



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

TEMPO, MEMORIA E DIRITTO PENALE



MEMORY LAWS IN EUROPEAN AND COMPARATIVE PERSPECTIVE
(M.E.L.A)

Bologna - Febbraio / Dicembre 2018

ISSN 2240-7618

4/2018

EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

EDITORIAL BOARD

Italy: Gian Luigi Gatta, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli
Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", via Altaguardia 1, Milano - c.f. 97792250157
ANNO 2018 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

Giustizia penale e memoria in contesti di transizione. Il caso della Colombia

*Justicia penal y memoria en contextos de transición.
El caso de Colombia*

*Criminal Justice and Memory in Transitional Contexts.
The Case of Colombia*

ELENA MACULAN

*Ricercatrice post-doc presso la UNED di Madrid
emaculan@igm.uned.es*

GIUSTIZIA PENALE DI TRANSIZIONE

JUSTICIA PENAL TRANSICIONAL

TRANSITIONAL CRIMINAL JUSTICE

ABSTRACTS

Il binomio giustizia (penale) / memoria compare immancabilmente nei contesti di transizione, dei quali giustizia e memoria costituiscono ingredienti fondamentali. Questo contributo propone alcune riflessioni sul significato di tali concetti ed in particolare, sul concetto di memoria e di "memoria storica", termine controverso (che qui si propone di sostituire con quello di memoria collettiva) che spesso compare nei contesti transizionali, nonché sull'apparente ossimoro, per cui la giustizia penale si intende come funzionale alla costruzione di una memoria collettiva, ma al tempo stesso incapace di adempiere tale funzione. Tali riflessioni prendono spunto dall'esperienza transizionale colombiana, particolarmente interessante e complessa, nella quale la giustizia penale ha sempre mantenuto una centralità innegabile nei vari disegni transizionali che si sono succeduti nel tempo. L'analisi di alcuni aspetti chiave dei due principali disegni del processo di pace colombiano, vale a dire, il Procedimento di Giustizia e Pace ed il Sistema integrale di Verità, Giustizia, Riparazione e Non Ripetizione, permette di osservare come la costruzione della memoria sia, nei processi di transizione, un obiettivo mediato, cui si perviene attraverso un previo lavoro di accertamento dei fatti, chiarimento delle dinamiche e riconoscimento di responsabilità. A questo lavoro concorrono più attori, tra i quali spiccano, da un lato, le Commissioni per la verità e, dall'altro, la giustizia penale, che si trova però stretta, in questi contesti, da una serie di limiti, sia intrinseci sia contingenti.

El binomio justicia (penal) / memoria aparece inevitablemente en los contextos de transición, de los cuales la justicia y la memoria son ingredientes fundamentales. Esta contribución propone algunas reflexiones sobre el significado de estos conceptos y, en particular, sobre el concepto de memoria y "memoria histórica", un término controvertido (que aquí proponemos reemplazar por el de memoria colectiva) que a menudo aparece en contextos de transición, y también sobre el aparente oxímoron por el que la justicia penal se entiende como algo funcional para la construcción de una memoria colectiva, pero al mismo tiempo incapaz de cumplir esta función. Estas reflexiones están inspiradas en la experiencia que ha supuesto la transición colombiana, particularmente interesante y compleja, y donde la justicia penal ha ocupado un innegable lugar central en todos los planes que se han sucedido en el tiempo. El análisis de algunos aspectos clave de las dos principales propuestas del proceso de paz colombiano, a saber, el Proceso de Justicia y Paz, y el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, nos permite observar cómo la construcción de la memoria es, en los procesos de transición, un objetivo mediato, que se logra a través de un trabajo previo de verificación de los hechos, aclaración de las dinámicas y reconocimiento de la responsabilidad. Varios actores contribuyen a este trabajo, entre los que destacan, por un lado, las Comisiones

por la verdad y, por el otro, la justicia penal, que, sin embargo, en estos contextos se encuentra constreñida por una serie de límites, tanto intrínsecos como contingentes.

The binomial (criminal) justice / memory inevitably appears in the contexts of transition, of which justice and memory are fundamental ingredients. This contribution offers some reflections on the meaning of these concepts and in particular on the concept of memory, more precisely "historical memory", a controversial term (which here we propose to replace with that of collective memory) that often appears in transitional contexts, and on an apparent oxymoron, according to which criminal justice is understood as functional to the construction of a collective memory but at the same time incapable of fulfilling this function. These reflections are inspired by the Colombian transitional experience, which is particularly interesting and complex and where criminal justice has always maintained an undeniable centrality in all the various transitional designs that have occurred over time. The analysis of some key aspects of the two main mechanisms of the Colombian peace process, namely, the Justice and Peace Process and the Integral System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repitition, allows us to observe that the construction of memory in the transitional processes is a mediated objective, which is reached through a prior work of ascertaining the facts, clarification of the dynamics and recognition of responsibility. Several actors contribute to this work, among which two stand out: on the one hand, the Truth Commissions and, on the other, criminal justice, which nonetheless in these contexts finds itself narrowed through a series of limits, both intrinsic and contingents

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Giustizia penale, memoria, “memoria storica”. – 3. L’esperienza colombiana. – 3.1. Il procedimento di giustizia e pace. – 3.1.1. Il concetto di memoria nel testo della Legge. – 3.1.2. Il “Gruppo di Memoria Storica” ed il “Centro Nazionale di Memoria Storica”. – 3.1.3. La “versione libera”. – 3.1.4. Gli “Accordi della verità”. – 3.2. Il “quadro giuridico per la pace” e criteri di selezione e assegnazione di priorità dei casi. – 3.2.1. Il Sistema Integrato creato dall’Accordo con le FARC-EP. – 3.2.2. L’ambito penale. – 3.2.3. La Commissione per la verità. – 4. Considerazioni conclusive.

1.

Introduzione.

Un ambito privilegiato in cui analizzare il rapporto tra giustizia penale e memoria in tutta la sua poliedrica complessità sono i contesti di transizione. Possiamo definire come tali quelle situazioni *straordinarie* nella storia di una società, che coincidono con un momento di profonda trasformazione politica e sociale, in cui ci si trova a fare i conti con il lascito di un’esperienza di violenza collettiva e di gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani. Sebbene quest’ultimo elemento indichi la necessità dell’intervento della giustizia penale, con il fine di accertare le responsabilità per le atrocità commesse ed imporre le corrispondenti sanzioni, questi contesti presentano anche caratteristiche ed esigenze precipue che impediscono di (o almeno rendono assai difficile) applicare la giustizia penale secondo gli schemi ordinari.

Il binomio giustizia (penale) / memoria compare dunque immancabilmente nei contesti di transizione, e su di esso intendo concentrare questo contributo, proponendo alcune riflessioni sul significato di tali concetti (in particolare, sul concetto di memoria e di “memoria storica” che spesso compare in questi contesti) e sui rapporti apparentemente contraddittori che intercorrono tra di essi.

Le mie riflessioni prenderanno spunto dall’esperienza transizionale colombiana, innanzitutto perché è, a mio parere, l’esperienza più interessante e complessa di giustizia di transizione nell’attualità, in cui si ritrovano concentrati praticamente tutti i dilemmi, proposte, meccanismi e strumenti propri di questa disciplina. Ma la sua rilevanza per questo studio è dovuta anche al fatto che, a differenza di altre esperienze transizionali¹, la giustizia penale ha sempre mantenuto, qui, una centralità innegabile nei vari disegni transizionali che si sono succeduti nel tempo.

2.

Giustizia penale, memoria, “memoria storica”.

La giustizia penale e la memoria sono, come accennato, due ingredienti fondamentali in ogni processo transizionale, ma il rapporto tra di essi, di per sé complesso, ha subito profondi mutamenti nel corso del tempo. Mentre esperienze più risalenti partivano dall’idea che la rinuncia alla giustizia penale e l’oblio fossero necessari a permettere il superamento di un passato di violenza collettiva (e in questo senso possiamo ricordare il caso della Spagna come modello dell’oblio²), in epoca più recente la visione che più raccoglie consenso (rafforzata anche dal lavoro di numerose associazioni di vittime o di tutela dei diritti umani e da alcune pronunce giurisprudenziali) è che la memoria di quel passato sia necessaria come cemento su cui costruire il nuovo ordine sociale.

La preoccupazione per la costruzione e preservazione di una memoria collettiva, che trascende e complementa la dimensione individuale, si è tradotta nella progressiva affermazione

¹ Una nota esperienza transizionale in cui si è deciso di rinunciare alla persecuzione e sanzione penale è quella sudafricana, in cui la *Truth and Reconciliation Commission* aveva il potere di concedere l’amnistia ai responsabili di delitti politici (anche laddove costituissero gravi violazioni dei diritti umani) che rendessero una confessione pubblica (*Promotion of Unity and Reconciliation Act*, n. 34/1995, del 19.07.1995). Per uno studio approfondito di tale esperienza: LOLLINI (2011). È pur vero che in quel caso la giustizia penale rimaneva sullo sfondo, come minaccia latente, per garantire il funzionamento di questo meccanismo di scambio, e che proprio il mancato attivarsi di tale minaccia nei casi in cui ciò sarebbe stato necessario ha segnato quello che alcuni analisti descrivono come il parziale fallimento di quest’esperienza: VARNEY (2007). Tuttavia, di fatto lo Stato sudafricano fece della rinuncia all’intervento penale un vero e proprio “atto costitutivo” del nuovo ordine giuridico e sociale: LOLLINI (2011), *passim*.

² Almeno nella scelta politica adottata nell’immediatezza della fine della dittatura: per uno studio approfondito di quest’esperienza nelle sue distinte fasi, si veda, anche per ulteriori spunti bibliografici, GIL GIL (2008). Più recentemente, in italiano: FORNASARI (2014), pp. 549 e 552.

dell'esistenza di un diritto alla memoria³ e di un parallelo “dovere di ricordare” che ricade sullo Stato: così lo definisce l'*Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*, elaborato dall'esperta indipendente Diane Orentlicher⁴, strumento di *soft law* considerato un riferimento imprescindibile per la giustizia di transizione.

Questa prospettiva si è poi spesso cristallizzata, nel discorso di alcuni attori dei vari processi transizionali e addirittura, in certi casi, come in Spagna, in un testo legislativo⁵, nel concetto di “memoria storica”. Questo termine, di non facile né unanime definizione e non esente da perplessità, è stato brillantemente definito dal grande storico Santos Juliá come: “un racconto sul passato che, a differenza della storia, non è costruito sulla base della conoscenza o della ricerca della verità, bensì sulla base della volontà di onorare una persona, di proporre una condotta come modello, di riparare moralmente una ingiustizia. La memoria storica si plasma in racconti costruiti con il proposito di rafforzare il vincolo affettivo della persona o del gruppo che ricorda fatti del passato che mantengono un qualche significato per la loro vita presente. Non si tratta quindi di un atto di conoscenza, ma di volontà: pretende di riempire di senso il presente riportando alla coscienza un fatto del passato”⁶.

Ne consegue, secondo l'autore: che la memoria storica è imposta dal potere (o quantomeno, aggiungo io, sponsorizzata dalle istituzioni statali); che, per evitare di scadere in un appiccio totalitario, dovrebbe sempre intendersi al plurale (esistono tante memorie storiche) e, infine, che si compone di ricordi ma anche di *oblii volontari*. Questo aspetto è particolarmente importante per l'analisi del rapporto con la giustizia penale in contesti in cui quest'ultima si abbina a inevitabili componenti di oblio.

La costruzione della memoria in questa accezione necessita dunque di un duplice lavoro previo: di *accertamento* della verità sui fatti accaduti e di *riconoscimento* di quei fatti e delle corrispondenti responsabilità, vittime e possibilmente cause.

Nell'adempimento di questi compiti può svolgere un ruolo importante la giustizia penale, in quanto foro deputato all'accertamento ufficiale, rigoroso ed imparziale dei fatti presuntamente costitutivi di reato e alla determinazione delle corrispondenti responsabilità individuali⁷. Il “bisogno di memoria” manifestato, in particolare, dalle vittime di gravi violazioni dei diritti umani in contesti di violenza collettiva, “si traduce anche in pulsione al processo e alla pena”, che “consentirebbero (...) di sottrarre ad uno spazio dialettico certi fatti storici e, dal punto di vista sociale, di pronunciare la ‘parola autoritativa confortante’”⁸.

La giustizia penale è quindi *funzionale* alla costruzione della memoria collettiva, nella misura in cui contribuisce alle attività di accertamento della verità e riconoscimento di responsabilità.

Tuttavia, è anche opportuno ricordare che il fine della giustizia penale, al di là del fatto che si aderisca alle scuole di pensiero utilitariste, assolute o miste, non è (o non dovrebbe essere) la costruzione della memoria, né di per sé l'accertamento della verità storica.

La verità che il processo penale mira a ricostruire è limitata, da un lato, a quanto strettamente necessario alla dichiarazione di responsabilità dell'imputato o alla sua assoluzione e, dall'altro, a quanto permesso dai limiti fissati dai principi costituzionali (come il diritto a non auto-incriminarsi) e dalle regole del giusto processo. Basti qui richiamare i numerosi e meravigliosi studi sulle differenze tra verità storica o materiale e verità processuale⁹, che convergono nel segnalare il carattere necessariamente limitato di quest'ultima.

³ Cf. i contributi raccolti in GÓMEZ ISA (2006), specialmente alle pp. 195 e ss.

⁴ UN Economic and Social Council, Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8.02.2005. Il Principio 3 recita: “*The duty to preserve memory. A people's knowledge of the history of its oppression is part of its heritage and, as such, must be ensured by appropriate measures in fulfilment of the State's duty to preserve archives and other evidence concerning violations of human rights and humanitarian law and to facilitate knowledge of those violations. Such measures shall be aimed at preserving the collective memory from extinction and, in particular, at guarding against the development of revisionist and negationist arguments*”.

⁵ Legge 52/2007, del 26.12.2007, chiamata appunto “de memoria histórica”. Si vedano al riguardo: TERRADILLOS BASOCO (2010), pp. 151 e ss.; GIL, *La justicia de transición en España* (2008), pp. 99 e ss.

⁶ SANTOS JULIÁ (2006). Traduzione libera.

⁷ TEITEL (2000), p. 71, riconosce che: “*In transitions, the pivotal role in shaping social memory is played by the law*”. Analizza in profondità il complesso rapporto tra giustizia penale e garanzie di difesa, da un lato, e narrazione e memoria, dall'altro, a fronte di crimini massivi, OSIEL (1997), in particolare pp. 59 e ss. Sul ruolo del processo penale come produttore di conoscenza e riconoscimento, si vedano molti altri: TARUFFO (2015), pp. 21-50; in prospettiva critica FERRAJOLI (1989), pp. 18-45; VOLK (2007); GUZMÁN (2006).

⁸ FORNASARI, FRONZA (2011), p. 4.

⁹ Dal risalente ma sempre attuale saggio di CALAMANDREI (1939), pp. 105-128, al lavoro omonimo di GINZBURG (1991), specialmente alle pp. 16-21 e 88-90. Si veda anche PASTOR (2013), pp. 92 e ss. Rivendica invece la capacità del processo penale (nel suo modello accusatorio) di ricostruire la verità: TARUFFO (2015), pp. 37-42.

Parimenti, se si improntasse il processo penale sulla base di un obiettivo specifico di costruzione di memoria, esso ne uscirebbe profondamente snaturato. Come avvertiva Garapon: “Tutti gli elementi fondamentali del processo sono rivalutati non in relazione ai principi di giustizia, ma in funzione del “dovere di memoria”: la delimitazione dell’oggetto del processo, la presunzione di innocenza, l’uguaglianza fra le parti, la terzietà del giudice, i principi cardine del processo, vengono travolti”¹⁰.

Queste considerazioni ci conducono dunque a ridimensionare o ripensare il ruolo della giustizia penale come attore nella creazione della memoria in termini generali. A questi limiti intrinseci si uniscono poi le peculiarità dei contesti transizionali, nei quali l’esercizio dell’azione penale si scontra con problemi specifici e crea tensioni con altri obiettivi centrali per questi processi.

La giustizia in contesti di transizione si scontra infatti, da un lato, con problemi di *fattibilità*, dato che i reati cui si pretende dare risposta si caratterizzano per una dimensione generalizzata e spesso sistematica, che rende praticamente impossibile la determinazione di responsabilità penale di tutti i soggetti intervenuti nella commissione dei moltissimi crimini perpetrati¹¹. Tale difficoltà si acuisce ancor più quando le istituzioni statali e in particolare l’apparato giudiziario si trovano, come spesso accade, fortemente debilitati o addirittura distrutti dall’esperienza di violenza collettiva.

Dall’altro lato, il momento di trasformazione che vive la società impone obiettivi specifici che possono divenire prioritari, come la cessazione della violenza, la riconciliazione sociale, il superamento del passato, il consolidamento del nuovo ordine politico e sociale. Questi obiettivi sono difficilmente compatibili con l’esercizio di un’azione penale piena, secondo i criteri normalmente applicati in un ordinamento giuridico (perché ad esempio fanno sorgere il rischio di una riattivazione della violenza o di un nuovo colpo di Stato, o ritardano ulteriormente la riconciliazione sociale), e suggeriscono al contrario che questo intervento sia in molti casi, oltre che impossibile, *inopportuno*¹².

Come risolvere dunque questo apparente ossimoro, per cui la giustizia penale si intende come funzionale alla costruzione di una memoria collettiva (termine che preferisco a quello di “memoria storica”) ma al tempo stesso incapace di adempiere tale funzione?

3. L’esperienza colombiana.

Per riflettere su questa domanda è particolarmente utile prendere in considerazione l’esperienza transizionale colombiana. Non posso descrivere in questa sede tutte le molteplici ed articolate fasi dell’evoluzione di questo processo, che si trova peraltro tuttora nel pieno del suo sviluppo¹³. Mi limiterò ad analizzare, all’interno dei tre passaggi più importanti dell’esperienza transizionale colombiana (vale a dire, la *Ley de Justicia y Paz*, il *Marco Jurídico para la Paz*, il *Sistema integral* stabilito dall’accordo di pace siglato tra Governo e FARC-EP¹⁴), quei meccanismi ed aspetti nei quali si può intravedere la complessa relazione esistente tra giustizia penale e memoria, in particolare quella che si tende a definire memoria storica.

Tralascierò invece le molteplici esperienze di costruzione di memoria “dal basso”, nate da iniziative spontanee di associazioni, comunità locali o gruppi informali¹⁵, interessantissime ed utili per il processo transizionale nel suo complesso, ma prive appunto di quel carattere ufficiale che caratterizza la memoria collettiva promossa a livello statale.

¹⁰ GARAPON (2005), p. 142. Si vedano anche le riflessioni sull’asse di tensione storia-strumento penale in FRONZA (2012), pp. 145 e ss.

¹¹ MACULAN (2018), p. 125.

¹² *Ibidem*. Si veda anche, con specifico riferimento all’esperienza colombiana: GIL GIL (2017), in particolare pp. 27 e ss.

¹³ Per un quadro generale sul processo penale colombiano si consenta di rinviare a: MACULAN (2017).

¹⁴ Acronimo per *Fuerzas Armadas Revolucionarias Colombianas – Ejército del Pueblo*, il più antico, numeroso e probabilmente conosciuto gruppo guerrigliero dei molti che hanno preso parte al conflitto armato che ha colpito il Paese per oltre cinquant’anni.

¹⁵ Un esempio tra molti sono gli “incontri di memoria e diritti umani” organizzate dalla comunità dei Montes de María, una piccola comunità nella regione caraibica della Colombia: si veda al riguardo AA.VV., *Memorias y relatos con sentidos. 2008-2011*, Colectivo de Comunicaciones Montes de María Línea 21/ Embajada de España en Colombia / Aecid, 2012.

3.1. *Il procedimento di giustizia e pace.*

Questo progetto transizionale, previsto dall'omonima Legge del 2005 ("Legge di Giustizia e pace", *Ley de Justicia y Paz*)¹⁶, fa perno su un processo penale di carattere speciale, cui possono accedere i membri di gruppi armati illegali (di fatto, vi hanno aderito soprattutto paramilitari) che abbiano deposto le armi e si siano smobilitati in modo individuale o collettivo. Il processo può poi concludersi con l'imposizione di una "sanzione alternativa", vale a dire, una pena notevolmente ridotta rispetto a quella che sarebbe applicabile secondo le regole ordinarie (da 5 a 8 anni di pena detentiva), seguita da un periodo di libertà vigilata durante il quale i condannati non devono commettere nuovi delitti¹⁷, a condizione che gli imputati confessino i propri crimini e quelli di cui sono a conoscenza all'interno di una dichiarazione dinanzi alle autorità giudiziarie competenti (chiamata *versión libre*) e che si impegnino a contribuire in modo effettivo alla riparazione a beneficio delle vittime¹⁸.

Si tratta pertanto di un meccanismo premiale, che, mediante la concessione di questa pena ridotta, incentiva non solo la smobilitazione ed il disarmo dei gruppi armati illegali, ma anche la partecipazione diretta dei loro membri alle attività, centrali per ogni processo transizionale, di ricostruzione della verità su quanto accaduto e di riparazione alle vittime.

3.1.1. *Il concetto di memoria nel testo della Legge.*

In primo luogo, occorre notare che il testo della Legge di Giustizia e pace riconosce espressamente l'esistenza, in capo allo Stato, di un "dovere di memoria" e qualifica al tempo stesso quest'ultima come "memoria storica"¹⁹, in linea con la diffusione che tale concetto ha avuto nell'evoluzione più recente della giustizia di transizione. Tale affermazione compare in relazione alle misure volte alla creazione e conservazione di archivi, ma la memoria storica viene anche indicata come parte del contenuto specifico della riparazione simbolica che la legge include nel concetto ampio di riparazione cui hanno diritto le vittime²⁰. Infine, il termine compare anche nella nomenclatura di un organismo creato nell'orbita dei meccanismi previsti da tale legge, il *Grupo de Memoria Histórica*²¹.

La Corte Costituzionale invece, nella pronuncia di accoglimento parziale della domanda di incostituzionalità della legge, non adopera il termine memoria storica; tuttavia conferma l'importanza della memoria collettiva come obiettivo del processo, a sua volta funzionale ad evitare la ripetizione di simili esperienze di violenza nel futuro²².

3.1.2. *Il "Gruppo di Memoria Storica" ed il "Centro Nazionale di Memoria Storica".*

Il "Gruppo di Memoria Storica" (*Grupo de Memoria Histórica*) fu istituito nel 2005 come

¹⁶ Legge 975/2005, del 25.07.2005, "por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios".

¹⁷ Art. 29 Legge 975/2005.

¹⁸ Art. 17 Legge 975/2005. Per maggiori informazioni su questo procedimento, si vedano: GRASSO (2009), pp. 227 e ss.; APONTE CARDONA (2009a), pp. 186-189; APONTE CARDONA (2009b), pp. 235-295; HUBER (2007). La legge fu oggetto di una pronuncia della Corte Costituzionale colombiana (C-370/2006, del 18.05.2006), che, nel confermare la sua legittimità costituzionale, introdusse però alcuni requisiti ulteriori per garantire che l'obiettivo del raggiungimento della pace non pregiudicasse i diritti delle vittime: vale a dire, che il richiedente renda una confessione completa e non reticente, che fornisca informazioni sulla sorte delle persone sequestrate (laddove la loro liberazione non sia più possibile) e che apporti una riparazione effettiva alle vittime servendosi di tutti i suoi beni. Per un commento, cfr. GAMBERINI (2009), pp. 215 e ss.

¹⁹ Art. 56 Legge 975/2005: "Deber de memoria. El conocimiento de la historia de las causas, desarrollos y consecuencias de la acción de los grupos armados al margen de la ley deberá ser mantenido mediante procedimientos adecuados, en cumplimiento del deber a la preservación de la memoria histórica que corresponde al Estado".

²⁰ Art. 56 Legge 975/2005: "Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas" (enfasi aggiunta).

²¹ Vid. *infra*, sezione 3.1.2.

²² Corte Costituzionale colombiana, sentenza C-370/2006, cit., punti 6.2.2.3.13 e 6.2.3.2.1.6.

entità autonoma in seno alla Commissione Nazionale di Riparazione e Riconciliazione (*Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación*), essa sí direttamente prevista nella Legge di Giustizia e pace (art. 50 e ss.) ed il suo compito era la costruzione di una narrativa sul conflitto armato il più possibile completa ed imparziale, a partire dall'unione e dalla combinazione di diverse memorie del passato violento. Composto da esperti indipendenti di differenti aree scientifiche, il Gruppo svolse sostanzialmente un'indagine di carattere storico che si può tranquillamente assimilare a quello di una Commissione per la verità.

I risultati delle sue ricerche sono stati pubblicati in svariati rapporti, alcuni a carattere generale, altri limitati a specifici aspetti o specifiche zone del conflitto, che offrono un'ingente quantità di dati e contengono anche, in alcuni casi, dichiarazioni sulle responsabilità collettive o istituzionali per le atrocità commesse. Ad esempio, in un rapporto pubblicato nel 2009²³, che descrive 42 massacri commessi dai paramilitari nella zona de El Salado, con la conseguente morte di 354 civili, si affermò per la prima volta a livello ufficiale la responsabilità dello Stato e in particolare delle Forze Armate per non essere intervenuti nell'area, pur conoscendo la presenza massiccia di paramilitari. Proprio in seguito a tale rapporto, lo Stato formulò delle scuse ufficiali per la sua responsabilità rispetto a quei massacri²⁴.

Il rapporto più ampio e più conosciuto è sicuramente il *¡Basta ya!*, pubblicato nel 2013, che offre una ricostruzione dettagliata del conflitto, delle sue cause remote, delle dinamiche tipiche di violenza e del suo impatto sulla società²⁵.

Il Gruppo venne poi sostituito dal Centro Nazionale di Memoria Storica (*Centro Nacional de Memoria Histórica*), creato dalla Legge sulle Vittime del 2011²⁶ e tuttora funzionante²⁷. Il suo lavoro consiste principalmente in: recuperare documenti ma anche testimonianze orali sulle violazioni dei diritti umani commesse durante il conflitto, permettere agli interessati di accedere a tali materiali attraverso la promozione di attività e progetti educativi, creare un Museo nazionale della memoria ed un archivio della *memoria storica* ed infine sviluppare un Programma di rispetto e promozione dei diritti umani. Il Centro è anche competente a gestire e firmare gli *acuerdos de la verdad*, uno strumento ulteriore di accertamento della verità su cui ci soffermeremo *infra*²⁸.

Si tratta quindi di un organismo di carattere extra-giudiziario specificamente incaricato dell'accertamento e diffusione dei fatti accaduti e della creazione e promozione della memoria collettiva su di essi. Ma la Legge di Giustizia e pace prevede anche altri meccanismi che adempiono, anche se in modo più indiretto, a questa funzione: in particolare, la cosiddetta *versión libre*.

3.1.3. La “*versión libre*”.

Nel disegno della Legge di giustizia e pace, la “*versión libre*” (*versión libre*)²⁹ è il punto di partenza per la formulazione dei capi d'accusa, che come si è detto danno origine ad un procedimento di carattere speciale che può sfociare, sempre che si rispettino le altre condizioni previste, nell'imposizione di una sanzione ridotta. Essa si trasforma però anche in uno strumento di accertamento della verità, in particolare, della “verità secondo il delinquente”, che può offrire un contributo assai importante alla scoperta e al chiarimento di fatti violenti del passato. Tale potenzialità è stata rafforzata dopo l'intervento della Corte Costituzionale che, come si è detto, nella sentenza C-370/2006 ha precisato che questa dichiarazione deve essere completa e conforme a verità³⁰.

Il procedimento ha poi subito una riforma nel 2012, che, tra le altre novità, ha introdotto

²³ Grupo de Memoria Histórica, *El Salado. Esa guerra no era nuestra*, 2009, disponibile [qui](#).

²⁴ Redacción, *Santos pide perdón por las masacres de El Salado*, in *El Tiempo*, 9.07.2011, disponibile [qui](#).

²⁵ Grupo de Memoria Histórica, *Basta Ya. Colombia: memorias de guerra y dignidad*, Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013, disponibile in: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/> (ultimo accesso il 25.10.2018).

²⁶ Legge 1448/2011, del 10.06.2011, “*Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*”, art. 146 e ss.

²⁷ Si possono consultare le sue molteplici iniziative e pubblicazioni nel suo [sito web](#).

²⁸ Vid. *infra*, sezione 3.1.4.

²⁹ Per espressa indicazione legislativa, questa dichiarazione, che il richiedente presta in presenza del suo difensore, dinanzi a un membro dell'Unità speciale della Procura, deve comprendere “le circostanze di tempo, modo e luogo nelle quali abbia partecipato a fatti delittuosi commessi in occasione della sua appartenenza a tali gruppi [armati illegali], precedenti alla sua smobilitazione e per i quali chieda di avvalersi della presente Legge” (art. 17 della Legge 975/2005, traduzione libera).

³⁰ Corte Costituzionale, sentenza C-370/2006, cit., punto 6.2.2.1.5.

la possibilità, per la Procura (*Fiscalía General de la Nación*), di adottare “metodologie volte alla ricezione di versioni libere collettive o congiunte, con l’obiettivo che gli smobilitati che siano appartenuti ad uno stesso gruppo possano apportare un contesto chiaro e completo che contribuisca alla ricostruzione della verità e allo smantellamento dell’apparato di potere del gruppo armato illegale e delle sue reti di appoggio”³¹. Questa novità risponde all’ottica che permea l’intera riforma, e che ritroveremo anche nel meccanismo di selezione e assegnazione di priorità ai casi³², tendente a ricostruire *dinamiche* criminali, più che singoli fatti, con un marcato valore simbolico e didattico.

Un passaggio processuale si trasforma in tal modo, e ancor più con l’introduzione di quest’ultima riforma, in un veicolo privilegiato per la ricostruzione della verità sui fatti e, in via mediata, di una memoria condivisa su di essi.

3.1.4. *Gli “Accordi della verità”.*

L’evoluzione del procedimento di Giustizia e pace ha condotto all’introduzione degli “Accordi di contributo alla verità storica e alla riparazione” (*Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y a la Reparación*), concepiti come un complemento della *versión libre*. Sono stati creati dalla Legge 1424/2010³³, e prevedono la concessione di alcuni benefici in ambito giuridico ai responsabili di crimini che prestano dichiarazione dinanzi al Centro Nazionale di Memoria Storica rispetto ai crimini dei quali abbiano una conoscenza diretta. Si tratta perciò di un meccanismo esterno alla sfera giudiziaria, ma che può produrre effetti all’interno di essa, in particolare sui mandati di arresto e sull’esecuzione delle pene irrogate.

