

XIV F/75

[Festschrift -]

PROF. DOUTOR
AUGUSTO SILVA DIAS
IN MEMORIAM

Hrsg.: Alves, Catarina Abegão;
Morão, Helena; Leite, Inês Ferreira

Volume I



IDPCC
Instituto de
Direito Penal e
Ciências Criminais



CIDPCC
Centro de Investigação
em Direito Penal e Ciências Criminais



AAFDL
EDITORA

Lisboa / 2022

TRANSITIONAL JUSTICE NA COLÔMBIA: DIREITO (PENAL) INTERNACIONAL E AMNISTIA(S)

Kai Ambos^{*/**}

SUMÁRIO: Introdução; I. *Transitional Justice*: em geral e na Colômbia; II. O argumento jurídico (penal) internacional contra amnistias (absolutas) para os mais graves crimes internacionais; III. A Lei de Amnistia colombiana à luz do direito (penal) internacional e da teoria do crime; 1. Observações gerais; 2. Justiça penal e amnistias; 3. Crimes passíveis de amnistias (políticos e conexos) versus crimes não passíveis de amnistias (gerais e internacionais); 4. Tráfico de droga como um crime conexo a um crime político e, assim, elegível para amnistia?; Conclusão.

Introdução

A *Transitional Justice* (TJ), uma disciplina em expansão, apresenta alternativas promissoras às respostas penais clássicas face ao crime (internacional), por seu turno, o modelo colombiano de TJ, contém valioso material ilustrativo para futuros processos de TJ. Neste contexto, de homenagem ao Professor Doutor Augusto Silva Dias, será analisada, em particular, a Lei de Amnistia colombiana – Lei 1820 de 30 de dezembro de 2016¹, no que diz respeito à respetiva compatibilidade com o direito (penal) internacional. Após algumas considerações introdutórias sobre o conceito de TJ, em geral, assim como sobre a situação colombiana em particular (I.), será recordado o argumento de direito

* Catedrático de direito penal e processo penal, direito comparado, direito penal internacional e direito internacional público na Faculdade de Direito da Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha). Diretor-geral do Centro de Estudos de Direito Penal e Processo Penal Latino-americano (CEDPAL) da Universidade de Göttingen. Entre março de 2006 e fevereiro de 2017, desempenhou as funções de Juiz do Tribunal Provincial (*Landgericht*) de Göttingen, Alemanha (atualmente de licença). É, desde fevereiro de 2017, Juiz no Tribunal Especial para o Kosovo (KSC), Haia, Países Baixos. É também, desde dezembro de 2017, *amicus curiae* do Tribunal para a Paz da Jurisdição Especial para a Paz (JEP), Bogotá, Colômbia.

** Tradução: Inês Freixo (doutoranda na Faculdade de Direito da Georg-August-Universität Göttingen) do artigo original “Transitional Justice in Kolumbien: Völker(straf)recht und Amnestie(n)”. O Autor agradece ao Prof. Dr. Peter Rackow e a Susann Abueldahab pelo seu importante apoio durante a preparação do texto. Agradece igualmente ao Dr. Gustavo Cote, a Diego Tarapués Sandino e a Juliette Vargas pelas suas observações relativas ao direito colombiano.

¹ Lei n.º 1820, de 30 de dezembro de 2016 (“Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”), Jornal Oficial n.º 50.102, Gazeta Oficial n.º 1187/16 (Texto Plenário do Senado: n.º 001/16), disponível em: <https://de.slideshare.net/Contrial/ley-1820-sobre-amnistia-indulto-y-tratamientos-penales-especiales> (consultada em 18.10.2021). Para um comentário ver AA.VV., *Ley de Amnistia. Comentario completo y sistemático (Ley 1820 de 2016)* (eds. Ambos, K./Cote Barco, G. E.), Bogotá: Temis, 2019.

(penal) internacional contra as amnistias (absolutas) dos mais graves crimes internacionais (*international core crimes*) (II.), a fim de, em seguida, se examinar a Lei de Amnistia colombiana à luz destes requisitos (penais) internacionais e de considerações da teoria do crime (III.). Por último, serão apresentadas as principais conclusões.

I. Transitional Justice: em geral e na Colômbia

A denominada *Transitional Justice* (TJ) surgiu nos anos 90 do século passado como área de investigação científica, por um lado, e, por outro lado, como um conjunto de políticas² com o objetivo de tratar a “justiça” em situações de pós-conflito (assim como em situações de mudança de sistema ou de regime político) ou, mesmo, durante o decurso de um conflito³. Neste contexto, “justiça” deve ser entendida em sentido lato – como “ideal of accountability and fairness in the protection and vindication of rights”⁴ – esta inclui, expressamente, medidas não penais/punitivas, como comissões

² O termo “Transitional Justice” foi, provavelmente, cunhado por Ruti Teitel (ver TEITEL, Rudi, “Transitional Justice Globalized”, *The International Journal of Transitional Justice* 2 [2008], p. 1 [1]: “Transitional justice” is an expression I coined in 1991 at the time of the Soviet collapse and on the heels of the late 1980’s Latin American transitions to democracy”). ARTHUR, Paige, “How ‘Transitions’ Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice”, *Human Rights Quarterly* 31, 2 (2009), p.321 (p. 327 ss.) trata extensivamente da história do termo. Ao procurar palavras-chave nas bases de dados relevantes, diz ele, o termo pode ser encontrado num artigo no *Boston Herald* de 5 de Abril de 1992 sobre a Conferência de Salzburgo da Fundação Charter 77, da jornalista Mary Jo Palumbo. No entanto, pode ser demonstrado que os organizadores e consultores da conferência, incluindo Ruti Teitel, já tinham trabalhado com o termo no período anterior à conferência. O termo foi igualmente utilizado independentemente da Conferência da Charter 77 no início dos anos 90 (329 e s.): De facto, a seguinte paráfrase, utilizada por Corradi, pode ser encontrada em: AA.VV., *Fear at the Edge. State Terror and Resistance in Latin America* (eds. Corradi, J.E./Weiss Fagen, P./Garretón, M.A.), Berkeley: University of California Press, 1992, pp. 267 (285 e s.): “Transitional justice is both more and less than ordinary justice. It is more because it aims beyond the simple ordering of human relations: it seeks to achieve moral and political regeneration. It is less than ordinary justice because it is subject to serious irregularities, it is a political formula for the formal elimination of a scapegoat, it is imbued with problematic judgments by the power holders of the moment on the qualities and policies of their predecessors, and it is a constitutive act of a new regime.”. Tudo parece apontar para uma dificuldade em determinar com precisão o criador original do conceito TJ (ver também WERLE, Gerhard/VORMBAUM, Moritz, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlin: Springer, 2018, p. 3 com mais referências). O que parece certo, porém, é que AA.VV., *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, (ed. Kritz, Neil, J.), 3 volumes, Washington: United States Institute of Peace, 1995, foi muito importante para a distribuição posterior (neste sentido também WERLE/VORMBAUM, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, cit.; em contraste, WERLE, Gerhard/JESSBERGER, Florian, *Völkerstrafrecht*, 4ª ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, nota de rodapé 546 até nota final 263: “O termo “Transitional justice” foi utilizado pela primeira vez por Kritz...”). No debate paralelo em língua alemã, os termos “Vergangenheitsaufarbeitung” ou “Vergangenheitsbewältigung” dominam há muito tempo, ver AA.VV., *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse* (eds. Eser/Sieber/Arnold), vol. 1-14, Berlin: Duncker & Humblot, 2000-2012.

³ AMBOS, Kai, “The Legal Framework of Transitional Justice”, in: AA.VV., *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development* (eds. Ambos/Large/Wierda), Berlin: Springer, 2009, pp. 19 ss. com mais referências.

⁴ UN SECURITY COUNCIL, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the Secretary General*, S/2004/616, 23.8.2004, para. 7. Em particular, o conceito de “justice”

de verdade, assim como sanções alternativas e tradicionais, nomeadamente, mecanismos de resolução de conflitos⁵. Por último, a justiça de transição passará pela elaboração de um repertório de medidas (“tool box”), algumas das quais já haviam sido aplicadas no pós-Segunda Guerra Mundial na Alemanha⁶. Estas medidas devem ser aplicadas com a maior precisão possível, de acordo com a concreta situação de TJ, a fim de promover uma transição gradual e, ao mesmo tempo, conforme ao direito internacional⁷. Ainda que as preocupações com a “justiça” e a edificação da paz estejam naturalmente interligadas⁸, tal não quer dizer, necessariamente, que um sistema de justiça, largamente orientado para a *justiça penal*, não possa afetar negativamente o curso de um processo de paz⁹. Neste contexto, uma questão fundamental é a de saber até que ponto os meios de amnistia devem ser utilizados (adequadamente) e podem ser utilizados de forma juridicamente admissível. Embora se possa agora encontrar uma resposta razoavelmente clara, pelo menos sobre os limites da admissibilidade jurídica (*internacional*) das amnistias (ver infra 2.), a questão de saber até que ponto as amnistias (e/ou outras medidas) *devem ser utilizadas* num contexto de TJ só pode ser respondida empiricamente. A este respeito, há que reconhecer que a investigação empírica sobre a utilidade da TJ exige um tratamento interdisciplinar complexo e de notar, igualmente, que os

num dado contexto não pode ser traduzido como justiça “penal”/“penal” retributiva (TEITEL, “Transitional Justice Globalized”, cit., p. 4; AMBOS, “The Legal Framework of Transitional Justice”, cit., pp. 22 ss.).

⁵ UN SECURITY COUNCIL. *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, cit., para. 7 (“traditional dispute resolution mechanisms... equally relevant”); em profundidade sobre formas de “local transitional justice”, que podem ir desde rituais de resolução de conflitos (Timor-Leste) até à utilização de curandeiros Magamba em Moçambique WALDORF, Lars, “Local Transitional Justice: Customary Law, Healing Rituals, and Everyday Justice”, in: AA.VV., *An Introduction to Transitional Justice* (ed. Simić, Olivera), London: Routledge, 2017, pp. 157 ss.; Ver também POZEN, Joanna/NEUGEBAUER, Richard/NTAGANIRA, Joseph, “Assessing the Rwanda Experiment: Popular Perceptions of Gacaca in Its Final Phase”, *International Journal of Transitional Justice* 8, 1 (2014), pp. 31 ss. sobre os julgamentos tradicionais da aldeia de Gacaca no Ruanda.

⁶ Cf. em particular sobre o, altamente diferenciado e apenas parcialmente sucedido, processo de “desnazificação” GÖRTEMAKER, Manfred/SAFFERLING, Christoph, *Die Akte Rosenberg*, München: C.H. Beck, 2016, pp. 63 ss.

⁷ Cf. Por exemplo POSNER, Eric A./VERMEULE, Adrian, “Transitional Justice as Ordinary Justice”, *Harvard Law Review* 117, 3 (2004), (pp. 761-825) p. 766; FLETCHER, Laurel E./WEINSTEIN, Harvey M./ROWEN, Jamie, “Context, Timing and the Dynamics of Transitional Justice: A Historical Perspective”, *Human Rights Quarterly* 31, 1 (2009), (pp.163-220), p. 170; por fim WERLE/VORMBAUM, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, cit., pp. 6 ss., com mais referências.

⁸ Insistindo neste ponto VEST, Hans, “Aktuelle Transitionsforschung und Transitionsstrafrecht”, *JZ* 74, 1 (2019), (pp. 26-32), p. 27: A relação entre justiça e paz é “infelizmente por vezes entendida como uma contradição aporética”.

⁹ AMBOS, “The Legal Framework of Transitional Justice”, cit., p. 23; WERLE/VORMBAUM, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, cit., p. 31, ambos com mais referências ; ver também, por exemplo, MIHR, Anja, “An Introduction to Transitional Justice”, in: AA.VV., *An Introduction to Transitional Justice*, cit., pp 9 ss., e (com uma perspetiva genealógica) TEITEL, Ruti, “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal* 16 (2003), (pp. 69-94) pp. 81 ss.; GALAIN PALERMO, Pablo, “Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay”, *ZStW* 125, 2 (2013), (pp. 379-406) pp. 385, fala (no contexto da justiça de transição no Uruguai) do facto de ser “necessário operar entre a Realpolitik (formas de perdão e esquecimento características dos processos de transição) e as exigências de justiça.

resultados disponíveis não são homogêneos¹⁰. É assim, provavelmente, adequado que nos centremos na eficácia de um instrumento, como uma lei de amnistia, e perguntar se terá sido concebida e implementada (ou se pode vir a ser implementada) em conformidade com o respetivo conceito de TJ¹¹.

Em seguida, será demonstrado que o processo colombiano de TJ, caracterizado por uma notável complexidade, incorpora a amnistia de forma plausível e justificável, embora a respetiva aplicação eficaz e viabilidade levantem questões e problemas (ver infra 3). Quanto a este último ponto é de notar uma certa inconsistência que reside no facto de a legislação colombiana, neste âmbito, ser, provavelmente, a mais exigente de todos os modelos de TJ até hoje implementados. Tal é visível não só através das mais recentes reformas constitucionais e legais a fim de implementar a Jurisdição Especial para a Paz (*Jurisdicción Especial para la Paz*, JEP)¹², mas de igual forma na Lei de Justiça e Paz (*Ley de Justicia y Paz*) de 2005¹³. Igualmente, já os anteriores processos de paz das décadas de 80 e 90, que resultaram em perdões (*Indultos*) de antigos membros de grupos guerrilheiros, como o “Movimento de 19 de Abril” (*Movimiento 19 de Abril*, M-19) ou o “Exército Popular de Libertação” (*Ejército Popular de Liberación*, EPL) ficaram marcados por uma singular complexidade¹⁴.

¹⁰ Cf. AMBOS, Kai, “Entries on Transitional Justice Concepts and Terms”, in: *Encyclopedia of Transitional Justice* (eds. Stan, L./Nedelsky, N.), vol. I, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, (pp. 175 ss.) p. 179.

¹¹ Tal pressupõe que a lei em questão (ou a sua implementação) conduz a resultados identificáveis coincidentes com os respetivos objetivos do processo TJ a um custo razoável. Cf. AMBOS, “Entries on Transitional Justice Concepts and Terms”, cit., p. 175; sobre a distinção entre eficácia e eficiência desta última, que é comum em economia AMBOS, Kai, “Evaluando la eficiencia de la Justicia Transicional”, *ZIS* 9 (2015), (pp. 468-472) p. 468; também WERLE/VORMBAUM, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, cit., p. 141 com outras referências.

¹² Cf. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera v. 24.11.2016 (Acuerdo Final 24/16), pp. 143 ss., disponível em: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf> (consultado em 18.10.2021). Ver também *Acto Legislativo 1/2017* v. 4.4.2017, que constitucionalizou as disposições centrais do Acordo de Paz, disponível em: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf> (consultado em 18.10.2021). Cf. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Die Lösung des kolumbianischen bewaffneten Binnenkonflikts”, *ZIS* 7-8 (2017), (pp. 369-374) p. 370: “único no mundo”; ESER, Albin, “Transitional Justice: Zum kolumbianischen Friedensabkommen im Licht von Ulfrid Neumann”, in: AA.VV., *Rechtsstaatliches Strafrecht – Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag* (eds. Saliger, F. et al.), Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 562: “imensamente extensa... volume de paz”.

¹³ Ley No. 975, del 25 de julio de 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, Diario Oficial No. 45.980, Gaceta 520/05. Em detalhe, AMBOS, Kai et al., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de „justicia y paz“ en Colombia*, 2010, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26869.pdf> (consultado em 18.10.2021); Em síntese AMBOS, Kai, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court*, Berlin: Springer, 2010 (com tradução para inglês da lei na p. 139 ss.).

¹⁴ Cf. AMBOS, Kai, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen: zur „impunidad“ in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht*, Freiburg: iuscrim, 1997, pp. 86 ss., disponível em: https://pure.mpg.de/pubman/faces/ViewItemFullPage.jsp?itemId=item_3013008 (consultado em 18.10.2021); além disso, cf. NASI, Carlo, “Spoilers in Colombia: Actors and strategies”, in: AA.VV., *Challenges to peacebuilding*

II. O argumento jurídico (penal) internacional contra amnistias (absolutas) para os mais graves crimes internacionais

Como desenvolvido em pormenor noutro momento¹⁵, o quadro jurídico internacional do qual fazem parte as leis de amnistia evoluiu no sentido de uma distinção fundamental entre amnistias absolutas e amnistias condicionadas: As amnistias absolutas (genéricas ou incondicionadas), que, ao não permitirem qualquer investigação criminal, têm como principal objetivo impedir a averiguação dos crimes cometidos, são inadmissíveis à luz do direito internacional, uma vez que as obrigações internacionais de persecução penal dos crimes referidos nos artigos 5º a 8º do Estatuto de Roma do Tribunal penal Internacional (Estatuto de Roma do TPI)¹⁶ não são conciliáveis com a uma amnistia (geral), que resultaria numa impunidade *sem mais* para todos os crimes cometidos¹⁷ num determinado período de tempo¹⁸. Uma lei de amnistia que suprime *qualquer*

(eds. Newman, E./Richmond, O.), Tokyo/New York/Paris: United Nations University Press, 2006, (pp. 219-240), pp. 223 ss., e as contribuições de ISACSON/ROJAS RODRÍGUEZ, NASI, CHERNICK, VALENCIA, TATE und CARRILLO, in: AA.VV., *Colombia. Building Peace in a Time of War* (ed. Bouvier, V. M.), Washington: United States Institute of Peace Press 2009.

¹⁵ Cf. AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I: Foundations and General Part, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 419 ss.; AMBOS, “The Legal Framework of Transitional Justice”, cit., pp. 55-62.

¹⁶ Cf. AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht*, 5.ª ed., München: C.H. Beck, 2018, § 7 n.º 109; ou seja, em: AMBOS, “The Legal Framework of Transitional Justice”, cit., p. 31 (“a state party to this treaty is, at least, obliged to prosecute the crimes covered by the Statute”); ou seja, AMBOS, Kai, “Aktuelle Probleme der deutschen Verfolgung von „Kriegsverbrechen“ in Bosnien-Herzegowina”, *NSiZ* 5 (1999), (pp. 226 ss.) p. 228 s.; sobre a proteção penal de direitos humanos em conflitos não internacionais; além disso, por exemplo, WERLE/JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, cit., n. 254; WERLE/VORMBAUM, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, cit., pp. 43 s.; no contexto da Lei de Amnistia Colombiana, ver também BAUTISTA PIZARRO, Nathalia, “Die Bedeutung der Strafe im Rahmen eines Friedensverfahrens Überlegungen am kolumbianischen Beispiel”, *ZIS* 7-8 (2017), (pp. 358-368), pp. 358 e 361. Sobre a derivação das obrigações de investigar ou punir decorrentes da obrigação do Estado de proteger os direitos humanos do acórdão em particular do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos (IAGMR), acórdão do Tribunal de Primeira Instância dos Estados Unidos da América, pp. 18.12.1996 (Aksoy v. Turquia), 21987/93, n.º 98; ver neste sentido AMBOS, Kai, “Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen”, *Archiv des Völkerrechts* 37, 3-4 (1999), (pp. 318-356) pp. 319 ss. sobre o acórdão Velásquez-Rodríguez e (p. 322) sobre (mais) acórdãos relevantes do TEDH e também bastante críticos em relação ao Tribunal de Justiça. CAROLI, Paolo, “Transitional Amnesties: Can They Be Prohibited?”, *Diritto Penale Contemporaneo* 4 (2018), (pp. 202-215) pp. 205 ss., que vê o pano de fundo da visão crítica da amnistia numa “a general mistrust of political power” e a este respeito reconhece um “substitutive role of the courts” (p. 208), que deve ser corrigido (p. 211: “The protection of human rights through criminal law must find limits within the basic principle of democracy, such as that of legality, the separation of powers and the protection of the human rights of the accused within the criminal trial”)., mas acabou por chegar a uma visão diferenciadora (p. 210: “amnesty could cover less serious conduct connected with general participation in the policy of the previous regime”).

¹⁷ Cf. WERLE/VORMBAUM, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, cit., pp. 68 ss.; SIATITSA, Maria Iliá/WIERDA, Marieke, “Principle 24: Restrictions and other measures relating to amnesty”, in: AA.VV., *The United Nations Principles to Combat Impunity* (eds. Haldemann, F./Unger, T.), Oxford: Oxford University Press, 2018, n.º 3 sobre as diferentes formas de amnistia.

¹⁸ AMBOS, *Treatise on International Criminal Law I*, cit., p. 209; *Ambos* in: *Ambos et al.* (nota de rodapé 3), p. 19 (31); WERLE/JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, cit., par. 275 (“isenção geral de responsabilidade

investigação¹⁹, neste sentido, por exemplo, nos termos do Decreto-lei Chileno 2.191 de 1978, corresponde inevitavelmente a uma anulação absoluta das obrigações penais de persecução e punição²⁰. Se o alcance *ratione materiae* de uma amnistia pode ser o aspeto essencial para a respetiva admissibilidade (à luz do direito internacional), há igualmente um argumento contra as amnistias – quando as mesmas acarretam a isenção de sanção sem qualquer condição – que denota o facto de estas amnistias conterem pouco potencial para superar a situação de crise em causa²¹. Em especial, a preocupação da TJ de clarificar/reconhecer as injustiças cometidas não é posta em prática nem nos processos penais, na medida em que se trata de amnistias incondicionadas, nem pelos autores dos crimes que assumem a respetiva responsabilidade como condição prévia para a isenção de sanções extrapenais²².

criminal inadmissível na medida em que o direito internacional exija ação penal e punição”); BOCK, Stefanie, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, München: C.H. Beck, 2010, pp. 300 e 302; SALMÓN, Elizabeth, “Reflections on International Humanitarian Law and Transitional Justice: Lessons to Be Learnt from the Latin American Experience”, in: AA.VV., *Transitional Justice Handbook for Latin America* (ed. Reátegui, F.), Brasília/New York: Brazilian Amnesty Commission, Ministry of Justice/International Center for Transitional Justice, 2011, (pp. 211-244), pp. 223 ss., todos com outras referências; também CAROLI, “Transitional Amnesties”, cit., pp. 203 ss.

¹⁹ O art. 1º do Decreto-Lei 2.191 previa a amnistia de todos aqueles “who committed criminal acts either as authors, accomplices or accessories during the period when the state of siege was in force, between September 11, 1973 and March 10, 1978, provided that they are not already indicted or serving a sentence” (PEREIRA, Pamela, “The Path to Prosecutions: A Look at the Chilean Case”, in: AA.VV., *Transitional Justice Handbook for Latin America*, cit., (pp. 271 ss.), p. 273; isto também ao facto de que se pretendia a exclusão de presos políticos já acusados ou encarcerados que se apresentaram perante tribunais militares ou que tinham sido condenados por eles).

²⁰ Além disso, IAGMR, Série C No. 154, Cond. v. 26.9.2006 (Almonacid-Arellano et al. v. Chile), par. 152 (“Indeed, as a crime against humanity, the offense committed against Mr. Almonacid-Arellano is neither susceptible of amnesty nor extinguishable... crimes against humanity are intolerable in the eyes of the international community and offend humanity as a whole. The damage caused by these crimes still prevails in the national society and the international community, both of which demand that those responsible be investigated and punished”); ver GRECO, Luis, “Amnestien und Völkerstrafrecht”, *GA* 159, 11 (2012), (pp. 670-687), p. 672. Cf. aqui também SIATITSA/WIERDA, “Principle 24: Restrictions and other measures relating to amnesty”, cit., n.º 10 ss. sobre o facto de que a obrigação ao abrigo do direito internacional de processar ou punir certas violações dos direitos humanos não está relacionada com outras infrações, com a violação dos direitos humanos ou com a violação do direito a ser punido. amnistia limitada a outras infrações para as quais não existem obrigações de processar ou punir ao abrigo do direito internacional, nem exige a apresentação de uma queixa criminal em todas as circunstâncias (“a duty to prosecute does not proscribe an obligation to prosecute in all circumstances”); além disso, AMBOS, “The Legal Framework of Transitional Justice”, cit., p. 32 (“duty to prosecute” como princípio com exceções). O facto de os deveres criminais (de acusação) em questão não serem “absolutos” – ver GRECO, “Amnestien und Völkerstrafrecht”, cit., p. 678, com o exemplo do torturador, que de acordo com o estado de coisas só pode ser condenado e levado à sua justa punição por ser torturado – não altera em nada o facto de que, pelo contrário, uma amnistia absoluta deve levar a uma violação dos deveres dados, na medida em que, como é o caso, por exemplo, na Colômbia, não são cometidos “core crimes”. Foram cometidas violações graves dos direitos humanos que poderiam ser processadas/punidas com os meios do Estado de direito. Cf. a este respeito também a nota de rodapé 31.

²¹ Cf. BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, cit., pp. 302 ss., com mais referências.

²² Cf. por exemplo WERLE/VORMBAUM, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, cit., pp. 35 ss.

Ao contrário das supramencionadas amnistias (absolutas), as amnistias *condicionadas* não geram uma automática impunidade²³. A concessão de impunidade depende, antes sim, de certas concessões ou ações da pessoa a amnistiar. Deste modo, as amnistias condicionadas podem (em razão das circunstâncias específicas de cada caso) contribuir para uma verdadeira reconciliação²⁴. O n.º 5 do artigo 6º do Protocolo Adicional II (PA) às Convenções de Genebra (CG) refere explicitamente os meios de amnistia também para a situação de pós-conflito armado de carácter não internacional, o que sugere que as amnistias – pelo menos nos casos subsumíveis a esta norma – são desejáveis como instrumento para alcançar a reconciliação à luz do direito internacional²⁵. Segundo a doutrina dominante²⁶, a interpretação desta norma deve ser feita no sentido de admitir as amnistias condicionadas à luz do direito internacional²⁷, desde que sejam adequadas às circunstâncias²⁸ e necessárias à reconciliação da sociedade²⁹, sem prejuízo do dever, do Estado em causa, de atuar judicialmente de acordo com o direito internacional³⁰.

²³ AMBOS, “The Legal Framework of Transitional Justice”, cit., p. 62; ver também AMBOS, *Treatise on International Criminal Law I*, cit., p. 425.

²⁴ AMBOS, *Treatise on International Criminal Law I*, cit., p. 425.

²⁵ Cf. o facto de que o art. 6º, n.º 5 ZP II da Lei Básica se destina a cobrir apenas as violações de direitos (assassinios, etc.) associadas a operações de combate legal que já são abrangidas pela “imunidade combatente” em conflitos armados internacionais, tais como AMBOS, “The Legal Framework of Transitional Justice”, cit., pp. 65 s.; AMBOS, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, cit., pp. 210 s.; AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 7 n.º109; BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, cit., p. 299.

²⁶ WERLE, Gerhard/JESSBERGER, Florian, *Principles of International Law*, 3.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 251 (“international criminal law cannot completely dismiss amnesties, which are sometimes inevitable... essential in certain situations to restore peace and facilitate national reconciliation”); Mallinder, Louise, “Can Amnesties and International Justice Be Reconciled?”, *The International Journal of Transitional Justice* 1 (2007), (pp. 208-230), p. 214; BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, cit., pp. 302 s. Cf. também OHLIN, Jens David, “A Meta-Theory of International Criminal Procedure: Vindicating the Rule of Law”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 14 (2009), (pp. 77-120), pp. 116-118; KING, Elizabeth Ludwig, “Amnesties in a Time of Transition”, *George Washington International Law Review* 41 (2010), (pp. 577-619), p. 610; CRYER, Robert, “Alternatives and Complements to Criminal Prosecution”, in: Cryer, R./Robinson, D./Vasiliev, S., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 4.ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 541 (“Still, international law has not yet developed to far to prohibit all amnesties in all situations”); WERLE, Gerhard, “Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?”, in: AA.VV., *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit* (eds. Muñoz Conde, F./Vormbaum, T.), Berlin: De Gruyter, 2010, (pp. 15-25), p. 23.

²⁷ Cf. SIATITSA/WIERDA, “Principle 24: Restrictions and other measures relating to amnesty”, cit., para. 18, segundo o qual não existe jurisprudência clara em matéria de direitos humanos sobre a admissibilidade de amnistias condicionadas.

²⁸ Cf. nota de rodapé 10 supra com o texto principal citado.

²⁹ AMBOS, *Treatise on International Criminal Law I*, cit., p. 426: “necessary tool to achieve national reconciliation”.

³⁰ AMBOS, “Entries on Transitional Justice Concepts and Terms”, cit., pp. 149 ss.; AMBOS, “The Legal Framework of Transitional Justice”, cit. p. 51; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law I*, cit., p. 421 (“it is, in principle, inadmissible to exempt these crimes”). Contudo, a não punição de crimes fundamentais pode ser considerada à luz do art. 17º do Estatuto de Roma do TPI se houver pelo menos a possibilidade de impor uma sanção penal no âmbito de um procedimento quase judicial (cf. o seguinte, em: AMBOS,

III. A Lei de Amnistia colombiana à luz do direito (penal) internacional e da teoria do crime

1. Observações gerais

A Lei de Amnistia colombiana, Lei 1820³¹, baseia-se na versão final do Acordo de Paz de 2016 entre o Governo colombiano e o grupo rebelde FARC-EP (*Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército Popular*)³². O procedimento para a respetiva aplicação é regulado pelas Portarias Executivas 277 e 700, ambas de 2017³³. Em 1 de março de 2018, o Tribunal Constitucional colombiano decidiu que Lei de Amnistia era, em princípio, compatível com o quadro constitucional daquele país, contudo, considerou serem necessárias correções em alguns pontos específicos³⁴. Voltaremos a este ponto.

É de salientar que o artigo 1º da Lei de Amnistia descreve de forma expressa o referendo sobre o Acordo de Paz como um “processo aberto e democrático”. O uso desta expressão fora do comum num artigo introdutório pode ser explicado pelo facto de o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (TIADH) exigir que as leis de amnistia sejam promulgadas por governos democraticamente eleitos, a fim de cumprir os requisitos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIADH)³⁵, embora

“The Legal Framework of Transitional Justice”, cit., p. 78) e a decisão final de não processar judicialmente não é, portanto, uma expressão de falta de vontade de processar judicialmente (cf. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 7 para. 110). Em contraste, a violação do direito internacional que se baseia na punição de crimes fundamentais, que de acordo com as suas circunstâncias é uma expressão de falta de vontade de perseguição, pode, no máximo, em casos particularmente extremos, ser justificada sob o aspeto da necessidade estatal, ver loc.cit.; WERLE/JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, cit., n.º 276; ver aqui também CAROLI, “Transitional Amnesties”, cit., pp. 203 ss.).

