Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner
(editores)

JUSTICIA DE TRANSICIÓN

Informes de América Latina, Alemania, Italia y España

Georg-August-Universität-Göttingen
Instituto de Ciencias Criminales — Departamento
de Derecho Penal Extranjero e Internacional

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica/Montevideo

© 2009 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY
Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804
11100, Montevideo
Uruguay
Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974
Fax: (#598-2) 908 6781
e-mail: ius@kasuy.org
www.kas.de

Editor Responsable
Gisela Elsner

Asistentes de Redacción
Rosario Navarro
Manfred Steffen

Correctores
María Cristina Dutto (español)
Paulo Baptista (portugués)

Paginado, impreso y encuadernado en **Mastergraf srl**
Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60
11800 Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito Legal - Comisión del Papel
Edición amparada al Dec. 218/96

ISBN

Esta publicación se distribuye exclusivamente sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.
Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

ÍNDICE

PRÓLOGO 9

GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL 11

PRESENTACIÓN 15

SIGLAS Y ABREVIATURAS 17

EL MARCO JURÍDICO DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN

Kai Ambos 23

INFORMES NACIONALES

ARGENTINA

Pablo F. Parenti y Lisandro Pellegrini 133

BOLIVIA

Elizabeth Santalla Vargas 153

BRASIL

IBCCRIM - Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marcos Alexandre Coelho Zilli e Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich 171

CHILE

José Luis Guzmán Dalbora 201

COLOMBIA

Alejandro Aponte Cardona 235

EL SALVADOR

Jaime Martínez Ventura 301

MÉXICO

Elia Patricia Neri Guajardo 325

PARAGUAY

César Alfonso 345

PERÚ

Dino Carlos Caro Coria 357

URUGUAY

Pablo Galain Palermo 391

BREVES REFLEXIONES SOBRE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN A PARTIR DE LAS EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS

Ezequiel Malarino 415

INFORMES EUROPEOS

ALEMANIA

Kai Ambos y Nils Meyer-Abich 435

ESPAÑA

Alicia Gil 471

ITALIA

Emanuela Fronza 503

LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Juan Luis Modolell 537

LOS AUTORES 553

Prólogo

Desde hace siete años la Fundación Konrad Adenauer mantiene una estrecha cooperación con el Grupo de Estudios del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como con el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Göttingen. Durante este tiempo hemos editado conjuntamente seis publicaciones, hemos celebrado encuentros anuales y organizado seminarios internacionales en distintas universidades del continente. No es exagerado decir que en estos años, y gracias al trabajo con el Grupo de Estudios, nuestra Fundación ha acumulado competencias y conocimientos sobre derecho penal internacional como pocos agentes de cooperación internacional lo han hecho.

Juristas a lo largo y ancho del continente esperan las publicaciones que año a año editamos y presentamos públicamente. Abogados defensores, fiscales, profesores de Derecho y magistrados se dirigen, tanto a nosotros como a los integrantes del Grupo, para solicitar los libros. La continuidad del trabajo del Grupo, la excelencia académica de sus integrantes —que además son oriundos de distintos países de Latinoamérica y Europa— y la profundidad y seriedad de los temas tratados son sin duda la razón de su éxito.

En esta oportunidad tenemos la enorme satisfacción de sacar a luz la sexta publicación del Grupo, que se enfoca en las experiencias de justicia transicional en América Latina, Alemania e Italia. El tema, que surgió en el seminario organizado junto con el Grupo y realizado en Valparaíso (Chile) en el 2008, no solo tiene relevancia sino también suma actualidad. La justicia transicional busca proporcionar los medios para

encontrar un camino que permita elaborar el pasado luego de un período de abusos y violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos, en aras de la reconciliación, el equilibrio y la estabilidad de la sociedad. En el difícil proceso de restablecer los principios democráticos, se plantea la necesidad colectiva de conocer la verdad en pos de la justicia y la paz, condiciones básicas para poder establecer un Estado de derecho. Ahora bien, en este camino en procura de la coexistencia armónica entre pasado y presente, deben tomarse en cuenta todos los intereses en juego. El derecho de la enorme cantidad de víctimas a la verdad y a la reparación es de trascendencia fundamental, pero también resulta imprescindible el respeto de los principios democráticos como garantía del Estado de derecho. En la situación compleja que caracteriza a los períodos de transición de un régimen autoritario a un gobierno democrático, no puede desconocerse un grave problema que debe también afrontarse y que refiere a la desconfianza generalizada respecto al Estado y sus instituciones. En tal contexto, se hace necesario tomar medidas que se complementen, no necesariamente todas de naturaleza judicial (pese a que parte de la base jurídica de la justicia transicional surge de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Con esta publicación pretendemos contribuir a la reflexión y discusión académica sobre este tema, con una mirada desde el derecho internacional y el derecho comparado.

Por último, y como cada año, quiero expresar mi profundo agradecimiento a los integrantes del grupo y a sus coordinadores académicos, los profesores doctores Kai Ambos y Ezequiel Malarino, por su valioso y destacado aporte, que además realizan en forma honoraria. Descuento que esta publicación tendrá la misma acogida y el mismo éxito que las anteriores.

Gisela Elsner
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Montevideo
Fundación Konrad Adenauer

Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional

En el marco de un convenio de cooperación entre el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen (República Federal de Alemania), fue creado el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. Este grupo, que trabaja conjuntamente desde enero del 2002, cuenta actualmente con miembros de trece países de América Latina (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Colombia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) y otros estudiosos de Alemania, España e Italia.

Su objetivo principal es el análisis, desde una perspectiva de derecho comparado, del proceso de ratificación e implementación del Estatuto de Roma, con especial atención al ámbito latinoamericano. Otros temas de actualidad del derecho penal internacional también son objeto de estudio.

Los miembros se mantienen regularmente en contacto e informan cuatrimestralmente sobre el estado del proceso de implementación del Estatuto de Roma, así como sobre cualquier otro asunto de relevancia para el derecho penal internacional ocurrido en sus respectivos países.

Hasta el momento, el grupo de estudios ha finalizado cinco investigaciones, publicadas en los siguientes volúmenes:

- *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores), Montevideo: Fundación

Konrad Adenauer, 2003. Existe una versión reducida en portugués, *Persecução penal na America Latina e Espahna*, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores), San Pablo: IBCCRIM, 2004.

- *Temas actuales de derecho penal internacional, Contribuciones de América Latina y España*; