

**La responsabilità per gravi violazioni dei diritti umani tra diritto
penale interno e diritto penale internazionale:
considerazioni a partire dal caso Fujimori**

Elena Maculan

1. Introduzione*

Il diritto penale, storicamente nato per legittimare, disciplinare e delimitare il potere punitivo dello stato nei confronti di individui macchiatisi di singoli episodi criminosi, subisce oggi delle importanti mutazioni. Nel fronteggiare manifestazioni di criminalità di stato, caratterizzate dalla commissione massiva e sistematica di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, pianificata e perpetrata dalle alte sfere e dalle istituzioni statali, si impone infatti un ripensamento delle categorie e degli istituti tradizionali del sistema penale.

In particolare, le caratteristiche fenomenologiche di queste forme di criminalità, che solitamente vedono coinvolti nella pianificazione e perpetrazione dei reati un intero apparato organizzato – in molti casi quello statale –, e nei quali i vertici gerarchici svolgono un ruolo di primo piano pur non partecipando direttamente all'esecuzione del delitto, rendono necessaria la ricerca di nuovi modelli di ascrizione della responsabilità penale. L'ampliamento del novero dei soggetti attivi punibili a titolo di autoria per un determinato reato, unitamente all'assenza di un loro controllo fattuale rispetto alla sua esecuzione, sottopone ad evidenti tensioni il principio di colpevolezza così come tradizionalmente concepito dai moderni ordinamenti penali.

D'altra parte, il fatto che le legislazioni nazionali abbiano provveduto a tipizzare i crimini internazionali – che queste forme criminose descrivono – solo in un momento successivo rispetto alla commissione dei fatti, ha indotto i tribunali nazionali ad elaborare soluzioni interpretative che incidono significativamente sul principio di legalità penale.

Il continente latinoamericano costituisce attualmente uno scenario privilegiato per vedere rappresentate queste nuove dinamiche e tensioni, alla luce del crescente coinvolgimento dei suoi tribunali nazionali nella persecuzione e sanzione dei gravi episodi di criminalità di stato riconducibili alle dittature che governarono quei paesi nella seconda metà del secolo scorso¹. I tribunali latinoamericani dimostrano di essere un attore di primo piano nella creazione e nello sviluppo del diritto penale internazionale, che a queste forme di criminalità pretende di dare una risposta adeguata, ed offrono spunti interessanti per una rimediazione sulle caratteristiche e sul ruolo

* Desidero ringraziare in modo particolare Salvador Herencia per avermi fornito dati preziosi sul processo *Fujimori* e sull'ordinamento peruviano, e Matteo Costi, Gabriele Fornasari, Emanuela Fronza e Alicia Gil per la revisione ed i suggerimenti.

¹ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, i contributi in Fornasari-Fronza (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, 2011.

dell'intervento penale a fronte di gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani.

All'interno di questo contesto, e come esempio tangibile delle mutazioni cui è sottoposto il diritto penale, si colloca la sentenza con cui la Sala Penale Speciale della Corte Suprema peruviana, il 7 aprile 2009, ha condannato l'ex-Presidente Alberto Fujimori a venticinque anni di reclusione per l'omicidio aggravato di venticinque persone, lesioni gravi ai danni di altre quattro e sequestro aggravato di altre due². Questa decisione, unitamente alla sentenza del 30 dicembre 2009 della 1^a Sala Transitoria della Corte Suprema, che l'ha confermata in appello, può essere definita una sentenza storica per varie ragioni.

Innanzitutto, è la prima volta nel continente sudamericano che un ex-Presidente viene sottoposto a processo, e condannato ad una pena proporzionata e verosimilmente destinata ad essere eseguita³, per le violazioni di diritti umani commesse dalle istituzioni statali e da gruppi paramilitari sotto il suo controllo. Si può dunque considerare tale sentenza una sorta di spartiacque nell'abbattimento del generalizzato contesto di impunità che ha caratterizzato l'area latinoamericana negli scorsi decenni⁴.

La sentenza, poi, oltre a distinguersi per il rigoroso rispetto dei principi dell'equo processo, offre un significativo contributo alla ricostruzione storica degli avvenimenti che hanno contrassegnato un buio periodo della storia peruviana, collocandosi in tal modo nel più ampio disegno di transizione democratica del paese.

Ma la rilevanza di tale sentenza dal punto di vista giuridico-penale deriva in particolare dal fatto che essa applica al caso la teoria dell'autoria mediata

² Corte Suprema del Perù, Sala Penal Especial, *Alberto Fujimori Fujimori*, exp. N° A.V. 19-2001 (San Martín Castro Relatore; Pelaez Bardales P.M., conf.), 07.04.2009.

³ Tali precisazioni sono d'obbligo: i membri della giunta militare che governò l'Argentina dal 1976 al 1983 vennero infatti processati già nel lontano 1984, salvo essere condannati a pene esigue ed essere poi beneficiati da indulto. È interessante segnalare fin d'ora che in quella sentenza si fece ricorso alla teoria dell'autoria mediata in virtù del dominio di apparati organizzati di potere applicata anche nella sentenza che qui si esamina (v. *infra*).

⁴ A tale sentenza sono seguite, in Paesi confinanti, analoghe pronunce a carico di altri ex-Presidenti: il 9 febbraio 2010 è stato condannato l'ex-dittatore uruguayano Juan Maria Bordaberry Arocena (per un commento si veda FORNASARI, "Dittatori alla sbarra. Il caso Bordaberry come pietra miliare della giustizia di transizione in Uruguay", in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Jovene, Napoli, 2011, 2281-2305. Il 20 aprile 2010 è stato poi condannato in primo grado a venticinque anni di reclusione, dal Tribunal Federal de San Martín, Reynaldo Bignone, l'ultimo dei membri della giunta militare argentina.

mediante dominio di un apparato di potere elaborata da Claus Roxin, offrendo una dimostrazione tangibile dell'importanza del ruolo della dottrina e del dialogo tra quest'ultima e la giurisprudenza - sia all'interno dei confini nazionali sia al di fuori di essi, in chiave comparatistica⁵ -, al fine di pervenire all'obiettivo comune di sanzionare fenomeni di criminalità di Stato.

Al tempo stesso, risulta di particolare interesse il fatto che la Corte Suprema scelga di tipizzare i fatti oggetto di giudizio non come crimini internazionali in senso stretto, ma secondo fattispecie delittuose previste dal codice penale peruviano⁶.

Proprio su questi due aspetti della sentenza intende soffermarsi il presente lavoro, nell'idea che il ricorso, in entrambi questi momenti decisionali, a categorie contemplate dal diritto penale nazionale, a fronte di una manifestazione criminosa che, per la sua natura massiva e sistematica, può essere ricondotta ai crimini internazionali, evidenzia le potenzialità degli strumenti già esistenti per far fronte a queste nuove e peculiari forme criminali. Questo non significa che il Supremo Tribunale peruviano si sia dimostrato cieco di fronte alla rilevanza internazionale dei delitti oggetto di giudizio: al contrario, l'articolata motivazione denota una buona conoscenza degli istituti del diritto penale internazionale. Tuttavia, nella scelta delle fattispecie applicabili prevalgono alla fine categorie penalistiche tradizionali - delitti di omicidio, lesioni e sequestro, oltre alla figura di autore mediato elaborata in ambito tedesco -, che vengono recuperate e riadattate alla criminalità di stato.

La sentenza a carico di Fujimori, pertanto, è qui esaminata come paradigma dell'interessantissimo fenomeno di interazione tra categorie e principi differenti e tra livelli giuridici diversi.

2. Il contesto storico in cui si collocano i fatti oggetto di giudizio: cenni

Alberto Fujimori venne eletto alla presidenza del Perù nel 1990, in un momento in cui il paese era lo scenario di un aspro conflitto interno tra

⁵ Come afferma Roxin: «*Se puede asignar a la sentencia una función ejemplar. Al mismo tiempo, ella muestra también la fertilidad de una dogmática penal internacional que valora ampliamente la jurisprudencia y ciencia del propio país, pero que también gana conocimiento teniendo en consideración cuidadosa a la literatura extranjera que es capaz de lograr consenso internacional más allá del propio país*»: ROXIN, "Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema de Perú" in Ambos-Meini (a cura di), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, ARA editores, Lima, 2010, 102. Questo volume curato da Ambos e Meini, che sarà ampiamente citato nel presente lavoro, è la raccolta, tradotta in spagnolo, di una serie di contributi pubblicati - in tedesco - nella rivista *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (novembre 2009).

⁶ Pur associando a tali capi di imputazione una dichiarazione secondo cui alcuni dei fatti accertati costituiscono anche crimini contro l'umanità.

gruppi sovversivi – *Sendero Luminoso* e il *Movimiento Revolucionario Tupac Amaru* – e le forze militari che cercavano di reprimerne le attività terroristiche. I primi anni della sua presidenza furono contrassegnati dall'intensificarsi della lotta contro i movimenti insurrezionali, coronata da alcuni successi importanti, come l'arresto del leader di *Sendero Luminoso*, Abimael Guzmán. Tuttavia, i metodi violenti adottati dai militari e paramilitari incaricati della repressione si tradussero ben presto nella violazione grave e sistematica dei diritti umani, cui si accompagnò una svolta sempre più autoritaria del regime, culminata nell'*auto-golpe* del 1992⁽⁷⁾. L'attività repressiva, sotto la supervisione del Presidente, era affidata all'esercito e ai servizi segreti⁽⁸⁾, che si occupavano della parte logistica e dell'individuazione degli obiettivi, mentre lo svolgimento concreto delle "operazioni" era compito di un gruppo paramilitare noto come *Grupo Colina*⁽⁹⁾. Quest'ultimo si rese responsabile, tra l'altro, degli atroci episodi *Barrios Altos* e *La Cantuta*, che sono oggetto del processo a carico di Fujimori.

Per paralizzare l'attività di indagine che alcuni tribunali nazionali iniziavano ad intraprendere sui numerosi crimini commessi dal *Grupo Colina*, Fujimori fece approvare, nel 1995, un'amnistia generale a beneficio del personale militare, civile e di polizia, «per fatti derivati da, o commessi in occasione o come conseguenza della lotta contro il terrorismo»⁽¹⁰⁾. Seguì poco dopo una «legge di interpretazione della portata dell'amnistia»⁽¹¹⁾, che ribadì l'obbligatorietà dell'applicazione della predetta legge, affermando che l'amnistia ivi disposta non comportava alcuna interferenza nell'esercizio

⁷ Il cosiddetto *auto-golpe* del 6 aprile 1992 venne realizzato da Fujimori, che già era Presidente, per sovvertire la Costituzione e sciogliere le Camere e la Corte Suprema, che cercavano di porre dei freni alla deriva autoritaria e violenta del regime. In seguito alle pesanti critiche della comunità internazionale, fu promulgata una nuova Costituzione, nel 1993 - che consentì tra l'altro la sua rielezione - ma il governo continuò a mantenere i medesimi tratti marcatamente autoritari.

⁸ *Dirección de Inteligencia del Ejército* (DINTE) e *Servicio de Inteligencia Nacional* (SIN), comandati di fatto da Vladimiro Montesinos Torres, il più fidato e potente collaboratore del Presidente.

⁹ La prassi di avvalersi di gruppi paramilitari per contrastare i movimenti sovversivi non è tuttavia un'invenzione di Fujimori: già durante la presidenza di Alán Gracia Pérez (1985-1990) era attivo il cd. *Comando Rodrigo Franco*.

¹⁰ L. 14 giugno 1995, n. 26.479, art. 1. L'amnistia copriva i fatti commessi a partire dal maggio 1980. Il successivo art. 6 precisava che tutti i casi che in quel momento erano oggetto di indagine o processo dovevano essere archiviati.

¹¹ L. 21 giugno 1995, n. 26.492. L'emanazione di tale legge fu la risposta ad una decisione del giudice Antonia Saquicuray, che disapplicò la disposizione di amnistia ritenendola incostituzionale e contraria agli obblighi imposti dalla Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo.

dell'attività giudiziale né alcuna violazione degli obblighi assunti dallo stato peruviano a livello internazionale.

A distanza di pochi anni, il crescente malessere di un importante settore della popolazione nei confronti dei metodi autoritari del governo e delle crescenti restrizioni imposte alla libertà di espressione⁽¹²⁾, la corruzione dilagante nelle sfere politiche vicine al Presidente e le molte irregolarità nelle elezioni del 2000 segnarono la fine della presidenza di Fujimori⁽¹³⁾, che fuggì in Giappone e da lì rinunciò via fax al mandato⁽¹⁴⁾. Con il governo provvisorio di Valentín Paniagua iniziò la transizione democratica in Perù⁽¹⁵⁾.

3. Vicende processuali e pluralità di attori

La sentenza della Corte Suprema peruviana che intendiamo analizzare rappresenta l'epilogo di una vicenda⁽¹⁶⁾ che ha visto coinvolti numerosi attori, nel piano interno ed internazionale, in una sorta di disegno a più mani che è confluito nella condanna dell'ex-Presidente⁽¹⁷⁾.

3.1. La Commissione per la Verità e la Riconciliazione

Dopo la rinuncia all'incarico di presidenza di Fujimori e l'instaurazione del governo di transizione del Presidente Valentín Paniagua, una delle prime misure⁽¹⁸⁾ adottate dal governo democraticamente eletto fu l'istituzione, nel

¹² Ricordiamo tuttavia che all'inizio del mandato e per un lungo periodo Fujimori aveva contato su un forte appoggio dell'opinione pubblica, esasperata dagli atti terroristici di *Sendero Luminoso* e del *Movimiento Revolucionario Túpac Amaru* e fiduciosa nell'impegno del governo ad eliminare questi gruppi. Il Presidente venne infatti rieletto nel 1995, mentre le elezioni del 2000, che pure lo videro rieletto, furono viziate da accertate irregolarità. L'apprezzamento di certi settori della società per l'ex-Presidente e per la sua politica non sembra ancora tramontato, come conferma il recente successo elettorale ottenuto dalla figlia Keiko, candidata alle presidenziali di quest'anno con un programma che si colloca in una scia di continuità con quello paterno.