³¹ Cf. nota de rodapé 1 supra.

³² Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera (nota de rodapé 12). O Acordo Final é o resultado de um longo processo: depois de ambas as partes terem acordado o acordo de paz em setembro de 2016, este foi rejeitado por uma escassa vantagem no referendo realizado a 2 de outubro de 2016. Posteriormente, foram tidas em conta as críticas de vários atores (da sociedade civil) ao acordo original e foram feitos ajustamentos com base em vários mecanismos de avaliação. O resultado deste processo é o acordo de paz final assinado a 24 de novembro de 2016.

³³ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 277 (17.2.2017). O novo Decreto 700 v. 2.5.2017 vem complementar o Decreto 277 no que diz respeito aos casos em que os pedidos ao abrigo da Lei de Amnistia não são decididos tempestivamente e, como resultado, a prisão das pessoas em causa é indevidamente prolongada. Além disso, os Decretos 706 de 3 de maio de 2017, 900 de 29 de maio de 2017, 1252 de 19 de julho de 2017, 1274 de 28 de julho de 2017, 1269 de 28 de julho de 2017 e 522 de 15 de março de 2018 contêm outras disposições para a implementação da Lei 1820.

³⁴ Cf. Corte Constitucional (‘CC’), Sentencia C-007/18 de 1.3.2018, relatora Diana Fajardo Rivera, disponível em <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=CorteConstitucional/30034542>, (consultada em 18.10.2021), par. 520, 757.

³⁵ Cf. IAGMR, Série C No. 252, Cond. v. 25.10.2012 (Massacres de El Mozote e lugares próximos contra El Salvador), par. 286, no qual a Corte abriu pela primeira vez a porta para amnistias condicionadas. Cf. também KING, “Amnesties in a Time of Transition”, cit., pp. 613 ss., que recorda a obrigação de processar os crimes internacionais e aponta possíveis consequências negativas das amnistias condicionadas. Cf. também ALVIRA, Gustavo, “Toward a new Amnesty: The Colombian Peace Process and the Inter-American

os Estados-membros disponham de uma considerável margem de discricionariedade nesta matéria³⁶.

A lei de Amnistia abrange os atos *ratione materiae* relacionados, em sentido lato, com o conflito armado³⁷ e com protestos sociais³⁸. Estes devem ter sido cometidos *ratione temporis* antes da entrada em vigor do Acordo de Paz³⁹, ou seja, antes de 1 de dezembro de 2016⁴⁰. No que concerne as FARC-EP, são abrangidos crimes políticos e conexos (os chamados *crimes conexos*)⁴¹, que ao mesmo tempo não sejam crimes de direito internacional – não passíveis de amnistia⁴². *Ratione personae* são abrangidos – para além dos perpetradores dos referidos “protestos” – sobretudo os membros e colaboradores (devidamente alistados) das FARC-EP⁴³, também as forças de segurança do Estado⁴⁴, que possam recorrer a amnistias e indultos⁴⁵. Estas últimas beneficiam ainda de um “tratamento especial diferenciado”, em particular, uma “renúncia à ação penal”⁴⁶.

Esta diferenciação entre as partes do conflito estende-se também ao tratamento especial dos chamados terceiros civis (*terceros civiles*) assim como dos funcionários

Court of Human Rights”, *Tulane Journal of International and Comparative Law* 22 (2013), pp. 119-136; CRYER, “Alternatives and Complements to Criminal Prosecution”, cit., p. 540.

³⁶ A orientação do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos pode ser interpretada como uma expressão de consideração pelas particularidades dos respetivos conflitos (cf. Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, Série C n.º 219, Acórdão do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, p. 540). 24.11.2010, pp. 173, 241-2, 253, 253-258; IAGMR, Série C No. 221, acórdão do Tribunal de Primeira Instância. 24.2.2011, p. 239).

³⁷ Cf. em particular o art. 3 (n.º 1) Lei de Amnistia: “participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado... conductas... por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado...”; ver APONTE CARDONA, Alejandro David, “Capítulo I”, in: AA.VV., *Ley de Amnistia. Comentario completo y sistemático*, cit., pp. 38 ss.

³⁸ Cf. art. 3 (n.º 2) Lei de Amnistia: “... cometidas en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social...”; cf. também art. 24 e art. 29 n.º 2, do dos quais decorre a jurisdição pessoal adicional para tais infractores. Ver IBÁÑEZ GUTIÉRREZ, Catalina, pp. 237 ss. e ZULUAGA TABORDA, John, pp. 316 ss. em AA.VV., *Ley de Amnistia. Comentario completo y sistemático*, cit.

³⁹ Ver, por exemplo, JEP, Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-128 v. 13.3.2019, pp. 18 também Auto TP-SA-133 v. 27.3.2019, pp. 23; cf. também APONTE CARDONA, “Capítulo I”, cit., p. 35; *Cote Barco*, in: Ambos/Cote p. 108 e s.; *Sánchez León/Jiménez Ospina*, in: Ambos/Cote, p. 519.

⁴⁰ Cf. art. 3 (n.º1), 9, 17 (n.º 1), 22 Lei de Amnistia; ver *Aponte Cardona*, in: Ambos/Cote (nota de rodapé 1), p. 38 ss.; *Cote Barco*, in: Ambos/Cote, p. 91 ss.; *Tarapués Sandino*, in: ebd., p. 183 ss. e 216 ss.

⁴¹ Cf. art. 15, 16, 23 Lei de Amnistia; ver, *Tarapués Sandino*, in: Ambos/Cote (nota de rodapé 1), p. 169 ss., 174 ss. e 219 ss.

⁴² Cf. art. 23 n.º 30 (Nr. 1), 46 (Nr. 1), 47 (Abs. 4) Lei de Amnistia; ver *Tarapués Sandino*, in: Ambos/Cote (nota de rodapé 1), p. 222 ss.; *Zuluaga Taborda*, in: Ambos/Cote, p. 326 ss.; *Cote Barco*, in: Ambos/Cote, p. 444 ss. e 471 ss.

⁴³ Art. 17, 22, 29 (Nr. 1, 3) Lei de Amnistia; ver *Tarapués Sandino*, in: Ambos/Cote (nota de rodapé 1), p. 183 ss. e 216 ss.; *Zuluaga Taborda*, in: Ambos/Cote, p. 318 ss.

⁴⁴ Art. 2, 9 Lei de Amnistia, ver *Aponte Cardona*, in: Ambos/Cote (nota de rodapé 1), p. 27 ss.; *Cote Barco*, in: Ambos/Cote, p. 91 ss.

⁴⁵ Art. 15 ss. Lei de Amnistia; ver TARAPUÉS SANDINO, in: Ambos/Cote (nota de rodapé 1), p. 169 ss.

⁴⁶ “Tratamiento Especial Diferenciado”, art. 2, 9, 44 ss. Lei de Amnistia, em especial “renuncia a la persecución penal”, art. 46-48, ver COTE, in: Ambos/Cote (nota de rodapé 1), p. 439 ss.

do Estado que não façam parte das forças de segurança⁴⁷. Estes podem igualmente submeter-se – neste caso voluntariamente⁴⁸ – à jurisdição ordinária da JEP, mesmo que um processo judicial esteja já a decorrer⁴⁹. Não é claro se os membros de grupos paramilitares – que ainda não estão sujeitos⁵⁰ à “lei de Justiça e Paz⁵¹” – podem ou não submeter-se de igual forma à JEP⁵².

A lei de Amnistia refere expressamente no n.º 1 do seu artigo 21º a já mencionada disposição do n.º 5 do artigo 6º do PA II da CG, esta determina os necessários esforços depois de um conflito a fim de conceder amnistias, sem distinguir, ainda assim, entre intervenientes estatais e não estatais. A diferenciação acima descrita é incompatível com esta disposição e parece não estar de acordo com o quadro jurídico do direito internacional humanitário, uma vez que, do ponto de vista do direito internacional (humanitário), o Estado e as guerrilhas são partes de um conflito armado (não internacional)⁵³. Embora o direito internacional não apresente nenhuma proibição explícita de tratamento diferenciado, esta distinção não pode, pois, ser atribuída ao direito internacional, pelo que, neste caso, é, claramente, politicamente motivada: as forças de segurança colombianas, em especial as forças armadas, sempre se pugnaram por um tratamento

⁴⁷ Cf. art. 47 Lei 1922 v. 18.7.2018 („Por Medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la JEP”), disponível em: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201922%20DEL%2018%20DE%20JULIO%20DE%202018.pdf> (consultado em 18.10.2021), diferencia “terceros” e “agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública”. Para ativar a competência *ratione personae* da JEP, a pessoa em causa deve declarar a sua submissão voluntária ao tribunal ordinário competente (art. 47 n.º 4). Ver também JEP, Sala de Definiciones de Situaciones Jurídicas (SDSJ), Resolución 002369 v. 27.5.2019, em que o JEP permite a apresentação voluntária de *agentes del estado*, cf. em particular as explicações sobre a competência do JEP a partir da p. 17 (Secção 2.2.).

⁴⁸ Na respetiva decisão sobre constitucionalidade da JEP (Acto Legislativo 1/2017, ou nota de rodapé 13), o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional a sujeição obrigatória de “terceiros civis” a JEP, uma vez que o seu juiz estatutário é o juiz ordinário, cf. CC, Sentencia C-674 de 14.11.2017, Relator Luis Guillermo Guerrero Pérez, disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-674-17.htm> (consultado em 18.10.2021), p. 5.5.2.4. et seq. e 5.5.2.14.

⁴⁹ De acordo com o art. 47 da lei 1922, a sujeição também é possível se um processo penal estiver pendente no sistema judicial ordinário (“... ya existe una vinculación formal a un proceso...”, para. 1), desde que ainda não tenha sido proferida qualquer sentença (“... aún no exista sentencia...”, para. 2); no caso de novos processos, a sujeição é possível no prazo de três meses a partir da data de conhecimento das investigações (“notificación de la imputación”, para. 3).

⁵⁰ O Supremo Tribunal proibiu a admissão paralela em ambos os sistemas especiais (“Justiça e Paz” e JEP) (ver nota de rodapé 13 supra), ver Corte Suprema de Justicia (“CSJ”), Sentencia de Apelación con Rad. No. 50291, 7.6.2017.

