato *Manos Limpias* contro il Giudice Balthazar Garzón, basata sul fatto che quest'ultimo avrebbe oltrepassato i poteri e le funzioni per legge spettantigli. Ad ogni modo, va notato che il pubblico ministero ha affermato che gli autori della repressione, Francisco Franco e 34 dei suoi collaboratori tra il 1936 e il 1951, erano già morti e che pertanto non potevano esserci conseguenze penali. Per contro, ha considerato che gli atti di repressione franchista erano stati amnistiati dalla legge di amnistia del 1977, approvata dal Parlamento in pieno processo di transizione democratica. Infine, ha anche ricordato che la classificazione dei reati contro l'umanità non esisteva al momento della loro commissione. Il 27 febbraio 2012 (STS 101/2012), il Tribunale ha dichiarato che il sistema penale spagnolo ammette i "processi per la verità", separando così i compiti dei giudici e degli storici, e che i fatti sono prescritti, in quanto sarebbero anteriori alla classificazione come reati contro l'umanità. Ha, inoltre, sostenuto che il concetto di imprescrittibilità, possibile in tali casi, potrebbe essere accettato solo laddove non si applicasse retroattivamente. Nella stessa pronuncia si chiarisce che la permanenza in carcere sarebbe mera ipocrisia dopo i tanti anni trascorsi dagli eventi e che, in relazione al divieto di ricorrere all'amnistia in generale, questo sarebbe solamente applicabile dopo l'approvazione dei pertinenti trattati internazionali. Intanto, per quanto riguarda il presunto reato di prevaricazione del Giudice Garzón, ha considerato che lo stesso ha basato la sua posizione su questioni di diritto, anche se erronee, non essendo in questo modo penalmente responsabile per i suoi atti.

In parallelo a questa decisione, un altro caso si presenta interessante. Antonio Gutiérrez Dorado e Carmen Dorado Ortiz, parenti del deputato Dorado Ortiz, scomparso e vittima della dittatura franchista nel 1936, hanno intentato nel 2006 un'azione penale dinanzi al *Juzgado de Instrucción* di Cordoba, rivendicando il sequestro e l'omicidio del loro parente. Siccome questi crimini sarebbero stati contro l'umanità, non sarebbero pertanto, in base alla loro rivendicazione, coperti dalla prescrizione. Le autorità nazionali hanno ripetutamente respinto tale richiesta. Così, nel 2009 hanno esposto il loro caso alla CEDU (Gutiérrez Dorado e Dorado Ortiz contro Spagna). Nel marzo 2012, la terza Sezione della CEDU ha emesso una sentenza di inammissibilità del ricorso. La Corte ha dichiarato la consolidata giurisprudenza secondo la quale la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo non si applica ai fatti commessi prima della

familiare. Cfr. la critica della visione oggettiva della memoria storica in J.A. RAMOS VÁZQUEZ, *Mi Hermano y mi enemigo: la gestión de la memoria histórica en la legislación penal franquista*, ivi, pp. 295 e ss.

sua entrata in vigore. La Corte ha anzitutto richiamato l'attenzione sul fatto che intercorre un lasso di tempo superiore a quaranta anni dalla scomparsa del parente dei ricorrenti e ha inoltre sottolineato l'ampio arco di tempo trascorso tra la stessa adesione della Spagna alla CEDU nel 1981 e la richiesta dei ricorrenti, il che comporterebbe una statuizione di tardività della domanda.

Importante notare, inoltre, che la CEDU, nonostante menzioni la legge di amnistia spagnola, non entra in alcun modo nel merito della sua validità né della sua compatibilità con la Convenzione Europea. Questo, secondo l'opinione di Alicia Gil Gil, si deve al fatto che la norma che vieta le amnistie per determinati crimini internazionali derivi dall'interpretazione della CIDU affermatasi a partire dagli anni 2000. Secondo l'autrice, la CEDU non è mai stata distante quanto la CIDU circa l'interpretazione della questione delle amnistie, poiché si pone più come imposizione di un'obbligazione di mezzi e non di risultato. Da ciò discendono le sue pronunce prudenti e a volte ambigue in merito a questioni di questo tipo o in materia di obblighi processuali⁵⁷.

Due conclusioni sono qui di un certo interesse. La prima riguarda l'ampio lasso temporale occorso tra le presunte sparizioni forzate e la richiesta dinanzi alla Giustizia. Nel considerare una mera finzione la possibilità che individui fossero semplicemente scomparsi nel corso del periodo evidenziato, la CIDU ha indubbiamente stabilito un limite all'utilizzo dello schema della permanenza criminosa⁵⁸. D'altro canto molto interessante si dimostra anche l'inammissibilità della domanda dovuta al ritardo tra l'adesione alla Convenzione e l'istanza presentata alla autorità giudiziaria, nonostante nel caso brasiliano il lasso di tempo intercorso sino alla presentazione del ricorso sia stato innegabilmente inferiore⁵⁹.

Certamente vi sono numerose critiche da muovere alla decisione della CEDU su questo caso soprattutto perché non si è entrati alcun modo nel merito di una vicenda di fondamentale importanza per la tutela dei diritti umani⁶⁰.

⁵⁷ Cfr. A. GIL GIL, *Los crimines de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos?*, in *Indret* 4/2012, p. 11, disponibile sul sito www.indret.com.

⁵⁸ Cfr. A. GIL GIL, *España*, cit., pp. 491 e ss.

⁵⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., pp. 2672 e ss.

⁶⁰ Secondo Gil Gil, la CEDU "sembra aver risolto il problema delle vittime della guerra civile in base alla via più comoda per essa, vale a dire evitando una decisione sulle questioni giuridiche più controverse e discusse, che in molti casi aveva sollevato la propria giurisprudenza. Non andando alla sostanza della questione, ma respingendo la domanda a causa del ritardo, sostenendo che i ricorrenti potevano andare alla Corte dal 1981, chiude le porte a tutte le vittime, tra cui quelle delle ultime fasi di Franco. Ed evita di pronunciarsi su questioni difficili e discusse della compatibilità della legge di amnistia con convenzioni sui diritti umani e altri strumenti internazionali o la possibilità/obbligo di applicare retroattivamente il diritto penale internazionale e il suo regime speciale previsto in materia come il principio di legalità, la prescrizione, ecc. In relazione alla possibile responsabilità dello Stato senza invertire la sua precedente giurisprudenza, che ha aperto una breccia per una, a mio parere discutibile, applicazione retroattiva della Convenzione, la Corte sembra porsi dei limiti relativi alla diligenza dei ricorrenti, ma anche alla razionalità degli obblighi imposti agli Stati per fatti commessi prima dell'entrata in vigore della Convenzione. Tuttavia, sarebbe stato auspicabile che questi limiti fossero meglio definiti e chiariti. La proliferazione di eccezioni e l'uso frequente di criteri indeterminati per definirle, che la Corte sta concretizzando in ogni

5. Considerazioni finali

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, alcune verità sembrano incontestabili. Il primato dei diritti umani è oggi un dato acquisito. La lunga evoluzione dell'uomo ha sancito la sua affermazione storica, superando così alcuni dei presupposti dello stesso diritto naturale. Il diritto penale brasiliano si muove tardivamente in questa direzione, nel riconoscimento delle diverse garanzie individuali. Intanto, è nel ristretto campo della protezione globale dei diritti umani che questo si mostra notevole. Tanto è vero che oggi la sua consacrazione maggiore è vista proprio in termini di Tribunali internazionali.

La situazione brasiliana relativa alla cosiddetta legge di amnistia, giudicata dalla CIDU nel Caso "*Guerrilha do Araguaia*", è emblematica in questo senso. In realtà, si genera il paradosso del cosiddetto labirinto penale, che conduce ad una perdita dei punti di riferimento verso cui deve orientarsi l'operatore del diritto. Le decisioni contraddittorie del Supremo Tribunale Federale brasiliano e della CIDU non hanno ancora avuto un finale ideale. Da qui la necessità di cercare altri riferimenti attraverso la comparazione con il sistema europeo di tutela dei diritti umani.

caso, genera una notevole incertezza giuridica". A. GIL GIL, *Los crimines de la guerra civil española*, cit., pp. 23 e ss.