¹³ Per una sintetica panoramica sulle ragioni della caduta di Fujimori, si veda J.M. BURT, "Guilty as charged: the trial of former Peruvian President Alberto Fujimori for human rights violations", in *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, 2009, 387-8.

¹⁴ La rinuncia avvenne il 17 novembre 2000.

¹⁵ Descrive attori e meccanismi della transizione democratica in Perù CARO CORIA, "Perù", in Ambos-Malarino-Elsner (a cura di), *Justicia de transición*, KAS, Berlino-Montevideo, 2009, 357-390 nonché IDEM, "Sulla persecuzione dei crimini internazionali nella giurisprudenza penale peruviana", in Fornasari-Fronza (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali* etc., cit., pp. 117-164.

¹⁶ La vicenda processuale si è definitivamente chiusa lo scorso 11 agosto, quando il *Tribunal Constitucional* peruviano ha dichiarato infondato il ricorso per *habeas corpus* presentato dalla difesa di Fujimori per presunta violazione dei principi dell'equo processo e del diritto al doppio grado di giudizio: cfr. *Tribunal Constitucional del Perú*, exp. n° 4235-2010-PHC/TC, *Recurso por habeas corpus a favor de Alberto Fujimori Fujimori*, 11.08.2011.

¹⁷ Non si approfondirà in questa sede il ruolo, senz'altro essenziale, delle associazioni per la protezione dei diritti umani, molte delle quali raggruppate, sin dal 1985, nella *Coordinadora Nacional de Derechos Humanos*.

¹⁸ Altra misura rilevante fu l'istituzione di un'unità speciale all'interno della Procura, la *Procuraduría Pública ad hoc*, incaricata della persecuzione dei casi di corruzione nonché, in un secondo momento,

2001, di una Commissione per la Verità e la Riconciliazione (CVR)⁽¹⁹⁾. Tale organo, composto di dodici commissari indipendenti, venne incaricato di chiarire quanto avvenuto, tra il maggio del 1980 ed il novembre del 2000⁽²⁰⁾, nel contesto della violenza terrorista e della repressione statale, e le relative responsabilità di entrambe le parti⁽²¹⁾, con una particolare attenzione ai delitti di omicidio, sequestro, sparizioni forzate, torture e lesioni gravi, violazioni dei diritti delle comunità indigene ed altri crimini e gravi violazioni dei diritti umani⁽²²⁾.

Il rapporto finale della Commissione, presentato il 28 agosto 2003⁽²³⁾, individua alcuni dei responsabili delle violazioni dei diritti umani accertate⁽²⁴⁾, tra cui spicca appunto l'ex-Presidente Fujimori, rispetto a cui la Commissione «possiede indizi ragionevoli per affermare (...) la responsabilità penale in relazione agli omicidi, alle sparizioni forzate e ai massacri commessi dallo squadrone della morte chiamato *Grupo Colina*⁽²⁵⁾. Tale dichiarazione costituisce dunque la prima affermazione, per quanto priva di dirette conseguenze punitive, della responsabilità dell'ex-Presidente per i crimini commessi nell'ambito della lotta al terrorismo⁽²⁶⁾.

3.2. La Corte Interamericana dei Diritti Umani e i casi Barrios Altos e La

delle gravi violazioni di diritti umani.

¹⁹ La Commissione fu istituita con Decreto Supremo 2 giugno 2001, n. 065-2001-PCM. Su tale organo e sulle differenze rispetto ad altre Commissioni per la verità e riconciliazione si veda P. HAYNER, "Fifteen Truth Commissions 1974 to 1994", in *Human Rights Quarterly*, volume 16, n. 4, 1994, p600-655; per uno studio sul ruolo costituente delle Commissioni per la verità (con un focus particolare sulla *Truth and Reconciliation Commission* sudafricana) cfr. LOLLINI, *Constitutionalism and transitional justice in South Africa*, Berghahn books, Oxford, 2011, *passim*.

²⁰ Il mandato della Commissione copriva di conseguenza anche un periodo precedente alla Presidenza Fujimori.

²¹ Art. 1 del Decreto sopra indicato.

²² Art. 3 del medesimo Decreto. Alla Commissione fu attribuito anche il compito di svolgere un'indagine di natura più prettamente storica, relativa alle cause socio-politiche della violenza terrorista, nonché di elaborare proposte di riparazione e creare i corrispondenti meccanismi esecutivi (art. 2).

²³ Disponibile in <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php> (accesso il 07.02.2011). Questo Rapporto, oltre a costituire un importante documento per la comprensione delle cause profonde dello scoppio della violenza terrorista, delle modalità di attuazione dei gruppi sovversivi e della repressione statale, presenta i risultati dell'indagine relativa a 73 casi concreti e particolarmente rappresentativi della criminalità di stato e contiene, tra le raccomandazioni finali, l'invito a riaprire le indagini penali relative a 47 casi e l'elaborazione di un programma di riparazioni.

²⁴ Il rapporto stima che le vittime della violenza politica furono circa 69000, la maggior parte delle quali uccise da *Sendero Luminoso* o dalle forze di sicurezza statali.

²⁵ Conclusioni generali, par. 101.

²⁶ Il rapporto della Commissione è stato inoltre utilizzato quale elemento probatorio nel processo a carico di Fujimori.

Cantuta

Nel percorso che ha condotto alla condanna di Fujimori per i crimini commessi durante il suo governo, ha avuto un ruolo fondamentale la Corte Interamericana dei Diritti Umani (d'ora in poi, Corte IDU), chiamata a pronunciarsi su un gran numero di casi di gravi violazioni dei diritti umani attribuiti allo stato peruviano⁽²⁷⁾. In modo particolare due sentenze, relative ad episodi di violenza di stato che costituiscono altresì oggetto del processo a carico di Fujimori - *Barrios Altos* e *La Cantuta* -, hanno marcato alcuni punti importanti per la persecuzione penale dei crimini della dittatura.

Il primo episodio ebbe luogo il 3 novembre 1991, quando un commando composto da 6 uomini armati - che, come poi si accertò, erano membri del *Grupo Colina* - fece irruzione in un edificio nel quartiere *Barrios Altos*, a Lima, mentre si svolgeva una raccolta fondi (*pollada*), costringendo i presenti a stendersi a terra, uccidendo quindici persone e ferendone in modo grave altre quattro. Le vittime erano state erroneamente sospettate di svolgere attività di supporto ai gruppi terroristi.

Il secondo caso riguardava l'operazione nota come *La Cantuta*, che colpì alcuni studenti ed un professore dell'Università Enrique Guzmán y Valle o "La Cantuta", che il 18 luglio 1992 vennero sequestrati da un *commando* di militari e membri del *Grupo Colina*. Gli uomini, armati e con il volto occultato da un passamontagna, fecero irruzione nei dormitori e portarono via nove studenti e un professore, sospettati di collaborare con *Sendero Luminoso*, uccidendoli in un luogo poco lontano. I resti di alcune vittime vennero successivamente rinvenuti in fosse comuni, mentre altre risultano tuttora scomparse.

Entrambi gli episodi vennero presi in esame da una Commissione d'inchiesta in seno al *Congreso*, che non concluse tuttavia il proprio incarico⁽²⁸⁾, mentre indagini di natura penale furono impedita dalle leggi di amnistia.

La Corte IDU, chiamata a pronunciarsi su entrambi i casi, ha pronunciato due sentenze divenute *leading cases* non solo per i successivi sviluppi della

²⁷ Molti dei quali avvenuti durante la Presidenza di Fujimori: cfr. Corte IDU, *Barrios Altos v. Perú* (14.03.2001), *La Cantuta v. Perú* (29.11.2006), *Castillo Páez v. Perú* (3.11.1997), *Loayza Tamayo v. Perú* (17.09.1997), *Castillo Petrucci y otros v. Perú* (30.05.1999), *Cantoral Benavides* (18.08.2000), *Hermanos Gómez Paquiyauri* (08.07.2004), *De La Cruz Flores* (18.11.2004), *Lori Berenson Mejía* (25.11.2001), *Huilca Tecse* (03.03.2005), *Gómez Palomino* (22.11.2005), *García Asto y Ramírez Rojas* (25.11.2005), *Baldeón García* (06.04.2006), *Penal Miguel Castro Castro* (25.11.2006), *Anzualdo Castro* (22.09.2009), tutti disponibili in <http://www.corteidh.or.cr>.

²⁸ La prima a causa dello scioglimento della Camere mediante l'*auto-golpe* del 1992, la seconda in corrispondenza della promulgazione delle leggi di amnistia.

transizione democratica in Perù, ma anche per molti altri paesi latinoamericani⁽²⁹⁾. Nella nota sentenza *Barrios Altos*⁽³⁰⁾, la Corte affermò per la prima volta l'inammissibilità delle disposizioni di amnistia, della prescrizione e della previsione di cause di esclusione della responsabilità rispetto a gravi violazioni dei diritti umani quali la tortura, le esecuzioni sommarie e le sparizioni forzate. Su tali basi dichiarò la nullità delle leggi di auto-amnistia adottate dal governo peruviano per contrarietà con la Convenzione Americana sui Diritti dell'Uomo (CADU)⁽³¹⁾. Analoga dichiarazione venne pronunciata nella successiva sentenza nel caso *La Cantuta*⁽³²⁾, nella quale la Corte delineò la struttura e il *modus operandi* dei gruppi incaricati della repressione degli oppositori politici e la loro stretta connessione con i vertici del potere statale⁽³³⁾.

L'intervento della Corte IDU è stato dunque fondamentale nell'accertamento della responsabilità penale di Fujimori. Da una parte, infatti, ha permesso di superare l'ostacolo delle leggi di amnistia⁽³⁴⁾, dall'altra, ha espressamente condannato lo stato peruviano ad intraprendere le attività processuali e di indagine necessarie per determinare la responsabilità penale di tutti gli autori in relazione agli episodi accertati e per applicare loro eventualmente la pena corrispondente⁽³⁵⁾. Infine, la Corte ha accertato le dinamiche dell'attività di

²⁹ Ad esempio, la dichiarazione di incostituzionalità delle leggi di *Punto Final* e *Obediencia Debida* argentine ad opera della Corte Suprema di Giustizia della Nazione nel caso *Simón* (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad*, caso n. 17.768, 14.06.2005) adduceva quale argomento centrale l'inammissibilità delle amnistie per gravi violazioni dei diritti umani affermata dalla sentenza della Corte IDU nel caso *Barrios Altos*. Sull'influenza della giurisprudenza della Corte IDU nei processi celebrati dinanzi ai Tribunali nazionali, si veda AMBOS, MALARINO, ELSNER (a cura di), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, KAS, Berlino-Montevideo, 2010, *passim*.

³⁰ Corte IDU, *Barrios Altos v. Perù*, (fondo), sentenza del 14.03.2001.

³¹ *Ivi*, par. 41-42. la Corte accertò la violazione degli artt. 1 co. 1, 2, 8 co. 1, e 25 CADU, che prevedono, rispettivamente, l'obbligo degli Stati di rispettare e garantire i diritti affermati nella Convenzione, il dovere di adottare le misure legislative necessarie a rendere effettivi tali diritti (e, parallelamente, a *non* adottare disposizioni che ne compromettano l'esercizio), il diritto dei cittadini ad essere ascoltati da un giudice per la determinazione dei propri diritti e ad esperire un ricorso effettivo dinanzi ai tribunali competenti.

³² Corte IDU, *La Cantuta v. Perù*, (fondo, reparaciones y costas), sentenza del 29.11.2006, par. 152.

³³ *Ivi*, par. 236 ss.

³⁴ Conseguentemente alle pronunce della Corte IDU, il *Tribunal Constitucional* (TC) peruviano a sua volta dichiarò la nullità delle leggi di amnistia e delle risoluzioni giudiziali dettate allo scopo di garantire l'impunità ai responsabili delle violazioni dei diritti umani: si veda TC, sentenze del 29.11.2005 (exp. N. 4587-2004-AA/TC) e del 2.3.2007 (exp. N. 679-2005-PA/TC).

³⁵ Cfr. punto 9 della parte dispositiva della sentenza *La Cantuta* e punto 5 della parte dispositiva nella sentenza *Barrios Altos*. La Corte IDU ha poi ulteriormente precisato, nella sentenza *Almonacid*

repressione illegale posta in essere dal governo Fujimori, fornendo così un valido supporto probatorio nel processo a carico di quest'ultimo³⁶.

3.3. La Corte Suprema cilena ed il procedimento di estradizione

Il terzo fondamentale attore nella vicenda processuale relativa a Fujimori è stata la Corte Suprema cilena, chiamata a pronunciarsi sulla domanda di estradizione presentata dallo stato peruviano in relazione all'ex-Presidente. Quest'ultimo, infatti, dopo un iniziale periodo in Giappone, si era rifugiato in Cile³⁷ ed era stato ivi arrestato in virtù di un mandato di cattura internazionale richiesto dal Perù.

La domanda di estradizione, proposta sulla base di un Trattato esistente tra i due paesi, verteva su dieci casi di corruzione³⁸ e su tre casi di gravi violazioni ai diritti umani: *Barrios Altos*, *La Cantuta*, *Sótanos SIE* ed «altri casi di sparizioni forzate». Dopo un iniziale rigetto motivato sulla base dell'insufficienza di indizi³⁹, la domanda di estradizione venne accolta dalla Sala Penale della Corte Suprema cilena⁴⁰ per sette dei casi proposti, tra cui *Barrios Altos*, *La Cantuta* e *Sótanos SIE*⁴¹.

La sentenza della Corte Suprema cilena che determina l'extradizione di Fujimori è specialmente rilevante per due profili: in primo luogo, perché tipizza i fatti oggetto della domanda di estradizione come omicidi e lesioni aggravate, rifiutando invece l'imputazione per il delitto di sparizione forzata, che non era prevista nell'ordinamento cileno all'epoca dei fatti e che avrebbe

Arellano v. Cile (26.09.2006), che una Commissione per la Verità non può sostituire «l'obbligo statale di accertare la verità mediante il processo in sede giudiziaria» (par. 150).

³⁶ È opportuno precisare che la Convenzione Americana gode di rango costituzionale nell'ordinamento peruviano, e che il Codice Processuale Costituzionale, nel titolo preliminare, ha riconosciuto inoltre carattere vincolante alla giurisprudenza della Corte IDU, indipendentemente dal fatto che lo stato peruviano fosse parte nel procedimento. Non stupisce dunque che si sia attribuito valore pienamente probatorio alle sentenze della Corte IDU nei casi menzionati.

³⁷ Secondo alcuni il suo spostamento fu determinato dalla decisione del nuovo governo peruviano di denunciare il Giappone dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia, secondo altri invece Fujimori intendeva preparare dal Cile la propria campagna per ricandidarsi alle elezioni del 2006.

³⁸ I capi d'imputazione comprendono: corruzione di parlamentari, distrazione di fondi pubblici per il finanziamento di operazioni del servizio segreto, malversazione ai danni dello stato, intercettazioni illegali di conversazioni tra oppositori politici.

³⁹ Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Instancia, 11.07.2007 (ruolo n. 5646-2005). L'organo giudicante monocratico, integrato dal Ministro (questa la denominazione data ai giudici della Corte Suprema) Orlando Álvarez, ritenne che non vi fossero prove sufficienti.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de Chile, Segunda Instancia, 21.09.2007, ruolo n. 3744-07.

⁴¹ Il caso denominato *Sótanos del SIE* (da *Servicios de Inteligencia del Ejército*) accorpava diversi episodi di arresto e detenzione illegale e arbitraria, spesso accompagnati da maltrattamenti, verificatisi nei sotterranei della sede del SIE, ai danni di persone accusate - spesso infondatamente - di collaborazione con i sovversivi e di spionaggio.

quindi comportato una violazione del principio della doppia incriminazione ai fini dell'extradizione. Tale soluzione, indubbiamente corretta dal punto di vista del rispetto del principio di legalità e dei criteri su cui si regge l'extradizione, ha comportato tuttavia una restrizione dell'oggetto processuale⁽⁴²⁾, accompagnata da un'ulteriore delimitazione del caso *Sótanos del SIE*, da cui furono espunti alcuni casi ritenuti non sufficientemente provati⁽⁴³⁾.

In secondo luogo, la Corte Suprema cilena individua come forma di attribuzione di responsabilità, al pari di quanto avverrà poi nella sentenza peruviana, l'«autoria mediata mediante il dominio di un apparato organizzato di potere»⁽⁴⁴⁾.

3.4. La Corte Suprema peruviana

All'esito del procedimento di estradizione, si sono aperti tre diversi processi contro Fujimori dinanzi alla Sala Penale Speciale della Corte Suprema⁽⁴⁵⁾, il primo dei quali dedicato ai casi di gravi violazioni dei diritti umani, e gli altri due inerenti alle accuse per corruzione. In questa indagine esamineremo unicamente il primo dei processi, culminato con la sentenza di condanna del 7 aprile 2009, confermata in secondo grado dalla Prima Sala Transitoria della Corte Suprema⁽⁴⁶⁾, a venticinque anni di reclusione, oltre che al pagamento di ingenti somme a titolo di riparazione a beneficio delle vittime.

⁴² Come segnala Kai Ambos, lo stato peruviano sta lavorando ad un ampliamento della domanda di estradizione per ricomprendervi altre gravi violazioni dei diritti umani commesse, in particolare, ai danni dei detenuti nel carcere Miguel Castro Castro a Lima: cfr. AMBOS, "Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori", in Ambos-Meini (a cura di), *La autoría mediata etc.*, cit., 61.

⁴³ Tale caso venne infatti limitato ai sequestri del giornalista Gustavo Gorriti Ellebongon (rapito dalla sua abitazione il 6 aprile 1992 e recluso negli scantinati del SIE) e dell'imprenditore Samuel Dyer (arrestato in aeroporto e condotto negli scantinati del SIE, dove rimase fino al 5 agosto).

⁴⁴ V. *infra*. Giustamente García Caveró si pone il problema di verificare se il principio di specialità che si applica al procedimento di estradizione riguarda solo il *facto* oggetto della sentenza di estradizione oppure se si estende anche agli argomenti giuridici ivi adottati, in particolare, in questo caso, all'individuazione della forma di responsabilità scelta dalla Corte Suprema cilena. L'autore dichiara di propendere per la prima soluzione. Si veda GARCÍA CAVERO, "La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori Fujimori", in Ambos-Meini (a cura di), *La autoría mediata etc.*, cit., 187-209.

⁴⁵ Tale organo, composto da tre giudici della Corte Suprema (nel presente caso, César San Martín Castro, Víctor Prado Saldarriaga e Hugo Príncipe Trujillo), è competente a giudicare gli alti funzionari pubblici per delitti commessi nell'esercizio delle loro funzioni, ai sensi degli artt. 100 Cost., 34 co. 4 *Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial* e 17 c.p.p.

⁴⁶ Composta di cinque giudici, è competente come tribunale di seconda istanza per i processi decisi dalla Sala Penale Speciale.

4. Struttura della sentenza e difficoltà probatorie

Nelle 708 pagine in cui si articola la pronuncia, dopo aver ripercorso il procedimento di estradizione, le vicende processuali e le risultanze probatorie emerse, si ricostruisce il contesto storico-politico in cui si svolsero i fatti.

La sentenza descrive dettagliatamente gli attentati compiuti a *Barrios Altos* e *La Cantuta*, i sequestri di Gustavo Gorriti e di Samuel Dyer e gli altri delitti attribuiti al *Grupo Colina*, avvalendosi, ai fini probatori, di testimonianze, documenti, accertamenti peritali, nonché del rapporto della Commissione della Verità e Riconciliazione.

Un problema cruciale con cui deve confrontarsi la Corte Suprema è l'individuazione e l'accertamento della specifica portata e modalità dell'intervento dell'imputato nei crimini oggetto di giudizio. Vista l'inesistenza di prove di un suo specifico ordine in merito alla realizzazione delle "operazioni" criminali del *Grupo Colina*⁽¹⁷⁾ e di una sua diretta partecipazione ad esse, la Corte ricorre alle prove indiziarie, nessuna delle quali, singolarmente considerata, sarebbe sufficiente a fondare un'imputazione: è tuttavia la valutazione complessiva di tali indizi⁽¹⁸⁾ a fornire una base attendibile dalla quale inferire, oltre ogni ragionevole dubbio, la responsabilità dell'imputato.

La Corte costruisce dunque una sorta di "catena" probatoria - che, a ben vedere, coincide con la scala gerarchica su cui si organizzava il regime -, per risalire dai fatti concreti e dagli esecutori diretti fino all'apporto fornito da chi occupava il vertice dell'apparato militare⁽¹⁹⁾. All'allentamento del vincolo tra la condotta dell'imputato e la concreta commissione dei crimini, e alla connessa difficoltà probatoria rispetto ad un suo coinvolgimento diretto, sopperisce dunque il ricorso alla prova indiziaria, da cui inferire la logica ed univoca conclusione che «sulla base della sua posizione di potere, dei fatti avvenuti,

¹⁷ Tale circostanza, come la Corte stessa riconosce, è tipica di organizzazioni criminali di questo tipo, che operano e si mantengono in una dimensione clandestina.

¹⁸ Unitamente all'inesistenza o insufficienza di indizi che muovano in direzione contraria e alla loro attendibilità sulla scorta di massime d'esperienza.

¹⁹ La Corte ritiene accertato che i crimini furono commessi da agenti pubblici che integravano i servizi di *intelligence* e le forze militari; che Montesinos Torres, il capo del SIN - l'organo che pianificava e controllava l'esecuzione delle operazioni del *Grupo Colina* - rispondeva direttamente ed unicamente al capo dello stato, e lo manteneva costantemente informato sulle attività di tale organismo; che la realizzazione delle operazioni criminali comportò uno spiegamento di mezzi logistici e di forze che non poteva non essere noto al Presidente, nella sua qualità di comandante supremo dell'esercito. A questi elementi, indizi della conoscenza e della condivisione dei piani criminali da parte di Fujimori, si aggiunge che egli, a fronte delle denunce delle vittime e dei loro familiari, intraprese una costante opera di occultamento dei fatti ed adottò altresì una serie di misure - tra cui le note leggi di amnistia - volte a garantire l'impunità ai responsabili degli illeciti.

della protezione che assicurò alle persone più coinvolte in essi, dell'attacco personale nei confronti di chi denunciò quanto accadeva, si può inferire ragionevolmente che (Fujimori) partecipò in modo significativo alla loro commissione»⁽⁵⁰⁾.

5. La tipizzazione dei fatti come delitti comuni o crimini internazionali

I giudici della Corte Suprema peruviana, nel tipizzare i fatti oggetti di giudizio, optano per una soluzione che possiamo definire cumulativa: la sussunzione nelle fattispecie di sequestro aggravato, omicidio aggravato e lesioni gravi, ai sensi del codice penale peruviano, è infatti accompagnata dalla qualificazione degli illeciti commessi nei casi *Barrios Altos* e *La Cantuta* come crimini contro l'umanità.

L'arresto e la detenzione arbitraria di Gustavo Gorriti e di Samuel Dyer vengono tipizzati come delitti di sequestro aggravato ai sensi dell'art. 152 co. 2 c.p., nella versione della disposizione all'epoca vigente, non potendosi ad essa applicare il testo attuale, contenente delle modifiche *in pejus* in relazione al trattamento sanzionatorio. L'aggravamento della pena deriva dalla riconosciuta crudeltà, che in questo caso non dipende dall'esercizio di una violenza particolarmente intensa sulle vittime, ma dalla condizione di fondato timore per la propria vita in loro suscitato «non solo dall'illegittimità della privazione di libertà (...) ma anche dalle circostanze in cui essa si produsse»⁽⁵¹⁾. I fatti avvenuti a *Barrios Altos* e *La Cantuta* vengono invece sussunti nelle fattispecie di omicidio aggravato da *alevosía*⁽⁵²⁾ ex art. 108 c.p., e di lesioni gravi ex art. 121 c.p.⁽⁵³⁾, ma nel contempo la Corte afferma che essi costituiscono «crimini contro l'umanità d'accordo con il diritto internazionale penale»⁽⁵⁴⁾.

A parere della Corte, infatti, i reati commessi nei due casi menzionati «trascendono l'ambito strettamente individuale o comune», poiché presentano i requisiti propri dei crimini contro l'umanità: si afferma che

⁵⁰ Par. 663, 5° capoverso.

⁵¹ Circostanze che comprendono «le modalità del trasferimento delle vittime nel luogo di detenzione, le condizioni di detenzione, l'isolamento cui furono inizialmente sottoposti, le minacce, l'indefinitezza della loro situazione giuridica», e che conferiscono alla detenzione una dimensione abusiva o arbitraria.

⁵² Circostanza aggravante, prevista dal c.p. peruviano ma anche da quello spagnolo, difficilmente traducibile in italiano, che consiste nell'impiego di mezzi o modalità esecutive intenzionalmente volte ad eliminare qualsiasi possibilità di difesa da parte della vittima. Si applica ai soli delitti contro le persone. La Corte Suprema esclude invece l'applicabilità al caso dell'aggravante della "ferocia", che concorre quando il delitto è commesso senza alcun motivo o per un motivo futile o disumano.

⁵³ Nell'attacco avvenuto a *Barrios Altos* erano state gravemente ferite quattro persone.

⁵⁴ Parte dispositiva, punto II, nonché parr. 710 ss. dei *fundamentos jurídicos penales*.

formarono parte di una «politica statale di eliminazione selettiva ma sistematica di presunti membri dei gruppi sovversivi», disegnata e controllata dalle più alte sfere dello stato, che colpì un notevole numero di persone indifese della popolazione civile⁽⁵⁵⁾.

Va innanzitutto osservato che tale qualificazione non comporta alcuna conseguenza sul piano sanzionatorio, né sul regime giuridico applicato ai fatti oggetto di giudizio: la determinazione della pena, infatti, prende in considerazione le cornici edittali previste dal codice penale peruviano per i reati comuni di omicidio, lesioni e sequestro, oltre alle circostanze aggravanti speciali sopra menzionate, senza che alcun riferimento venga rivolto, nel momento commisurativo, alla categoria dei crimini internazionali⁽⁵⁶⁾.

Inoltre, la sussunzione delle condotte in questa tipologia di crimini internazionali avrebbe costituito in questo caso una violazione del principio di legalità, posto che all'epoca dei fatti l'ordinamento peruviano non la contemplava espressamente come fattispecie incriminatrice⁽⁵⁷⁾.

Al riguardo occorre notare che gli organi giudiziari di molti paesi vicini chiamati a giudicare i gravi crimini commessi dai passati regimi dittatoriali, non di rado hanno fatto ricorso al diritto internazionale, e talora addirittura alla fonte consuetudinaria, come fonte diretta di incriminazione, forzando i principi di legalità ed irretroattività, al fine di superare le eccezioni di prescrizione e le disposizioni di amnistia⁽⁵⁸⁾. La qualificazione dei fatti come

⁵⁵ Sulla definizione di crimini contro l'umanità, si veda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici: AMATI, MACULAN, voce "Crimini contro l'umanità", in *Digesto Pen.*, 6^a Appendice di aggiornamento (in corso di pubblicazione).

⁵⁶ La sentenza, nel momento della commisurazione, menziona solo, genericamente, «le caratteristiche di esecuzione del fatto, la loro logica pianificata» (par. 766).