⁵¹ Supra nota de rodapé 13

⁵² A sujeição dos políticos associados ao paramilitarismo (os chamados “parapolíticos”) foi reconhecida pelo SDSJ (ver por exemplo o caso do ex-senador Álvaro Ashton, que foi admitido na JEP como “agente[s] estatal[es]... no parte de a la fuerza pública”, ver Resolução, No Rad. 2018120080101041E de 15.6.2018, p. 16, disponível em: <https://relatoria.jep.gov.co/busquedasiimple?salaseccion=3&fechaprovidencia=&documento=3&fechaprovidenciainicio=&fechaprovidenciafin> [consultado em 18.10.2021], p. 7). No entanto, a Sala ainda não expressou opinião sobre a possibilidade de sujeitar os paramilitares “puros”.

⁵³ AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II: The Crimes and Sentencing, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 124 ss.; AMBOS, Kai/ABOUELDAHAB, Susann, “The Colombian Peace Process and the Special Jurisdiction for Peace” *Diritto Penale Contemporaneo* 4 (2018), (pp. 255-263) p. 258.

diferenciado em relação às FARC-EP e estas, por sua vez, vêem-se, como um grupo rebelde politicamente motivado contrariamente aos grupos paramilitares.

A fim de destacar a posição especial das forças armadas, o Congresso colombiano, face a uma proposta apresentada pelo *Centro Democrático* (CD), o partido de direita do Presidente Iván Duque, incluiu em outubro de 2018 uma nova disposição no Regulamento da JEP, segundo a qual os membros das forças armadas ficariam sob a jurisdição da Sala Militar⁵⁴, criada no seio da JEP. Contudo, a inconstitucionalidade desta proposta⁵⁵ acabou por ser declarada pelo Tribunal Constitucional – em sede de controlo abstrato da constitucionalidade do Regulamento Processual da JEP⁵⁶. Por fim, a utilização da expressão “*amnistia de iure*” (*amnistia de iure*) no artigo 15º da Lei de Amnistia é enganadora. Uma vez que não estão previstas amnistias (de facto) sob a forma de atos executivos sem participação judicial. Em vez disso, cada caso deve ser examinado e confirmado ou pelos tribunais ordinários (artigo 19º da lei de Amnistia) ou – após a criação da JEP – pela Sala de Amnistias e Perdões (artigo 21º da Lei de Amnistia)⁵⁷.

2. Justiça penal e amnistias

Para além das obrigações à luz do direito internacional de persecução e punição penal, a questão da legitimidade das amnistias, tal como regulada pela Lei colombiana de Amnistia, levanta um *problema* fundamental de *justiça*⁵⁸ do ponto de vista teórico (penal), uma vez que a concessão de imunidade de persecução penal (por amnistia) prevalece ou sobrepõe-se ao direito penal comum⁵⁹. A este respeito, há que mencionar que, em princípio, a fundamentação do direito penal internacional quanto à *teoria das*

⁵⁴ Art. 75 Lei 1922 (normas processuais da JEP), ver supra nota 48. No sentido de Ambos/Aboueldahab, DPC 2018, 255 (261 ss.).

⁵⁵ O Tribunal Constitucional é responsável pela revisão da constitucionalidade dos atos legislativos através do processo de revisão abstrata da lei, ver CC, Sentença C-080/18 de 15 de agosto de 2018 (“Revisão automática da constitucionalidade do Estatuto Lei 08 [a JEP] de 2017”), ver Secção 4.2. (“Análise constitucional das normas em questão”), disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-080-18.htm> (consultado em 18.10.2021). Ver a este respeito as recentes declarações do Tribunal Constitucional no Auto 123 de 20 de março de 2019, onde o tribunal tem exercido a sua jurisdição a este respeito – com referência ao art. 1k) do Ato Legislativo 01/2016 bem como aos arts. 153 e 241-8 da Constituição – clarifica a sua competência a este respeito – tanto no que diz respeito a questões substantivas como processuais, ver III., <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2019/A123-19.htm> (consultado em 18.10.2021).

⁵⁶ Cf. CC, Auto 282 v. 29.5.2019 (relator Antonio José Lizarazo Ocampo), em que o tribunal declarou inconstitucional o processo legislativo e, por conseguinte, não procedeu a uma revisão substantiva, cf. p. 16 (3.).

⁵⁷ Cf. abaixo do texto principal a nota de rodapé 106 ss.

⁵⁸ Ver GIERHAKKE, Katrin, “Strafe und Amnestie in Zeiten fragiler Staatlichkeit”, ZIS 7-8 (2017), (pp. 391-409) p. 391.

⁵⁹ A este respeito, a questão é menos se o (também) tratamento penal do conflito (em termos de teoria da punição) não pode ser justificado (ver o texto principal), mas inversamente se uma isenção de punição pode ser (teoricamente) legitimada no âmbito dos regulamentos da amnistia. Cf. ESER, “Transitional Justice: Zum kolumbianischen Friedensabkommen im Licht von Ulfrid Neumann”, cit., p. 570, que fala de “*ter de punir*”.

penas é ainda objeto de discussão doutrinal⁶⁰. Podem também surgir problemas particulares de justificação (no que diz respeito às situações de TJ) se a legitimidade da *sanção* for justificada não pelo seu (esperado) resultado preventivo (e, nesta medida, prospetivo), mas sim pelo efeito retributivo (e, assim, voltado para o passado). Assim, Gierhake evidenciou recentemente (especialmente no contexto colombiano) que o “direito penal retroativo que trata de violência ocorrida” é “impensável” quando “conflitos internos análogos a uma guerra civil resultam no colapso do Estado”⁶¹. Nestas circunstâncias, falta a “forma consolidada externamente da legalidade liberal” como quadro de referência para uma “decisão interna sobre a injustiça... como [auto]contradição contra as condições liberais”, que constitui o ato de punir⁶².

Independentemente das conhecidas reservas de princípio em relação à pena puramente retributiva⁶³, deve notar-se, do ponto de vista jurídico, que a sociedade colombiana não regressou, ao “estado natural” no que diz respeito ao respetivo processo de paz. Sobretudo porque se pode argumentar, de forma plausível, com base num fim preventivo geral positivo das penas, integrado no contexto de direito internacional, que não se trata de estabelecer por completo “valores novos” ou normas que perderam em absoluto o respetivo quadro de referência, antes sim, trata-se de contribuir para que normas *desvanecidas* pelo conflito armado e pela violência generalizada, recuperem pleno “reconhecimento”, inclusivamente através do direito penal⁶⁴. Pode assim afirmar-se que a questão do direito penal (ou amnistia) não se dissolve na medida em que a aplicação do direito penal (a atos relacionados com o conflito ou cometidos durante o conflito) *não pode ser* legitimada.

Em contrapartida, no que toca à questão da legitimidade (teórica penal) das amnistias, estas suspendem (dentro dos limites do que pode ser concedido pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei), em princípio, a ligação vinculativa entre o crime, o processo penal no âmbito do Estado de direito e a adequada sanção, para que a comunidade, no âmbito na respetiva lei de amnistia, renuncie ao efeito equilibrador geralmente esperado das sanções penais para as vítimas e autores, bem como à confirmação (positiva-geral-preventiva) da validade geral do sistema jurídico. Tal só pode ser legítimo se o conflito a pacificar tiver circunstâncias excecionais que justifiquem uma amnistia do ponto de vista teórico (criminal)⁶⁵.

⁶⁰ Cf. apenas AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 5 n.º 4 com outras referências.

⁶¹ GIERHAKE, “Strafe und Amnestie in Zeiten fragiler Staatlichkeit”, cit., p. 404.

⁶² GIERHAKE, “Strafe und Amnestie in Zeiten fragiler Staatlichkeit”, cit., p. 394. O exato oposto de tal entendimento da teoria da pena, que está fortemente ligado ao ensino de Hegel, pode ser encontrado no contexto dos Julgamentos de Nuremberga em JESCHECK, Hans Heinrich, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Bonn: Röhrscheid, 1952, p. 195 (“A pena serve para criar gradualmente novos conceitos de valor da ação política”); críticas a este ponto JÄGER, Herbert, “Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts”, in: AA.VV., *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen* (eds. Hankel, G./Stubly, G.), Hamburg: HIS, 1995, (pp. 325-354) p. 342.

⁶³ Cf. quanto a este ponto ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vol. 1, 4.ª ed., München: C.H. Beck, 2006, § 3 p. 8 ss. e 36 com mais referências.

⁶⁴ Cf. NEUMANN, Ulfrid, “Strafrechtliche Grundlagenprobleme der «Übergangsjustiz»”, *ZIS* 7-8 (2017), (pp. 382-390) p. 385; ed. K.A.

⁶⁵ GIERHAKE, “Strafe und Amnestie in Zeiten fragiler Staatlichkeit”, cit., p. 405.

A este respeito, a Lei de Amnistia colombiana, ao melhorar a posição das infrações políticas em relação às infrações gerais (*delitos comunes*)⁶⁶, tem em conta uma motivação essencialmente política da rebelião, que tem por objetivo alterar as estruturas do Estado no sentido do progresso social⁶⁷. Por outras palavras, a (ação) injusta dos crimes políticos num contexto de rebelião e dos atos a estes associados afeta menos a relação entre o autor e a vítima concreta do que as estruturas da sociedade colombiana e as instituições do Estado no seu todo, representadas pela vítima⁶⁸. Mesmo que a motivação política do autor enquanto tal não possa compensar a injustiça e a culpa, a insegurança (jurídica) relacionada com o conflito, que se tornou um fator orientador da ação, é capaz de criar circunstâncias que levem a uma redução da culpa⁶⁹. Além disso, o preenchimento das condições de amnistia⁷⁰ não será unicamente inerente a um momento de reparação⁷¹, também a divulgação dos atos cometidos, a assunção da responsabilidade e o arrependimento (ativo) no contexto de um procedimento formal (judicial) confirmam, positivamente, a validade futura da norma violada pelo ato da amnistia de forma geral positiva e preventiva⁷². Por último, o principal objetivo de uma amnistia num contexto como o colombiano – nomeadamente o de estabelecer uma paz estável e duradoura – deve igualmente ser tido em conta⁷³. A lei de Amnistia, com as respetivas condições para a concessão de impunidade, que serão discutidas mais adiante, está, de qualquer forma, compreensivelmente orientada para o mencionado objetivo.

