

# JUSTICIA DE TRANSICIÓN: UNA VISIÓN DE CONJUNTO CON LA LENTE DEL PENALISTA\*

Gabriele Fornasari

Catedrático de Derecho penal  
Universidad de Trento

**Sumario:** 1. La justicia de transición. Noción, historia y relaciones con el Derecho penal. 2. Los modelos de justicia de transición. 3. Los modelos «puros». De la ausencia del Derecho penal al derecho penal como único protagonista. 4. Las combinaciones de modelos. Un caso de combinación «diacrónica» y uno de combinación «sincrónica» entre punición y amnistía. 5. Los aspectos particulares de las transiciones sudamericanas. Las oscilaciones entre instancias de punición e instancias de pacificación en la fase de retorno a la democracia y el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el giro definitivo neopunitivista. 6. Un modelo para la superación del presente. El caso colombiano. 7. Modelos con interferencia entre Comisión por la Verdad y cortes penales. Un caso abierto y uno todavía por abrir. 8. Reflexiones críticas sobre los «nudos» penales. 9. Conclusiones.

## 1. LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN. NOCIÓN, HISTORIA Y RELACIONES CON EL DERECHO PENAL

Este estudio aborda una cuestión muy debatida recientemente, pero que tiene antecedentes incluso en la Antigüedad: el tratamiento que debe dispensarse a aquellos que han gozado de una posición de poder y que han violado sistemáticamente derechos humanos fundamentales en el momento en que se verifica una transición hacia una forma de gobierno respetuosa de tales derechos.

Aquí se utilizarán fórmulas sumamente genéricas en términos conceptuales: la noción

de «tratamiento» deja abiertas diversas posibilidades, que abarcan desde el uso exclusivo del Derecho penal hasta formas de reparación de daños causados o incluso de intervenciones de naturaleza casi exclusivamente simbólica; por «violación de derechos humanos» se entiende tanto los más evidentes crímenes contra la humanidad como casos menos cruentos como la denegación sistemática de justicia; finalmente, la expresión «transición de formas de gobierno irrespetuosas a otras respetuosas de los derechos humanos» reenvía a algo más que aquello que intuitivamente podría pensarse —es decir, el paso de la dictadura a la democracia—, dado que, en algunos casos, la violación de derechos humanos se realiza por gobiernos que formalmente no son dictatoriales y en ámbitos en los

\* Este artículo ha sido traducido por el Dr. Carlos Cabezas, profesor de Derecho penal, Universidad de Antofagasta.

que la democracia es una entidad que se ha afirmado solo recientemente, especialmente en el mundo occidental.

Con algunas excepciones recordadas por quien ha afrontado en términos históricos el tema de la justicia de transición, hasta avanzado el siglo XX las cuentas con el pasado, especialmente en el caso de revoluciones, fueron saldadas mediante enormes derramamientos de sangre o haciendo rodar cabezas coronadas, sin demasiadas cautelas relativas a exigencias de pacificación social y con escaso respeto de las garantías procesales de los acusados, con el efecto mitigante parcial del uso de la amnistía<sup>1</sup>.

Posteriormente ha aparecido, al menos en parte, una sensibilidad distinta, aunque con diversas modulaciones.

El pasaje histórico fundamental está determinado por el final de la Segunda Guerra Mundial.

Se incoaron procesos tanto a nivel internacional —Nuremberg y Tokyo— como a nivel nacional en los que fueron juzgados especialmente aquellos que habían colaborado con el ejército alemán o japonés durante los periodos de ocupación.

En relación con esta experiencia, es interesante verificar las notables diferencias en el equilibrio entre instancias represivas y reconciliatorias; la experiencia italiana, a la que se dedicará el correspondiente parágrafo, es ciertamente una de las más paradigmáticas.

El elemento que permite diferenciar estos procesos respecto de la realidad precedente, incluyendo los procesos de los tribunales de Nuremberg y Tokyo, es el intento más o menos logrado de evitar la aplicación de la llamada «justicia de los vencedores», que tiende a anular las garantías más elementales de los acusados y se inscribe en una idea de la justicia fuertemente vinculada a un concepto de palingenesia moral<sup>2</sup>.

Pero el otro aspecto de gran interés de las más recientes experiencias transnacionales se encuentra en el esfuerzo de individualizar en el Derecho y en el proceso penal solo uno de

los instrumentos orientados a la superación del pasado, utilizando al mismo tiempo como alternativa instrumentos de tipo resarcitorio, reparador, simbólicos u orientados a la comprobación de la verdad histórica, o incluso aplicando causas de extinción de los delitos cometidos eventualmente condicionadas a prestaciones por parte de los sujetos beneficiados por ellas.

De aquí nace el discurso sobre los modelos de justicia de transición, que esencialmente giran en torno a las distintas opciones sobre el énfasis del rol atribuido al Derecho y al proceso penal.

Como se ha anticipado, se trata de un discurso no lineal, pues los modelos deben ajustarse a realidades muy diversas, prescindiendo del objetivo común de la recuperación de una dimensión pacífica y democrática de la vida social, aun cuando en algunos casos la utilización del concepto de democracia tal y como lo entendemos en Occidente resulte impropio, tratándose ordenamientos excéntricos a nuestra gramática institucional.

## 2. LOS MODELOS DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN

Un examen detallado de todas las experiencias transnacionales de los decenios sucesivos al final de la Segunda Guerra Mundial es una empresa inabarcable que excede los límites de este estudio —y demasiado ardua incluso si nos hubiésemos puesto esos límites—.

La justicia de transición se ha producido en casi todos los continentes en virtud de la herencia terrible de los Estados criminales y liberticidas y de los sanguinarios conflictos del siglo XX, [...] perpetradas en muchas zonas al inicio del nuevo milenio.

Las últimas experiencias tuvieron lugar a partir 2014, tras la denominada «primavera árabe», e involucran a un país al que se prestará especial atención por su cercanía con Europa, Túnez.

Antes de tratar el tema con mayor detalle, es necesario aclarar que los modelos de justicia de transición raramente han sido adoptados de forma exclusiva por los Estados: la norma general es que, tal y como ha sucedido en Sudamérica, en el mismo país los diversos modelos se han sucedido en el tiempo; también es posible que sean alternativos —como en la conocida experiencia sudafricana— o incluso acumulativos, con el peligro de incurrir en serios problemas de coordinación, como en Sierra Leona.

Para los propósitos de este trabajo, la principal distinción entre diversos modelos es la que diferencia los que se fundan en la utilización del instrumento del Derecho y del proceso penal y los que prescinden de ellos; sin embargo, esta es solo una primera aproximación, pues la realidad muestra que en muchos casos la amenaza penal no ha sido un fin en sí misma, sino que ha tenido una eficacia instrumental para la consecución de objetivos externos de naturaleza política<sup>3</sup>.

Las dos soluciones más «puras», es decir, aquellas que no han sido afectadas por la *praxis* muy difusa de contaminación entre modelos, son las experiencias europeas de transición del siglo XX, es decir, la de Alemania después de la disolución de la República Democrática Alemana y la de España tras el final del régimen franquista.

Se trata de soluciones, en todo caso, diametralmente opuestas: la primera se centró exclusivamente en el instrumento penal y la segunda estuvo totalmente fundada en la renuncia al recurso penal —pero también de cualquier otra intervención sancionadora— y orientada decididamente a una reconciliación *soft* de un pueblo dividido primero por una guerra civil atroz y posteriormente por la sistemática represión que caracterizó la dictadura más larga del siglo XX.

Precisamente por ser opuestas, ambas soluciones han dado lugar a opiniones críticas también opuestas: en Alemania surgieron dudas sobre el Derecho penal aplicable, pues al tratar de abarcar todas las violaciones de derechos humanos cometidas durante la etapa de la

DDR, se sobrepasaron los límites de principios penales fundamentales, entre ellos el de legalidad<sup>4</sup>; en España, en cambio, se ha criticado duramente la ausencia de toda exigencia de responsabilidad a los autores de los crímenes de la dictadura como una grave forma de injusticia hacia las víctimas que sufrieron sus consecuencias<sup>5</sup>.

Las soluciones «espurias» tienen orígenes muy diversos, a veces fundadas en un diseño racional meditado desde el inicio y otras, en cambio, caracterizadas de un trazado que ha ido modificándose con base en elecciones políticas (o judiciales) determinadas del cambio de dirección del gobierno o de factores exógenos, tales como el mantenimiento de una cierta cuota de poder de los sujetos comprometidos con la violación de derechos humanos o la aparición de nuevos y determinados actores en la escena como las cortes regionales para la tutela de derechos del hombre.

Por lo demás, en primer lugar y luego de haber ofrecido un panorama más o menos detallado de las diversas experiencias, lo que aquí interesa es el *côté* penal del asunto, es decir, los términos de compatibilidad entre el uso que se hace del Derecho penal y los principios que lo gobiernan (o deberían gobernarlo) en un Estado de Derecho, además de las condiciones de admisibilidad de opciones de naturaleza política con una fuerte incidencia en la esfera de lo penal, como la amnistía.

Antes de dar mayor concreción al discurso a través de la descripción de algunos modelos tal y como se han llevado a cabo en algunos países, es necesario todavía precisar que el objeto de análisis serán los casos de transición regulada mediante instrumentos de Derecho interno. No se tratarán aquí las soluciones vehiculadas a través de la intervención de tribunales penales internacionales *ad hoc* —como en el caso de Ruanda o la ex Yugoslavia<sup>6</sup>— o de la Corte Penal Internacional permanente ni las que se han articulado a través de tribunales mixtos —como el caso de Camboya—, instrumentos exclusivamente punitivos en los que se

aplican premisas normativas distintas a las del Derecho penal estatal.

### 3. LOS MODELOS «PUROS». DE LA AUSENCIA DEL DERECHO PENAL AL DERECHO PENAL COMO ÚNICO PROTAGONISTA

Como se ha anticipado, hay situaciones transicionales en las cuales el Derecho penal y, más en general, el intento de exigir responsabilidades por violaciones de derechos humanos, no han encontrado espacio alguno.

En España, tras la muerte de Francisco Franco, el 20 de noviembre de 1975, se inició de inmediato un proceso de democratización con elecciones libres; ahora bien, por lo que respecta a la responsabilidad por los crímenes cometidos durante la dictadura, dos actos normativos fundamentales de 1976 y 1977 realizaron conscientemente una operación muy clara destinada a favorecer el olvido.

El Real Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía, favorecía a los opositores del régimen declarando amnistiados todos los delitos políticos o de alguna manera vinculados a la lucha política —y sustancialmente coetánea a la eliminación del Código Penal de la disposición que calificaba como asociaciones ilícitas a todos los partidos políticos—. Posteriormente, la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, extendió la amnistía a los delitos contra el ejercicio de derechos fundamentales cometidos por la autoridad, funcionarios y agentes del orden público con motivo o en ocasión de investigaciones o persecuciones de actos de disenso político.

En ambos casos, la motivación hacía expresa mención a la necesidad de olvidar la herencia dictatorial del pasado para lograr una convivencia fraterna y una reconciliación del pueblo español, dando por supuesto que eran los mismos ciudadanos quienes querían pasar página y olvidar el pasado.

Naturalmente, las razones políticas de esta opción son complejas y escapan a la posibilidad de un análisis detallado en esta sede; para ejemplificar lo anterior, es preciso indicar que no solo no se incoó ningún proceso relativo a los crímenes de la dictadura, sino que ni siquiera se articuló ningún mecanismo alternativo orientado al reconocimiento de reparaciones materiales o morales a las víctimas ni se contempló la posibilidad de organizar comisiones para la verdad<sup>7</sup>.

Solo después de muchos años, con la Ley 52/2007 —conocida como la «ley de la memoria histórica»—, se inició un proceso de reconsideración de los años de la dictadura, pero también en este caso las medidas adoptadas prescindían por completo de la intervención del Derecho penal, concentrándose más bien en la rehabilitación de aquellos que habían sido perjudicados por sentencias debidas a motivos de discriminación política durante la dictadura —con la posibilidad de obtener indemnizaciones económicas— y en la localización e individualización de las víctimas del régimen —por ejemplo, de aquellas que habían sido enterradas en lugares ocultos luego de fusilamientos ilegítimos—<sup>8</sup>.

El camino seguido por Alemania tras la reunificación fue completamente opuesto y se centró fundamentalmente en el Derecho penal. Aquí, sin lugar a dudas, el «ajuste de cuentas» con el pasado fue confiado al desarrollo de procesos que suscitaron una serie de problemas jurídicos cuyas soluciones dividieron a menudo a la doctrina y la jurisprudencia; ello se manifestó del modo más evidente en los procesos contra los fusileros del muro de Berlín abiertos en los inicios de los años noventa, que tuvieron una cobertura mediática muy amplia<sup>9</sup>.

Las polémicas estaban relacionadas con las fuentes aplicables y su interpretación, la aplicación retroactiva de normas desfavorables, la aplicabilidad de disposiciones acerca de la autoría y participación a personas en el vértice político, el rol de la prescripción y la relación entre las normas penales internas y las obliga-

ciones derivadas de fuentes internacionales; en conclusión, un cúmulo de problemas de tal calado que inducían a repensar los mismísimos fundamentos del Derecho penal.

En cuanto a las fuentes utilizadas, la duda estribaba en si era aplicable el Derecho vigente en el *locus commissi delicti* al momento del hecho o el de la República Federal, cuestión que el Tribunal Supremo resolvió adoptando el primero para evitar una violación al principio de tipicidad<sup>10</sup>.

Más dudas generaba la cuestión de si debía aplicarse la ley vigente en la disuelta República Democrática según la interpretación «inmanente al sistema» —es decir, aquella que habrían dado los jueces en el marco jurídico de ese régimen— o si debía aplicarse a los hechos la legislación de un Estado de Derecho: también en este caso, la elección, al menos en principio, fue la de privilegiar el estatuto originario, es decir, prescindir de determinados vínculos constitucionales que habrían condicionado al juez de la República Federal<sup>11</sup>.

De todos modos, esta afirmación de principio fue varias veces contradicha en la práctica sobre la base de la existencia de vínculos de distinta naturaleza, especialmente aquellas referidas a las convenciones internacionales sobre protección de derechos fundamentales idóneas para obligar incluso a los jueces de la DDR por ser comúnmente reconocidas<sup>12</sup>.