La sua applicazione è però sottoposta a un limite e a due condizioni: possono accedere solo i membri di gruppi armati illegali che abbiano commesso esclusivamente il reato di *concierto para delinquir* (assimilabile all’associazione a delinquere)³⁴, o reati minori, come l’uso illegale di uniformi, bandiere o armi, e che, inoltre, abbiano già iniziato il processo di reintegrazione della vita civile senza commettere nuovi delitti e svolgano lavori di pubblica utilità³⁵. I benefici previsti consistono nella sospensione dei mandati di arresto per i reati cui si applica l’accordo e/o nella sospensione condizionale della pena per un periodo pari alla metà della condanna fissata in sentenza, con successiva estinzione della stessa³⁶.

Mi pare importante sottolineare che la Legge suddetta prevede che le informazioni così raccolte non possano essere utilizzate come prove a carico del soggetto dichiarante in un eventuale processo penale contro di lui. Si fissa dunque una netta separazione tra il processo penale e le istanze extra-giudiziarie, di carattere speciale, che svolgono un lavoro di accertamento della verità, secondo un principio che si manterrà poi, come vedremo, anche nell’Accordo di pace tra Governo e FARC-EP.

3.2. *Il “quadro giuridico per la pace” e criteri di selezione e assegnazione di priorità dei casi.*

Il “Quadro giuridico per la pace” (*Marco jurídico para la paz*) costituisce la cornice, creata

³¹ Legge 1592/2012, del 3.12.2012, “por medio de la cual se introducen modificaciones a la ley 975 de 2005”, art. 14 (traduzione libera).

³² Vid. *infra*, sezione 3.2.

³³ Legge 1424/2010, del 29.12.2010, “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”.

³⁴ Art. 340 Codice penale colombiano, che lo definisce così: “Cuando dos o más personas se concierten con el fin de cometer delitos”, prevedendo poi pene superiori quando i delitti che si intende commettere siano di particolare gravità, ed espressamente enumerati nel testo di questa disposizione.

³⁵ Più precisamente, le condizioni per accedere a tali benefici sono: firmare un Accordo con il centro competente, che è la *Dirección de Acuerdos de la Verdad* istituita in seno Centro, essere vincolato al processo di reinserimento organizzato dal Governo o averlo concluso con successo, prestare una testimonianza dinanzi ai funzionari della Direzione, realizzare attività di servizio sociale con le comunità che li accolgano nell’ambito del processo di reinserimento offerto dal Governo, riparare in modo integrale i danni causati dai reati per i quali il soggetto fu condannato ai sensi di questa legge o dimostrare che si trova nell’impossibilità economica di provvedervi, non essere stato condannato per reati dolosi commessi dopo la data in cui si è certificata la sua smobilitazione, osservare buona condotta.

³⁶ Artt. 6 e 7 della Legge 1424/2010, rispettivamente.

con la riforma costituzionale del 2012³⁷, in cui inserire i principi ed i meccanismi speciali di giustizia di transizione all'interno dell'ordinamento colombiano. È servito da base per i negoziati condotti tra il Governo e le FARC-EP e presumibilmente servirà anche per chiudere le trattative, tuttora in corso, tra il Governo e l'ELN (*Ejército de Liberación Nacional*)³⁸.

Tra le varie misure che questa riforma inserisce espressamente nel testo costituzionale³⁹, spiccano i criteri di selezione dei casi e di assegnazione di priorità tra di essi. Questi criteri sono stati poi definiti con maggior precisione da una Direttiva della Procura del 2012⁴⁰, e con la Legge 1592/2012, del 3 dicembre, ne è stata prevista l'applicazione nel procedimento di Giustizia e pace⁴¹. Infine, la selezione e definizione di priorità dei casi compare anche nella Giurisdizione speciale per la pace, prevista dall'Accordo di pace con le FARC-EP⁴².

L'obiettivo di questi criteri è concentrare le risorse nell'indagine penale dei casi che si ritengono più "importanti", prioritari, secondo i criteri così elaborati, in modo da garantire un utilizzo più efficiente di tali risorse (scarse per definizione) ed un impatto più efficace nel processo di pace. Naturalmente, l'assunzione implicita è la *rinuncia* ad intraprendere l'azione penale per i casi che non rientrino in questa selezione. Questa scelta prende atto delle serie limitazioni che ha la giustizia penale nei contesti transizionali, e soprattutto di fronte ad episodi di violenza collettiva che producono un numero di fatti penalmente rilevanti (e di corrispondenti responsabili) assolutamente impossibile da gestire⁴³.

Anche in relazione con questo meccanismo si è pronunciata la Corte Costituzionale che, chiamata a verificare la legittimità costituzionale della disposizione transitoria in esame, ha concluso che l'obbligo internazionale dello Stato di indagare e perseguire penalmente i responsabili di gravi violazioni dei diritti umani non è di per sé violato dalla politica di selezione e definizione di priorità dei casi⁴⁴.

Ora, la possibilità di selezionare i casi contro cui intraprendere azione penale sembra contraddire l'esigenza di memoria, nella misura in cui ammette che si mantenga il silenzio (almeno da parte degli organi giudiziari) rispetto ad alcuni fatti delittuosi (quelli, appunto, che non rientrano nella selezione secondo i criteri stilati dalla Procura).

In realtà, però, alcuni di quei criteri sono pensati proprio in una chiave didattica ed esplicativa, finalizzata a contribuire alla costruzione di una memoria. Mi riferisco in particolare al criterio (classificato tra quelli "oggettivi") della *rappresentatività*, e definita come la capacità di illustrare in modo adeguato una "dinamica" (*patrón*) delittuosa e che, citando letteralmente la Direttiva della Procura, "può offrire un altro tipo di resa di carattere più che altro simbolico, fondamentale in una logica transizionale"⁴⁵.

³⁷ Atto legislativo 1/2012, del 14. 06.2012, "por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

³⁸ Le trattative con questo gruppo guerrigliero, il secondo per presenza nel Paese, iniziarono con una prima fase esplorativa nel 2012 e divennero pubbliche nel 2017. Il sesto ciclo di questo dialogo, che pure si svolse a L'Avana, si è chiuso nel mese di agosto 2018 senza raggiungere un accordo sul cessate il fuoco (si veda [qui](#)). Il processo è attualmente fermo, in attesa della posizione che assuma al riguardo il nuovo Presidente Iván Duque, di schieramento opposto al precedente Presidente Santos.

³⁹ L'Atto legislativo 1/2012 ha introdotto due nuove disposizioni transitorie nel testo della Costituzione colombiana: la disposizione transitoria 66, che enuncia i principi della giustizia di transizione, il carattere eccezionale degli strumenti di cui questa si avvale e le condizioni per accedervi, e la disposizione transitoria 67, che rinvia ad una legge la definizione dei delitti connessi al reato politico su cui si basa l'applicazione di determinate misure per l'accesso alla politica.

⁴⁰ *Fiscalía General de la Nación*, Direttiva 001/2012, del 4.10.2012. Il documento prevede un insieme di criteri di carattere soggettivo (come l'identificazione dei "massimi responsabili"), oggettivo (come la gravità dei delitti commessi e la loro rappresentatività) e complementare (come la fattibilità e la "ricchezza didattica"). L'elaborazione di tali criteri si è basata in buona misura sullo studio realizzato da un gruppo di esperti coordinati dal Prof. Ambos, a partire da un'analisi comparativa di documenti ed esperienze nazionali ed internazionali: si veda <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25829.pdf> (ultimo accesso il 27.10.2018).