No quadro global do processo de TJ Colombiano, a renúncia à punição no contexto da Lei de Amnistia deve ser entendida em consonância com a teoria penal, uma vez que, em primeiro lugar – numa perspetiva retrospectiva – só é concedida a crimes relacionados com o conflito. As circunstâncias nas quais foram cometidos reduzem, em todo o caso, a culpa dos autores, apesar da gravidade dos crimes cometidos. Um segundo ponto importante – tendo em vista o futuro – deverá ser tida em conta a ne-

⁶⁶ Para mais pormenores, ver 3.3 e 3.4 em relação ao tráfico de droga como um possível crime conexo.

⁶⁷ GIERHAKE, “Strafe und Amnestie in Zeiten fragiler Staatlichkeit”, cit., pp. 405 ss.; sobre o conceito de crimes políticos na Colômbia ver abaixo nota de rodapé 80 ss. com texto principal.

⁶⁸ GIERHAKE, “Strafe und Amnestie in Zeiten fragiler Staatlichkeit”, cit., pp. 407 ss.

⁶⁹ GIERHAKE, “Strafe und Amnestie in Zeiten fragiler Staatlichkeit”, cit., p. 406: “No caos, a má conduta não é “reprovável” da mesma forma, pois a confiança geral na lei é abalada”.

⁷⁰ Cf. supra nota 4.

⁷¹ O estatuto de vítima é clarificado.

⁷² Da mesma forma ESER, “Transitional Justice: Zum kolumbianischen Friedensabkommen im Licht von Ulfrid Neumann”, cit., p. 572; cf. também BAUTISTA PIZARRO, “Die Bedeutung der Strafe im Rahmen eines Friedensverfahrens”, cit., p. 367: “Redução e substituição da pena... compensada pela entrega de armas e cessação das hostilidades, bem como a cooperação da pessoa responsável na busca da verdade, compensação efetiva das vítimas e não repetição dos crimes.”); AMBOS/ABOUELDAHAB, “The Colombian Peace Process and the Special Jurisdiction for Peace”, cit., p. 256: Orientação da JEP para uma “idea of forward-looking, prospective justice, which aims to put an end to the conflict”.

⁷³ GIERHAKE, “Strafe und Amnestie in Zeiten fragiler Staatlichkeit”, cit., pp. 408 ss.; cf. também KÖHLER, Michael, “Frieden durch Recht – Grundanliegen rechtlicher Ordnung, Bedeutung des Staates und seiner Souveränität”, ZIS 7-8 (2017), (pp. 375-381) p. 375: “Direito penal... não a questão principal da mudança permanente”.

cessidade óbvia de confirmar as normas ou, conforme as circunstâncias do caso, de as tornar mais acessíveis ao público. Em segundo lugar, a necessidade evidente de confirmar as normas – ou de restabelecer a respetiva validade – deve ser satisfeita de outras formas; e, por último, as amnistias parecem necessárias para trazer uma paz duradoura à sociedade colombiana. Para o efeito, a repressão *sem restrições* dos crimes relacionados com o conflito é suscetível de impedir (ou mesmo de aumentar) a resolução das tensões sociais na Colômbia (e em outros Estados) e, por conseguinte, conduzir a uma perpetuação ou aumento da falta de confiança jurídica. Tal relativizaria, ou mesmo neutralizaria, o esperado efeito preventivo da punição (no contexto de sociedade fundamentalmente livre de conflitos), orientado para o cumprimento geral da norma.

3. Crimes passíveis de amnistias (políticos e conexos) versus crimes não passíveis de amnistias (gerais e internacionais)

A distinção entre infrações políticas e conexas, que serão amnistiáveis, e outras – não amnistiáveis (incluindo graves crimes de direito internacional) é, como já foi mencionado, uma característica estrutural da Lei de Amnistia, é também, de acordo com o que já foi dito, essencial para a legitimidade de qualquer concessão de imunidade de ação penal.

A correta aplicação do artigo 23º (“critérios de nexo”), com a sua distinção entre “infrações políticas ou conexas”⁷⁴ e outras infrações (não amnistiáveis)⁷⁵, depende

⁷⁴ Cf. a este respeito a primeira parte (até “Parágrafo”) do art. 23º (esta tradução e as seguintes de espanhol para português a cargo de Inês Freixo):

A Sala do Amnistia e Perdão concederá amnistias por delitos políticos ou conexos:

- a) Os crimes especificamente relacionados com o desenvolvimento da rebelião cometida durante o conflito armado, tais como as mortes em combate compatíveis com o direito internacional humanitário e a apreensão de combatentes em operações militares, ou
- b) Aqueles crimes em que o sujeito passivo da conduta é o Estado e o seu regime constitucional em vigor, ou
- c) As condutas destinadas a facilitar, apoiar, financiar ou dissimular o desenvolvimento da rebelião.

A Sala de Amnistia e Perdão determinará a ligação com o crime político numa base casuística.

⁷⁵ A segunda parte do art. 23 “Parágrafo” tem a seguinte redação:

Em caso algum será concedida amnistia ou perdão apenas para crimes correspondentes aos seguintes comportamentos:

- a) Crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra, privação ~~grave~~ da liberdade, tortura, execuções extrajudiciais, desaparecimento forçado, conhecimento carnal violento e outras formas de violência sexual, rapto de menores, deslocação forçada, recrutamento de menores, de acordo com as disposições do Estatuto de Roma do TPI. No caso de uma sentença penal ter utilizado os termos ferocidade, barbárie ou outro equivalente, a amnistia e o perdão não podem ser concedidos exclusivamente para a conduta criminosa correspondente às aqui enumeradas como não elegíveis para amnistia;
- b) Os crimes comuns que não têm qualquer ligação com a rebelião são aqueles que não foram cometidos no contexto e por causa da rebelião durante o conflito armado ou cuja motivação era obter benefícios pessoais, quer para si próprio quer para terceiros.

As disposições deste artigo não impedem a consideração de infrações relacionadas com infrações políticas para as condutas que tenham sido independentemente classificadas como infrações ordinárias, desde que tenham sido cometidas como infrações políticas e crimes de rebelião.

O termo “crime de guerra grave” significa qualquer violação do direito humanitário internacional cometida de forma sistemática.

O texto riscado é inconstitucional, ver abaixo a nota de rodapé 93 com o texto principal.

obviamente do entendimento de *infração política*⁷⁶ – que é expressamente reconhecido pelo artigo 8º da lei de Amnistia – e que se baseia num conceito particular do direito colombiano, cujo significado não deve ser subestimado: embora exista uma tendência a nível internacional (especialmente nos tratados de extradição) para suprimir qualquer vantagem no caso de crimes políticos⁷⁷, estes e os crimes conexos continuam a ser privilegiados na situação colombiana⁷⁸.

Os crimes políticos têm uma longa e especial tradição na Colômbia⁷⁹. Os grupos de guerrilha de esquerda sempre tiveram acesso a um tratamento penal privilegiado face aos grupos paramilitares de direita, tendo como base o facto de terem sido os únicos a ter um verdadeiro plano de transformação revolucionário para o Estado e

⁷⁶ O art. 8º (Reconhecimento dos crimes políticos) estabelece:

Como consequência do reconhecimento do crime político e em conformidade com o Direito Internacional Humanitário, no final das hostilidades o Estado colombiano concederá a mais ampla amnistia possível. Em virtude da natureza e do desenvolvimento dos crimes políticos e infrações conexas, para todos os efeitos de aplicação e interpretação da presente lei, será dado um tratamento diferenciado às infrações ordinárias. São consideradas infrações políticas aquelas em que o Estado e o seu atual regime constitucional são os sujeitos passivos da conduta ilegal, quando são executadas sem qualquer ganho pessoal. Também amnistiáveis são crimes conexos com crimes políticos que descrevem condutas especificamente relacionadas com o desenvolvimento da rebelião e cometidos no decurso do conflito armado, bem como condutas destinadas a facilitar, apoiar, financiar ou dissimular o desenvolvimento da rebelião. Serão considerados crimes relacionados com a criminalidade política: aqueles classificados como comuns quando satisfazem os requisitos acima mencionados e não são condutas ilegais cometidas em proveito pessoal, em seu próprio benefício ou de terceiros.

⁷⁷ Assim viu a Convenção Europeia sobre Extradição de 13 de dezembro 1957 (ETS 24), por exemplo, ainda prevê no n.º 1 do seu art. 3º um obstáculo imperioso à extradição de um ato político ou de um ato ligado a um tal ato. Este foi então removido por crimes graves ao abrigo do direito internacional pelo art. 1 do 1º ZP de 15.10.1975 (ETS 86). O art. 1º da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo (ETS 90) previa ainda que certos crimes graves deixassem de ser considerados como infrações conexas na aceção do n.º 1 do art. 3º da Convenção Europeia sobre Extradição. O art. 5º da Convenção Europeia sobre Extradição obriga os seus Estados-membros a “para efeitos de aplicação da presente Convenção... não considerarem qualquer infração... como uma infração política, como uma infração relacionada com tal infração ou como uma infração baseada em motivos políticos” (JO C 313 de 23.10.1996, p. 12). Ver também o relatório explicativo do Conselho da União Europeia, n.º C 191/03 de 23.6.1997, p. 13 sobre o art. 5º e VOGEL, Joachim, “Abschaffung der Auslieferung? Kritische Anmerkungen zur Reform des Auslieferungsrechts in der Europäischen Union”, *JZ* 56, 19 (2001), (pp. 937-943) pp. 937 s. e DEEN-RACSMÁNY, Zsuzsanna/BLEKXTOON, Judge Rob, “The Decline of the Nationality Exception in European Extradition?”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 13, 3 (2005), (pp. 317-364) pp. 352 ss.

⁷⁸ HATAWAY, Breanne, “The FARC’s Drug Trafficking as Political Crime: Determining the Success of Colombia’s Peace Talks”, *North Carolina Journal of International Law* 41 (2015), pp. 177 ss.