El terreno de aplicación de este entramado teórico fueron los procesos relativos a las muertes y lesiones cometidos en la frontera interalemana.

Aquí no se ponía en discusión la tipicidad del hecho, sino la aplicabilidad a los guardias fronterizos de causas de no punibilidad, particularmente la causa de justificación prevista en el art. 27 de la ley sobre la frontera de 1982, que en ciertas condiciones les permitía el uso de armas de fuego para impedir el paso no autorizado de la frontera; contra la opinión de una parte de la doctrina, el Tribunal Supremo federal optó por una interpretación muy extensa de la eximente «inmanente al sistema»<sup>13</sup>,

pero no por ello aceptó la consecuencia de dejar impunes a los imputados.

De hecho, por regla general, se entiende que el efecto de exclusión de la responsabilidad podía ser eludido por la clara incompatibilidad con la concepción común de la justicia y de la humanidad, fundada teóricamente por la denominada «fórmula de Radbruch»<sup>14</sup> y, desde la perspectiva normativa, en numerosos documentos internacionales, pudiéndose eventualmente reconocer a los guardias fronterizos, si fuesen verificadas en el caso concreto, las eximentes de haber obedecido a una orden ilegítima pero obligatoria o de haber comprendido erróneamente que actuaban bajo una causa de justificación.

Frente a la objeción de que en tal caso operaba una aplicación retroactiva *in malam partem* del Derecho penal que excluía *a posteriori* la relevancia de una causa de justificación, se replicaba que no era la norma la que era aplicada retroactivamente, sino que esta únicamente se interpretaba correctamente, punto de vista que genera perplejidad a la luz de las contribuciones de la doctrina reciente según las cuales la retroactividad de la interpretación de la norma que tiene efectos desfavorables sobre el reo es tan ilegítima como la propia retroactividad de la norma.

Por lo demás, cuando la Corte Constitucional alemana fue llamada a pronunciarse, reconoció el carácter retroactivo de la operación hermenéutica de la jurisprudencia, pero al mismo tiempo la justificó basándose en el hecho que el ordenamiento puede admitir excepciones al principio de irretroactividad en caso de conflicto con intereses de mayor importancia<sup>15</sup>.

Sobre estas mismas bases fue reconocida la responsabilidad de los vértices políticos de la DDR, aplicando una noción muy extensa de la autoría, particularmente de la mediata, y sin tomar en consideración la alegación de la inmunidad de dichos sujetos, dado que quien los juzgaba no podía definirse como un tribunal extranjero tras la reunificación de Alemania<sup>16</sup>.

Otro aspecto de extremo interés en la experiencia que estamos exponiendo se relaciona con la prescripción, pues se vincula con delitos respecto a los cuales aquella ya se había verificado en el momento en que se iniciaron los procesos.

También esta cuestión fue objeto de amplia discusión en el seno de la doctrina y la jurisprudencia, controversia que dio lugar a importantes intervenciones del legislador.

La tesis prevaleciente en la jurisprudencia fue considerar irrelevante, para los fines de la maduración de los plazos de prescripción, el tiempo transcurrido desde el momento del hecho hasta el 3 de octubre de 1990, es decir, hasta la entrada en vigor del Tratado de reunificación<sup>17</sup>; en 1993, el propio legislador avaló este punto de vista.

Sin embargo, dado que, incluso teniendo presente este nuevo plazo *a quo*, varios procesos que fueron iniciados corrían el riesgo de ser cancelados por la prescripción, el legislador intervino en dos ocasiones —en 1993 y 1997— para postergar el *dies ad quem*, fijándolo más adelante respecto a aquel comúnmente previsto para los delitos objetos del proceso.

Es inútil decir que esta solución, que trataba de satisfacer tendencias represivas muy arraigadas en ese momento, comportaba un alto coste: constituía una verdadera vulneración del principio de legalidad y, por ello, fue muy objetada en doctrina<sup>18</sup>; más adelante, al revisar varias experiencias de transición, veremos si y en qué medida es legítimo pagar tal precio.

#### 4. LAS COMBINACIONES DE MODELOS. UN CASO DE COMBINACIÓN «DIACRÓNICA» Y UNO DE COMBINACIÓN «SINCRÓNICA» ENTRE PUNICIÓN Y AMNISTÍA

Los modelos simples de transición (nada de Derecho penal en España, solo Derecho penal

en Alemania) encuentran una combinación diacrónica en la transición desde el fascismo a la democracia en Italia que trataremos a continuación, combinación aun más compleja en otros ordenamientos de los que se hablará más abajo.

En Italia, la primera reacción, aun durante la guerra y con una parte del país ocupada por las tropas nazis, se verificó con el decreto legislativo *luogotenenziale* n. 159, de 27 de julio de 1944, con el que se trataba de una respuesta «transicional» que dejaba poco espacio al perdón y a la reconciliación, sancionando penalmente conductas como la propia creación del fascismo —para las cuales se preveía la pena de muerte (art. 2)<sup>19</sup>—, los actos de apoyo al fascismo (art. 3) y el colaboracionismo (art. 5)<sup>20</sup>; en los casos más graves se declaraba la imprescriptibilidad (art. 6) y, finalmente, se ordenaba el comiso de todos los bienes de los colaboracionistas (art. 9).

En los meses inmediatamente posteriores y particularmente hasta la liberación, la amenaza penal fue cualquier cosa menos estéril; se iniciaron numerosos procesos, se dictaron muchísimas sentencias condenatorias, algunas de ellas de muerte (aproximadamente 250, con 91 ejecuciones efectivas)<sup>21</sup>, pero ya en la segunda mitad de 1945 esta tendencia se atenuó por dos razones. En primer lugar, porque la Corte de Casación inició una línea hermenéutica menos agresiva (uno de cuyos objetivos era evitar la incriminación de un enorme número de personas que de un modo u otro habían estado comprometidas con el fascismo). En segundo lugar, porque se produjo un debate público en el que surgieron objeciones sobre la naturaleza retroactiva de las disposiciones penales sobre el fascismo.

Aquí citamos sin profundizar el instructivo cambio de opiniones que involucró a algunos de los más importantes intelectuales de su tiempo: por un lado, Arturo Carlo Jemolo<sup>22</sup> —y, con él, otras figuras importantes como Benedetto Croce— en defensa de los límites formales (que pronto se convertirían en consti-

tucionales) del Derecho penal y, por tanto, en sentido crítico respecto a normas que inevitablemente sancionaban el pasado; del otro, en respuesta a Jemolo y a favor de la idea de que el principio de irretroactividad de la ley penal vale dentro del ordenamiento jurídico en situaciones normales y no en situaciones excepcionales, cuando es necesario marcar una discontinuidad con el pasado, Piero Calamandrei<sup>23</sup> y, entre otros, el gran crítico literario Luigi Russo<sup>24</sup>.

Por lo demás, después de la liberación el «ajuste de cuentas» con el pasado se había convertido en justicia sumaria, en una sangüinaria continuación de la guerra civil, particularmente en diversas zonas del norte del país, con una impresionante cantidad de muertos y heridos<sup>25</sup>.

También en consideración de todo ello se inició el *iter* que condujo al decreto presidencial n. 4, de 22 de junio de 1946, uno de los primeros actos del primer presidente de la República tras el referéndum de 2 de junio que abolió la monarquía.

Con un cambio notable respecto de la opción punitiva adoptada tras la desautorización de Mussolini, el primer Gobierno republicano, a través del ministro de Justicia Togliatti, aprobó, con aquel decreto, una amnistía relativa a los delitos políticos cometidos con posterioridad al 8 de septiembre de 1943 —con exclusión de los homicidios, otros delitos en materia de prostitución y corrupción y de otras hipótesis (art. 2 y art. 4)—, así como a los actos de apoyo al fascismo y las conductas de colaboracionismo, también en este caso con algunas excepciones respecto de hechos muy graves, las funciones que realizaban sus autores o la presencia de fines de lucro (art. 3).

Si se piensa que este acto normativo había sido precedido por una amnistía para los delitos políticos cometidos por los antifascistas durante el fascismo (decreto *luogotenenziale* de 17 de noviembre de 1945, n. 719) y, antes, por una amnistía para los delitos cometidos por partisanos antifascistas durante la resistencia (decreto real de 5 de abril de 1944, n. 96), la impresión

general es que se abrió paso una tendencia hacia una forma de «pacificación nacional».

Prescindiendo de un análisis de las modalidades fuertemente influidas por la indulgencia con la que la magistratura —especialmente la Corte de Casación— aplicó la amnistía, ignorando prácticamente las excepciones específicas que la misma ley preveía cuando debía juzgar a los jerarcas fascistas y, en cambio, tendiendo a negarla a menudo cuando se trataba de partisanos, lo cierto es que en pocos años los procesos penales por crímenes del fascismo terminaron casi todos con declaraciones de impunidad y en buena medida anularon los efectos del decreto de 1944.

Como se sabe, el juicio histórico sobre la experiencia italiana es todavía controvertido.

Quienes consideran que se trata de una experiencia negativa señalan que la consecuencia de la misma fue una impunidad excesiva, dada la gravedad de los crímenes cometidos y, al mismo tiempo, la falta de formación de una memoria histórica compartida; desde este punto de vista, no se ajustaron las cuentas con el pasado.

Los que, por el contrario, justifican el recurso a la amnistía, recuerdan que las contingencias históricas fueron particulares y en algunos casos dramáticas<sup>26</sup>: dramáticas porque en diversas partes del territorio nacional estaba en curso una especie de continuación de la guerra civil entre grupos todavía armados, con derramamiento de sangre, contienda en la que a menudo se mezclaban razones políticas y rencores privados; particulares, dado que la transición italiana no seguía, como en muchos otros países europeos de aquel tiempo, un breve periodo de ocupación alemana, sino una compleja fase en la cual se había formado una entera clase dirigente difícil de sustituir y cuya represión habría determinado una especie de criminalización de masa<sup>27</sup>.

Además, si bien puede ser cierto que no se ha formado una memoria colectiva, no está claro que este sea un objetivo realista; lo que es seguro es el descenso de la conflictividad deter-

minado por la amnistía, que podría ser uno de los factores que han contribuido a la construcción de una democracia constitucional imperfecta, pero estable y sólida<sup>28</sup>.

Dicho esto, y como veremos en la última parte de este trabajo, la experiencia transicional italiana invita a una reflexión de conjunto sobre un tema muy relevante: los límites de admisibilidad de los mecanismos de amnistía, teniendo presente que estos se sitúan inevitablemente en el confín entre las exigencias de justicia y las exigencias de pacificación<sup>29</sup>.

Es preciso decir, como ha sido afirmado por la doctrina penal italiana dedicada específicamente al tema —cuyos extremos son plenamente compartibles—, que las principales responsabilidades del carácter amnésico de nuestra transición no son imputables a la generación que la condujo (que quizás no podía obrar de modo diverso, renunciando ampliamente a la represión de los crímenes cometidos), sino a las generaciones sucesivas, que en momentos históricos más propicios no fueron capaces de realizar un intento genuino de hacer las cuentas con el pasado, de reflexionar sobre las causas y efectos de aquella degeneración y de restituir las bases para la construcción de una memoria que no fuera amnésica, falsa y autoabsolutoria<sup>30</sup>.

El modelo sudafricano agrega un elemento al complejo prisma de los instrumentos utilizados en las fases de transición.

Se trata del recurso a las comisiones para la verdad y la reconciliación, ya conocido en algún caso precedente, pero que tiene en este caso tiene connotaciones peculiares por el modo en que la actividad de la comisión se ha combinado con la de los jueces penales<sup>31</sup>.

El esquema es el siguiente: para gestionar la superación del régimen de *apartheid* y evitar la enorme potencialidad conflictiva presente en la fase de transición a un régimen fundado en el respeto de los derechos humanos, se adoptó un modelo basado en la asunción de responsabilidad a cambio de impunidad.

La impunidad tenía relación solo con las sanciones penales: el mecanismo elegido impuso resarcimientos a las víctimas, la imposibilidad de conservar oficios públicos y la asunción de responsabilidad (relativa a todas las partes en el proceso y, por tanto, incluso a las violaciones de derechos humanos cometidas por la mayoría de color en el ámbito de conflictos intraétnicos), lo que se llevó a cabo a través de declaraciones públicas efectuadas en presencia de la Comisión a las que el declarante se sometía voluntariamente con la finalidad de evitar un proceso.

Solo en el caso en que tales testimonios fuesen considerados completos y verídicos por la Comisión<sup>32</sup> podía generarse una declaración de amnistía que anulaba cualquier consecuencia en el plano penal; si, en cambio, el testimonio vertido semejaba parcial o falso, entonces se reabría el camino de la justicia ordinaria, con la posibilidad de condenas a penas muy severas.

La combinación es, entonces, sincrónica: mientras que en la Italia en la postguerra la estrategia de transición inicial fundada en la represión penal fue seguida, para casi los mismos hechos, por una amnistía con efectos sustancialmente «sepulcrales», en Sudáfrica las dos posibilidades convivieron y la amenaza del proceso penal se mantuvo en el trasfondo como incentivo para que las declaraciones ante la Comisión fueran auténticas y útiles para reconstruir una verdad reconocida sobre la cual pudiese cimentarse un pacto constituyente<sup>33</sup>.

Se fijaron, en todo caso, límites. Por una parte, el mecanismo activado se refería solo a actos, omisiones y violaciones políticamente motivadas («associated with political objectives», dice el prólogo del Estatuto de la Comisión) y es claro que tal definición no se presta fácilmente a una interpretación unívoca; con todo, la Comisión fue más bien selectiva al respecto y se basó en criterios sintomáticos; por ejemplo, la comisión de actos por parte de órganos del Estado o de organizaciones políticas con base en planificaciones deliberadas —o dirigidos contra opositores políticos—, así como



aquellos realizados durante revueltas, huelgas, protestas o manifestaciones.

Por otro lado, la tipología de los actos por los que era admitida la solicitud de amnistía tras las declaraciones también era restringida: se trataba solo de tres crímenes, la *torture and abduction* (tortura y transferencia o captura forzada e ilegal de una persona), *killing* (ejecuciones ilegítimas ordenadas por el Estado o por movimientos de liberación) y *severe ill treatment* (noción que, según la interpretación de la Comisión, comprendía, entre otras, la violencia sexual, la mutilación, la detención sin acusación o sin proceso, las vejaciones, el exilio y la proscripción), incluyendo la tentativa, la participación, la instigación, la *conspiracy* y la orden de cometerlos tanto en el territorio de la República como en el extranjero.