⁵⁷ I *delitos de lesa humanidad* vennero inseriti nel c.p. (nel titolo XIV-A) con la l. 26926 del 1998, che abrogò contestualmente il cap. V del titolo I, libro II, rubricato "Genocidio". Nell'attuale formulazione, essi comprendono genocidio, sparizione forzata, tortura, discriminazione e manipolazione genetica. Manca, tuttavia, nella descrizione delle fattispecie, l'*elemento di contesto* tipico dei crimini contro l'umanità, secondo cui gli atti devono formar parte di un attacco esteso o sistematico contro una popolazione civile (sulla definizione e sulle funzioni dell'elemento di contesto o *chapeau* si veda, AMATI, COSTI, FRONZA, "Introduzione", in Amati-Caccamo-Costi- Fronza-Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2010, 2-3). Questa peculiarità dipende dal fatto che la norma è stata introdotta in adempimento agli obblighi imposti dalle Convenzioni interamericane in materia, il cui oggetto, pur sovrapponendosi in parte al diritto penale internazionale, se ne discosta per alcuni -significativi- profili: tra questi, appunto, l'assenza dell'elemento di contesto proprio dei crimini internazionali come elemento costitutivo necessario della figura.

⁵⁸ Si tratta di una tendenza molto diffusa nella più recente giurisprudenza latinoamericana, come dimostrano i contributi nei volumi FRONZA, FORNASARI (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche di diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, 2009, *passim*, e FORNASARI, FRONZA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali etc.*, cit., *passim*.

crimini internazionali consente infatti di applicare ai fatti oggetto di giudizio il peculiare regime che caratterizza tale categoria delittuosa, e che prevede, in particolare, l'imprescrittibilità e l'inammissibilità di amnistie ed indulti⁵⁹). La Corte Suprema peruviana sembra discostarsi da questa tendenza dominante, optando invece per la tipizzazione secondo fattispecie previste dall'ordinamento interno. Occorre tuttavia precisare che questa qualifica dei fatti è stata in realtà imposta dai limiti connessi al procedimento di estradizione: il principio di doppia incriminazione, infatti, impediva alla Corte peruviana di sussumere i fatti nella categoria dei crimini contro l'umanità, poiché - come già accennato - il Cile, paese estradante, non li contemplava nel proprio ordinamento. La tipizzazione dei fatti come delitti comuni può dunque essere considerata una sorta di scelta obbligata, che la Corte Suprema peruviana sembra aver voluto in qualche modo compensare con la dichiarazione secondo cui si tratta di crimini contro l'umanità.

Si può inoltre legittimamente ritenere che la Corte Suprema peruviana non si sia inoltrata nella considerazione delle conseguenze derivanti dalla qualifica dei fatti come crimini internazionali semplicemente perché non ne aveva bisogno: i fatti oggetto di giudizio avvennero infatti nel decennio compreso tra il 1990 ed il 2000, e non presentano pertanto i problemi di prescrizione che caratterizzano i reati commessi durante le dittature di altri paesi sudamericani, prevalentemente risalenti agli anni '70-'80 del secolo scorso. Quanto alle leggi di amnistia, già si è visto come la Corte IDU prima ed il *Tribunal Constitucional* poi ne avessero previamente decretato la carenza di effetti giuridici per contrarietà alla Convenzione Americana per i diritti umani (CADU) e alla Costituzione, aprendo così la strada a tutte le indagini ed azioni penali che erano state paralizzate per effetto di quelle leggi.

Ci si può a questo punto chiedere quale utilità abbia la dichiarazione della Corte, svolta nelle motivazioni e ripresa anche nella parte dispositiva, secondo cui i reati commessi a *Barrios Altos* e *La Cantuta* costituiscono crimini contro l'umanità. Una prima e possibile lettura potrebbe assimilare questa dichiarazione alla c.d. *doppia sussunzione*, un procedimento interpretativo elaborato dalla giurisprudenza - soprattutto - argentina che consiste nel sussumere il fatto oggetto di giudizio sia in un reato comune - in relazione

⁵⁹ Il regime speciale dei crimini internazionali è stato espressamente riconosciuto anche dalla giurisprudenza peruviana: si veda al riguardo CARO CORIA, "Perù", in Ambos-Malarino-Elsner (a cura di), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional: con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, KAS, Berlino-Montevideo, 2008, 271 ss. (specialmente 295-6).

alla definizione degli elementi tipici e al quadro sanzionatorio applicabile - sia in un crimine internazionale - per consentire l'applicabilità del regime speciale connesso a tale qualificazione⁽⁶⁰⁾.

Nel presente caso, tuttavia, non si opera una vera e propria sussunzione dei fatti nella categoria penale internazionale: la dichiarazione secondo cui i fatti sono qualificabili come crimini contro l'umanità è infatti sprovvista di conseguenze pratiche⁽⁶¹⁾. Essa potrebbe pertanto avere un valore *simbolico* per sottolineare la gravità estrema dei reati ed il loro inserimento all'interno di un peculiare contesto di violenza sistematica e massiva. In altri termini, la statuizione della Corte intende più che altro affermare lo speciale disvalore dei fatti oggetto di giudizio, che i tipi penali ordinari non permettono di cogliere, forse intendendo fornire in tal modo un contributo all'effettiva implementazione del "diritto alla verità"⁽⁶²⁾.

D'altro canto, la soluzione di recuperare nell'ordinamento nazionale fattispecie incriminatrici tradizionali permette comunque di pervenire ad una condanna a carico dell'imputato e alla comminazione di una pena decisamente elevata, proporzionata quindi alla gravità dei fatti⁽⁶³⁾. Nello stesso tempo, anche ammettendo che la tipizzazione operata dalla Corte sia il frutto più di circostanze contingenti che di una consapevole opzione interpretativa, il risultato finale ha consentito di rispettare il principio di legalità penale. Una recente sentenza del *Tribunal Constitucional* peruviano sembra confermare

⁶⁰ Sul procedimento di *doble subsunción* si veda, anche per ulteriori richiami: P. PARENTI, "Informe sobre Argentina", in Ambos-Malarino-Elsner (a cura di), *Jurisprudencia latinoamericana* etc., cit., 21 ss. e MALARINO, "Argentina" (cap. I), in Ambos (a cura di), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, Bogotá, 2009, 3-37.

⁶¹ Nonostante una considerazione rivolta dal giudice San Martín al Pubblico Ministero, secondo cui, alla luce della natura penale internazionale dei delitti imputati, egli avrebbe potuto chiedere l'applicazione del massimo edittale contemplato dall'ordinamento (30 anni di reclusione, invece dei 25 chiesti e comminati): cfr. par. 764 della sentenza.

⁶² Suggestiscono questa conclusione SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, CHINCHÓN ÁLVAREZ, "Algunas consideraciones jurídico-internacionales acerca de la sentencia de la sala Especial de la Corte Suprema de la República del Perú contra Alberto Kenya Fujimori Fujimori", in *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 10, 2010 (disponibile in

<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/535>), 16. Questi autori però criticano la tipizzazione dei fatti adottata dalla Corte peruviana, sostenendo che essa «abbraccia mansuetamente la rigida interpretazione del principio di legalità penale» (14) e che la loro sussunzione nella categoria dei crimini contro l'umanità avrebbe invece costituito un'applicazione della norma penale non retroattiva ma retrospettiva, e quindi ammissibile.

⁶³ Le sentenze comminate dai tribunali penali internazionali per crimini internazionali, peraltro, sono spesso addirittura più lievi di quelle imposte da tribunali nazionali: cfr., anche per ulteriori riferimenti, FRONZA, "Le sanzioni", in Amati-Caccamo-Costi-Fronza-Vallini, op. cit., 325 ss. e R. HAVEMAN, O. OLUSANYA (eds.), *Sentencing and sanctioning in supranational criminal law*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2006, *passim*.

questa lettura: essa infatti, riferendosi al principio di legalità contemplato dall'art. 2 co. 24 lett. d) della Costituzione⁽⁶⁴⁾, afferma: «i nostri giudici penali - a differenza di quanto accaduto altrove» (e cita due sentenze tedesche relative agli spari sul muro di Berlino) «non hanno mai avuto motivo di relativizzare l'applicazione di questa regola fondamentale dello stato costituzionale»⁽⁶⁵⁾.

6. Fujimori come autore mediato in virtù del dominio di un apparato di potere

Nel solco di questo recupero di categorie del diritto penale interno e della loro interazione con figure delittuose di rilevanza internazionale può essere letta anche l'attribuzione della responsabilità a Fujimori a titolo di autore mediato in virtù di dominio della volontà all'interno di apparati di potere organizzati.

L'arduo compito di individuare un paradigma ascrittivo adatto, da un lato, a tener conto della sua estraneità alla concreta esecuzione dei reati, dall'altro, a cogliere e riflettere la significatività del suo apporto alla realizzazione dell'illecito - che di certo andò ben oltre il contributo fornito da un mero partecipe -, avrebbe potuto condurre la Corte ad applicare una delle figure elaborate dalla giurisprudenza penale internazionale per risolvere questo tipo di problemi, quali la *joint criminal enterprise* o la *command responsibility*⁽⁶⁶⁾. La Corte Suprema ha optato invece per condannare Fujimori a titolo di autorità mediata⁽⁶⁷⁾, espressamente prevista dall'art. 23 del c.p. come modalità

⁶⁴ La disposizione recita: «*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con una pena no prevista en la ley*».

⁶⁵ Tribunal Constitucional del Perú, Pleno Jurisdiccional, exp. N. 0024-2010-PI/TC, *Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo n. 1097*, sentenza del 21.03.2011, considerando 55.

⁶⁶ Per un'analisi di tali figure, cfr., *ex plurimis* e anche per ulteriori rimandi: E. AMATI, M. COSTI, "Autorità e forme di compartecipazione criminosa", in Amati-Caccamo-Costi- Fronza-Vallini, op. cit., 109 ss.; MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale: uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2008, *passim*; AMATI, Voce "Concorso di persone nel diritto penale internazionale", in *Digesto Pen.*, Appendice di aggiornamento, UTET, Torino, 2004, 126 ss.; ARGIRO', "La compartecipazione criminosa", in Monetti-Lattanzi, *La Corte Penale Internazionale. Organi, competenza, reati, processo*, Giuffrè, Milano, 2006, 399 ss.; WERLE, *Principles of international criminal law*, 2nd ed., TMC Asser Press, L'Aja, 2009, 171 ss.; OLASOLO, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishing, Portland, 2009, *passim*.

⁶⁷ La Corte precisa: «*Es importante diferenciar la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, de otras modalidades de imputación que se han desarrollado en el Derecho Penal Internacional, para atribuir responsabilidad penal a niveles estratégicos de estructuras de poder de naturaleza u origen estatal*» (par. 742 della sentenza).

di commissione del reato⁽⁶⁸⁾. La disposizione è stata interpretata in modo estensivo, sulla base della teoria elaborata dall'insigne penalista tedesco Roxin nel 1963⁽⁶⁹⁾. Tale teoria, com'è noto, costituisce uno sviluppo ulteriore della figura di autore mediato che già da tempo la dottrina tedesca riconosceva, ma che, fino ad allora, copriva soltanto quelle ipotesi in cui l'esecutore materiale del reato non era punibile perché aveva agito in una situazione di totale soggezione rispetto all'autore "occulto"⁽⁷⁰⁾. Accanto a queste ipotesi classiche di autore mediato, Roxin ne individuò appunto una terza, applicabile a casi in cui l'esecutore materiale è punibile - poiché ha agito con consapevolezza e volontà e in una situazione di piena imputabilità -⁽⁷¹⁾, ma in cui pare opportuno sanzionare come autore *anche* chi, lavorando "dietro le quinte", ha pianificato ed ordinato il reato, mantenendo su di esso un controllo costante. L'elemento in base al quale attribuire la responsabilità a questa figura che rimane "dietro la scrivania" (*Schreibtischtäter*) consiste, nella proposta roxiniana, nel dominio che costui esercita su un apparato di potere, all'interno del quale opera anche l'esecutore materiale, quale semplice ingranaggio fungibile di un macchinario ben più ampio e complesso⁽⁷²⁾. Lo scarso potere *fattuale* di controllo sul reato - che decresce man mano che si risale la gerarchia - viene insomma compensato, o meglio corretto per via *normativa*, con la maggior responsabilità attribuita a chi occupa le posizioni di vertice dell'organizzazione, che gode di un maggior *dominio funzionale del fatto*⁽⁷³⁾.

⁶⁸ Recita l'art. 23 c.p.: «*El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción*».

⁶⁹ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Cram de Gruyter & Co., Hamburg, 1963, *passim*.

⁷⁰ La coartazione della volontà si manifesta in queste ipotesi, com'è noto, mediante la costrizione, ottenuta con la minaccia o l'intimidazione, ovvero mediante l'induzione in errore attraverso l'inganno.

⁷¹ A tal fine occorre preliminarmente ammettere che la condizione di "strumento" dell'esecutore materiale non necessariamente coincide con la sua non-responsabilità penale, ma che, al contrario, gli può essere attribuita una responsabilità piena o attenuata: cfr. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediada en aparatos organizados de poder*, Comares, Granada, 2006, 46-7. D'altra parte, «l'incriminazione a titolo di autore è indipendente dalla previa qualificazione di altri concorrenti nel reato come autori o partecipi, e dipenderà esclusivamente dal fatto che dall'emergenza fattuale emerga un suo dominio del fatto» (*Ibidem*, 120, traduzione nostra).

⁷² Ambos afferma che la teoria del dominio mediante organizzazione può essere concepita come una combinazione (*entrelazamiento/Verflechtung*) di elementi normativi e fattuali: questi ultimi, insieme al criterio del dominio mediante controllo, permettono di determinare la figura centrale del fatto; gli elementi normativi invece consentono di attribuire in via eccezionale quel ruolo anche ad un autore dietro l'autore (AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, KAS, Berlino-Montevideo, 2005, 227).

⁷³ Per una panoramica degli argomenti a favore e contro la teoria di Roxin e delle varianti elaborate da altri autori, cfr. FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la*

La Corte Suprema peruviana ha dunque ritenuto che la formula «colui che realizza il fatto punibile per mezzo di un'altra persona», adottata dall'art. 23 c.p., possa coprire anche ipotesi in cui lo "strumento" di cui l'autore mediato si serve sia a sua volta punibile, secondo la proposta roxiniana.

6.1. I requisiti dell'autoria mediata secondo la sentenza della Corte Suprema peruviana

L'attribuzione della responsabilità a Fujimori a titolo di autoria mediata in virtù di dominio di un apparato di potere organizzato è accompagnata, nella sentenza in esame, da un'approfondita analisi delle origini di tale figura e dei requisiti che ne accompagnano la manifestazione. Dopo aver ripercorso rapidamente i precedenti giurisprudenziali in cui trovò applicazione la teoria⁽⁷⁴⁾, la sentenza si sofferma ad analizzarne i singoli elementi costitutivi, riprendendo la categorizzazione che attualmente⁽⁷⁵⁾ Roxin propone per tale figura di autore.

In primo luogo, individua come presupposto generale della sua applicazione l'esistenza di un'organizzazione, caratterizzata da una struttura gerarchica e rigida e da un'assegnazione di ruoli di tipo verticale, in cui la trasmissione pressoché automatica degli ordini garantisce un funzionamento autonomo dell'apparato stesso⁽⁷⁶⁾. In secondo luogo, la Corte suddivide gli ulteriori requisiti applicativi in presupposti oggettivi e soggettivi: tra i primi contempla il potere di comando e il discostamento dell'organizzazione dall'ordinamento giuridico, tra i secondi include invece la fungibilità dell'esecutore e la predisposizione dell'esecutore al fatto illecito.

Il potere di comando, strettamente connesso alla posizione occupata dal soggetto all'interno dell'organizzazione, consiste nella sua capacità di impartire ordini o assegnare ruoli ed incarichi, sia esplicitamente che implicitamente, con l'avvertenza che il grado di rimproverabilità della condotta è direttamente proporzionale al potere in capo al soggetto⁽⁷⁷⁾. Inoltre, precisa la Corte, il fatto che l'origine del potere rimandi ad un contesto di legittimità formale determina a sua volta un maggior disvalore della condotta, poiché l'abuso della posizione di dominio viola la fonte del potere stesso e poiché «conoscendo il contesto giuridico esistente, (il soggetto)

autoría mediata con aparatos organizados de poder, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, *passim* e BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, parte III, cap. IV.

⁷⁴ V. *infra*.

⁷⁵ L'Autore ha infatti leggermente modificato la propria teoria nel corso degli anni: v. *infra*.

⁷⁶ Par. 726.

⁷⁷ Parr. 729-732.

disegna ed attiva tale struttura criminale in modo tale che risulti meno identificabile da parte delle autorità incaricate della prevenzione e del controllo del delitto»⁽⁷⁸⁾.

Il discostamento dall'ordinamento giuridico, secondo requisito oggettivo, va riferito, secondo la Corte, all'apparato di potere nel suo complesso⁽⁷⁹⁾, il quale si pone in contrasto con il complesso normativo vigente in quello stato. Tale elemento può essere un carattere originario dell'apparato di potere, nel caso di organizzazioni clandestine o segrete, oppure può intervenire in un momento successivo alla creazione dell'apparato, quando un'istituzione statale si allontana dal contesto legale in cui è inserita. All'interno di questa seconda ipotesi è possibile distinguere ulteriormente due casi: quello in cui «il livello strategico superiore dello stato decide di creare un sistema normativo totalmente differente, non riconosciuto né accettato dal diritto internazionale» e quello in cui, invece, «il livello strategico superiore del potere statale si allontana dall'ordinamento giuridico poco a poco», cercando di creare surrettiziamente un «sistema normativo alternativo», che approfitta delle strutture di quello legale al fine di commettere delitti⁽⁸⁰⁾.

Tra le possibili modalità di questo allontanamento dal diritto rientra anche il c.d. "governo di fatto in ragione del suo esercizio", vale a dire un governo che, pur istituito nel rispetto delle forme costituzionalmente previste, successivamente esercita il proprio mandato al di fuori della Costituzione o contro di essa: l'*auto-golpe* realizzato da Fujimori nel 1992 rappresenta un esempio emblematico di questa ipotesi. La - fondata - critica secondo cui esistono molti apparati di potere che pongono in essere sistematicamente condotte criminose pur senza allontanarsi dal diritto *positivo* vigente in quello stato - si pensi ad esempio al regime nazista, fondato su leggi ingiuste ma formalmente valide -, è superabile ritenendo che dell'ordinamento giuridico formino parte anche il diritto internazionale ed i diritti umani fondamentali, cui devono risultare conformi le leggi nazionali⁽⁸¹⁾.

La fungibilità dell'esecutore è definita dalla Corte come un requisito di natura soggettiva, e corrisponde alla possibilità, in capo all'autore dietro alla scrivania, di sostituire a suo piacimento l'autore materiale del reato, mero ingranaggio all'interno della macchina criminale. La sentenza, riprendendo la dottrina di Roxin, distingue tra una fungibilità negativa, derivante dal fatto che

⁷⁸ Par. 731.2.

⁷⁹ Parr. 733-736.

⁸⁰ Par. 735.4.

⁸¹ Par 734.

il rifiuto da parte di un esecutore di commettere il delitto non ne impedisce comunque la realizzazione, ed una dimensione positiva, percepibile nell'ottica dell'autore mediato, il quale può contare su un numero sufficiente di esecutori materiali che gli assicurino, in un modo o nell'altro, il raggiungimento del risultato tipico⁽⁸²⁾.

Infine, la Corte Suprema prevede il requisito della predisposizione dell'esecutore al fatto illecito, che Roxin aggiunse tra i requisiti della sua teoria solo in studi successivi rispetto all'elaborazione originaria⁽⁸³⁾, sulla scorta di una proposta sviluppata da Schroeder⁽⁸⁴⁾ ed Heinrich⁽⁸⁵⁾. Tale predisposizione deriva dalla peculiare natura gerarchica e verticale della struttura di potere, che origina una sorta di psicologia collettiva, per cui l'esecutore materiale si identifica con i disegni illeciti e gli obiettivi dell'apparato di potere, dimostrando una «speciale motivazione» rispetto alla commissione dei reati e la consapevolezza che il fatto da lui compiuto appartiene, più che a lui, all'organizzazione di cui è parte⁽⁸⁶⁾.

Il concorso di tutti i predetti elementi permette di configurare la responsabilità a titolo di autore mediato in virtù di dominio della volontà all'interno di apparati di potere organizzati: il passo successivo della Corte è appunto l'accertamento della sussistenza di tali elementi nei fatti attribuiti a Fujimori. Quest'ultimo, nella sua qualità di vertice dello stato e del Sistema di difesa nazionale, esercitò un evidente potere di comando sugli organismi militari e paramilitari incaricati della lotta ai gruppi sovversivi e terroristi. Tale lotta, caratterizzata dall'illegalità e dalla clandestinità, si tradusse in una «criminalità di stato contro i diritti umani, con evidente allontanamento e continua violazione del diritto nazionale ed internazionale»⁽⁸⁷⁾. Inoltre, afferma la Corte, «in tutti i delitti *sub judice* la condizione fungibile degli

⁸² Parr. 737-9.

⁸³ ROXIN, *Täterschaft und Täterschaft*, 8^a ed., De Gruyter, Berlin, 2006, e, in traduzione spagnola, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 7^o ed., 2000.

⁸⁴ Nella sua tesi dottorale, intitolata *Der Täter hinter dem Täter*, del 1965, Schroeder individuò come fondamento del dominio del fatto da parte dell'«autore dietro l'autore» la c.d. «risoluzione condizionata (dell'esecutore materiale) a commettere il fatto», rifiutando invece l'elemento della «fungibilità», che, a suo parere, spesso è estraneo al personale di fiducia incaricato della commissione dei crimini: cfr. F.-C. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965. La Corte peruviana accosta invece entrambi questi elementi nell'enumerare i requisiti dell'autoria mediata, in accoglimento di una visione per così dire integratrice.

⁸⁵ M. HEINRICH, *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, C.H. Beck, München, 2002.

⁸⁶ Parr. 740-1.

⁸⁷ Par. 746.

esecutori, nonché la loro predisposizione al fatto e l'assenza di una loro relazione diretta od orizzontale con l'accusato, consentono di affermare la posizione di autore mediato di quest'ultimo come ente centrale dotato di potere gerarchico di dominio sull'apparato di potere, del quale conosceva e poteva controllare l'automatismo, attraverso i soggetti che occupavano un ruolo intermedio»⁽⁸⁸⁾.

6.2. Obiezioni e interpretazioni alternative

La soluzione interpretativa adottata dalla Corte Suprema, salutata con favore da molti⁽⁸⁹⁾, non è tuttavia andata esente da critiche, alcune delle quali rivolte alla teoria di Roxin in quanto tale, altre, invece, limitate alla sua applicabilità allo specifico caso in esame.

Tra queste ultime emblematica è la posizione assunta da García Caveró, il quale sostiene che, pur essendosi dilungato nella ricostruzione della teoria dell'«autore dietro l'autore» e dei suoi requisiti, l'organo giudicante fornisce motivazioni carenti nel momento della valutazione della sussistenza di tali requisiti nel caso in esame, in particolare con riferimento alla fungibilità degli esecutori e alla loro predisposizione alla realizzazione del fatto⁽⁹⁰⁾. L'elevato grado di specializzazione raggiunto dai membri del *Grupo Colina* nell'esecuzione delle operazioni illecite tese ad eliminare i gruppi sovversivi, e il fatto che, essendo poche decine di uomini, presumibilmente ognuno di loro era adibito ad un ruolo particolare nel compimento degli ordini, rende in effetti difficile pensare ad una loro intercambiabilità.

Numerose voci invece, pur ammettendo la figura dell'autore mediato mediante dominio della volontà in apparati di potere organizzati, ne contestano i requisiti strutturali che la Corte Suprema peruviana individua ricalcando l'elaborazione sviluppata da Roxin. In particolare, nella dottrina peruviana, Meini e Pariona Arana sostengono l'irrilevanza della fungibilità dell'esecutore materiale, che sarebbe nulla più che una mera aspettativa riferita al comportamento illecito di un terzo, lesiva del principio di responsabilità penale per fatto proprio⁽⁹¹⁾ e comunque non essenziale nel delineare la responsabilità dell'autore mediato. Si rileva inoltre che, come dato di realtà, gli esecutori materiali sono solitamente specializzati e

⁸⁸ Par. 745.8.

⁸⁹ Ad esempio da AMBOS, «The Fujimori Judgment. A President's Responsibility for Crimes against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus», in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, 137-158.

⁹⁰ GARCÍA CAVERO, op. cit., 202-209.

⁹¹ Così I. MEINI, «El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 7 de abril de 2009», in Ambos-Meini (a cura di), *La autoría mediata etc.*, cit., 226.

specificamente addestrati, e quindi per nulla o difficilmente intercambiabili⁽⁹²⁾. Infine, si obietta che la fungibilità, che coincide con la possibilità di cambiare gli esecutori, rappresenterebbe, casomai, un requisito di natura oggettiva⁽⁹³⁾. Alcuni autori, sulla scia della proposta di Schroeder, nel ridimensionare l'utilità del requisito della fungibilità - che costituirebbe quindi un mero mezzo per l'ottenimento del dominio sul fatto, non il suo fondamento⁽⁹⁴⁾ -, individuano nella «predisposizione dell'esecutore al fatto» il vero fondamento di questa forma di autoria mediata⁽⁹⁵⁾. D'altra parte, anche quest'ultimo elemento è stato oggetto di critica: si è osservato che il fatto stesso che un soggetto diventi volontariamente membro di un'organizzazione manifesta la sua disposizione ad eseguirne gli ordini, e comunque limitatamente alle attività regolari della struttura⁽⁹⁶⁾; inoltre, «il successo del piano criminale si basa sul dominio dell'autore occulto sull'organizzazione (...) indipendentemente dall'esistenza o inesistenza di una predisposizione al fatto da parte degli esecutori»⁽⁹⁷⁾.

Le contestazioni non hanno risparmiato neppure il requisito del discostamento dell'apparato di potere dal diritto: in effetti, come è stato giustamente rilevato⁽⁹⁸⁾, qualsiasi delitto manifesta un allontanamento dal diritto, indipendentemente dal fatto che sia stato commesso nel contesto di una struttura di potere⁽⁹⁹⁾. Lo stesso Meini muove poi una fondata critica a ciò

⁹² *Ibidem*. A ciò si obietta che generalmente il numero di persone specializzate è sufficiente a garantire di poter cambiare rapidamente un esecutore che rifiuti di realizzare il fatto (AMBOS, *La parte general etc.*, cit., 222).

⁹³ PARIONA ARANA, "La autoria mediata por organización en la sentencia contra Fujimori", in Ambos-Meini (a cura di), *La autoria mediata etc.*, cit., 244-5. Meini identifica inoltre nel funzionamento automatico dell'apparato un presupposto della fungibilità degli esecutori, con la conseguenza che, rigettando la necessità di quest'ultima come elemento costitutivo della nozione di autore mediato, il primo rileva unicamente come caratteristica - non essenziale - del gruppo (cfr. I. MEINI, "El caso peruano", in Ambos (a cura di), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, 2010, 160).

⁹⁴ F.-C. SCHROEDER, "Disposición al hecho versus fungibilidad", in Ambos-Meini (a cura di), *La autoria mediata etc.*, cit., 118. Pariona Arana, similmente, la definisce come una possibile caratteristica dell'autoria mediata, ma non un suo presupposto (PARIONA ARANA, op. cit., 245). Al contrario, nell'opinione di Ambos, «la forza persuasiva della teoria del dominio mediante un'organizzazione risiede nella validità del criterio della fungibilità», rispetto al quale gli argomenti offerti da Roxin sono più che convincenti (AMBOS, *La parte general etc.*, cit., 221. Traduzione nostra).

⁹⁵ Così GARCÍA CAVERO, op. cit., 201.

⁹⁶ MEINI, *El dominio etc.*, cit., 228.

⁹⁷ PARIONA ARANA, op. cit., 246.