⁷⁹ Cf. originalmente PÉREZ, Luis Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, vol. 3, 2.ª ed., Bogotá: Temis, 1968, pp. 111 ss. e 135 ss.; OROZCO ABAD, Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y Derecho en Colombia*, 2.ª ed., Bogotá: Temis, 2006, pp. 55 ss.; GUTIÉRREZ URRESTY, Ana María, “Las amnistias e indultos, un hábito social en Colombia”, in: AA.VV., *Justicia Transicional. Teoría y Praxis* (ed. De Gamboa Tapias, C.), Bogotá: Editorial Universidad de Rosario Colombia, 2006, p. 388; APONTE CARDONA, Alejandro, *El proceso penal especial de justicia y paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Madrid: CITpax, 2011, pp. 29 ss.; TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando, *El Delito Político*, Bogotá: Ibáñez, 2019. Cf. também CC, Sentencia C-007/18 (nota de rodapé 34), para. 146, 154. Para um visão global também AMBOS/ABOUELDAHAB, “The Colombian Peace Process and the Special Jurisdiction for Peace”, cit., p. 258.

para a sociedade⁸⁰. A Constituição colombiana de 1991 faz uma distinção explícita entre crimes políticos e crimes gerais e prevê amnistias e indultos apenas para os primeiros⁸¹. Numa decisão histórica de 2007, o Supremo Tribunal estabeleceu que a formação e a adesão a um grupo paramilitar não poderiam ser consideradas infrações políticas, uma vez que estes grupos atuavam baseados em razões “egoístas” e recebiam apoio estatal e institucional⁸². Neste contexto, é assaz lógico que apenas os crimes cometidos por membros de grupos guerrilheiros possam ser alvo amnistia ou perdão⁸³ como crimes políticos⁸⁴ ou crimes conexos nos termos do n.º 2 do artigo 7º e do artigo 8º da Lei de Amnistia, por seu turno aos membros das forças de segurança do Estado é (apenas) concedido um “tratamento especial” (*tratamiento especial*) nos termos do artigo 9º da lei de Amnistia – embora o efeito de isenção seja igual.

Por outro lado, é evidente que – para além das infrações gerais⁸⁵ – não podem ser concedidas amnistias para certos crimes internacionais⁸⁶, pelo que a lista negativa que consta do artigo 23º da Lei de Amnistia fica parcialmente aquém do disposto nos artigos 5º a 8º do Estatuto de Roma do TPI⁸⁷ e vai, em parte mais, longe do que estes artigos. Embora corresponda essencialmente aos elementos dos crimes de direito internacional no que se refere aos crimes contra a humanidade e ao crime de genocídio⁸⁸, fica atrás no caso dos crimes de guerra uma vez que apenas são abarcados os crimes

⁸⁰ Assim como PÉREZ, *Tratado de Derecho Penal*, cit., pp. 112 ss. e 114.

⁸¹ Ver os arts. 150 e 201 da Constituição. Ver também art. 8 (ver nota de rodapé 76 acima), 15, 16 paras. 1 e 2, art. 22 paras. 1, 2 e no. 3, bem como art. 23 Lei de Amnistia.

⁸² CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia C-26945 (Caballero Montalvo) de 11.7.2007, pp. 23, 26; também AMBOS, Kai, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá: Temis, 2008, pp. 193 e 195 ss. Cf. também mais recentemente o acórdão do CSJ sobre o tratamento de grupos paramilitares e, em particular, sobre a exclusão destes grupos de delitos políticos, CSJ, Sala de Casación Penal, Radicado (Rad.) 36487 de 16.8.2017, denunciando o juiz Eugenio Fernandez Carlier; também o Rad. 51029 de 28.8.2017; Rad. 50286 de 23.8.2017; Rad. 50938 de 16/08/2017; Rad. 50656 de 2.8.2017; Rad. 50754 de 2.8.2017; Rad. 50680 de 19/7/7/2017; Rad. 50504 de 18.7.2017; Rad. 50537 de 18.7.2017 e Rad. 50550 de 11.7.2017.

⁸³ Cf. neste contexto CSJ, Rad. 46334 de 13. 9.2017; Rad. 47636 de 13. 9.2017; Rad. 50628 de 06. 9.2017; Rad. 49647 de 11. 7.2017; Rad. 50220 de 28. 6.2017; Rad. 49895 a partir de 28. 6.2017; Rad. 49647 de 07. 6.2017; Rad. 50402 a partir de 05. 6.2017; Rad. 50325 a partir de 23. 5.2017; Rad. 49253 a partir de 10. 5.2017; Rad. 49134 de 10. 5.2017.

⁸⁴ Por outras palavras, crimes dirigidos contra o “Estado e o seu atual sistema constitucional”, cf. art. 8 § 2 Lei de Amnistia, ou nota 77

⁸⁵ Art. 23 parágrafo b.

⁸⁶ Art. 23 parágrafo a. menciona a este respeito: crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra, tomada de reféns ou outras privações graves de liberdade, tortura, execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados, violação e outras formas de violência sexual, rapto de crianças, deportação ou transferência forçada e recrutamento de crianças em conformidade com o Estatuto de Roma do TPI. Cf. a este respeito também o art. 30 (n.º 1) e – no que diz respeito à renúncia de acusação pelas forças de segurança do Estado – art. 46 (n.º 1) e 47 (n.º 4) da Lei de Amnistia.

⁸⁷ O crime de agressão (art. 8º do Estatuto de Roma do TPI) não é relevante por razões óbvias.

⁸⁸ No entanto, o crime de genocídio ao abrigo do direito colombiano (cf. art. 101º da Lei 599 de 2000) vai para além da interpretação do direito internacional, na medida em que os grupos políticos também são incluídos como objeto de proteção.

de guerra “*graves*”. Por exemplo: embora a morte de *uma* pessoa protegida – um civil, por exemplo – constitua sem grande dificuldade um crime nos termos do artigo 8º do Estatuto de Roma do TPI⁸⁹, nos termos da lei de Amnistia tal poderia não ser assim, se fosse aplicado um critério quantitativo de gravidade, assim, por conseguinte, uma única morte não poderia ser considerada um caso “*grave*”⁹⁰. Neste contexto, é de salientar, e louvar, a postura do Tribunal Constitucional que, na revisão que fez da Lei de Amnistia, declarou inconstitucionais⁹¹ tanto o termo “*grave*” como o último parágrafo do artigo 23⁹².

Por outro lado, a lista negativa do artigo 23º da Lei de Amnistia contém crimes que não fazem parte da lista dos crimes mais graves de direito internacional⁹³. Tal acontece basicamente em relação a todos os crimes individuais (tomada de reféns, etc.) enumerados após os crimes de guerra. Estes crimes apenas são “elevados” à categoria dos mais graves crimes internacionais no caso de um contexto de criminalidade internacional, sendo, em caso contrário, considerados, na melhor das hipóteses, crimes com base em Tratados (treaty-based crimes)⁹⁴. As “outras formas de violência sexual” – para além das “relações sexuais violentas” – parecem ser particularmente extensas, e todos os ataques à autonomia sexual de uma pessoa podem ser subsumidos a estas outras formas de violência⁹⁵. No entanto, de um modo geral, pode dizer-se que o legislador colombiano se esforçou por cumprir as disposições do direito internacional, particularmente do Estatuto de Roma do TPI⁹⁶.

⁸⁹ O Estatuto de Roma do TPI prevê no seu art. 8, n.º 1 relativamente aos crimes de guerra uma limitação pelo requisito “como parte de um plano ou política ou como parte da comissão de tais crimes em larga escala”. Esta característica, contudo, apenas diz respeito à jurisdição e não é de natureza substantiva. Uma outra limitação resulta (mais uma vez, como regra geral, da admissibilidade) do limiar de materialidade do art. 17º do Estatuto de Roma do TPI. Cf. AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. III: International Criminal Procedure, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 271 ss.

⁹⁰ Em contraste, contudo, poderia argumentar-se que o adjetivo “grave” (não diferente da característica “como parte de um plano ou política ou como parte da comissão de tais crimes em larga escala” no n.º 1 do art. 8 do Estatuto de Roma do TPI) apenas diz respeito à jurisdição (*Ambos* [nota de rodapé 53], p. 118 ss.).

⁹¹ CC, Sentença C-007/18, (nota 34), par. 512 ss., 520, 521.

⁹² Cf. nota de rodapé 75 acima (texto riscado).

⁹³ Ver acima notas de rodapé. 74 e 75; cf. aqui também AMBOS/ABOUELDAHAB, “The Colombian Peace Process and the Special Jurisdiction for Peace”, cit., pp. 257 s.

⁹⁴ Isto inclui, por exemplo, o ato único de tortura (AMBOS, *Treatise on International Criminal Law II*, cit., pp. 241 ss.) e possivelmente – pelo menos a nível regional, interamericano – os desaparecimentos forçados (cf. a este respeito o acordo de 9 de junho de 1994, Doc. OEA/Ser.P/AG/Doc.3114/94 [1994] e AMBOS, Kai/BÖHM, María Laura, “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo”, in: AA. VV., *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional* [coord. Ambos, K], Bogotá: Temis, 2009, disponível em <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Desaparicion%20forzada%20de%20Kai%20Ambos.pdf> (consultado em 18.10.2021) pp. 195 ss.)

⁹⁵ Para uma análise abrangente ver SCHWARZ, Alexander, *Das völkerrechtliche Sexualstrafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

⁹⁶ Cf. quanto a este ponto também ESER, “Transitional Justice: Zum kolumbianischen Friedensabkommen im Licht von Ulfrid Neumann”, cit., pp. 565 s.

4. Tráfico de droga como um crime conexo a um crime político e, assim, elegível para amnistia?

Tal como já foi dito⁹⁷, a questão de saber até que ponto o tráfico de droga pode ser considerado um crime conexo a um crime político (“rebelião”) (e, portanto, um crime elegível para amnistia) é deveras complexa e especialmente controversa⁹⁸. No que diz respeito à Lei de Amnistia é surpreendente que o termo “tráfico de droga” não conste do diploma. Por conseguinte, é necessário saber se, ou em que medida, o tráfico de droga constitui um crime abrangido pela amnistia, tendo por base os artigos 8º e 23º da Lei de Amnistia⁹⁹ e nas explicações constantes dos pontos 38 a 41 do capítulo sobre a JEP no Acordo de Paz¹⁰⁰. Embora a este respeito o n.º 38 fale de “crimes políticos... no contexto do cultivo ilegal de droga”, o que já indica que o tráfico de droga só pode ser amnistiado, como um crime conexo, decorre ainda mais claramente do artigo 8º da lei de Amnistia que o tráfico de droga não é, de qualquer modo, um crime político e que a distribuição de estupefacientes não é dirigida contra “o Estado e o seu atual sistema constitucional”.