Las estadísticas nos dicen que la Comisión ha rechazado *in limine* más de la mitad de las solicitudes, considerando ausente la motivación política; pero en los casos en los que las admitió, fueron consideradas siempre verídicas y se pronunció a favor de la concesión de la amnistía, aunque con algunas excepciones «excelentes».

En este segundo momento del juicio, puede decirse que la Comisión privilegió la reconciliación sobre la verdad; por otra parte, este fue el camino que tomó tras del fin de su actividad el presidente de la República Thabo Mbeki, quien, en el curso del decenio de su mandato, concedió numerosas declaraciones de perdón incluso por delitos diversos de aquellos que eran competencia de la Comisión, probablemente con la intención de cerrar definitivamente las cuentas con el pasado en un país en el que todos los focos de violencia se estaban apagando completamente<sup>34</sup>.

De la particular experiencia sudafricana es necesario decir que la amnistía no fue «sepulcral», dado que, como hemos dicho, no fue concedida a una parte importante de aquellos que fueron candidatos bajo la premisa de que los motivos de esos crímenes no fueron políticos<sup>35</sup>.

Más allá del juicio político sobre los resultados del mecanismo fundado en la conveniencia de la respuesta penal y de la instancia de reconciliación, debe insistirse en que en Sudáfrica no se vulneró ningún principio del Derecho penal, pues en los juicios penales fueron aplicadas siempre disposiciones en vigor, incluso en el momento de los hechos, y no se creó ninguna regla especial *in malam partem*.

Hay una sola duda, que se refiere al respeto de un principio del Derecho procesal. En los casos en que las declaraciones eran consideradas solo parcialmente verídicas, el acceso a la amnistía era negado, abriéndose el camino a la celebración de un proceso penal ordinario; entonces surgía el problema del valor probatorio de las declaraciones acusatorias o autoacusatorias efectuadas ante la Comisión: es cierto que el art. 31.3 del Estatuto de la Comisión prescribía que toda prueba inculpativa obtenida durante las declaraciones no podía ser admitida contra una persona involucrada en un proceso penal, pero se trata de una prohibición formal que no es difícil de obviar.

## 5. LOS ASPECTOS PARTICULARES DE LAS TRANSICIONES SUDAMERICANAS. LAS OSCILACIONES ENTRE INSTANCIAS DE PUNICIÓN E INSTANCIAS DE PACIFICACIÓN EN LA FASE DE RETORNO A LA DEMOCRACIA Y EL ROL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL GIRO DEFINITIVO NEOPUNITIVISTA

Los modelos de superación del pasado de los países de Latinoamérica presentan algunos elementos diferenciales, en ocasiones no irrelevantes, aun dependiendo del hecho que cada régimen que ha producido sistemáticas viola-

ciones a los derechos humanos en el último tercio del siglo XX han tenido peculiaridades específicas.

Con todo, todas ellas se caracterizan por un elemento de novedad que las distingue de aquellas hasta ahora delineadas y de todas las demás que se han verificado en otros continentes.

De hecho, ya en el curso de los años noventa —pero luego muy contundentemente, en particular desde el 2001—, cobró protagonismo un actor inédito en otras experiencias, la Corte interamericana de Derechos humanos de San José de Costa Rica.

Asumiendo un rol absolutamente protagónico, esta corte regional contribuyó de modo decisivo, como se verá mejor en seguida, a disipar todas las dudas de muchos países, alternando fases orientadas a intervenciones muy duramente punitivas y otras en las que se imponía la idea de una pacificación social<sup>36</sup>.

Es necesario puntualizar que este fuerte impulso a hacer prevalecer el Derecho y proceso penal ha sido seguido absolutamente en algunos contextos y ha tropezado con más resistencias en otros, pero lo importante es subrayar desde ahora que el tejido argumentativo que, por ejemplo, en países como Argentina y Chile ha dado fundamento a la apertura o reapertura de procesos penales y a sus conclusiones —con condenas a veces muy severas— ha sido ciertamente proporcionado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, particularmente en la sentencia Barrios Altos.

Algunos datos de fondo parecen necesarios para encuadrar mínimamente —y en términos históricos— los sucesos que motivaron el inicio del camino a la justicia de transición sudamericana.

El continente sudamericano, muy inestable políticamente ya durante todo el siglo XX, fue el escenario, sobre todo en los años setenta y ochenta, de feroces dictaduras militares que se inscribían en la escena más amplia de la guerra fría mundial y que se caracterizaron —con

ejemplos impactantes en Argentina, Chile, Brasil, Paraguay y Uruguay— por la sistemática y despiadada violación de los más elementales derechos humanos a través del asesinato individual y de masa, la tortura y las desapariciones forzadas de opositores políticos, pero también de todo aquel que era sospechoso de no ser fiel al régimen; los números que arroja la reconstrucción histórica de estos acontecimientos son absolutamente impresionantes<sup>37</sup>.

Además de su feroz represión, es una característica común de estas experiencias políticas el hecho de no terminaron mediante procesos revolucionarios, sino tras la articulación de formas negociadas con algunas fuerzas políticas orientadas a garantizar un retorno gradual y, en lo posible, pacífico a la democracia.

En el marco de estas formas de negociación, o a veces antes de que se iniciaran, se situaba casi de forma inevitable el recurso a procedimientos extintivos de los hechos cometidos en el ejercicio del poder para conculcar derechos fundamentales.

Un caso particular que es necesario mencionar, pues no sigue exactamente este esquema, es el del Perú; no sigue este esquema pues el protagonista de estas conductas represivas, Alberto Fujimori, había sido elegido democráticamente y mantuvo las estructuras formales de una democracia, pero dirigió personalmente un grupo paramilitar que cometió gravísimos crímenes fuera de todo control democrático. Es necesario mencionarlo, ya que, más allá del hecho que las conductas antiliberales se encuentran en la misma línea que las los países arriba mencionados, precisamente un episodio acontecido en Perú dio lugar al dictado de la sentencia de la Corte Interamericana que imprimió el más decidido giro jurisprudencial tendente a privilegiar la utilización del instrumento penal.

Iniciado el proceso de democratización, en estos países surgió de inmediato la cuestión de la punibilidad de los más graves crímenes cometidos por los detentadores del poder, crímenes que, en algunos casos como en Argentina, se habían cometido solo pocos años antes de

la época en que los regímenes los habían cometido. Las respuestas, en realidad, fueron diferentes.

En Argentina, el primer Parlamento democráticamente elegido abrogó de inmediato la ley de autoamnistía que los militares habían aprobado poco antes de ceder el poder, luego de haber sido instituida la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) para de arrojar luz sobre el terrible fenómeno de las desapariciones forzadas (a menudo acompañadas de torturas y seguidas por la muerte) y de los secuestros de niños con la finalidad de obtener medidas de reparación para las familias de los desaparecidos o, cuando fuese posible, reintegrar tanto en empleos públicos como en privados a aquellas personas que habían sido apartadas de los mismos a causa de su oposición al régimen; finalmente, en virtud del decreto ley n. 158, de 13 de diciembre de 1983, fueron sometidos a proceso, ante el más alto órgano de la justicia militar, los miembros de las primeras Juntas de Gobierno —excluyendo, en cambio, a aquellos que habían formado parte de las Juntas que habían negociado la transición—<sup>38</sup>, acusados de homicidio, privación ilegal de la libertad y tortura de los detenidos.

En Uruguay las cosas no fueron muy distintas: el Parlamento aprobó una ley de amnistía referida solo a los delitos políticos de los opositores de la dictadura y dos de sus comisiones (desprovistas de poderes judiciales) se empeñaron en arrojar luz acerca de la responsabilidad de los militares en las graves violaciones de derechos humanos; en un primer momento, el juicio de los crímenes de los detentadores del poder fue confiado a la competencia de los tribunales militares, pero pronto una sentencia importante de la Corte Suprema la transfirió a la justicia ordinaria.

En Chile, la primera respuesta se dividió en dos direcciones diversas aunque concomitantes: por una parte, no se quiso discutir la ley de amnistía que aprobó por Pinochet durante su Gobierno, aunque esta disposición fue interpretada en el sentido que, si bien de-

bían desarrollarse procesos para comprobar la responsabilidad en las graves violaciones de derechos humanos, esta verificación no debía acarrear finalmente consecuencias jurídicas: la amnistía se transformó así en una especie de gracia que no impidiese el conocimiento de los hechos históricos<sup>39</sup>; por otra parte, fue instituida la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, conocida como Comisión Rettig, encargada de redactar un documento con base en el cual fueron introducidas posteriormente medidas orientadas a la reparación de aquellos que habían sufrido las más graves violaciones a los derechos humanos.

Solo en Brasil no existió una reacción inmediata fundada en la apertura de procesos penales; más bien, el primer Parlamento democráticamente elegido, aun pudiendo hacerlo, no abrogó las leyes de amnistía que los militares habían aprobado durante la etapa de negociación; probablemente, lo que explica está circunstancia es que no se trataba de una amnistía unilateral, sino que cubría los crímenes cometidos por todas las partes involucradas en el conflicto que había ensangrentado el país<sup>40</sup>; por otro lado, no se puede decir que el nuevo Brasil democrático haya ignorado la responsabilidad por los crímenes de la dictadura, pero las medidas adoptadas con posterioridad a la transición se orientaron a resarcir a las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos y los miembros de sus familias y todos aquellos que habían sufrido perjuicios en la propia libertad o en la actividad profesional, además de incrementar en general la educación sobre el respeto de estos derechos.

Unas pocas líneas, finalmente, son suficientes para describir la experiencia del Perú, que es cronológicamente sucesiva a las demás: el presidente Fujimori, tras numerosos escándalos de diverso tipo, huyó al extranjero dejando tras de sí una ley de autoamnistía absolutamente unilateral que había bloqueado la actividad de la magistratura durante su presidencia; pero, inmediatamente después de su huida, el nuevo Gobierno instituyó una Comisión para la Verdad y la Reconciliación y, al mismo tiempo, la

Corte Interamericana de Derechos Humanos se encontró frente a recursos que se lamentaban de la inactividad de los tribunales ordinarios de cara a la exigencia de hacer justicia en los crímenes que, en ocasiones, tenían las dimensiones de verdaderas ejecuciones de masa.

Precisamente, en respuesta a uno de estos recursos, se dictó la sentencia Barrios Altos.

En este punto, es preciso dar un paso atrás para indicar que la opción punitiva elegida en algunos países sudamericanos inmediatamente después del retorno a la democracia fue pronto puesta en cuestión y, en algunos casos, absolutamente ignorada por los parlamentos de esos mismos países.

Particularmente interesantes son las experiencias de Argentina y Uruguay.

En Argentina, la anulación de las leyes de autoamnistía permitió el inicio de muchos procesos, algunos de los cuales concluyeron bastante rápido con condenas más bien severas, como en el caso del general Videla y del almirante Massera, condenados al presidio perpetuo; además, los procesos involucraron no solo a sujetos pertenecientes al vértice de las juntas militares, sino a muchos sujetos que formaban parte de cuadros intermedios, lo que originó que los conflictos ideológicos se radicalizaran y que las fuerzas armadas manifestaran una fuerte insatisfacción por la extensión de la persecución penal.

No del todo insensible a la necesidad de la pacificación social, el presidente Alfonsín propuso e hizo aprobar por el Parlamento la denominada «Ley de punto final» (ley n. 23492 de 26 de diciembre de 1986), que no era una amnistía generalizada, sino solo el instrumento jurídico para impedir, a tres años de la fin de la dictadura, el inicio de acciones penales por la violación de derechos humanos y delitos políticos violentos (a excepción de los secuestros de niños y modificación de su estado civil) para aquellos que en ese momento ya no hubiesen sido acusados o no lo fuesen en los sesenta días siguientes a la publicación de la ley.

Sin embargo, el efecto de la ley fue opuesto al deseado, pues en el transcurso de los sesenta días en que aun era posible, se presentaron un numerosas denuncias que terminaron por saturar las oficinas del Ministerio Público.

La fuerte tensión social que se produjo fue el motivo principal de la dictación de la denominada «Ley de obediencia debida», publicada en el Boletín oficial el 9 de junio de 1987 con el número 23.521.

Si siquiera en este caso se trataba de una amnistía generalizada: el objetivo de la ley era intervenir sobre un punto muy específico y al mismo tiempo relevante: la aplicación de la exigente de obediencia a la orden del superior.

Se estableció que, en todos aquellos casos en que los hechos habían sido cometidos por cuadros intermedios o subordinados de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas de Seguridad o de la Policía Penitenciaria, se debía presumir, sin posibilidad de prueba en contrario, que habían actuado acatando una orden vinculante del superior, con la consecuencia de la aplicación incondicionada de la exigente; en cambio, en el caso de que los autores de los hechos hubiesen sido oficiales superiores, pero no pertenecientes a la cúpula de la escala jerárquica, correspondía al juez establecer en cada caso si los crímenes cometidos fueron fruto de una orden del superior o de una decisión autónoma: en este último caso, no se aplicó la exigente.

Por lo demás, las disposiciones de la ley no eran válidas para todos los casos de secuestro y cambio de estado civil de niños, además de violencia sexual.

Con una sentencia adoptada con voto de mayoría, pocas semanas después de la publicación de la ley la Corte Suprema la estimó constitucionalmente legítima, valoración basada en un razonamiento esencialmente político: la necesidad de tener en cuenta la difícil coyuntura y los posibles efectos desestabilizadores de su eventual invalidación<sup>41</sup>.

También la ley de 1987, aun produciendo notables efectos, no significó una impunidad

generalizada y dejó abiertos todos los procesos contra los jerarcas militares.

Por esto, desde los inicios de los años noventa, el nuevo presidente de la República, Carlos Menem, con el deseo de cerrar definitivamente el pasado, dictó una serie de decretos presidenciales que, en un primer momento, contenían perdones individuales para todos aquellos que estaban procesados y, en un segundo momento, también para aquellos que ya habían sido condenados; entre las poquísimas excepciones que se hicieron al perdón generalizado figuraban los hechos relacionados con el secuestro de niños<sup>42</sup>.

Antes de llegar al momento que determinó nuevamente la apertura de los procesos penales, la experiencia argentina se caracteriza por otro suceso de relevancia para el análisis de la justicia de transición.

Puesto que, tras la aprobación de los decretos de perdón, algunos oficiales que ya estaban «protegidos» del riesgo de los procesos penales, reconocieron públicamente la responsabilidad de las Fuerzas Armadas y propias en violaciones de derechos humanos y descorrieron el velo acerca de hechos desconocidos en ese momento —particularmente respecto de las desapariciones forzadas—, se iniciaron desde 1995 los denominados «juicios por la verdad», es decir, procedimientos seguidos ante cortes penales pero con la sola finalidad de comprobar la responsabilidad y sin la posibilidad de dictar sentencias de condena.

Declarados inconstitucionales en 1998 por la Corte Suprema —pero aprobados en el conocimiento de un recurso por parte de la Comisión Interamericana en 2000—, los juicios por la verdad no fueron jamás regulados normativamente, por lo que cada tribunal se daba a sí mismo sus propias reglas<sup>43</sup>; se celebraron muchos y en ellos se recogió una notable cantidad de información, pero dejando detrás de sí la cuestión, denunciada por la doctrina, de la utilización de las declaraciones acusatorias o autoacusatorias en eventuales procesos penales

futuros, cuestión que se actualizó sucesivamente gracias a la sentencia Simón<sup>44</sup>.

En parte paralela a la experiencia argentina fue la del Uruguay. En este país, las medidas punitivas de los primeros años posteriores a la dictadura provocaron un aumento en las tensiones internas y condujeron al Gobierno, que no deseaba enemistarse con las Fuerzas Armadas, a aprobar la controvertida Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (ley n. 15.848, de 22 de diciembre de 1986).

El punto esencial de la ley<sup>45</sup> era la no perseguibilidad de los delitos cometidos —por motivos políticos o en el ejercicio de sus funciones o por órdenes superiores— por miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía o de personas que se podían equiparar a estos sujetos durante el período de la dictadura; en cuanto a los procesos ya iniciados, se dispuso que la autoridad judicial demandara al ejecutivo, en el plazo de treinta días, que se pronunciase sobre su decisión de reconducir o no el caso a las hipótesis en las cuales caía la pretensión punitiva del Estado, quedando vinculado por dicha decisión.

Con una decisión de mayoría, la Corte Suprema declaró la legitimidad constitucional de la ley<sup>46</sup>, que había sido cuestionada porque se había aprobado sin respetar el *iter* previsto por la Constitución para las leyes de amnistía, ya que confiaba al Poder Ejecutivo un juicio considerado impropio sobre la procedibilidad y no tenía en cuenta las obligaciones internacionales vinculantes en materia.

Con todo, luego de la necesaria reunión de firmas, se llamó a un referéndum popular, celebrado el 16 de abril de 1989, que confirmó la ley por una mayoría del 57%; durante 10 años no se celebró ningún proceso ni se puso en marcha ninguna otra iniciativa judicial o política que tuviese por objeto los crímenes de la dictadura.

Finalmente, en Chile las grietas dejadas abiertas por la «doctrina Aylwin» fueron utilizadas varias veces por las cortes, que no solo iniciaron diversos procesos ni se conformaron

con la comprobación de la responsabilidad, sino que condenaron a los imputados inaplicando la amnistía con base en argumentos del Derecho internacional; sin embargo, la Corte Suprema anuló sistemáticamente tales sentencias recurriendo también a argumentos de Derecho internacional, en este caso, el Protocolo adicional del Convenio de Ginebra que en el inciso 5º del art. 6 admite que la autoridad de un Estado, luego del final de un conflicto armado, pueda recurrir a la amnistía a favor de las personas que hubiesen participado en dicho conflicto.

Pero antes de que en Chile produjese sus efectos la sentencia Barrios Altos, otro importante suceso judicial concentró la atención del mundo sobre ese país. Recuperándose en una clínica londinense, Augusto Pinochet fue arrestado por mandato internacional de la autoridad judicial española, que deseaba obtener la extradición; sometida a fuertes presiones políticas, la House of Lords en un primer momento (marzo de 1999) negó que se le pudiese reconocer a Pinochet la inmunidad penal (como senador vitalicio en un país extranjero) y, por tanto, autorizó la extradición, fundando su decisión en que las graves violaciones de los derechos humanos respecto de los cuales era imputado no eran delitos comunes, sino crímenes internacionales tan graves que su perseguibilidad no admitía obstáculos<sup>47</sup>.

Sin embargo, tras un periodo en Gran Bretaña sometido a arresto domiciliario, en marzo de 2000, se autorizó su regreso a Chile en razón de su edad y estado de salud.

El retorno a la patria no significó, en todo caso, el final de los problemas judiciales de Pinochet; al contrario, quizás la iniciativa judicial de una autoridad extranjera, aunque resultó finalmente fallida, incentivó a la autoridad chilena a buscar la comprobación plena de la responsabilidad del exdictador, hasta el punto de que, ya en 2000, la Corte de apelaciones de Santiago le negó la inmunidad y fijó la premisa que la amnistía no podía encontrar aplicación al menos por los crímenes de los que era impu-

tado y que en la misma no estaban previstos, como la desaparición forzada (que no se entendía prescrita, al tratarse de un delito permanente); en un segundo momento, se le denegó la inmunidad y la amnistía fue considerada irrelevante en el caso del asesinato del general Prats, su predecesor como comandante del ejército.

Dictada el 14 de marzo de 2001, la sentencia Barrios Altos había sido precedida de otras dos referidas a violaciones cometidas en Perú, que se limitaron a acreditar la responsabilidad del Estado con la obligación consiguiente de indemnizar a las víctimas<sup>48</sup>.

En cambio, Barrios Altos va mucho más allá y establece un principio inédito que funge de base de toda su jurisprudencia sucesiva y de aquellos países que decidieron reactivar las instancias punitivas.

El punto 41 de la sentencia constituye el corazón del argumento: «Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos indelegables reconocidos por el Derecho internacional de los derechos humanos».

En suma, sin posibilidad de equívocos, la Corte impide a los Estados colocar obstáculos jurídicos a la persecución penal de graves violaciones a los derechos humanos a través de dos vías: por un lado, imponiendo la inaplicabilidad de la amnistía, de prescripciones ya verificadas u otras causas de no punibilidad presentes en los ordenamientos nacionales; por otro, disponiendo que deben ser castigadas incluso conductas como la desaparición forzada, que en muchos ordenamientos no constituían delitos *ad hoc* al momento de los hechos<sup>49</sup>.

En relación con la amnistía, la misma sentencia subraya en varios puntos la absoluta ineficacia de las disposiciones de autoamnistía

que constituyen una peculiaridad del caso peruano, lo cual ha inducido a algunos Estados a considerar que no se ven afectados por el dispositivo de la sentencia; así, han dictado amnistías basadas en procedimientos democráticos y válidos para todas las partes en conflicto<sup>50</sup>.

Respecto a esta sentencia, otra cuestión jurídica relevante es su eficacia en la esfera jurídica de los Estados que han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, diversa de la que afecta a las partes involucradas en el recurso.

En rigor, la Convención prevé en su art. 68 que las decisiones de la Corte obligan exclusivamente a los Estados contra los cuales se presenta el recurso, pero en algunos casos los jueces nacionales han ignorado este límite<sup>51</sup>, hasta el punto de que esta sentencia ha representado la piedra angular que ha marcado el inicio de una nueva fase de la regulación de las cuentas con el pasado caracterizada por el absoluto protagonismo de las cortes penales y de la propia Corte Interamericana, que ha sistemáticamente acogido recursos de particulares o de asociaciones que lamentaban la inercia de los tribunales nacionales<sup>52</sup>.

La vía de la persecución penal no ha sido una opción exenta de problemas, especialmente por los obstáculos provenientes de principios cardinales del Derecho y del proceso penal.

Nuevamente, el caso argentino es emblemático por estos contrastes y por el modo en que el fuego se mantuvo bajo las cenizas incluso en los años de la (casi) total impunidad.

Los poquísimos procesos que no encontraron impedimentos en las leyes de 1986 y 1987 y en los decretos de perdón, es decir, los relativos al secuestro y la modificación del estado civil de niños, se habían cerrado con sentencias clamorosas contra algunos jefes militares, pero el paso fundamental fue la iniciativa de un juez del Tribunal de Buenos Aires, Gabriel Cavallo, que en el caso Simón —marzo de 2001<sup>53</sup>— declaró inconstitucional la Ley de punto final y la Ley de obediencia debida. La decisión fue confirmada algunos meses después, en noviembre,

por la Corte de apelaciones y fue tal su resonancia que debió pronunciarse la Corte Suprema, dado que muchos otros jueces territoriales habían emulado al de Buenos Aires.

La sentencia fue dictada en junio de 2005 y probablemente estuvo condicionada por dos sucesos externos: la anulación por el Parlamento en 2003 de las dos leyes objeto del juicio<sup>54</sup> y el dictado por la Corte Interamericana de una sentencia originada de un recurso argentino, el caso Bulacio, también de 2003, en el cual había ordenado de continuar con las investigaciones penales aun si ya había transcurrido el plazo de prescripción.

En la misma línea argumental ya utilizada por los jueces ordinarios, la Corte Suprema declaró la ilegitimidad de la Ley de punto final y de la Ley de obediencia debida basándose sobre todo en fundamentos del Derecho internacional, quizás ante la necesidad de justificar el cambio de criterio respecto a la sentencia dictada dieciocho años antes en la que se había declarado su legitimidad<sup>55</sup>.

El discurso parte de la invocación de normas internacionales, que en los años precedentes se habían integrado en el ordenamiento jurídico interno luego de su ratificación y que contienen la obligación de perseguir como crímenes contra la humanidad las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura: así, se mencionan la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura.

Pero, para imprimir mayor énfasis a la argumentación, se cita el precedente de la sentencia Barrios Altos como una referencia no discutible, si bien a veces en la conciencia de que el Estado argentino no tenía la obligación de observarlo<sup>56</sup>.

Estos son los pasajes claves de la sentencia de la Corte Suprema.

Durante la dictadura militar se habían consumado graves violaciones de derechos humanos calificables, con base en el Derecho

consuetudinario, como crímenes contra la humanidad; se trata, por ello, de crímenes que no pueden prescribir ni ser sometidos a amnistía —ni siquiera de forma enmascarada—, sino que deben ser siempre castigados aun al precio de violar la cosa juzgada; si la aplicación de las normas que sirven para sancionarlos es formalmente retroactiva, se trata de una retroactividad solo aparente, pues hechos de tal tenor ya se percibían como ilícitos por la «conciencia jurídica universal»<sup>57</sup>.

Sobre la base de estos argumentos fue posible continuar, abrir o reabrir una importante cantidad de procesos penales sin tener que recurrir a estrategias jurídicas de ningún tipo.

El mismo caso Simón fue resuelto con una dura condena y a ella le siguieron muchas otras, también contra figuras relevantes de la dictadura.

Un resultado parecido se logró en Uruguay después de 2004, año de la elección del Presidente Tabaré Vázquez, pero no con la abrogación de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, sino concediendo la opinión favorable a la instauración de procesos requerido por la misma ley en un número elevado de casos; así fue posible, por ejemplo, someter a juicio al dictador Juan María Bordaberry, que fue condenado a una severa privación de libertad en primer grado, aunque falleció durante el proceso de apelación<sup>58</sup>.

En años más recientes, la situación uruguaya se reavivó a causa de algunos eventos que se relacionan con la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado.

El año crucial fue 2009: el 19 de octubre, la corte Suprema declaró la ley inconstitucional en el marco del caso Sabalsagaray, mientras que el 25 de octubre, cuando fue llamado a pronunciarse de nuevo, el pueblo uruguayo rechazó la propuesta de declarar la ilegitimidad de la ley.

Pero la historia no termina aquí.

En el caso Gelman (2011), la Corte Interamericana condenó a Uruguay a abrogar la ley; el Parlamento obedeció y en octubre del

mismo año, mediante la ley 18.831, se restableció la pretensión punitiva del Estado para reprimir como crímenes contra la humanidad los delitos cometidos por el terrorismo de Estado. El último acto es, por ahora, la sentencia n. 20 de 2013, en la que Corte Suprema declaró inconstitucional las disposiciones de esta ley que imponían la aplicación retroactiva *in malam partem*, reservándose por tanto el poder de realizar una ponderación entre principios constitucionales y principios convencionales<sup>59</sup>.

En Chile, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha producido importantes efectos, en particular luego de la sentencia Almonacid Arellano de 2006; desde entonces, están en curso numerosos procesos penales, mientras otros ya han concluido con sentencias confirmadas en forma definitiva por la Corte Suprema<sup>60</sup>.

Además, el 10 de diciembre de 2014 fueron presentados al Congreso dos proyectos de ley, el primero orientado a dar una interpretación aun más restringida de la aún vigente ley de amnistía y el segundo a introducir una reforma constitucional dirigida a prohibir la aplicación de la amnistía o la prescripción en los casos de graves crímenes contra la humanidad a fin de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas por Chile<sup>61</sup>. Hasta ahora, estas propuestas no han producido ningún resultado, aunque quizás esto no sea necesario, dado que los procesos continúan celebrándose y la amnistía ha sido sistemáticamente inaplicada<sup>62</sup>.

Finalmente, la excepción de Brasil. Aquí la condena de 2010 de la Corte Interamericana —en el caso *Guerrilha do Araguaia*— a abrir procesos a pesar de la amnistía ha producido solo inicialmente algún efecto: algunas Fiscalías, entre ellas la federal, han iniciado procedimientos penales bloqueados después por la Magistratura requirente, que ha considerado vinculante la sentencia de la Corte Suprema en la que la ley de amnistía fue considerada legítima con base en el principio de la prevalencia de la Constitución nacional sobre las normas que fijan obligaciones internacionales.



Entretanto, la Comisión por la Verdad que había entrado en funciones en mayo de 2012 (como respuesta parcial a la citada sentencia de la Corte Interamericana) ha presentado su informe final el 10 de diciembre de 2014: al final de un imponente trabajo de investigación que ha comprendido los crímenes cometidos por el Estado brasileño entre 1946 y 1988 (es decir, un periodo más amplio que el de la dictadura), este documento da cuenta de la desaparición o la ejecución ilegal de al menos 434 ciudadanos brasileños o extranjeros<sup>63</sup>.