⁴¹ Tali criteri hanno modellato poi anche la persecuzione penale nell'ambito della macrocriminalità, anche oltre il nucleo dei crimini internazionali: vid. APONTE CARDONA (2017), pp. 323-324.

⁴² Su cui *infra*, sezione 3.3.

⁴³ Aponte le definisce "imposizioni del principio di realtà": APONTE CARDONA (2017), p. 323. In Colombia il Procuratore ha l'obbligo di aprire l'indagine quando gli perviene una notizia di reato (art. 66 Código de Procedimiento penal). Esiste un principio di opportunità applicabile nei casi tassativamente previsti dalla legge, e con l'espressa esclusione di "hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo". I criteri ora menzionati costituiscono dunque una deroga a questo principio applicabile in via generale nel sistema penale colombiano.

⁴⁴ Corte Costituzionale, sentenza C-577/2014, del 6.8.2014. Sulla base di un'analisi comparativa di altre esperienze transizionali e di un giudizio di bilanciamento tra i valori fondamentali in gioco, la Corte ha concluso che l'obiettivo prioritario di creare una pace sostenibile, insieme all'eccezionalità del momento storico che sta vivendo il paese, rendono necessaria l'adozione di meccanismi parimenti eccezionali, quali appunto i criteri di selezione e definizione di priorità, con l'unico limite che si assicuri la persecuzione penale dei crimini internazionali commessi in modo sistematico. Per un'analisi dettagliata dei molti profili di interesse di questa sentenza, si vedano i contributi pubblicati in: AMBOS, ZULUAGA (2014).

⁴⁵ Direttiva 001/2012, citata, p. 30, traduzione libera.

La considerazione, realistica, dell'incapacità della giustizia penale di arrivare a "tutto e tutti", a fronte di fenomeni di violenza collettiva, si trasforma così nell'occasione di elaborazione di criteri che, nel razionalizzare l'intervento giudiziario, tengono conto anche del contributo che in tal modo si può dare, in termini di conoscenza e impatto simbolico, alla creazione di una narrativa del conflitto e di una memoria su di esso.

3.2.1. *Il Sistema Integrale creato dall'Accordo con le FARC-EP.*

E arriviamo così alla terza e ultima (per ora) tappa del travagliato processo di pace colombiano: l'Accordo di pace firmato nel 2016 tra il Governo e le FARC-EP, dopo quattro anni di negoziati svoltisi a L'Avana e seguiti con grandissima attenzione da tutto il mondo⁴⁶.

L'Accordo dà forma ad un progetto transizionale estremamente complesso, interessante ed ambizioso, ispirato ad un approccio olistico che combina interventi di risposta immediata al lascito del conflitto con misure volte ad eliminare i fenomeni che hanno dato origine a quest'ultimo o l'hanno alimentato, come il narcotraffico, la disparità nella distribuzione delle terre, l'impossibilità di alcuni settori sociali di vedersi rappresentati nelle sfere politiche⁴⁷. Tra i molteplici interventi e meccanismi previsti, mi concentro qui su quelli inclusi nel punto 5 dell'Accordo, dal titolo "Vittime", che prevede appunto le misure di giustizia transizionale propriamente dette⁴⁸. Questo punto crea un articolato Sistema integrale (*Sistema Integral de Justicia, Verdad, Reparación y No Repetición*) che combina cinque meccanismi differenti:

- persecuzione penale affidata ad un tribunale speciale (la "Giurisdizione Speciale per la Pace", *Jurisdicción Especial para la Paz*) e con la possibilità di applicare sanzioni penali speciali (pene ridotte e pene alternative di contenuto restaurativo), come si spiegherà *infra*;
- misure di amnistia ed indulto per reati politici e connessi;
- una Commissione per la verità (*Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición*);
- un'Unità speciale per la ricerca di vittime di sparizione forzata (*Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado*);
- misure di riparazione per le vittime (*Medidas de reparación integral para la construcción de la paz*)⁴⁹.

Il primo dato interessante di questo Accordo (e dell'Atto legislativo n. 1/2017 del 4 aprile 2017 che vi dà attuazione) è che la memoria scompare dalla nomenclatura dei molteplici meccanismi che compongono il sistema: si parla di pace (nella Giurisdizione speciale), di verità (nella Commissione per la verità), di riparazione e di non ripetizione (nella medesima Commissione e nelle misure di riparazione), ma nessuno dei *nomina* dei meccanismi previsti include espressamente la memoria.

Inoltre, l'Accordo di pace menziona il termine "memoria" poche volte, e quando lo fa si riferisce inamovibilmente alla "*memoria histórica*"⁵⁰, questo termine così scivoloso (che già compariva nella Legge di Giustizia e pace) i cui aspetti critici abbiamo già evidenziato.

Questo cambio nell'uso della terminologia può dipendere, semplicemente, dalle preferenze degli attori coinvolti nella redazione del testo dell'Accordo, ma si può anche interpretare, a mio parere, come il segno tangibile della consapevolezza, maturata grazie allo studio di differenti esperienze transizionali e alla crescente riflessione dottrinale al riguardo (elementi di cui si è tenuto ampiamente conto nel processo di pace con le FARC-EP), che la memoria è un obiettivo *mediato* nei processi di transizione, che va perseguito e costruito attraverso altri meccanismi, ed obiettivi, più immediati: giustizia (anche) penale, ricerca della verità, riparazione simbolica e pedagogia della società. Mi soffermerò ora brevemente sui primi due tra questi meccanismi.

⁴⁶ Per maggiori informazioni su queste trattative e per consultare il testo completo dell'Accordo finale, di data 12.11.2016, [qui](#).

⁴⁷ Si veda al riguardo MACULAN (2017), sezione 4.1.

⁴⁸ Già il titolo assegnato a questo punto dell'Accordo costituisce una spia della centralità riconosciuta alle vittime delle gravi violazioni dei diritti umani in tale progetto transizionale. Concorda APONTE CARDONA (2017), pp. 330 e ss.

⁴⁹ P. 127 ss. (punto 5.1.) dell'Accordo finale.

⁵⁰ P. 127: "*la integralidad del Sistema contribuye al esclarecimiento de la verdad y a la construcción de la memoria histórica*"; p. 130: la Commissione serve alla "*construcción y preservación de la memoria histórica*", al pari della "*mapa de victimización*" alla cui creazione si impegna il Governo (p. 185).

3.2.2. *L'ambito penale.*

La Giurisdizione speciale per la pace prevista dall'Accordo⁵¹ si basa su un procedimento speciale, notevolmente semplificato e abbreviato rispetto al processo ordinario, all'esito del quale si può imporre una sanzione alternativa assai benefica per il reo, che l'Accordo definisce come "sanzione propria" (*sanción propia*) e che consiste in una restrizione parziale della libertà, senza detenzione in carcere, per un periodo che va dai 5 agli 8 anni, con l'obbligo di svolgere determinate attività di contenuto riparativo a beneficio delle vittime e della comunità⁵².

La condizione, per accedere sia a questo procedimento sia alla sanzione, è che il soggetto dichiari la propria responsabilità e riconosca i fatti delittuosi di cui è al corrente. Se ciò avviene, dopo gli opportuni accertamenti della veridicità delle informazioni fornite dal soggetto, si procede direttamente all'imposizione della sanzione speciale. Nel caso di mancato riconoscimento di responsabilità, invece, si svolge un processo secondo le regole del contraddittorio, il cui esito può consistere nell'imposizione di una sanzione ordinaria di detenzione con una cornice edittale dai 15 ai 20 anni oppure, quando il soggetto riconosca la propria responsabilità in modo tardivo (vale a dire, dopo l'apertura del dibattimento ma prima che intervenga la sentenza di condanna), nella sanzione alternativa (*sanción alternativa*) della detenzione, in condizioni ordinarie, con una cornice edittale ridotta (da 5 a 8 anni)⁵³.