É certo que se deve então colocar a questão de saber se o tráfico de droga deve ser considerado como um crime conexo ao crime político de rebelião, *se serviu para o financiar*. O artigo 8º da Lei de Amnistia estabelece nos parágrafos terceiro e quarto que tanto a “conduta (punível) relacionada com a execução da rebelião” que teve lugar “por ocasião de um conflito armado”, como a “conduta destinada a facilitar, apoiar, financiar ou dissimular a rebelião” podem ser consideradas como um crime conexo¹⁰¹. Em ambas as constelações, contudo, os crimes gerais podem não ter sido cometidos “com fins de lucro pessoal, em benefício próprio ou de terceiros”. Estes critérios de exclusão são retomados na alínea b) do artigo 23º da Lei de Amnistia¹⁰², segundo a qual as “infrações gerais não relacionadas com a rebelião” são consideradas não elegíveis para amnistia. Sendo estas todas aquelas que não foram (desde o início) motivadas pela rebelião ou cuja “motivação era obter ganhos pessoais para si próprio ou para terceiros”; trata-se, portanto, em última análise, de infrações em que a procura *pessoal* de lucro ou outro ganho era o objetivo principal.

⁹⁷ AMBOS, Kai, “Amnistia y narcotráfico”, *El Espectador* 21.1.2017, <http://www.elespectador.com/opinion/opinion/amnistia-y-narcotrafico-columna-675841> (consultado em 18.10.2021)

⁹⁸ TARAPUÉS SANDINO, Diego, “El narcotráfico como delito político: ¿desatino o condición para el posconflicto?”, *Razón Pública* 25.9.2017, <https://razonpublica.com/el-narcotrafico-como-delito-politico-desatino-o-condicion-para-el-posconflicto/> (consultado em 18.10.2021)

⁹⁹ Ver notas de rodapé supra 74-76; ver neste contexto CC, Sentencia C-007/18 (nota de rodapé 34), par. 587 ss. e 757 ss.

¹⁰⁰ Estes são (em excertos) os seguintes (ed. K.A.)

38. [...] Amnistias e perdões são concedidos para crimes políticos e conexos, desde que os perpetradores façam parte de um grupo rebelde com o qual tenha sido assinado um acordo de paz. [...] Os critérios desenvolvidos pela jurisprudência colombiana para a aplicação do princípio de favorecimento [...] são decisivos para determinar a ligação com uma infração política cometida no contexto do cultivo ilegal de drogas.

41. Nem amnistias nem indultos podem ser considerados para crimes comuns que não tenham nada a ver com a rebelião, tal como definido na Lei de Amnistia.

¹⁰¹ Ver supra nota de rodapé 76.

¹⁰² Ver supra nota de rodapé 75.

Resumindo, segundo o exposto uma infração penal geral cometida para financiar a rebelião (ou seja, com o objetivo de obter lucros, mas não em proveito *próprio*) pode, em princípio, constituir um crime conexo. O fator decisivo, neste caso, seria, em última análise, a característica de “vantagem *pessoal*”, uma vez que a ausência desta torna o tráfico de droga, enquanto crime (geral) tipicamente destinado ao enriquecimento próprio e/ou de terceiros, um crime conexo¹⁰³. Tal será, particularmente, plausível se o grupo em questão, como as FARC-EP¹⁰⁴, não tiver outras fontes de financiamento (por exemplo, apoio estrangeiro). Assim, a avaliação da questão dependerá sempre das circunstâncias individuais do caso e da distribuição do ónus da prova.

Conclusão

O Acordo de Paz entre o Governo colombiano e as FARC-EP, juntamente com a Lei de Amnistia e os respectivos decretos de implementação, formam um quadro normativo exigente e provavelmente único no que toca a amnistias, que na sua diferenciação ultrapassa medidas semelhantes aplicadas noutros processos de TJ e é coerente com a proibição legal (penal) internacional de amnistias absolutas. Do ponto de vista do direito (penal) internacional, são permitidas amnistias condicionadas, desde que a legislação nacional pertinente cumpra determinados requisitos. Em especial, as pessoas a quem são concedidas amnistias condicionadas devem ficar obrigadas a confessar os factos, reconhecer a responsabilidade colaborando assim para a reparação das vítimas, a fim de contribuir para uma verdadeira reconciliação. No entanto, os crimes mais graves de direito internacional (crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio) não devem, por regra, ser amnistiados. A lei de Amnistia colombiana vai além destes requisitos legais, e declara que não só os crimes mais graves de direito internacional, mas também outros crimes graves não são passíveis de amnistia. Na prática, ainda assim, é pouco provável que se torne possível julgar todos os factos ou autores de crimes de direito internacional.

A lei de amnistia colombiana é ainda coerente do ponto de vista teórico (penal), uma vez que apenas os crimes relacionados com o conflito armado (isto é, políticos e conexos) são passíveis de amnistia, as condições de amnistia garantem a *responsabilização*

¹⁰³ Cf. aqui novamente o n.º 38 do Acordo de Paz da JEP (ed. K.A.):

38. [...] Por conduta destinada a financiar a rebelião entende-se todo o comportamento ilegal que não tenha levado ao enriquecimento pessoal dos rebeldes, nem constitua um crime contra a humanidade, um grave crime de guerra ou genocídio.

¹⁰⁴ Cf. que o tráfico de droga foi uma estratégia crucial para as FARC-EP financiarem a sua luta, por exemplo HATAWAY, “The FARC’s Drug Trafficking as Political Crime”, cit., pp. 174 ss.); OTIS, John, *The Farc and Colombia’s Illegal Drug Trade*, Washington: Woodrow Wilson Latin American Program, 2014, https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/publication/Otis_FARCDrugTrade2014.pdf; LOZANO VILA, Alberto, “Los ingresos de las Farc”, *El Espectador* 12.3.2017, <http://colombia2020.elespectador.com/opinion/los-ingresos-de-las-farc>; “FARC obtuvo US\$ 22,5 millones por narcotráfico entre 1995 y 2014”, *Semana* 9.6.2016, <http://www.semana.com/nacion/articulo/fiscalia-habla-sobre-ingresos-de-las-farc-por-narcotrafico/477020>; YAGOUB, Mimi, “Las elusivas finanzas de las FARC y sus implicaciones para la paz”, *InSight Crime* 21.4.2016, <http://es.insightcrime.org/analisis/las-elusivas-finanzas-de-las-farc-y-sus-implicaciones-para-la-paz/>; (consultados em 18.10.2021)

dos autores beneficiários assim, através do pretendido efeito pacificador, espera-se que este instrumento promova resultados de prevenção geral positiva.

Finalmente, mostra-se necessário salientar certos aspetos que podem suscitar preocupações jurídicas (penais) internacionais. Em primeiro lugar, o tratamento diferenciado entre as FARC-EP e os membros das forças de segurança do Estado, bem como o tratamento especial de outros autores (privados e paraestatais), parece contrariar uma ideia base do direito internacional humanitário. Por via de regra, este ramo do direito trata as partes do conflito armado de forma igual, independentemente de estas serem estatais ou não estatais. Em segundo lugar, a criação de um tribunal militar especial no seio da JEP (sob a forma de uma sala especial) (tal como proposto pelo grupo parlamentar do CD) seria contrária ao espírito do Acordo de Paz e às subsequentes disposições constitucionais; a proposta foi, pois, justamente declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. Em terceiro lugar é de enfatizar, que existem dúvidas quanto à aplicação efetiva e viabilidade da Lei de Amnistia, especialmente tendo em conta o grande número de crimes e de suspeitos e a difícil distinção entre crimes políticos e crimes conexos. A, já complicada, situação jurídica – em relação a todo o modelo TJ – torna-se ainda mais complexa pelo fato de o Acordo de Paz e a JEP estarem sujeitos a repetidos ataques por parte do governo e do grupo parlamentar CD¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Cf. mais recentemente AMBOS, Kai/ABOUELDAHAB, Susann, "Colombia: Time for the ICC Prosecutor to Act?", *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 2.4.2019 com mais referências (<https://www.ejiltalk.org/colombia-time-for-the-icc-prosecutor-to-act/>).

A RECEPÇÃO DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DOS DIREITOS HUMANOS*

Paulo Pinto de Albuquerque** / Soraya Nour Sckell***

SUMÁRIO: Introdução; I. Aspectos gerais da recepção da jurisprudência da CEDH pela Corte IDH; II. Direitos Gerais; 1. Direito à vida e à integridade pessoal; 2. Direito à liberdade; 3. Direito à liberdade de pensamento, expressão e associação; 4. Proteção judicial e processo devido; 5. Direitos políticos; 6. Direitos económicos, sociais, culturais e ambientais; III. Direitos especiais de grupos de pessoas vulneráveis: 1. Direitos das mulheres; 2. Direitos das crianças; 3. Direitos dos trabalhadores; 4. Direitos dos imigrantes e dos refugiados; Conclusão.

Introdução

A relação entre a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é qualificada por um número significativo de autores como “diálogo” (PIOVESAN 2013; FARIAS, PADÃO E PORTELA 2017; FAUNDES 2020). Outros autores, contudo, consideram que não é possível qualificar esta relação de “diálogo”, pois há uma enorme discrepância entre a frequência com que as cortes se citam. A Corte IDH cita os instrumentos europeus em mais da metade de seus casos, enquanto que é a título excepcional que a CEDH cita a Corte IDH. Não é possível “dialogar pelos dois”. A fim de evitar sugerir esta “reciprocidade” ainda inexistente, outros autores preferem chamar esta relação antes de “influência” (GARRO 2009; GROPPi E ORTU 2014). No entanto, se o termo “diálogo” sugere uma reciprocidade inexistente, o termo “influência”, por sua vez, sugere uma hierarquia, que as divergências entre estas duas instituições permitiriam questionar.

Analizamos estas referências da jurisprudência da CEDH na Corte IDH como “recepção” (evitando assim também os conceitos de “diálogo” ou “influência”). Em sua dimensão explicativa, a “recepção” implica a transformação e recriação do que é recebido, no novo contexto ao qual é transportado. Iremos analisar a jurisprudência

* Reprodução revista do ensaio publicado em: *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Tirant Lo Blanch, 2020, p. 343-380. Mantivemos do texto original a terminologia brasileira, utilizando portanto “Corte Europeia” em vez de “Tribunal Europeu”.

** Professor Catedrático da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

*** Professora Associada da NOVA School of Law.