## 6. UN MODELO PARA LA SUPERACIÓN DEL PRESENTE. EL CASO COLOMBIANO

Para cerrar el discurso sobre los modelos de transición, vale la pena tratar algunas experiencias verificadas en los últimos años que presentan elementos originales, especialmente en lo que respecta al rol confiado al Derecho penal en la dinámica de la superación del pasado.

En el caso colombiano, la Ley de Justicia y paz de 2005 fue dictada tras decenios de guerra civil como un intento de facilitar el proceso de paz y obtener la reinserción individual o colectiva en la vida civil de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley (art. 1).

Con este objetivo, en un primer momento, son individualizados los sujetos que pueden ser admitidos en el mecanismo previsto por la ley, es decir, sujetos «desmovilizados» que hayan entregado sus armas a la autoridad pública y abandonado su grupo armado —y si el abandono es solo individual y no colectivo, hayan entregado informaciones útiles para combatir al grupo que han dejado—.

En un segundo momento, estos mismos sujetos son llamados a admitir su responsabilidad a través de una declaración (versión libre) que se toma como punto de partida a fin de tener elementos útiles para reconstruir la verdad de los hechos.

La consecuencia de esta admisión no es una amnistía ni un «golpe de almohadas» de algún tipo, sino la condena a una pena privativa de libertad no inferior a cinco años ni superior a ocho años, que sustituye a la pena —abstractamente individualizada— que sería proporcional a la gravedad del delito. La pena se complementa con la obligación de reparar completamente los daños sufridos por las víctimas; a la ejecución de la pena le sigue un periodo de observación al final del cual, si no se han cometido nuevos delitos y si se han respetado todas las obligaciones estipuladas en la sentencia, la pena principal se declara extinguida<sup>64</sup>.

Llamada a pronunciarse a un año de distancia, en la sentencia 370 de 2006 la Corte constitucional declaró la ley conforme a la Constitución, corrigiéndola en algunos puntos relativos esencialmente a las obligaciones de reparación —que, tras la enmienda, son más exigentes— y a la valoración de las declaraciones, subrayando la necesidad de que deben ser completas, además de verídicas<sup>65</sup>.

Este mecanismo tiene algunos puntos en común con el sudafricano, pero con la diferencia de que la pena, aun reducida, se da por descontada y que el órgano competente es un tribunal y no una comisión de la verdad. También es en parte similar a la experiencia italiana en lo que respecta al terrorismo, en el sentido de que fueron fijados sustanciosos descuentos de pena para aquellos que abandonaran las asociaciones a las que pertenecían<sup>66</sup>, lo cual, según algunos observadores, podría presentar problemas de compatibilidad con el principio de complementariedad del art. 17 del Estatuto de la Corte penal internacional.

Colombia adhirió al Tratado y se podría entender que las disposiciones citadas constituyen el síntoma de una falta de voluntad o de imposibilidad para perseguir los graves crímenes cometidos en el conflicto armado, con la consecuencia de la intervención de la Corte Penal Internacional<sup>67</sup>; con todo, se puede observar que el art. 53 inc. 1 letra c) del mismo Estatuto prescribe que si, en consideración a la

gravedad del delito o de los intereses de las víctimas, existen motivos graves que indiquen que una investigación no favorecería los intereses de la justicia, el procurador puede decidir la no apertura de la misma<sup>68</sup>.

Pero el proyecto transicional colombiano no termina con la Ley de Justicia y Paz, sino que ha proseguido recientemente en clave holística<sup>69</sup> con disposiciones normativas extrañas al Derecho penal en sentido estricto como la Ley de víctimas y restitución de tierras de 2011, orientada a la introducción de un procedimiento de restitución de tierras a las víctimas a las que los grupos armados habían sustraído ilegalmente propiedades raíces y la institución, en el mismo año, del Centro Nacional de Memoria Histórica con la misión de reconstruir el conflicto y las graves violaciones de los derechos humanos cometidas durante el mismo.

Los últimos desarrollos en Colombia son interesantes; el 26 de septiembre de 2016 se llegó a un acuerdo histórico entre el Gobierno y las FARC basado en seis puntos<sup>70</sup>. Sometido a referéndum, el acuerdo ha sido rechazado por una pequeña mayoría, circunstancia que no ha detenido el proceso, ya que, tras haber introducido muchas de las propuestas presentadas por quienes sostenían la opción «no»<sup>71</sup>, el acuerdo ha sido adoptado en una nueva versión y firmado definitivamente el 24 de octubre; el 30 de diciembre fue publicada una nueva ley de amnistía y en las primeras semanas de 2017 está ya en curso la selección de los magistrados que formarán parte de la nueva jurisdicción especial que deberá conocer de los crímenes cometidos durante el conflicto.

## 7. MODELOS CON INTERFERENCIA ENTRE COMISIÓN POR LA VERDAD Y CORTES PENALES. UN CASO ABIERTO Y UNO TODAVÍA POR ABRIR

El modelo adoptado para superar la sangrienta guerra civil en Sierra Leona presenta al-

gunas peculiaridades. Al término del conflicto, pero con los focos de combate aun en curso, se firmó un acuerdo de paz (Acuerdo de Lomé, de 1999) que disponía, entre otros puntos, la constitución de una Comisión por la verdad y la reconciliación con la finalidad de crear una memoria histórica imparcial de las violaciones y abusos del Derecho internacional humanitario, ajustar las cuentas con la impunidad, promover la paz y la reconciliación y prevenir la repetición de las violaciones a los derechos humanos.

En particular, la Comisión tenía la tarea de indagar las causas, la naturaleza y la extensión de las violaciones y del conflicto. Su función era de reconciliación y catarsis y tenía por objeto una investigación sustancialmente histórica en dos fases: la primera destinada a la recopilación de testimonios y la segunda a la reproducción pública de estos.

Pero en la fase inicial del trabajo de la Comisión nació, con base en un acuerdo entre el Gobierno y las Naciones Unidas, la Corte especial para Sierra Leona, un tribunal híbrido formado por jueces tanto locales como internacionales cuyo cometido es la persecución de las personas que habían tenido las mayores responsabilidades por las graves violaciones de los derechos humanos (previstas tanto por el Derecho internacional como por el Derecho interno) cometidas en el territorio de Sierra Leona.

Es fácil intuir que el trabajo simultáneo de dos órganos podía ser fuente de conflictos entre ellos, con mayor razón si se piensa que no se aprobó ninguna norma de coordinación y que, mientras el art. 21(2) del acuerdo que instituyó la Corte disponía que cada organismo creado con base en la ley de Sierra Leona debía atenerse a las directivas específicas de la Corte —y, por tanto, parece afirmar la primacía de la Corte sobre la Comisión—, el art. 7(3) del acto que instituyó la Comisión dispone que, de forma discrecional, esta puede permitir a algunos sujetos entregar declaraciones y testimonios de modo reservado y que no está obligada a desvelar esas informaciones entregadas en reserva<sup>72</sup>.

Esto puso en evidencia la delicada cuestión del valor de los testimonios entregados ante la Comisión, que no tenía el poder de conceder amnistías o indultos.

Mientras que, obviamente, ante la Corte se debía comprobarse una responsabilidad penal partiendo de los delitos imputados y con las reglas y restricciones del proceso penal, la Comisión debía investigar las causas y la naturaleza del conflicto y, por tanto, podía utilizar el más amplio arsenal del historiador; esta división competencial generaba el riesgo de obstaculizar —y aun hacer imposible— el trabajo de la Comisión debido a la posibilidad de que los testimonios entregados ante ella pudiesen ser usados para una eventual persecución penal<sup>73</sup>. Una prueba fehaciente de ello es el caso Hinga Norman.

Jefe de una de las formaciones paramilitares que habían defendido el país de las fuerzas revolucionarias, Sam Hinga Norman fue arrestado por orden de la Corte por ser sospechoso de complicidad con graves violaciones del Derecho humanitario; habiendo tenido una intervención importante en la guerra civil, la Comisión requirió una audiencia con Norman para recabar informaciones útiles destinadas a la comprobación de la verdad histórica; a pesar de que, tras algunas dudas, se puso a disposición de la Comisión para ser oído, en un primer momento la Trial Chamber de la Corte no acogió la solicitud e hizo prevalecer el interés asegurar que Norman sería sometido a un *fair trial* orientado a determinar su inocencia o culpabilidad, juicio justo que habría estado en riesgo si primero hubiese sido escuchado por la Comisión en la calidad de responsable de violaciones de derechos humanos.

La Appeal Chamber de la Corte, requerida por la eventual lesión al derecho de las víctimas a conocer la verdad, aun manteniendo la opinión de que la Corte tenía primacía sobre la Comisión, concedió que Norman fuese escuchado por esta última, pero no en audiencia pública, lo que motivó que Norman finalmente rechazara la posibilidad de ser oído, pues su objetivo era hablar directamente al pueblo.

Este ejemplo ilustra la problemática coexistencia de dos mecanismos de transición diversos —uno orientado a la comprobación de la verdad histórica y el otro a la comprobación de específicas responsabilidades penales— cuando no se definen previamente las relaciones recíprocas.

Un camino no muy diferente parece ser el que se siguió tras una de las denominadas «primaveras árabes»: Túnez. Con un complicado dispositivo legal aprobado en junio de 2014 fueron dictadas numerosas normas, denominadas en su conjunto «Ley orgánica para la instauración y la organización de la justicia de transición» (*Loi organique relative à l'instauration de la justice transitionnelle et à son organisation*). La ley está dividida en dos partes. La primera trata las distintas funciones de la justicia de transición (revelar la verdad y preservar la memoria; comprobar la responsabilidad y evitar la impunidad por las graves violaciones de derechos humanos; garantizar la reparación y la rehabilitación a favor de las víctimas; aprobar reformas constitucionales con el fin de que tales violaciones no se repitan; facilitar la reconciliación, la paz y la unidad nacional). La segunda se ocupa específicamente de la instauración de una comisión independiente, denominada «Comisión para la verdad y la dignidad» (*Instance de la vérité et de la dignité*) y fija los criterios de composición, competencia, obligaciones, organización y presupuesto.

En referencia a los delitos que constituyen graves violaciones de los derechos humanos, se prevé la creación en los tribunales de primera instancia, de secciones especializadas creadas *ad hoc* (y formadas por jueces que deberán seguir cursos especiales acerca de justicia de transición) que deberán ocuparse de violaciones tales como homicidio voluntario, violencia sexual, tortura, desaparición forzada, ejecuciones ilegales y, cuando lo requiera la Comisión para la verdad y la dignidad, fraude electoral, corrupción, abuso de fondos públicos e inducción forzada a la emigración por razones políticas.

En cuanto al rol de la Comisión, el art. 39 dispone que se realicen audiencias privadas o

públicas de víctimas de violaciones, se examinen los casos de desaparición forzada en que se ignore el destino de las víctimas, se cree un *database* con todos los datos e informaciones reunidas acerca de las violaciones antedichas, se determine la responsabilidad del Estado o de otras partes en causa clarificando sus razones y sugiriendo remedios para evitar que se repitan y se elabore un programa para la reparación de las víctimas.

Por su parte, el art. 40 define los instrumentos a los que puede recurrir la Comisión, entre ellos el acceso sin limitaciones a archivos privados y públicos, la utilización de cualquier mecanismo ordinario de investigación que no viole el derecho de defensa, la adopción de medidas de protección de los testimonios, el auxilio de la autoridad pública para conseguir actas de investigación —además de obtener de quien las posea documentos necesarios para su trabajo—, el poder para confiscar objetos y documentos relativos a las violaciones objeto de investigación y obtener información incluso de la autoridad extranjera u organizaciones no gubernamentales según lo dispuesto en tratados o convenciones internacionales.

El art. 41 establece la creación de un fondo para la dignidad y la rehabilitación de las víctimas de la tiranía.

Finalmente, el art. 42 prescribe que la Comisión debe remitir al Ministerio Público aquellos casos en que la comisión de graves violaciones a los derechos humanos esté probada y que se le deberán notificar todas las medidas que disponga el Poder Judicial. En estos casos, no será posible oponer la excepción de cosa juzgada.

El contenido de esta disposición no es del todo claro y podría dar lugar a dificultades aplicativas, considerando que la norma parece prever que la prueba de la responsabilidad criminal de un sujeto sea determinada prescindiendo de la actividad de una autoridad judicial a la que correspondería solo tomar las medidas del caso: un mecanismo que nos parece bastante oscuro<sup>74</sup>.

El camino posterior de la transición tunecina ha sido muy accidentado. Tras el cambio de dirección política debido a los resultados de las elecciones legislativas y presidenciales de 2014 y 2015, los nuevos Gobiernos no han visto con buenos ojos la prosecución de la actividad de la Comisión, en parte porque se encuentra investida de tareas excesivas respecto a sus posibilidades (por ejemplo, debe ocuparse también de fraudes y corrupción y no solo de violaciones a los derechos humanos) y en parte por el temor a que la revelación de los crímenes del pasado pueda minar la unidad de un Estado todavía débil, hasta el punto de que hay quienes sostienen la necesidad de que la prosecución del proceso de transición exige la aprobación de normas idóneas para facilitar el trabajo de la Comisión<sup>75</sup>.

## 8. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LOS «NUDOS» PENALES

La variedad de modelos responde a elecciones políticas que cada país adopta teniendo en cuenta exigencias propias; a este respecto, en esta sede no se puede ir más allá de una perspectiva meramente descriptiva.

Cabe, en cambio, realizar un análisis unitario con la lente del penalista sobre el estrés al que se someten, en muchas de las experiencias citadas, los principios del Derecho penal ante la necesidad de reprimir graves violaciones de derechos humanos: la anulación de actos de amnistía a la reapertura de plazos de prescripción ya caducados con disposiciones o interpretaciones de carácter retroactivo; también retroactivamente se inaplican causas de no punibilidad o se aplican tipos penales inexistentes en el momento de ocurrencia de los hechos; finalmente, se afirma a través del *ius cogens* un rol de la costumbre como posible fuente de normas penales.

La amnistía es un acto político que se realiza a través de formas jurídicas comprensibles —a

veces con límites constitucionales rígidos—, dada su naturaleza excepcional respecto a la necesidad de sancionar conductas penalmente ilícitas. Es aun más evidente la naturaleza intrínsecamente política de las amnistías que son utilizadas en contextos de transición<sup>76</sup>. Siempre han sido un instrumento que, en aquellos contextos, desempeña el rol de facilitar, a través la clemencia sobre los «vencidos», la reconciliación entre quien ha sido parte de un conflicto con el deseo de una unificación de las fuerzas para mirar hacia el futuro.