⁹⁸ MEINI, *El dominio etc.*, cit., 221. Concorde anche AMBOS, *La parte general etc.*, cit., 234).

⁹⁹ Meini aggiunge che tale elemento potrebbe rilevare al massimo nella valutazione della responsabilità dell'esecutore, più che dell'autore mediato, poiché il primo è sottoposto all'ordine illecito del superiore

che la Corte Suprema definisce il presupposto fondamentale dell'autoria mediata, vale a dire l'esistenza di una struttura gerarchicamente organizzata, alla luce del fatto che «il funzionamento automatico nell'esecuzione del delitto si manifesta anche in una serie di casi differenti dalle organizzazioni gerarchiche»⁽¹⁰⁰⁾.

Infine, si è detto che non sembra appropriato parlare, in questa particolare modalità commissiva del reato, di dominio sulla *volontà* degli esecutori materiali, poiché, a differenza delle due ipotesi classiche di autoria mediata, l'autore mediato non domina qui la volontà dei suoi subordinati, che sussiste in tutta la sua pienezza⁽¹⁰¹⁾.

Altri rilievi critici sono stati sollevati rispetto all'estensione del campo applicativo di questa nozione di autore mediato: in primo luogo, fin dal processo contro Eichmann - che lo stesso Roxin utilizzò come "test" applicativo della propria teoria -, si discute sulla sua applicabilità ai soggetti che occupano un rango intermedio nella scala gerarchica, destinatari e produttori di ordini al tempo stesso (c.d. "posizioni da comando a comando")⁽¹⁰²⁾. Una ulteriore questione, emersa anche nella giurisprudenza peruviana, riguarda la sua possibile estensione ad apparati di potere non statali⁽¹⁰³⁾ e finanche ad imprese commerciali⁽¹⁰⁴⁾. Si tratta tuttavia di questioni che non rilevano direttamente nel caso in esame, posto che l'imputato, Presidente in carica all'epoca dei fatti, era indubbiamente il vertice supremo di un'organizzazione statale.

(*Ibidem*).

¹⁰⁰ MEINI, *El dominio* etc., cit., 218 (traduzione nostra). Ciò che conta, infatti, secondo l'autore, è «più che la gerarchia interna all'organizzazione, la gerarchia nell'esecuzione del delitto» (*ibidem*). Concorde nel negare natura essenziale a tale elemento anche FERNÁNDEZ IBAÑEZ, op. cit., 121 ss.

¹⁰¹ *Ibidem*, 219.

¹⁰² La stessa Corte Suprema peruviana menziona quest'aspetto, propendendo per la soluzione affermativa, alla luce del fatto che tali soggetti godono comunque di un dominio sull'organizzazione e sui fatti illeciti rispetto a quella parte di organizzazione che è loro subordinata (v. parr. 731.4 e 5). Una posizione differente è assunta da Ambos, secondo cui solamente chi occupa il vertice dell'apparato di potere può esercitare un dominio assoluto *per mezzo di e su* tale apparato, laddove invece i soggetti posti al livello intermedio potrebbero essere imputati a titolo di coautoria, sulla base di una divisione funzionale dei compiti (AMBOS, *La parte general* etc., cit., 232 e IDEM, *Trasfondos políticos* etc., cit., 78).

¹⁰³ Tale questione è emersa nel processo a carico di Abimael Guzmán, leader di *Sendero Luminoso*, in cui per la prima volta in Perù trovò espressa applicazione la figura dell'autore mediato mediante dominio di un apparato di potere. V. *infra*.

¹⁰⁴ Il BGH tedesco ha infatti applicato questa figura di autore mediato a soggetti che occupavano incarichi al vertice di imprese commerciali (cfr. T. ROTSCHE, *"Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, 376 ss.), anche se occorre precisare che Roxin rifiuta questa estensione della portata della sua teoria.

All'interno di questo frastagliato panorama di opinioni si colloca un altro orientamento dottrinale, capeggiato da Jakobs, che rifiuta categoricamente la figura dell'"autore dietro l'autore", ritenendo che la duplice considerazione dell'autore materiale, come soggetto responsabile - e punibile - e nel tempo stesso come strumento o ingranaggio di una struttura di potere, sia viziata da un'intrinseca contraddittorietà⁽¹⁰⁵⁾. Herzberg, dal canto suo, sostiene che casi come quello oggetto della sentenza in esame presentano in realtà un problema di dolo, che la teoria roxiniana lascia impregiudicato⁽¹⁰⁶⁾. La proposta di questa corrente di pensiero è di applicare, in simili ipotesi, la più nota e meno controversa figura del coautore, che rifletterebbe altrettanto bene le dinamiche sottese a simili manifestazioni criminose⁽¹⁰⁷⁾. In effetti, questa ipotesi mi sembra condivisibile: se si accetta il concetto welzeliano di *dominio (funzionale) del fatto* quale criterio distintivo delle ipotesi di autoria, e se si parte dal presupposto che anche l'esecutore materiale del reato è pienamente responsabile, si deve riconoscere che egli condivide con l'autore mediato il dominio sul fatto, almeno in certa misura. Poco importa che il rapporto tra i due soggetti sia strutturato in modo verticale o si muova invece su un piano orizzontale: ad entrambi è riconducibile - anche se in differenti proporzioni - un certo grado di controllo sul fatto illecito⁽¹⁰⁸⁾. Una posizione similmente critica è manifestata dalla dottrina italiana maggioritaria, che non riconosce spazio nel nostro ordinamento alla teoria dell'autore mediato. Si ritiene infatti che essa sia stata elaborata all'interno dell'ordinamento tedesco al fine di colmare lacune di punibilità, dipendenti

¹⁰⁵ «Pero si un mundo contrario se ha convertido en un mundo jurídicamente constituido y considerablemente estable, de manera que ya no depende de la juridicidad de los sujetos obligados para los ejecutores, el desenlreno fáctico de los ejecutores se convierte en equivalente funcional del defecto de imputación de un instrumento»: JAKOBS, "Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori", in Ambos-Meini (a cura di), *La autoría mediata* etc., cit., 107. Per critiche analoghe si veda anche ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2005, 152 ss.

¹⁰⁶ R.D. HERZBERG, "Disposición al hecho versus fungibilidad", in Ambos-Meini (a cura di), *La autoría mediata* etc., cit., 125 ss. L'autore contesta inoltre la necessità di fondare questa forma di attribuzione di responsabilità sulla sicurezza del risultato, considerandola un *escamotage* che tenta di compensare l'assenza di una *vicinanza normativa* (dell'autore al fatto), mediante l'affermazione di una *vicinanza fattuale* (ivi, 134).

¹⁰⁷ A parere di Roxin, tuttavia, in casi come quello oggetto del processo a carico di Fujimori mancherebbero i presupposti essenziali della coautoria: un piano criminale comune ed un'esecuzione in qualche modo comune o condivisa di tale piano (ROXIN, *Apuntes* etc., cit., 97).

¹⁰⁸ Si possono riprendere in tal senso le argomentazioni svolte dalla Corte Suprema peruviana con riferimento ai soggetti collocati in posizioni intermedie nella gerarchia, per affermare la configurabilità in capo ad essi dell'autoria mediata secondo la nozione di Roxin: v. *supra*, nota 94.

dalla coesistenza di una concezione restrittiva di autoria con la teoria dell'accessorietà nella sua versione estrema⁽¹⁰⁹⁾, che non si manifestano invece nella disciplina del concorso di persone accolta dal nostro codice penale ed ispirata al modello unitario. Si rileva, da un lato, che nel sistema penale italiano rientrano pacificamente tra i concorrenti nel reato anche i soggetti non imputabili e non punibili - il cui intervento nell'esecuzione del reato ha in origine motivato l'elaborazione della figura di autore mediato in ambito tedesco -, dall'altro, che alle esigenze punitive alla base di tale teoria risponde già il sistema di aggravanti ed attenuanti previste dagli artt. 111 e 112 c.p.; addirittura, l'applicazione della teoria dell'autore mediato comporterebbe l'opposto risultato di consentire un trattamento sanzionatorio più mite al soggetto "che sta dietro"⁽¹¹⁰⁾.

Una considerazione in parte simile può svolgersi in merito alla concreta *utilità* della differenziazione tra le diverse forme di concorso nel reato nell'ordinamento peruviano. Posto che il codice penale del Perù prevede la medesima pena per l'autore diretto, per quello mediato e per il coautore⁽¹¹¹⁾, le conseguenze sanzionatorie della configurazione della responsabilità a titolo di coautoria rimarrebbero invariate rispetto alla qualificazione dell'imputato come autore mediato sulla base di una teoria che, come si è visto, è ancora oggetto di numerosi dibattiti. Lo stesso rilievo vale per l'ipotesi alternativa di attribuzione della responsabilità a titolo di istigatore. Il c.p. peruviano, infatti, pur tipizzando separatamente le diverse figure di autore e partecipe in un reato, assegna all'istigatore la medesima pena prevista per l'autore⁽¹¹²⁾; di conseguenza, la qualificazione di Fujimori come istigatore invece che come autore mediato non avrebbe implicato di per sé la comminazione di una sanzione più lieve⁽¹¹³⁾. D'altro canto, bisogna ammettere che una simile

¹⁰⁹ In realtà, il problema che la teoria di Roxin pretende risolvere non dipende dalla teoria dell'accessorietà che si accolga, posto che essa rileva solo nei casi in cui l'autore agisce con una condotta atipica o in presenza di una causa di giustificazione. La figura dell'autore mediato mediante dominio di apparati di potere organizzati risponde all'assenza, nell'ordinamento tedesco, di una norma che consenta di punire il complice con la stessa pena prevista per l'autore, come accade ad esempio nell'ordinamento spagnolo grazie alla figura del *cooperador necesario* (art. 28 co. 2 lett. b del c.p. spagnolo).

¹¹⁰ Cfr., per una descrizione dei termini del dibattito e per ulteriori riferimenti bibliografici, ROMANO, GRASSO, op. cit., 151-156.

¹¹¹ Art. 23 c.p.

¹¹² Art. 24 c.p.

¹¹³ Un rilievo analogo muove Weigend, ricordando che in moltissimi ordinamenti penali l'istigatore è sanzionato con la medesima pena prevista per l'autore del reato, e concludendo che la teoria dell'autoria mediata in virtù del dominio di apparati di potere organizzati non risponde ad alcuna esigenza di natura dottrinale: «*It is likely that the concept of 'domination through an organization' owes*

soluzione, pur non pregiudicando gli esiti sanzionatori, non riesce a cogliere e descrivere appieno la significatività dell'apporto dell'imputato alla commissione dei reati: mentre l'istigatore si mantiene come figura secondaria rispetto all'esecuzione del reato, chi dirige l'apparato organizzativo è la figura centrale del fatto lesivo⁽¹¹⁴⁾. In termini più concreti, si osserva inoltre che il tentativo di commissione di un reato in qualità di autore mediato sarebbe punibile, mentre un tentativo di istigazione, in linea di principio, no⁽¹¹⁵⁾.

Tuttavia, entrambe queste soluzioni interpretative adombrano problemi di natura dogmatica. Da una parte, sanzionare l'*hombre de atrás* come coautore presuppone l'accettazione della possibilità di estendere tale qualifica a un soggetto che agisca unicamente nella fase preparatoria, senza richiederli di partecipare alla fase esecutiva con un contributo essenziale o almeno di aggiornare in questa fase l'apporto già prestato nella preparazione del reato. Dall'altra, la soluzione che applica il paradigma ascrittivo della istigazione presta il fianco alla critica secondo cui si tratterebbe, in simili casi, di una "istigazione o determinazione a catena", priva della necessaria relazione diretta tra il primo istigatore e l'esecutore materiale, salvo considerare «la catena di comando dell'organizzazione (...) come un meccanismo semi-automatico per la trasmissione dell'ordine»⁽¹¹⁶⁾. Una terza possibilità interpretativa è applicare all'*hombre de atrás* la figura del *cooperador necesario*, sempre che l'ordinamento in questione la preveda espressamente, al fine di comminare al complice la medesima pena - o addirittura una pena più elevata - prevista per l'autore. Tale soluzione sembra in effetti percorribile nell'ordinamento peruviano, dove l'art. 25 co. 1 c.p. espressamente punisce il *cooperador necesario* con la stessa pena assegnata all'autore⁽¹¹⁷⁾.

Tuttavia, come si è visto, la Corte Suprema peruviana ha preferito qualificare l'*hombre de atrás* come autore mediato, accogliendo la concezione ampia di questa figura elaborata da Roxin, invece che come *cooperador necesario*,

its existence more to policy considerations than to strict theoretical consistency» (11). Cfr. T. WEIGEND, "Perpetration through an organization. The unexpected career of a German legal concept", in *Journal of International Criminal Justice*, n. 9, 2011, 1-21.

¹¹⁴ ROXIN, *Apuntes etc.*, cit., 97.

¹¹⁵ AMBOS, *La parte general etc.*, cit., 220.

¹¹⁶ GIL GIL, "El caso español", in Ambos (ed.), *Imputación de los crímenes etc.*, cit., 122. Si veda tale contributo anche per un maggior approfondimento dei rilievi critici alle due soluzioni interpretative sopra esposte.

¹¹⁷ Art. 25: «*El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor*».

anche se le conseguenze sanzionatorie sarebbero state equivalenti. Con ogni probabilità, al pari di quanto già detto rispetto alla soluzione dell'induzione, neppure la figura del *cooperador necesario* è stata considerata adeguata a riflettere l'effettiva dinamica dei fatti e la rilevanza dell'apporto prestato da Fujimori.