Similmente al procedimento di Giustizia e pace, quindi, una dichiarazione di responsabilità è il requisito per ottenere un trattamento penale premiale, secondo un meccanismo di scambio che permette non solo di adempiere ai fini propri della pena, ma anche di raggiungere l'altro, fondamentale, obiettivo, di incentivare i presunti responsabili a collaborare al chiarimento dei fatti occorsi. La dichiarazione va resa dinanzi alla "Sala per il riconoscimento della verità, della responsabilità e della determinazione di fatti e condotte", una delle Sale che compongono la Giurisdizione speciale, deputata a fare per così dire da filtro ai vari casi che si presentano all'attenzione del meccanismo⁵⁴.

Sebbene sia l'Accordo sia la Legge di implementazione trattino questa dichiarazione semplicemente come requisito processuale per accedere al procedimento e alla sanzione speciale, è innegabile che tale dichiarazione costituisca al tempo stesso un apporto per ricostruire l'accaduto e raccogliere informazioni e possibilmente prove sui crimini commessi nell'ambito del conflitto armato. Il meccanismo penale speciale così istituito offre pertanto un contributo importante alla costruzione della verità e, in via mediata, di una memoria condivisa sull'esperienza di violenza collettiva.

3.2.3. *La Commissione per la verità.*

Ma il meccanismo del Sistema integrale più direttamente legato alla funzione di ricerca della verità e della costruzione di memoria è la Commissione della verità (CEVCNR, secondo l'acronimo del nome spagnolo)⁵⁵. Si tratta di un organismo, di carattere extra-giudiziario e temporaneo⁵⁶, deputato a svolgere un'indagine storica e sociologica sul contesto, le cause e l'impatto del conflitto e sulle gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario commesse nel suo ambito⁵⁷.

Un aspetto su cui si insiste in modo particolare è la netta separazione tra l'attività di questa Commissione e la sfera giudiziaria penale, in una duplice modalità. Da una parte, si

⁵¹ La sua creazione fu poi disposta dall'Atto legislativo n. 1/2017, del 4.04.2017, "por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones", artt. transitori 3-17.

⁵² Pp. 164 (par. 60) e 172 ss. (sezione I) dell'Accordo finale. La natura di tali sanzioni suggerisce l'intenzione di inserire un elemento di giustizia ristorativa nel meccanismo penale speciale così creato: sul punto, MACULAN (2017), sezione 4.5, e APONTE CARDONA (2017), pp. 339-340.

⁵³ Pp. 175 (sezione III) e 174 (sezione II), rispettivamente, dell'Accordo finale.

⁵⁴ Pp. 153 ss. (parr. 47-48) dell'Accordo finale e art. transitorio 15 dell'Atto legislativo 1/2017.

⁵⁵ La *Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición*, prevista nell'Accordo di pace (p. 130 ss., punto 5.1.1.1) e dall'art. transitorio 2 dell'Atto legislativo 1/2017, è stata formalmente creata dal Decreto del Presidente della Repubblica n. 588/2017, del 5.04.2017.

⁵⁶ Il suo mandato è di 3 anni, oltre a 6 mesi iniziali per organizzare l'attività: art. 1 del DPR 588/2017.

⁵⁷ Punto 5.1.1.1, p. 130 ss. dell'Accordo finale.

specifica che le attività di quest'organismo "non avranno carattere giudiziale e non potranno implicare l'imputazione penale di coloro che compaiano davanti ad essa. L'informazione che riceva o produca la Commissione non potrà essere da essa trasferita alle autorità giudiziarie per attribuire responsabilità in processi penali né per acquisire valore probatorio, e le autorità giudiziarie non potranno richiederla"⁵⁸.

Dall'altra parte, la configurazione stessa del suo mandato mira ad evitare possibili sovrapposizioni o confusioni con le indagini giudiziarie, dato che limita l'oggetto dell'accertamento ad una spiegazione ampia e generale del conflitto ed alle responsabilità di carattere collettivo⁵⁹, escludendo invece il c.d. *naming names*, vale a dire, la dichiarazione di responsabilità individuali⁶⁰.

Questa chiara separazione funzionale, definita fin dal momento della costituzione dell'organismo, consente di evitare i frequenti problemi che sorgono quando si permette che i tribunali penali acquisiscano come mezzi di prova le dichiarazioni prestate dai presunti responsabili di crimini dinanzi ad una commissione per la verità, senza le garanzie che il giusto processo impone quando da esse possano insorgere conseguenze in ambito penale, primo fra tutti il diritto a non auto-incriminarsi⁶¹.

Inoltre, riflette nitidamente la consapevolezza della differenza tra l'accertamento della verità storica, affidato in questo caso alla Commissione, e quello della verità processuale, compito dei tribunali, che già si è segnalata in precedenza⁶², e che è invece sfumata in altri meccanismi transizionali, come ad esempio i "giudizi per la verità" argentini⁶³.

Infine, l'Accordo di pace prevede che la Commissione tenga conto dell'apporto dei precedenti meccanismi extra-giudiziari di accertamento della verità, che parimenti si sono concentrati sulle dinamiche generali della violenza collettiva: il Gruppo e il Centro Nazionale di Memoria Storica, istituiti nell'orbita della Legge di Giustizia e pace, e la "Commissione storica del conflitto e delle sue vittime" (*Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*), operante nell'ambito delle conversazioni di pace de L'Avana⁶⁴. In quest'ambito possiamo dunque riscontrare una stratificazione dell'attività di indagine e ricostruzione dei fatti, il cui obiettivo è la creazione di una narrativa ed una memoria del conflitto il più possibile ampia, completa e condivisa.

4. Considerazioni conclusive.

Questa breve panoramica sull'esperienza transizionale colombiana permette di trarre alcuni spunti di riflessione la cui rilevanza e validità trascende, a mio parere, quello specifico ambito nazionale.

Innanzitutto, la costruzione della memoria appare, nei processi di transizione, come obiettivo mediato, cui si perviene attraverso un previo lavoro di accertamento dei fatti, chiarimento delle dinamiche e riconoscimento di responsabilità, affidato a distinte istanze di carattere ufficiale (cui si possono accompagnare poi iniziative private o locali, come complemento).

In secondo luogo, la memoria appare come il frutto dell'azione sinergica di più attori, tra i quali spiccano, senz'altro, le Commissioni per la verità ed organismi analoghi, deputati all'accertamento dei fatti e al loro riconoscimento ufficiale in un ambito extra-giudiziario.

Anche la giustizia penale contribuisce, anche se solamente in via mediata, al conseguimento di tale obiettivo. Tuttavia, il riconoscimento di tale ruolo non deve indurre a dimenticare

⁵⁸ Articolo 4 del Decreto 588/2017, traduzione libera.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Poche commissioni della verità (come quella de El Salvador e del Ruanda) decisero di pubblicare una lista dei nomi degli individui responsabili: questa scelta generò problemi in termini di stabilità politica dei nuovi assetti istituzionali, oltre che problemi giuridici in relazione al rispetto delle garanzie di difesa. Si vedano: FREEMAN (2006), pp. 268 e ss.; HAYNER (1994), pp. 647 e ss.

⁶¹ Questo problema fu all'origine del conflitto tra la *Special Court for Sierra Leone* e la *Truth and Reconciliation Commission* in Sierra Leone quando Samuel Hinga Norman, imputato dinanzi al tribunale speciale, richiese di prestare dichiarazione dinanzi alla Commissione, generando una serie di difficoltà in relazione alle sue garanzie di difesa. Cfr. NESBITT (2007), pp. 977-1014.

⁶² Vid. *supra*, sezione 2.