Pero las experiencias recientes de transición, en la línea de numerosos instrumentos internacionales, incitan a discutir el recurso a este instrumento, ya que se ha observado que constituye un obstáculo para la afirmación del principio fundamental según el cual todas las graves violaciones a los derechos humanos deben ser siempre castigadas penalmente por razones de justicia sustancial.

En este punto, es oportuno distinguir, dado que bajo una única denominación se comprenden instituciones que pueden tener efectos diferentes y que, por tanto, pueden recibir valoraciones distintas.

En efecto, si no hay duda de que en los procesos de transición una amnistía que extinga el delito sin prever al mismo tiempo algún tipo de condición —y que emane exclusivamente a favor de quien ha detentado el poder (y no también de quien ha sufrido condenas por delitos políticos cometidos en contra de quien detentaba el poder)— no satisface ni exigencias de justicia retributiva ni exigencias de reconciliación social, especialmente si ha sido establecida por los mismos sujetos que se benefician de ella, prescindiendo de un procedimiento democrático, resulta posible construir otro discurso para los casos en que sus características son más articuladas.

La cuestión es esencialmente política, es necesario reconocerlo, y el juicio depende de factores contingentes que conciernen a cada realidad local, pero en principio parece sostenible la afirmación según la cual cabe negar la

naturaleza de acto jurídicamente válido a las amnistías autoconcedidas por los autores de graves violaciones a derechos humanos, si son unilaterales y no prevén condiciones<sup>77</sup>.

Desde este punto parten cuestiones de oportunidad.

La tendencia reciente a deslegitimar cualquier tipo de amnistía en razón de la necesidad de castigar siempre y en todo caso graves violaciones a los derechos humanos con base en una concepción absoluta de justicia vinculada a obligaciones internacionales no parece aceptable.

Como se ha observado, en contextos de transición política el concepto mismo de justicia no puede ser aquel, de supuesta derivación kantiana, que se incardina exclusivamente en el camino de la punición de los crímenes, sino que debe combinar este aspecto con la instancia esencialmente conciliadora de restauración pacífica de la comunidad<sup>78</sup> y para lograr este fin no puede ser negado *a priori* un papel a la amnistía<sup>79</sup>.

Debe tratarse de una amnistía sin amnesia<sup>80</sup> acompañada de mecanismos de comprobación de la verdad histórica, disposiciones encaminadas a la reparación de los daños sufridos por las víctimas y procedimientos de inhabilitación para los autores de los crímenes, y todo esto debe valer también para las amnistías democráticamente legitimadas<sup>81</sup>.

La otra causa extintiva del delito en la dinámica de la justicia de transición es la prescripción. El esquema panpunitivo que caracteriza a gran parte de las experiencias aquí descritas rechaza radicalmente la admisibilidad de la prescripción de graves violaciones a derechos humanos y con tal finalidad no se duda en hacer retroactiva la imprescriptibilidad<sup>82</sup>, incluso sin consideración a la cosa juzgada.

Respecto al nuevo dogma de la imprescriptibilidad, se puede discutir largamente acerca de su oportunidad en el plano jurídico y meta-jurídico; siempre con la premisa de que todavía existen buenas razones para mantener el instituto de la prescripción aun en estos contextos (con tiempos adecuados a la gravedad de los

delitos), no es esta la sede para profundizar al respecto<sup>83</sup>. Más bien vale la pena detenerse en los límites dentro de los cuales una nueva regulación *in pejus* pueda ser aplicada a los hechos cometidos por un régimen normativo precedente más favorable con base en el cual hayan ya prescrito o estén por prescribir.

A este fin, debe considerarse irrelevante el resultado, por lo demás muy incierto, del tradicional debate sobre la naturaleza de la prescripción (si sustancial o procesal): cualquiera sea la solución, se mantiene el hecho que puede incidir en la libertad personal y ello es suficiente para negar en principio la eficacia retroactiva *in malam partem*<sup>84</sup>.

Con todo, en la particular situación de los procesos de transición hay un elemento más a tener en cuenta que puede condicionar la elección del punto de vista a adoptar.

Las graves violaciones de los derechos humanos cometidas por quien detenta el poder autoritario no son generalmente perseguibles, por razones fáciles de intuir, durante el tiempo en el cual el poder se mantiene en manos de sus perpetradores, por lo que no es ilegítimo hipotetizar una suspensión del *dies a quo* en el que se inicia el plazo de prescripción hasta el momento en el cual el hecho deviene perseguible por un Ministerio Público no vinculado al Poder Ejecutivo; tal solución, adoptada a nivel jurisprudencial por las cortes alemanas en los procesos posteriores a la reunificación, ya está presente en algunas legislaciones<sup>85</sup> y no representa una violación al principio del Estado de Derecho ni un alejamiento de la *ratio essendi* del instituto de la prescripción, que se funda en la inacción de la máquina de la justicia, no en la voluntad de no castigar.

Los procesos de transición recientes y pasados han recurrido a menudo a la aplicación de disposiciones retroactivas. Por ejemplo, buena parte de las infracciones penales aparecidas en la legislación italiana en 1944 para sancionar los crímenes del fascismo preveían conductas no punibles antes de su entrada en vigor; del mismo modo, en muchos países sudamerica-

nos se iniciaron procesos con la finalidad de sancionar las desapariciones forzadas utilizando, antes que el instrumento —poco eficaz— del secuestro de personas, disposiciones *ad hoc* emanadas muchos años después de la comisión de los hechos.

Esta vulneración del principio de irretroactividad de las normas penales (ya se trate de nuevas infracciones criminales, ya de nuevas disposiciones que abroguen causas de no punibilidad preexistentes) es, en el fondo, un residuo de la justicia de los vencedores que se desea camuflar con procedimientos propios de un Estado de Derecho.

Un residuo que sería necesario eliminar, como lo ha hecho el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo art. 24 no deja espacio para su aplicación hacia el pasado.

Por otro lado, tampoco aparece defendible la tesis según la cual en estos casos la retroactividad sería solo aparente, tesis apoyada en el argumento de que, cuando la conducta no estuviera prevista como delito en el momento de su realización (o lo fuese, pero como delito más leve), las graves violaciones de derechos humanos debieran ser consideradas de todos modos ilícitas (o ilícitas en mayor medida) en cuanto ya previstas en instrumentos internacionales como *ius cogens*<sup>86</sup>.

De hecho, incluso queriendo admitir la validez de la fuente consuetudinaria como premisa para la individualización de la conducta punible, la pena a aplicar no puede en ningún caso derivarse, ni siquiera en forma aproximativa, de textos convencionales, al punto de que su determinación terminaría dependiendo por completo del juez, sin ningún vínculo normativo, lo que no es en modo alguno compatible con los principios del Estado de Derecho<sup>87</sup>, cuyos estándares de certeza en materia penal son de otro nivel<sup>88</sup>.

Otra cuestión problemática —que emerge en particular en las experiencias en las que conviven simultáneamente comisiones para la determinación de los hechos históricos y tribunales penales que deben comprobar la responsabilidad por graves violaciones a los derechos

humanos— es la del rol de las declaraciones hechas ante comisiones por la verdad cuando estas contienen elementos probatorios contra quien las emite u otros sujetos que podrían tener alguna importancia en materia procesal.

El problema se ha producido en Argentina<sup>89</sup> y posteriormente en Sierra Leona, y amenaza con presentarse también en Túnez debido a la configuración del mecanismo de transición aprobado recientemente.

Es oportuna la creación de un sistema de coordinación que conjure la posibilidad de condenas fundadas en pruebas obtenidas de modo informal y sin garantías procesales; a título de ejemplo, se podría pensar en asegurar, en el momento de las declaraciones ante la comisión, la vigencia de todas las garantías procesales necesarias cuando aquellos testimonios puedan referirse a responsabilidades específicas de carácter penal; o se podría inhibir a las comisiones de la obtención de declaraciones de este tipo; o, finalmente, se podría admitir su utilización procesal si provienen del autor de las violaciones y si se impone una sanción reducida como compensación por el efecto reconciliador que caracteriza estas declaraciones.

## 9. CONCLUSIONES

La cuestión del ajuste de cuentas con el pasado produce problemas tanto al historiador como al jurista y en particular al penalista de hoy, hasta el punto de que suscita interrogantes sobre algunos principios cardinales que han determinado su formación.

Se trata de nudos problemáticos centrales, vinculados a fundamentos constitucionales — el sistema de fuentes, la idea de legalidad, el

poder soberano de amnistiar— o a la naturaleza del *ius puniendi*, como la posibilidad de dar significado al transcurso del tiempo a través de la prescripción de los delitos.

Ciertamente, estamos ante crímenes horribles que turban la conciencia en el momento en que son desvelados. Pero si se desea dar una respuesta que no sea solo emotiva a la exigencia de reafirmar los principios de una convivencia civilizada sobre las ruinas dejadas por sistemas políticos antiliberales, reparamos rápidamente en que el Derecho penal, con sus procesos, puede ser solo una parte de la respuesta; y esto es una razón suficiente para no dudar a la hora de mantener firmes los principios penales de matriz liberal.

En la medida en que las graves violaciones de los derechos humanos puedan juzgarse en el marco de un debido proceso y de los principios de legalidad y culpabilidad, los nuevos ordenamientos están plenamente legitimados para perseguir y condenar severamente aquellas violaciones, aunque con la recomendación de ponderar adecuadamente las medidas penales con las medidas orientadas a la reparación de los daños sufridos por las víctimas al inicio de un proceso de pacificación social; y no constituye una concesión respecto a aquellos principios la posibilidad, aquí admitida, de considerar nulos los actos de amnistía autoconcedida o incondicionada y de no estar relevante para el cálculo de la prescripción el tiempo transcurrido entre los crímenes y el momento en que deviene realista la posibilidad de perseguirlos.

Fuera de este ámbito, hay espacio solo para un regreso al pasado caracterizado por formas inquietantes de *Derecho penal del enemigo* resueltas en una curiosa paradoja: castigar a quien es sospechoso de violaciones de los derechos humanos a través de la violación de derechos humanos.

## NOTAS

1. Vid. el trabajo fundamental de Elster (2008: 47 y ss.).
2. Un análisis completo de esta evolución en Portinaro (2011: 95 y ss.).

3. Para una presentación abstracta de los modelos, se reenvía a Fornasari (2013: 12 y ss.).
4. En este sentido, Gropp (1996: 393).
5. Se puede mencionar sobre este punto a Chinchón Álvarez (2012, *passim* y, particularmente, 30 y ss.).
6. Por lo demás, el hecho que se hayan celebrado y se estén celebrando procesos penales internacionales no significa que no se haya relizado al mismo tiempo, en algunos contextos, una transición «constitucional» que haya comportado sanciones de otro tipo como la destitución de políticos y funcionarios y la exclusión de muchas personas del ejercicio de funciones de policía o de seguridad pública. Es el caso de Bosnia, descrito por Woelk (2008: 137 y ss. y 159 y ss.).
7. Aunque es necesario recordar que hubo un intento de abrir, pocos años atrás, un proceso penal para acreditar la responsabilidad por algunos crímenes durante la guerra civil a pesar de los muchos años pasados desde ese momento; sin embargo, el Tribunal Supremo abolió ese intento, observando que, además de los sesenta años transcurridos desde los hechos, es una ficción irracional considerar que las personas secuestradas y no reaparecidas puedan estar aun con vida (presupuesto que habría permitido entender aun no prescritos aquellos delitos) y que por lo tanto tal proceso se hubiera transformado impropriadamente en un juicio por la verdad histórica más que sobre la responsabilidad por hechos específicos. Así la sentencia 101/2012, particularmente FJ 3, apartado 2.
8. Ampliamente sobre esta ley, Terradillos Basoco (2010: 151 y ss.) y Gil Gil (2010: 99 y ss.).
9. Para un reciente y detallado análisis acerca del trasfondo político del modelo de transición alemán, se puede ver Weinke (2016: 267 y ss.).
10. Así, la primera de estas sentencias, BGH 37, 320; la decisión traía el corolario de que si la ley sucesiva de la República Federal fuese más favorable para el reo, esta sería aplicable. En el mismo sentido se pronunciaba la más autorizada doctrina; *vide* Tröndle (1997, *vor* § 3, n. 39).
11. BGH 39, 10. Decididamente por una interpretación restrictiva, entre otros, Ambos (1997: 988).
12. BGH 40, 41; BGH 41, 112. En todo caso, según esta jurisprudencia, el correctivo debería aplicarse solo en casos de evidentes violaciones a derechos fundamentales.
13. BGH 39, 11.
14. «El conflicto entre justicia y la certeza del Derecho debe ser resuelto en el sentido que el derecho positivo, asegurado por la sanción y por la fuerza, conserva su preeminencia aun cuando su contenido sea injusto e inadecuado a sus fines, a menos que el contraste entre el Derecho positivo y la justicia alcance tal nivel de intolerabilidad que la ley, en cuanto derecho injusto, deba ceder ante la justicia» (Radbruch, 1946: 197). Para un análisis más profundo, remito al excelente estudio de Vassalli (2001).
15. BVerfG 24.10.1996, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, 929 ss.
16. Respecto a los procesos de los dirigentes políticos es importante señalar que, respondiendo al recurso por ellos presentado luego la de la condena pronunciada en Alemania, la Corte Europea de derechos humanos, en la sentencia *Streletz Kessler and Krenz vs. Germany* del 22 de mayo de 2001, considera adecuado el criterio expresado por los jueces alemanes, con el argumento, a menudo utilizado posteriormente, según el cual al tiempo de la comisión de los hechos constituían delitos definidos con suficiente accesibilidad y previsibilidad por las reglas del Derecho internacional orientado a la protección de derechos humanos (§ 105).
17. BGH 40, 55, con la confirmación posterior de la Corte Constitucional, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1998: 456).
18. Se hace presente que, a pesar del intento jurisprudencial y las intervenciones normativas, los procesos penales que efectivamente concluyeron con condenas para los imputados representan un porcentaje mínimo respecto a aquellos que se iniciaron: según el estudio de Lang (2005: 481), el 98,4% de los procesos iniciados concuyó con el archivo de los antecedentes, mientras en particular Blanke *et. al.* (1998: 766) señalan como de los 12.000 procesos intentados por el delito de *Rechtsbeugung* concluyeron con una condena apenas una decena.
19. «Los miembros del gobierno fascista y los jefes del fascismo, culpables de haber anulado las garantías constitucionales, destruido las libertades populares, creado el régimen fascista, comprometido y traicionado la suerte del país



conducido a la actual catástrofe, son castigados con el presidio perpetuo y, en los casos de más grave responsabilidad, con la muerte».