La Corte Suprema peruviana ha inoltre precisato i motivi per cui ritiene inadeguata al caso oggetto di giudizio la teoria della *superior responsibility*, elaborata dai tribunali penali internazionali a partire da Norimberga e Tokio ed attualmente contemplata dall'art. 28 dello Statuto della Corte Penale Internazionale (CPI)⁽¹¹⁸⁾. Questa forma di attribuzione della responsabilità⁽¹¹⁹⁾, com'è noto, si configura in presenza di una condotta di tipo omissivo, quando cioè il superiore gerarchico viene meno al proprio dovere di prevenire e/o sanzionare la commissione di crimini da parte dei suoi subordinati. La sua applicazione nella sentenza in esame avrebbe colto in modo solo parziale il ruolo svolto da Fujimori rispetto alla perpetrazione dei reati, ruolo che andò ben oltre il mero omesso impedimento, e che si tradusse in un apporto attivo di pianificazione, controllo ed occultamento delle operazioni illecite del *Grupo Colina*.

6.3. Diffusione della teoria e applicazioni giurisprudenziali

Nonostante i profili problematici ora evidenziati della teoria dell'"autore dietro all'autore", che continua ad essere oggetto di ampi dibattiti, non si può negare, da un lato, che un ampio settore della dottrina la condivide e sostenga⁽¹²⁰⁾ e, dall'altro, che si sia dimostrata particolarmente calzante in una serie di importanti casi giudiziari, nei quali, appunto, si intendeva punire i vertici di un'organizzazione che avessero pianificato e controllato dall'alto la commissione sistematica di reati ad opera dei subordinati⁽¹²¹⁾.

In particolare - oltre ad una serie di processi del *Bundesgerichtshof* a carico di alcune autorità della *ex* Repubblica Democratica Tedesca⁽¹²²⁾ - la teoria ha

¹¹⁸ Parr. 742-744 della sentenza.

¹¹⁹ Per un'analisi di questa nozione, si vedano, *ex plurimis*: AMATI, COSTI, *Autoria e forme* etc., cit., 155-174; AMBOS, *La parte general* etc., cit., 295-334; WERLE, op. cit., 178-180; C. MELONI, *Command Responsibility in International Criminal Law*, TMC Asser Press, 2010, *passim*; A.M. MAUGERI, *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè, 2007, *passim*; MANACORDA, op. cit., *passim*.

¹²⁰ Per una rapida panoramica su sostenitori e detrattori della teoria di Roxin, e sui rispettivi argomenti, cfr. AMBOS, *La parte general* etc., cit., 216 ss.

¹²¹ Secondo Ambos, «*la convicción intuitiva de que los organizadores intelectualmente responsables de tales crímenes son autores y no meros inductores no puede ser dejada de lado sin más*» (AMBOS, *La parte general* etc., cit., 219).

¹²² L'ex-Ministro e il viceministro della difesa ed i membri del *Nationaler Verteidigungsrat* della DDR

trovato un fertile campo di applicazione nel continente sudamericano, dove, com'è noto, a partire dagli anni '70, si svilupparono numerosi episodi di criminalità di stato, nel contesto di regimi dittatoriali che si proponevano come obiettivo l'eliminazione dei dissidenti politici. Come ricorda la stessa sentenza a carico di Fujimori, la nozione di "autore dietro l'autore" (*Täter hinter dem Täter*) apparve qui per la prima volta nella sentenza di primo grado che, nel 1985, condannò i membri delle Giunte militari argentine⁽¹²³⁾. In quell'occasione, il tribunale rilevò come gli imputati, che occupavano all'epoca dei fatti il vertice delle Forze Armate al governo del paese, ebbero indubbiamente il dominio sui fatti, poiché controllavano l'organizzazione che li realizzò: come preconizzato da Roxin, «non si tratta qui del tradizionale dominio della volontà tipico dell'autoria mediata».

Lo strumento di cui si avvale l'autore occulto (*el hombre de atrás*) è il sistema stesso, che egli manipola a propria discrezione, sistema composto da uomini fungibili in funzione dell'obiettivo. «Il dominio non si esercita dunque su una volontà concreta, bensì su una volontà indeterminata; qualunque sia l'esecutore, il fatto comunque verrà realizzato»⁽¹²⁴⁾. Questa interpretazione, che applica evidentemente la teoria elaborata da Roxin - peraltro espressamente citata -, non venne tuttavia accolta dalla Corte Suprema, la quale, chiamata a pronunciarsi in appello sul medesimo caso, optò per condannare gli imputati in qualità di concorrenti necessari nel reato ai sensi dell'art. 45 c.p., ritenendo appunto che la nozione di autore dietro l'autore non fosse sufficientemente precisa e non godesse di sufficiente riconoscimento presso la giurisprudenza e la dottrina argentine dell'epoca⁽¹²⁵⁾.

furono sottoposti a processo per gli omicidi commessi, dietro loro ordine, dalle guardie poste a presidio della frontiera. Il *Bundesgerichtshof*, con sentenza del 26.07.1994 (StR 98/94), confermò la condanna comminata in primo grado, attribuendo loro la responsabilità per omicidio a titolo di autori mediati. Per un commento si veda, tra i molti: AMBOS, "El caso alemán", in Idem (a cura di), *Imputación de crímenes* etc., cit., 25 ss. La nozione venne utilizzata anche in altre sentenze relative a fatti analoghi.

¹²³ Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital de Buenos Aires, causa n° 13/84, *Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional* (nota anche come *Juicio a las Juntas*), sentenza del 9.12.1985, par. 7, punto 5 della sentenza. Per un commento, si veda MALARINO, "El caso argentino", in Ambos (a cura di), *Imputación de crímenes* etc., cit., 45.

¹²⁴ Ivi, considerando settimo, par. 6 ("El camino a seguir"). Traduzione nostra.

¹²⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, causa n° 13/84, *Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional*, sentenza del 30.12.1986. Ciò nonostante, in numerose sentenze successive relative a crimini commessi durante la dittatura militare si applicò la teoria del dominio di un'organizzazione per fondare l'imputazione a titolo di autore mediato: si veda ad esempio la condanna

Ma la teoria dell'“autore dietro la scrivania” aveva già trovato applicazione, prima del processo a carico di Fujimori, anche nell'ordinamento peruviano, nella sentenza di condanna del leader di *Sendero Luminoso* Abimael Guzmán Reynoso. Curiosamente, quindi, la medesima forma di attribuzione di responsabilità penale è stata adoperata per condannare i vertici delle due fazioni opposte del conflitto peruviano. Anche nel processo a carico di Guzmán Reynoso, già la sentenza di primo grado⁽¹²⁶⁾ applicò la teoria dell'autoria mediata, riscontrando nel gruppo *Sendero Luminoso* quelle caratteristiche che accomunano gli apparati di potere criminali⁽¹²⁷⁾ - la struttura altamente gerarchizzata e l'autonomia rispetto alle parti che la compongono- ed affermando che Guzmán dominava dalla cuspide l'intera organizzazione terrorista, emanando le direttive e le consegne per l'esecuzione dei crimini ed esercitando un rigoroso controllo della struttura. La fungibilità dei membri dell'apparato organizzato non viene invece considerata come requisito fondante dell'autoria mediata, ma come mera caratteristica che esprime una maggiore probabilità di realizzazione del fatto; la *Sala Penal*, peraltro, riconosce che i membri di *Sendero Luminoso* non erano facilmente intercambiabili. La Corte Suprema, pronunciandosi in appello sul caso, conferma la sentenza e l'attribuzione di responsabilità a titolo di autoria mediata mediante il dominio di un apparato di potere⁽¹²⁸⁾, precisando che la figura dell'autore mediato, compatibile con i titoli di imputazione previsti dal codice penale vigente all'epoca dei fatti, è applicabile anche quando l'esecutore diretto sia penalmente responsabile. Inoltre, la Corte Suprema si sofferma a giustificare l'applicabilità di questa nozione di autore mediato ad apparati di potere non statali, quali appunto un'organizzazione terrorista: secondo tale visione, ciò che conta è che l'apparato in questione presenti le caratteristiche strutturali di gerarchia, fungibilità dei membri, verticalità e centralismo. Occorre tuttavia rilevare che la sentenza è accompagnata da un voto particolare del giudice Villa Stein, secondo il quale sarebbe più corretta una condanna in qualità di coautore, e ciò alla luce sia della struttura organizzativa del gruppo *Sendero Luminoso*,

di Etchecolatz, qualificato come autore mediato rispetto ad alcuni dei reati a lui attribuiti («... resulta de aplicación la concepción del dominio del hecho como elemento idóneo para caracterizar como autor mediato de los [delitos] a Etchecolatz»: Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 1 di La Plata, *Causa Etchecolatz, Miguel Osvaldo, fundamentos de la sentencia*, 19.09.2006, considerando IV, *calificación legal*).

¹²⁶ Sala Penal Nacional, exp. N° 560-03, sentenza del 13.10.2006.

¹²⁷ La sentenza li definisce come *sistemas de injusto* (cfr. considerando 11).

¹²⁸ Corte Suprema de Justicia de la República, *Recurso de nulidad n° 5385-2006*, sentenza 14.12.2007.

composto da una pluralità di *cellule* che eseguivano in modo autonomo le direttive provenienti dalla cupola decisionale⁽¹²⁹⁾, sia dell'esistenza di un co-dominio sui fatti da parte di tutti i membri dell'apparato⁽¹³⁰⁾.

Una seconda occasione di applicazione della teoria dell'autore dietro la scrivania è stata colta dalla Corte Superiore di Giustizia di Lima nel processo a carico di Salazár Monroe⁽¹³¹⁾, comandante *de jure* del SIN⁽¹³²⁾, condannato a titolo di autoria mediata per le sparizioni forzate commesse nella vicenda de La Cantuta⁽¹³³⁾. La medesima sentenza condannò inoltre a titolo di coautoria alcuni soggetti che ricoprivano posizioni di rango intermedio nella gerarchia, sulla base del presupposto per cui possono agire in qualità di autori mediati solo coloro che occupano posizioni di vertice.

Come è stato osservato⁽¹³⁴⁾, i tribunali peruviani che hanno applicato la teoria dell'autoria mediata mediante apparati di potere organizzati non hanno individuato, alla base di essa, i medesimi requisiti: mentre nel processo a carico di Abimael Guzmán il dominio dell'organizzazione poggia sul potere di comando del superiore e sulla predisposizione del subordinato all'esecuzione dell'ordine illecito - e, solo per la Corte Suprema, sulla fungibilità dei membri -, in quello contro Salazár Monroe ed altri si considera come requisito necessario anche l'estraneità dell'apparato all'ordinamento giuridico⁽¹³⁵⁾. Infine, nella sentenza a carico di Fujimori, come si è visto, si moltiplicano ulteriormente i presupposti applicativi della nozione, in consonanza con l'evoluzione che la teoria ha subito negli studi dello stesso

¹²⁹ Secondo il giudice, mancherebbe dunque nell'organizzazione quell'elemento di fungibilità degli esecutori che, pur ritenuto non fondamentale nella sentenza di primo grado, la Corte Suprema ha annoverato tra i requisiti strutturali di questa figura di autoria.

¹³⁰ In questo senso, «il maggiore o minore dominio del piano complessivo non spiega il tipo di autoria, bensì unicamente la sua maggiore o minore partecipazione» (voto concordante del giudice Villa Stein). Per un'analisi delle sentenze a carico di Abimael Guzmán, cfr. MEINI, *El caso peruano*, cit., 139 ss., e CARO CORIA, "Prosecuting International Crimes in Peru", in *International Criminal Law Review*, vol. 10, 2010, 598-9. Quest'ultimo autore afferma che sarebbe stata più corretta la qualificazione dei membri di *Sendero Luminoso* come coautori, poiché erano sprovvisti di quel "controllo sulla volontà" dell'esecutore che costituisce la base dell'autoria mediata.

¹³¹ Corte Superior de Lima, Primera Sala Penal Especial, exp. N° 03-2003-1° SPE/CSJLI, 08.08.2008.

¹³² V. *supra* nota 6.

¹³³ I reati commessi a La Cantuta furono così qualificati ai sensi dell'art. 320 c.p., a differenza della tipizzazione loro assegnata nel processo a carico di Fujimori - nel quale, come si è visto, non era possibile applicare il delitto di sparizione forzata a causa della sua mancata tipizzazione nell'ordinamento cileno, Paese estradante.

¹³⁴ Cfr. MEINI, "El caso peruano", cit., 158.

¹³⁵ Non, invece, la predisposizione al fatto in capo ai subordinati.

Roxin¹³⁶). Il caso Fujimori dimostra dunque come il dialogo tra dottrina e giurisprudenza possa essere fruttifero per l'evoluzione e il perfezionamento di concetti e categorie destinate a garantire un'applicazione migliore della giustizia penale¹³⁷).

6.4. Il recepimento della teoria nella giurisprudenza penale internazionale

In tempi recenti la teoria dell'autoria mediante dominio di un'organizzazione sembra aver trovato accoglimento anche presso le giurisdizioni penali internazionali¹³⁸). In particolare, lo Statuto della Corte Penale Internazionale (CPI) contempla espressamente all'art. 25 co. 3 lett. a), tra i soggetti penalmente responsabili di crimini di competenza della Corte, colui che «commette un simile crimine (...) per mezzo di un'altra persona¹³⁹), indipendentemente dal fatto che quest'ultima sia penalmente responsabile». Tale formulazione, che include espressamente anche le ipotesi nelle quali l'esecutore materiale del reato è penalmente responsabile, sembra recepire la versione "estesa" del concetto di autoria mediata elaborato da Roxin.

L'adozione di questa teoria, e della correlata nozione di *dominio sul fatto* (*control over the fact*) quale criterio discretivo tra le forme di autoria e quelle di partecipazione al reato¹⁴⁰), si colloca in posizione di parziale discontinuità

¹³⁶ Ambos riferisce che alla teoria in esame ha fatto riferimento anche una recente pronuncia della *Corte Suprema de Justicia* colombiana, nel decidere di indagare sulla responsabilità dell'ex-governatore del dipartimento di Sucre per i crimini commessi dai paramilitari in quella zona, alla luce di un suo probabile rapporto di tipo gerarchico con tale gruppo criminale: cfr. AMBOS, *Trasfondos políticos* etc., cit., 88, nota 165.

¹³⁷ Sui complessi fenomeni di interazione e circolazione di teorie, argomentazioni e parametri interpretativi si vedano, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, LOLLINI, "La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extrasistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana", in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, n. 1, 479-523 e, con riferimento alla materia penale internazionale, COSTI, FRONZA, "Le fonti", in Amati-Caccamo-Costi-Fronza-Vallini, op. cit., 77 ss.

¹³⁸ Cfr. AMATI, COSTI, *Autoria e forme* etc., cit., specialmente 116 ss. e OLASOLO, *The Criminal Responsibility* etc., cit., 116 ss.

¹³⁹ "Through another person", "par l'intermédiaire d'un autre personne", "por conducto de otro".

¹⁴⁰ Il recepimento della nozione di *control over the crime*, quale criterio discretivo tra le forme di autoria e quelle di partecipazione, e quale elemento fondante la coautoria pur in assenza di un diretto e materiale intervento nell'esecuzione del reato, è confermato nella decisione sul mandato d'arresto a carico di Thomas Lubanga Dyilo (ICC, Pre-Trial Chamber (PTC) I, *Decision on the confirmation of charges v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-803, 29.01.2007, parr. 326-339). Per un commento - che si conclude con una notazione critica, secondo la quale la Camera avrebbe dovuto applicare al caso la nozione roxiniana di "autore dietro l'autore" - si veda, tra gli altri: J.L. MODOLELL GONZÁLEZ, "Problemas de autoría en la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI (confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo)", in Ambos-De Hoyo (a cura di), *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Comares, Granada, 2008, 91-109.

rispetto alla giurisprudenza penale internazionale, finora prevalente, dei Tribunali *ad hoc*, che ricorreva alla teoria della *joint criminal enterprise* per descrivere manifestazioni criminali caratterizzate dalla condivisione di un comune piano criminale da parte di una pluralità di soggetti⁽¹⁴¹⁾.

La CPI, consapevole, probabilmente, delle numerose riserve manifestate rispetto a questa nozione elaborata a livello giurisprudenziale⁽¹⁴²⁾, opta per un approccio diverso, che valorizza il criterio interpretativo del *dominio sul fatto* e la figura dell'“autore dietro la scrivania” per delineare le responsabilità penali in capo ai *cd. high-level perpetrators*.

Confermano questo nuovo orientamento la decisione sulla convalida dei capi d'accusa a carico di *Katanga*⁽¹⁴³⁾ e la decisione sul mandato di arresto nel caso *Al Bashir*⁽¹⁴⁴⁾. Nella prima, la Camera Preliminare ha fondato la responsabilità in capo all'imputato sul suo *dominio sull'organizzazione* implicata nella perpetrazione dei crimini⁽¹⁴⁵⁾, delineandone i requisiti strutturali: la sussistenza

¹⁴¹ Anche se già in alcune sentenze del Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Yugoslavia aveva trovato applicazione la teoria dell'autoria mediata: cfr. ICTY, TC, *Prosecutor v. Stakic* (Judgment, ICTY-97-24-T), 31.07.2003, che aveva combinato il modello orizzontale della coautoria basata sul *joint control over the crime* e quello verticale della *indirect perpetration* roxiniana basata sulla nozione di fungibilità (espressamente citando Roxin). Questa soluzione venne parzialmente modificata dalla Camera d'Appello, che rigettò il modello orizzontale sostituendolo con la teoria della *joint criminal enterprise*, mantenendo però il modello verticale. V. anche ICTR, AC, *Gacumbitsi v. Prosecutor* (Judgment, *Separate Opinion of Judge Schomburg on the Criminal Responsibility of the Appellant for Committing Genocide*, ICTR-2001-64-A), 07.07.2006, par. 30.

¹⁴² Meloni e Manacorda individuano, quali principali argomenti a favore dell'abbandono della teoria della *joint criminal enterprise* nel sistema della CPI: il fatto che essa includa una pluralità di criteri diversi, alcuni dei quali difficilmente compatibili con il concetto di autoria e con il principio di legalità; l'esistenza diverse interpretazioni giurisprudenziali delle tre forme di *joint criminal enterprise*, in violazione del principio di precisione; la differenza tra le fonti a disposizione dei tribunali *ad hoc* e quelle contemplate dallo Statuto della CPI e, infine, il sospetto che la teoria in esame introduca surrettiziamente una forma di responsabilità *collettiva* contraria al principio di personalità della responsabilità penale. Secondo gli autori stiamo assistendo al passaggio dal *Milosevic approach*, che appunto applicava tale teoria, all'*Al Bashir approach*, attualmente seguito dalla CPI e basato sulla teoria di Roxin (MANACORDA, MELONI, “Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise”, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, 1-20).

¹⁴³ ICC, PTC I, *Decision on the confirmation of charges v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo-Chui*, ICC-01/04-01/07-717, 30.09.2008. Descrive il progressivo abbandono della teoria della *joint criminal enterprise* - e la parallela adozione del criterio del *dominio sul fatto* - anche AMBOS, “Il diritto penale internazionale ad un punto di svolta: dai Tribunali ad hoc istituiti con atto autoritativo ad un sistema universale su base consensuale”, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, op. cit., 2169-2196).

¹⁴⁴ ICC, PTC I, *Decision on the Prosecutor's application for a Warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (ICC-02/05-01/09), 4.03.2009. Si veda H. OLÁSULO, *The Criminal Responsibility etc.*, cit., 265 ss.

¹⁴⁵ I capi d'accusa comprendono svariate fattispecie di crimini di guerra e contro l'umanità.

di un rapporto gerarchico nell'organizzazione, il potere di comando e controllo in capo al superiore, e, soprattutto, il fatto che la realizzazione dei reati sia garantita mediante un'esecuzione pressoché automatica degli ordini⁽¹⁴⁶⁾. Proprio quest'ultima costituirebbe il fondamento della responsabilità del superiore a titolo di autore e non di mero partecipe⁽¹⁴⁷⁾.

Nella seconda decisione sopra menzionata, la Camera Preliminare ha riconosciuto l'esistenza di basi sufficienti (*reasonable grounds*) per attribuire ad Omar Al Bashir, in qualità di Presidente del Sudan *de jure e de facto* e di comandante in capo delle forze armate sudanesi, la responsabilità per i crimini oggetto di accertamento⁽¹⁴⁸⁾, a titolo di autore mediato o, in via alternativa, di co-autore mediato⁽¹⁴⁹⁾. Secondo la Camera, infatti, l'imputato svolse un ruolo essenziale nel coordinamento del disegno criminale e nella sua implementazione⁽¹⁵⁰⁾, e mantenne dunque quel *dominio sul fatto (control over the crime)* che costituisce il fondamento della responsabilità a titolo sia di autoria mediata sia di coautoria. Non è possibile prevedere quale sarà l'esito finale del giudizio a carico del Presidente sudanese - né, per la verità, se tale giudizio sarà effettivamente celebrato⁽¹⁵¹⁾ - , e se si opterà per la sua condanna in qualità di autore mediato secondo la teoria del dominio dell'organizzazione. Tuttavia, si registra una crescente attenzione della giurisprudenza della Corte per questa forma di attribuzione della responsabilità, e il fatto che la Camera Preliminare la proponga congiuntamente alla coautoria lascia intravedere quello che da alcuni autori è considerato uno sviluppo ulteriore della teoria dell'autoria mediata: appunto, la nozione di "co-autoria indiretta" (*indirect co-perpetration*)⁽¹⁵²⁾, fondata su

¹⁴⁶ *Decision on the confirmation of charges v. Germain Katanga*, cit., par. 511 ss.

¹⁴⁷ «*The leader's ability to secure this automatic compliance with his orders is the basis for his principal – rather than accessory – liability. The highest authority does not merely order the commission of a crime, but through his control over the organisation, essentially decides whether and how the crime would be committed*» (par. 518 della decisione).

¹⁴⁸ I capi d'accusa includono crimini di guerra e contro l'umanità commessi nell'ambito della campagna di repressione dei movimenti di insurrezione e degli attacchi alla popolazione civile del Darfur, ritenuti sostenitori di tali movimenti.

¹⁴⁹ Par. 223.

¹⁵⁰ Par. 221.

¹⁵¹ Ad oggi il mandato di arresto non è stato adempiuto ed è anzi contestato, perché rivolto ad un capo di stato ancora in carica e perché potenzialmente foriero di ulteriori motivi di instabilità in un Paese già duramente provato dai conflitti interni.

¹⁵² Del crescente ricorso a questo concetto fondato sull'idea di *joint control over the crime*, parlano MUÑOZ CONDE, OLÁSULO, "Criminal liability of political leaders and military commanders for crimes committed by subordinates within organized structures of power: from the Argentinean Military Juntas Trial to the case against Sudanese President Omar Al Bashir", in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, 113-135.

un “controllo condiviso sul delitto” (*joint control over the crime*). L’applicazione congiunta di queste due forme di attribuzione della responsabilità - l’autoria mediata mediante strutture organizzate di potere e la coautoria basata sul controllo condiviso sul reato - sembra suggerire una nuova fase nell’evoluzione delle forme di attribuzione della responsabilità. Senza volersi addentrare in questa sede in valutazioni sulla validità e correttezza sul piano giuridico di tale nuova variante della nozione di autoria⁽¹⁵³⁾, ciò che preme sottolineare è che la CPI, a fronte dell’esigenza di crimini commessi da una pluralità di soggetti all’interno di organizzazioni strutturate ed i diversi apporti forniti da ciascuno di essi, ha rigettato la - criticata - teoria elaborata dalla precedente giurisprudenza penale internazionale proprio con riferimento a simili casi - la *joint criminal enterprise* -, rivolgendosi agli ordinamenti penali nazionali per individuare delle soluzioni interpretative alternative. Si può parlare dunque, in relazione alla figura dell’autore mediato mediante dominio di un apparato di potere, di un movimento *ascendente*⁽¹⁵⁴⁾ dagli ordinamenti nazionali verso quello internazionale, che ne recepisce e sviluppa ulteriormente l’elaborazione teorica.

7. Considerazioni conclusive

La sentenza di condanna a carico di Fujimori rappresenta un interessantissimo caso di studio per esaminare l’applicazione della teoria dell’“autoria mediata attraverso il dominio della volontà in apparati di potere organizzati”. Collocandosi sulla scia di una serie di sentenze, pronunciate dai tribunali penali di differenti paesi, che ricorrono alla medesima teoria, essa dimostra come tale nozione permetta di addivenire alla condanna a titolo di autore in ipotesi in cui l’imputato, pur senza “sporcarsi le mani”, fornì un contributo significativo, in termini di pianificazione e direzione, alla realizzazione dei reati, avvalendosi della propria posizione di potere all’interno di un’organizzazione. Pur essendo una teoria risalente, essa è

¹⁵³ MUÑOZ CONDE, OLÁSULO, *Criminal liability* etc., cit., la descrivono in termini decisamente positivi (cfr. anche OLÁSULO, *The criminal responsibility* etc., cit., 329-330), mentre MANACORDA, MELONI, *Indirect Perpetration* etc., cit., nel contesto di una valutazione complessivamente favorevole di tale interpretazione, manifestano alcuni dubbi sul suo possibile effetto di eccessivo ampliamento dei confini dell’autoria (17). Weigend la considera invece non una nuova teoria, ma semplicemente «una coincidenza sul piano fattuale di due forme di autoria già riconosciute» (WEIGEND, op. cit., 20).

¹⁵⁴ Cfr. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, Parigi, 1994 e IDEM, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l’homme*, Seuil, Parigi, 2^e ed., 2004 (tradotto in italiano da A. Bernardi, nella prima edizione, e pubblicato col titolo *Dal codice penale ai diritti dell’uomo*, Giuffrè, Milano, 1992).

ancora molto dibattuta nella dottrina e concepita in differenti varianti, e pare quindi ancor perfetibile. D'altro canto, il fatto che la Corte Penale Internazionale l'abbia espressamente recepita dimostra la sua utilità o, quantomeno, il crescente consenso della comunità internazionale rispetto al suo riconoscimento nell'ambito di una persecuzione penale che continua a mantenere un carattere di evidente selettività⁽¹⁵⁵⁾.

Al di là delle discrepanze e dei rilievi critici già svolti rispetto a questa teoria, sembra inevitabile che, a fronte di manifestazioni di criminalità di massa riconducibili a strutture gerarchicamente organizzate, i normali parametri penalistici, validi per i reati comuni, vengono inevitabilmente sovvertiti, e che nuovi e diversi paradigmi ascrivibili debbano essere adottati. In questi casi, recuperare ed ampliare categorie tradizionali del diritto penale, rimodulandole alla luce dei nuovi fenomeni criminali, può costituire una valida soluzione, che fonda su solide basi dogmatiche le innovazioni dettate dalle esigenze di realtà.

Analogamente, la consapevolezza della complessità della risposta penale di fronte a violazioni sistematiche dei diritti umani si manifesta nella scelta di combinare la sussunzione dei fatti in fattispecie comuni del codice penale peruviano con una dichiarazione che li qualifica come crimini contro l'umanità.

Entrambi questi aspetti, cruciali nell'attribuzione della responsabilità, sono un esempio tangibile di come l'incontro tra i crimini internazionali ed il sistema penale nazionale spesso provochi frizioni tra le modalità fenomenologiche dei primi ed i principi garantistici di legalità e personalità della responsabilità penale. La sentenza della Corte Suprema peruviana, recuperando categorie del diritto penale nazionale e rimodulandole nel contesto di una complessa interazione tra fonti e livelli normativi diversi, dimostra come sia possibile, grazie ad uno sforzo giudiziario e accademico, riconciliare queste frizioni ed assicurare una risposta sanzionatoria adeguata ai crimini internazionali nel rispetto dei principi che fondano lo Stato costituzionale di diritto.

¹⁵⁵ Il caso *Fujimori* sembra insomma «dimostrare ancora una volta che (la teoria del dominio sul fatto e quella, su di essa basata, dell'autore dietro la scrivania) devono essere prese seriamente in considerazione come valido strumento per la persecuzione di criminali di rango elevato»: AMBOS, *The Fujimori Judgment etc.*, cit., 158 (traduzione nostra).