⁶³ Per uno studio critico di tale fenomeno: MACULAN, PASTOR (2013).

⁶⁴ Si tratta di un gruppo di 12 esperti indipendenti chiamati, in virtù di un accordo parziale raggiunto nella *Mesa de Conversaciones* dell'Avana il 5 agosto 2014, ad analizzare in prospettiva storica aspetti specifici del conflitto. Il risultato del loro lavoro fu pubblicato il 10 febbraio 2015 in un Rapporto che raccoglie i 12 saggi redatti separatamente dagli esperti e 2 rapporti generali dei relatori, disponibile [qui](#). Per un commento, si veda: AMBOS, ZULUAGA (2015) disponibile [qui](#).

che, da una parte, la ricerca di una verità storica e completa su quanto accaduto non è, né deve diventare, il fine specifico del processo penale. Dall'altra parte, contrariamente a quanto si potrebbe pensare, la parziale limitazione o l'applicazione flessibile dell'esercizio dell'azione penale o delle corrispondenti sanzioni, rispondenti alle esigenze proprie del momento straordinario che è la transizione, non inficiano il raggiungimento di quell'obiettivo, anzi: i meccanismi speciali analizzati nell'esperienza colombiana (il procedimento di Giustizia e pace con la *versión libre*, i criteri di selezione e priorità dei casi, il procedimento speciale e le sanzioni premiali della Giurisdizione speciale per la pace), pur fissando dei limiti al processo penale e/o alla pena, contribuiscono in realtà alla costruzione di una narrativa del conflitto armato e della sua memoria.

Infine, una notazione di chiusura: la costruzione di una memoria collettiva necessita anche del decorso di un certo tempo, per così dire, fisiologico, per "maturare", tanto più in contesti dove l'esperienza di violenza non è ancora del tutto chiusa, come in Colombia. Di conseguenza, non si può pretenderne il conseguimento in tempi rapidi, né la si può semplicemente imporre dall'alto: essa permane come orizzonte verso cui tendono tutti i processi transizionali.

Bibliografia

AMBOS, Kai e ZULUAGA, John (2014): *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579/2013 de la Corte Constitucional* (Bogotá, KAS).

AMBOS, Kai e ZULUAGA, John (2015): "Acerca del Informe de la Comisión Histórica del Conflicto Armado y sus Víctimas", *Ambito Jurídico*

<http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Categorias-IPAD/Opinion/acerca-del-informe-de-la-comision-historica-del-conflicto-armado-y-sus-victimas.asp?Miga=1>.

APONTE CARDONA, Alejandro (2009a): "Colombia: un caso sui generis nell'ambito della giustizia di transizione", in FRONZA, Emanuela e FORNASARI, Gabriele (editor): *Il superamento del passato e il superamento del presente* (Trento, Dipartimento di Scienze Giuridiche), pp. 177-213.

APONTE CARDONA, Alejandro (2009b): "Colombia", in AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel e ELSNER, Gisela (editor): *Justicia de transición* (Montevideo, KAS), pp. 235-295.

APONTE CARDONA, Alejandro (2017): "El Acuerdo de paz y el modelo transicional colombiano: hacia un reconocimiento y dignificación de las víctimas", in GIL GIL, Alicia e MACULAN, Elena (editor): *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva* (Madrid, Dykinson), pp. 311-343.

CALAMANDREI, Piero (1939): "Il giudice e lo storico", *Rivista di Diritto Processuale Civile*, XVII, pp. 105-128.

FERRAJOLI, Luigi (1989): *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Roma, Laterza).

FORNASARI, Gabriele e FRONZA, Emanuela (2011): "Le antinomie tra diritto penale interno e diritto penale internazionale nella tutela dei diritti umani. Alcune osservazioni dal punto di vista del penalista italiano", in FORNASARI, Gabriele e FRONZA, Emanuela (editor): *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America latina* (Trento, Dipartimento di Scienze Giuridiche), pp. 1-31.

FORNASARI, Gabriele (2014): "Giustizia di transizione (diritto penale)", *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, pp. 547-570.

FREEMAN, Mark (2006): *Truth Commission and Procedural fairness* (New York, CUP).

- FRONZA, Emanuela (2012): *Il negazionismo come reato* (Milano, Giuffrè).
- GAMBERINI, Alessandro (2009): “Elementi di riflessione sul processo di giustizia transizionale in corso in Colombia”, in FRONZA, Emanuela e FORNASARI, Gabriele (editor), *Il superamento del passato e il superamento del presente* (Trento, Dipartimento di Scienze Giuridiche), pp. 215 ss.
- GARAPON, Antoine (2005): *Crimini che non si possono punire né perdonare* (Bologna, Il Mulino).
- GIL GIL, Alicia (2008): *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica* (Barcelona, Atelier).
- GIL GIL, Alicia (2017): “El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia”, in GIL GIL, Alicia, MACULAN, Elena e FERREIRA, Susana (editor): *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición* (Madrid, IUGM), pp. 21-52.
- GINZBURG, Carlo (1991): *Il giudice e lo storico* (Milano, Feltrinelli).
- GÓMEZ ISA, Felipe (2006): *El derecho a la memoria* (Bilbao, Universidad de Deusto).
- GRASSO, V. (2009): “La Ley de Justicia y paz colombiana. Un modello di giustizia penale di transizione”, *Diritto penale XXI secolo*, pp. 227 ss.
- GUZMÁN, Nicolas (2006): *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica* (Buenos Aires, Editores del Puerto).
- HAYNER, Priscilla (1994): “Fifteen Truth Commissions - 1974 to 1994: A Comparative Study”, *Human Rights Quarterly*, 16, pp. 647 ss.
- HUBER, F. (2007): *La Ley de Justicia y Paz: desafíos y temas de debate* (Bogotá, Friedrich Hebert Stiftung).
- JULIÁ, Santos (2006): “Memorias en lugar de memoria”, *El País*
https://elpais.com/diario/2006/07/02/domingo/1151811033_850215.html
- LOLLINI, Andrea (2011): *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa* (Oxford - New York, Berghahn Books).
- MACULAN, Elena (2017): “Il processo di pace colombiano: una nuova pagina nella storia della giustizia di transizione”, *Diritto penale XXI secolo*.
- MACULAN, Elena (2018): “Derecho penal, obligaciones internacionales y justicia de transición”, *Revista penal*, 41, pp. 117-135.
- MACULAN, Elena e PASTOR, Daniel (2013): *El derecho a la verdad y su ejercicio por medio del proceso penal* (Buenos Aires, Hammurabi).
- NESBITT, Michael (2007): “Lessons from the Sam Hinga Norman Decision of the Special Court for Sierra Leone: How trials and truth commissions can co-exist”, *German Law Journal*, 8, pp. 977-1014.
- OSIEL, Mark (1997): *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law* (New Brunswick, Transaction Publishers).

PASTOR, Daniel (2013): “Acerca de la verdad como derecho y como objeto exclusivo del proceso penal”, in MACULAN, Elena e PASTOR, Daniel (editor): *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal* (Buenos Aires, Hammurabi), pp. 92 ss.

TARUFFO, Michele (2015): “Verità e giustizia di transizione”, *Criminalia*, pp. 21-50.

TEITEL, Ruti (2000): *Transitional Justice* (Oxford, OUP).

TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria (2010): “La revisión del pasado y la Ley de Memoria Histórica”, *Revista penal*, pp. 151 ss.

VARNEY, Howard (2007): “Retribution and Reconciliation: War Crimes Tribunals and Truth Commissions – can they work together?”, in AA. VV.: *End Our Freedoms: A Decade’s Reflection on the Advancement of Human Rights* (Human Rights Institute of the International Bar Association).

VOLK, Klaus (2007): *La verdad sobre la verdad y otros estudios* (Buenos Aires, Ad Hoc).



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>