20. «Aquel que, con posterioridad al 8 de septiembre de 1943 haya cometido o cometa delitos contra la fidelidad y la defensa militar del Estado con alguna forma de inteligencia o correspondencia o colaboración con el invasor alemán, de ayuda o asistencia a ellos prestada, será castigado con las normas del Código Penal militar de guerra».

21. *Cfr.* Dondi (1999: 48 y ss.); Franzinelli (2006: 23 y ss.).

22. Jemolo (1945: 277 y ss.).

23. Calamandrei (1945, 285).

24. Para un examen de este debate, remito a Donini (2009, 22), que afirma que, si como penalistas no podemos más que considerar equivocado a Calamandrei y acertado a Jemolo, por otra parte los números de las purgas nos obligan a reconocer que, aunque Calamandrei no tenía razón, al menos tenía algo de razón en preferir la retroactividad legal para evitar el riesgo que las venganzas privadas devinieran en una guerra civil. Pero, a mi entender, se podría incluso invertir la perspectiva, colocando una cuestión tan hipotética que quizás no sería posible encontrar una respuesta: precisamente, a la luz de los números impresionantes de la justicia «no jurídica», ¿podemos afirmar que las leyes contra el fascismo, con sus figuras retroactivas, produjeron el resultado previsto por Calamandrei, o sea, sustituir el Derecho a la venganza privada?

25. Por todos Woller (1997, 373 y ss.).

26. Además, cabe destacar el hecho de que un número consistente de figuras eminentes del fascismo, entre ellas el mismo Mussolini, habían encontrado ya la muerte en los meses precedentes a través de ejecuciones extrajudiciales.

27. Un aspecto evidenciado en el ensayo de Seminara (2014: 59 y ss.).

28. Un análisis más profundo puede verse en Fornasari (2013, 28 y ss.).

29. Para una lectura reciente de las etapas de la justicia de transición italiana, con informaciones útiles sobre las fases cronológicas sucesivas, que aquí no es posible tratar, *vide* Fronza (2017, 689 y ss.).

30. Caroli (2017, 310 y ss.).

31. La historia, el mecanismo de funcionamiento y las cifras de la actividad de la Comisión, que aquí no pueden ser analizadas en detalle, están reconstruidas con riqueza de detalles en el sitio oficial. Disponible en: <<http://www.justice.gov.za/trc/report/index.htm>>.

32. Esto es, naturalmente, un aspecto delicadísimo, pues no es fácil establecer qué debe entenderse por «declaración completa y verídica», siendo posible muchas variables difícilmente racionalizables, como los errores de memoria, las dificultades en la exposición o la reticencia a revelar ciertas condiciones personales. Un trabajo muy interesante para clarificar este concepto a través de un análisis de la medida de juzgamiento de la Comisión se encuentra en Du Bois-Pedain (2007: 139 y ss.).

33. Muy útiles en este punto resultan las reflexiones de Lollini (2005: 249 y ss.) y de Fiandaca (2009: 20 y ss.).

34. Acerca de la política del perdón tras la conclusión del trabajo de la Comisión por la Verdad y la Reconciliación, remitimos a Fernández (2006: 65 y ss.).

35. De aquí el juicio de legitimación jurídica y moral de los trabajos de la Comisión, expresado, por ejemplo, por Villa-Vicencio (2003: 2), que afirma que el órgano ha alcanzó sustancialmente los resultados políticos esperados, es decir, restablecer el respeto por la inviolabilidad de la vida y del Estado de Derecho, denunciar como inaceptable el ejercicio de la violencia en la política, legitimar el gobierno y llevar a muchas personas a contribuir a clarificar los abusos del anterior régimen discriminatorio.

36. Para las referencias necesarias sobre el rol y funcionamiento de la Corte interamericana, *vide* Mondragón Reyes (2010: 135 y ss.).

37. Solo como ejemplo, se pueden citar el informe de la Comisión Nacional sobre desaparición forzada de personas (CONADEP) en argentina, presentado en 1994, con una segunda edición en 2006 y los dos informes de las comisiones chilenas, la Comisión Rettig (1991) y la Comisión Valech (2005).

38. Es importante notar que el mismo decreto preveía que las sentencias del juez militar fuesen luego apelables ante otras cortes civiles, mientras otro decreto, poco tiempo después, estableció la competencia ante los tribunales civiles en caso de retardo injustificado en la conducción del juicio militar.

39. Es la denominada «doctrina Aylwin», que recibe el nombre del presidente de la República elegido tras la caída de Pinochet, quien la enunció en un discurso de marzo de 1991. Aunque no reflejase en realidad la concepción de la amnistía en la doctrina jurídica chilena (Bruna, 1991: 103 y ss.), tuvo éxito en la Corte Suprema, pues podía constituir la premisa de una transición más pacífica.

40. En este sentido, por ejemplo, Zilli (2011: 96).

41. Sentencia de 22 de junio de 1987. Es oportuno precisar que en Argentina no existe una Corte Constitucional y el juicio de constitucionalidad de las leyes es difuso, correspondiendo a cada juez de cualquier grado con eficacia solo para el caso concreto. Es además indiscutible que un pronunciamiento por parte de la Corte Suprema en estos asuntos tiene habitualmente un efecto muy condicionante para los restantes jueces.

42. Es necesario recordar, por una parte, que los decretos de perdón de Menem beneficiaron también a los jefes de los Montoneros, la organización de guerrilleros que los militares habían combatido y que, a la vez, habían sido responsables en algunos casos de violaciones a derechos humanos y, por otra, que fueron aprobadas contemporáneamente algunas leyes con las cuales se fijaron indemnizaciones para aquellos que habían sufrido encarcelaciones injustas bajo el régimen militar y compensaciones económicas para los familiares de los «desaparecidos».

43. Para un panorama amplio y opiniones del todo compatibles, *vide* Maculan (2013).

44. *Vide* Pastor (2009: 158 y ss.). En el mismo ensayo, el autor formula una serie de objeciones adicionales al desarrollo de los juicios por la verdad, esencialmente centradas en lo inoportuno de que la comprobación de la historia sea confiada a órganos judiciales que no tienen competencias específicas y que en su actividad están vinculados a las reglas del proceso, por ejemplo, a los límites temporales de adquisición y utilidad de las pruebas. *Vide*, en todo caso, para una valoración del proceso como sede posible de comprobación de la verdad histórica, respondiendo directamente la tesis de Pastor, Taruffo (2015: 40 y ss.).

45. Ley que no se quiso llamar «de amnistía», precisamente porque los militares, que eran sus destinatarios naturales, pretendían que no se utilizara el término en cuanto presupone la existencia de delitos; por el contrario, consideraban que habían actuado, quizás con algún exceso, simplemente para salvar a la patria de la amenaza del terrorismo y de la subversión.

46. También en Uruguay el juicio de constitucionalidad es difuso.

47. Para un detallado análisis de estos sucesos, se puede revisar en la literatura italiana Pasculli (2011, 154 y ss.).

48. Son los casos *Castillo Páez vs. Perú*, de 3 de noviembre de 1997 y *Loayza Tamayo vs. Perú*, de 17 de septiembre de 1997.

49. Texto integral de la sentencia española: Disponible en: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)>.

50. Es esto precisamente lo que sostiene autorizadamente el juez García Ramírez en su voto particular cuando indica que son ilegítimas las amnistías «expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos» (punto 10).

51. Es el caso de la sentencia Simón en Argentina.

52. Aunque aquí se enfatiza el rol de la Corte Interamericana, es necesario señalar que también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es un actor ausente en ámbito de la justicia de transición, especialmente en relación a los sucesos de los países de la Europa exsocialista. Particularmente significativo y ejemplar es el caso Kononov, nacido de un recurso proveniente de Letonia: en la sentencia de la Gran Cámara, pronunciada por mayoría el 17 de junio de 2010, que modificó la sentencia de primera instancia de dos años antes, se afirmaron principios de fondo completamente

asimilables a los de la sentencia Barrios Altos: para un comentario amplio de la sentencia y de su contexto se reenvía al trabajo de Fronza & Scaletta (2011, 87-105). Más en general, sobre las contribuciones de la Corte de Estrasburgo en el desarrollo de la justicia de transición se puede ver Buysse y Hamilton (2011).

53. A pocos días de diferencia de la sentencia Barrios Altos.

54. Se trataba, en realidad, de una medida esencialmente simbólica, pues el sistema argentino reserva solo al Poder Judicial la competencia para anular las leyes, aunque debía funcionar como instrumento de presión psicológica sobre la Corte Suprema por parte del nuevo presidente de la República, Néstor Kirchner, político más favorable a escuchar las voces de quienes privilegiaban las exigencias de represión de los crímenes de la dictadura sobre las de pacificación social.

55. Este argumento es enunciado expresamente en el voto del presidente de la Corte, el juez Petracchi, quien en 1987 había optado en cambio por la legitimidad constitucional, tal como lo reporta Malarino (2009, 44 y ss.).

56. Se evidencia con claridad en el voto del juez Highton de Nolasco, que declara que la doctrina afirmada en la sentencia Barrios Altos es imperativa e impone que queden sin efecto las normas objeto del juicio y cualquier otra norma futura que funcionase como impedimento al desarrollo de procesos por crímenes contra la humanidad, mientras que en el voto de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti a los argumentos antes mencionados se agrega la consideración que una decisión conforme al *dictum* de la Corte Interamericana se justificaba en la necesidad de evitar una análoga sentencia de condena por parte de la CIDH contra la Argentina.

57. Una referencia a esta noción se encuentra en el voto del juez Boggiano y antes en el voto del juez Cañado Trindade en la sentencia Barrios Altos.

58. Sobre este importantísimo caso judicial se reenvía a Fornasari (2011: 2281 y ss.), también en versión castellana (2016: 171 y ss.).

59. Esta historia enseña que de lo que se trata, como bien ha señalado Rincón-Covelli (2016: 120), es la decisión sobre la primacía de los ciudadanos o del Derecho en una sociedad democrática: según la sentencia Gelman, la voluntad de la mayoría o el consenso de los ciudadanos no puede prevalecer sobre los derechos humanos y, en consecuencia, no debe privar a los ciudadanos de los derechos fundamentales: se puede decir, y esto lo agrego yo, que la opinión opuesta de la Corte Suprema de Uruguay parta del presupuesto de que entre los derechos humanos fundamentales esté también aquel de ser juzgado en sede penal solo con base en leyes que ya han entrado en vigor en el momento del hecho.

60. La relación más actualizada sobre este punto se encuentra en el Observatorio de Justicia Transicional de la Universidad Diego Portales de Santiago, *Boletín Informativo n. 38, noviembre-diciembre 2016* que reporta con riqueza de referencias la situación de los procesos en curso y aquellos terminados.

61. Textos disponibles en: <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>>.

62. En el último caso, de marzo de 2016, la Corte Suprema ha confirmado la dura condena contra 33 exagentes de la DINA por el secuestro de varios miembros del Frente Patriótico Manuel Rodríguez en 1987.

63. Ulteriores informaciones sobre este caso están disponibles en: <<http://www.cnv.gov.br/index.php/outros-destaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv>>. La presentación de este documento en tres enormes volúmenes ha reactivado la instancia favorable a la apertura de los procesos penales con el fin de acreditar la responsabilidad y condenar a los autores de los graves crímenes de la dictadura, como lo demuestra la entrevista en televisión, realizada pocos días después, el 13 de diciembre, a Marlon Weichert, un autorizado exponente de la Fiscalía Federal. Con todo, a día de hoy no existen indicios de que tal instancia haya tenido efectos en la opinión de la magistratura.

64. Para un análisis profundo de este mecanismo, *vide* Grasso (2009).

65. El Congreso colombiano, con el acto legislativo de 31 de julio de 2012, ha querido insertar en la Constitución el nuevo artículo transitorio n. 66, mediante el cual se subraya la excepcionalidad de los instrumentos de justicia de transición y de su justificación con base en la finalidad de terminar el conflicto armado interno, obtener una paz interna estable y duradera y garantizar a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos el derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación, estableciendo que, para tal fin, será instituida a través de una ley ordinaria, una comisión de la verdad con la tarea de aportar sugerencias para la realización de medidas de transición.

66. La conexión con la experiencia italiana de las leyes antiterrorismo (y antimafia) es reconocida por la misma doctrina colombiana; *vide* Aponte Cardona (2009: 181).

67. En este sentido, por ejemplo, Easterday (2009). Disponible en: <[http://works.bepress.com/jennifer\\_easterday/2/](http://works.bepress.com/jennifer_easterday/2/)>.

68. Es, por lo demás, la opinión difusa que el art. 17 del Estatuto sea un testimonio indirecto del hecho que no existe un *duty of prosecute* indiscriminado. En tal sentido Werle y Jessberger, (2014: 89 y ss.) y Fronza (2016: 53).

69. Según la definición de Maculan (2017).

70. Política de desarrollo agrícola integral; participación política con garantías de igualdad, representación y acceso a medios de comunicación; fin del conflicto; solución al problema de la producción y tráfico de drogas; atención a las víctimas con mecanismos de justicia transicional como la jurisdicción especial y la Comisión por la Verdad; aplicación de la garantía de efectividad de todo lo acordado.

71. Es muy importante, en la reciente experiencia colombiana, la implicación de las víctimas en el proceso de decisión relativo al acuerdo de transición, como subraya Aponte Cardona (2017); más en general sobre las peculiaridades del «modelo» colombiano de transición entre actualidad y futuro, *vide* Maculan (2017: 53).

72. Varios aspectos problemáticos de la coexistencia de estos dos órganos no pueden ser tratados aquí: sobre ello, remitirnos al trabajo de Nesbitt (2007: 977).

73. Aunque es necesario aclarar que, si bien la cantidad de testimonios fue importante, como señala Schabas (2004: 42), quien (hablando por conocimiento directo pues era miembro de la Comisión, además de jurista y académico de indiscutido prestigio) subraya que eso sucedió frente a la ausencia de la zanahoria (la amnistía) y de la presencia del palo (la posibilidad de ser perseguido), considerando sin embargo que ello no sea particularmente sorprendente dado que la experiencia enseña que son muchos los autores de graves crímenes que simplemente (más allá de la zanahoria y el bastón) desean hablar de aquello que han hecho; el mismo Schabas agrega, con ironía anglosajona, que otro asunto es si lo hacen de modo completamente honesto.

74. La ambigüedad es denunciada también por voces internas, como la de una jurista a cargo de la oficina tunecina del ICTJ (International Centre for Transitional Justice): El Gantri, 2015, 9. Disponible en: <<https://www.ictj.org/publication/tunisia-transition-one-year-after-creation-truth-dignity-commission>>.

75. *Cfr. Tunisie: Justice transitionnelle et lutte contre la corruption*, International Crisis Group, Rapport Moyen Orient/Afrique du Nord n. 168, Tunis/Bruxelles, 3 mai 2016, 11 ss.

76. El dato aparece claramente, por ejemplo, del resultado del estudio de Mallinder (2008: 29 y ss.).

77. Nino (1996: 163).

78. Así, por ejemplo, Ambos (2009: 58). Sobre las mismas bases, Bartoli (2011: 75), sostiene que la mera justicia tradicional, con su impronta polemológica, no puede adaptarse a las exigencias de la transición política.

79. Para un juicio análogo, *vide* Dugard (1999: 1001 ss.).

80. Así, Cornacchia (2009: 209 y ss.).

81. Son admitidas aquellas definidas como *amnistie responsabilis* (*accountable amnesties*); en este sentido, también Du Bois-Pedain (2012: 459 ss.).

82. O, si se trata de delitos que no constituyen crímenes contra la humanidad, han operado retroactivamente nuevas disposiciones sobre la prescripción más gravosas para el imputado, como ha sucedido en los procesos posteriores a la reunificación alemana.

83. Remitimos al trabajo de Guzmán Dalbora (2005, 69 ss.).

84. Así, Hassemer (1990: 262 y ss.), quien conecta el principio de irretroactividad a todos aquellos presuestos procesales de la punibilidad que inciden en el Derecho penal sustancial en sus efectos concretos. También en Italia este punto de vista es conocido: lo han propuesto recientemente Valentini (2012: 245) y Borgna (2014: 1006). El intento

reciente de la Corte de Justicia de la Unión Europea en el caso Taricco de 2015 de llevar adelante y al mismo tiempo hacia atrás las lancetas de la historia imponiendo al juez nacional italiano la inaplicación retroactiva de la prescripción en los delitos financieros ha sido, justamente, objeto de duras críticas por parte de la doctrina italiana. *Ex plurimus* Negri (2016), y ahora con una severa toma de posición por parte de la Corte Constitucional que con la ordenanza n. 24 de 2017 ha amenazado directamente con la activación del «controlímite» constitucional.

85. *Vide* el art. 98 del Código General del Proceso de Uruguay, según el cual no transcurre el plazo cuando una justa causa o una fuerza mayor impiden el ejercicio de la acción.

86. Se trata de la tesis de la «doble subsunción». Sobre el particular, Fornasari y Fronza (2009: 9).

87. De hecho, la Corte Constitucional italiana, hace varios años, intervino por *mucho menos*, es decir, por abrogar, en cuanto incompatible con el principio de determinación, el art. 122 c.p.m.p., que preveía para el delito militar de violación de entrega especial una pena mínima de dos años y una máxima de veinticuatro años de reclusión. *Cf.* Corte constitucional n. 299/1992

88. En el mismo sentido, Donini (2011: 77 y ss.); más ampliamente, en relación con el rol de la costumbre en los contextos de justicia de transición, Fornasari (2013: 195 y ss.).

89. Donde existió un contraste entre los jueces que, en la celebración de los procesos relativos a los *juicios por la verdad*, admitieron pacíficamente como elementos probatorios de la acusación las declaraciones autoacusatorias y los que, en cambio, las reputaron nulas, dado que su utilización habría constituido una violación del *nemo tenetur se detegere*; para un detallado examen de estos diversos criterios jurisprudenciales, *vide* Maculan (2010: 365 y ss.).

## BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai (1997): «Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer» *Juristische Arbeitsblätter*, 983-990.
- (2009): «Sobre las ruinas dejadas por sistemas políticos antiliberales. El marco jurídico de la justicia de transición», en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), *Justicia de transición. Informes de América LATina, Alemania, Italia y España*. Berlín-Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 23-132.
- APONTE CARDONA, Alejandro (2009): «La Colombia: un caso *sui generis* nell'ambito della giustizia di transizione», en E. Fronza y G. Fornasari (eds.), *Il superamento del passato e il superamento del presente*, Trento: Università degli studi di Trento, 177-254.
- (2017): «El acuerdo de paz y el modelo transicional colombiano: hacia un reconocimiento y dignificación de las víctimas», en A. Gil Gil y E. Maculan, *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid: Instituto Universitario Gutiérrez Mellado.
- BARTOLI, Roberto (2011): «La “giustizia di transizione”: amnistia, giurisdizione, riconciliazione», en F. Palazzo y R. Bartoli (eds.), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze: Firenze University Press, 57-96.
- BLANKE, Thomas (1998): *Die juristische Aufarbeitung des Unrechtstaats*. Baden-Baden: Nomos.
- BORGNA, Giulia (2014): «Retroattività in mitius e norme sulla prescrizione: profili critici della giurisprudenza CEDU sul regime transitorio della exCirielli» *Diritto penale e processo*, 8, 1001-1010.
- BRUNA, Guillermo (1991): «La Amnistía en la Constitución», *Revista Chilena de Derecho*, 18, 101-113.
- BUYSE, Antoine y Michael HAMILTON (2011): *Transitional Jurisprudence and the ECHR. Justice, Politics and Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CALAMANDREI, Piero (1945): Postilla, *Il Ponte*.
- CAROLI, Paolo (2017): *La giustizia di transizione in Italia. L'esperienza dopo la seconda guerra mondiale*, Trento: Università degli studi di Trento.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2012): *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Bilbao: Universidad de Deusto.
- CRONACCHIA, Luigi (2009): *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milán: Giuffrè.
- DONDI, Mirco (1999): *La lunga liberazione. Giustizia e violenza nel dopoguerra italiano*, Roma: Editori Riuniti.
- DONINI, Massimo (2009): «La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica y la elaboración del pasado “mediante el Derecho penal”», *Revista Penal*, 23, 13-32.
- (2011): *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milán: Giuffrè.
- Du BOIS-PEDAIN, Antje (2007): *Transitional Amnesty in South Africa*. Cambridge: Cambridge University Press.

- (2012): «Post-conflict Accountability and the Demands of Justice: can conditional Amnesties take the place of criminal Prosecutions?», en N. Palmer, P. Clark y D. Granville (eds.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 459-484
- DUGARD, John (1999): «Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty still an Option?», *Leiden Journal of International Law*, 12(4), 1001-1015.
- EASTERDAY, Jennifer (2009): «Deciding the Fate of Complementarity: a Colombian Case Study», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 26, 49-111.
- EL GRANTRI, Rim (2015): «Tunisia in Transition: One Year After the Creation of the Truth and Dignity Commission», *ITCJ Briefing*, 1-12.
- ELSTER, Jon (2008): *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Bologna: Il Mulino.
- FERNÁNDEZ, Lovell (2006): «Post-TRC Prosecutions in South África», en G. Werle (ed.), *Justice in Transition. Prosecution and Amnesty in Germany and South África*, Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag, 65-82.
- FIANDACA, Giovanni (2009): «I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione», en G. Fian-daca y C. Visconti, *Punire, mediare, riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Turin: Giappichelli, 13-22.
- FORNASARI, Gabriele (2013): *Giustizia di transizione e diritto penale*, Turin: Giappichelli.
- FORNASARI, Gabriele y Emanuela FRONZA (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», en G. Fornasari y E. Fronza, *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani*, Trento: Università degli Studi di Trento, 1-32.
- FRANZINELLI, Mimmo (2006): *L'ammnistia Togliatti. Colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milán: Feltrinelli.
- FRONZA, Emanuela (2016): «Complementariedad, ejercicio de la jurisdicción e adeguamento a livello interno», en E. Amati, V. Caccamo y M. F. Costi, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milán: Giuffrè, 53-92.
- (2017): «La poursuite des crimes fascistes et nazistes en Italie», en *Humanisme et Justice. Mélanges en l'honneur de Genevieve Giudicelli-Delage*, Paris: Dalloz, 689-712.
- FRONZA, Emanuela y Marco SCOLETTA (2011): «Corti regionali, crimini internazionali e legalità penale: spunti (e problemi) a partire dal caso Kononov». *ius17@unibo.it*, 89-107.
- GIL GIL, Alicia (2010): *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona: Atelier.
- GRASSO, Valeria (2009): «La Ley de Justicia y Paz colombiana. Un modelo de justicia penal de transición», *Diritto penale XXI secolo*, 2, 227-242.
- GROPP, Walter (1996): «Naturrecht oder Rückwirkungsverbot? Zur Strafbarkeit der Berliner Mauerschützen», *Neue Justiz*, 390-410.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis (2005): «Crímenes internacionales y prescripción», en K. Ambos, E. Malarino y J. Woischnik (eds.), *Temas actuales de Derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Berlín-Montevidéo: Konrad Adenauer Stiftung, 69-82.
- HASSEMER, Winfried (1990): *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Berlín: Beck.
- INTERNATIONAL CRISIS GROUP (2016): *Tunisie: Justice transitionnelle et lutte contre la corruption*, Bruselas: International Crisis Group.
- JEMOLO, Arturo Carlo (1945): «Le sanzioni contro il fascismo e la legalità», *Il Ponte*, 277-286.
- LANG, Bettina (2005): *Strafrechtsbezogene Vergangenheitspolitik. Politischer Wille und Strafrechtsrealität im Spannungs-verhältnis am Beispiel von Deutschland und Südafrika*, Freiburg: Iuscrim.
- LOLLINI, Andrea (2005): *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna: Il Mulino.
- MACULAN, Elena (2010): «Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in Argentina: l'esperienza dei "giudizi per la verità"», *Indice penale*, XIII (1), 331-370.
- (2013): «Los juicios por la verdad en Argentina. ¿Un mecanismo novedoso de justicia de transición o un paliativo de carácter provisional?», en *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 147-245.
- (2017): «El proceso transicional colombiano en perspectiva comparada», en A. Gil Gil, E. Maculan y S. Ferreira (eds.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 53-89
- (2017): «Il processo di pace colombiano: una nuova pagina nella storia della giustizia di transizione» *Diritto penale XXI secolo*.
- MALARINO, Ezequiel (2009): «Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina sulle gravi violazioni di diritti umani. Un'analisi della sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Nazione del 14 giugno 2005 nel caso

- Simón», en E. Fronza y G. Fornasari, *Il superamento del passato e il superamento del presente* (pp. 31-98). Trento: Università degli Studi di Trento, 31-98.
- MALLINDER, Louise (2008): *Amnesty, Human Rights and Political Transitions. Bridging the Peace and Justice Divide*, Portland: Hart Publishing.
- MONDRAGÓN REYES, Salvador (2010): «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 29, 135-149.
- NEGRI, Daniele (2016): «Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Taricco», en C. Paonesi y L. Ziletti (eds.), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pisa: Pacini Giuridica, 69-76.
- 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 (10), 977-1006.
- NINO, Carlos Santiago (1996): *Radical Evil on Tria*, Yale: Yale University Press.
- PASCULLI, Maria Antonella (2011): *Una umanità una giustizia. Contributo allo studio sulla giurisdizione penale universale*, Padova: Cedam.
- PASTOR, Daniel (2009): «Processi penali solo per conoscere la verità? L'esperienza argentina», en E. Fronza y G. Fornasari (eds.), *Il superamento del passato e il superamento del presente* (pp. 99-176). Trento: Università degli studi di Trento, 99-176.
- PORTINARO, Pier Paolo (2011): *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*. Milano: Feltrinelli.
- RADBRUCH, Gustav (1946): «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», *SJZ*, 105-108.
- RINCÓN-COVELLI, Tatiana (2016): «Democracia y derechos humanos: la sentencia de la CIDH en el caso Gelman vs. Uruguay», en P. Galain Palermo, (ed.), *Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 120-160.
- SEMINARA, Sergio (2014): «Die Aufarbeitung der faschistischen Vergangenheit in Italien. Strefrechtliche Probleme», en *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*, 3-65.
- SHABAS, William A. (2004): «A synergic relationship: the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone», *Criminal Law Forum*, 15, 3-54.
- TARUFFO, Michelle (2015): Verità e giustizia di transizione. *Criminalia*, 21-52.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María (2010): «La revisión del pasado y la Ley de Memoria Histórica», *Revista penal*, 25, 151-166.
- TRÖNDLE, Herbert (1997): *Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Kommentar*, München: Beck.
- VALENTINI, Vico (2012): *Diritto penale intertemporale*, Milán: Giuffrè.
- VASSALLI, Giuliano (2001): *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milán: Giuffrè.
- VILLA-VICENCIO, Charles (2003): «Introductory Remarks», en C. Villa-Vicencio y E. Doxtader (eds.), *The Provocations of Amnesty*, Claremont: Institute for Justice and Reconciliation, 1-4.
- WERLE, Gerhard y Florian JESSBERGER (2014): *Principles of International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- WINKE, Annette (2016): *Gewalt, Geschichte, Gerechtigkeit*. Göttingen: Wallstein.
- WOELK, Jens (2008): *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina. Dall'ordinamento imposto allo stato multinazionale sostenibile?*, Padova: Cedam.
- WOLLER, Hans (1997): *Il conti con el fascismo. L'epurazione in Italia in 1943-1948*, Bologna: Il Mulino.
- ZILLI, Marcos (2011): «Il brasil e il rigolamento dei conti con el passato», en G. Fornasari y E. Fronza (eds.), *Recorsi giurisprudenziale in tema di gravi violazioni di diritti humani. Material dal laboratorio dell'America latina*, Trento: Università degli studi di Trento, 79-116.

Fecha de recepción: 1 de abril de 2017

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017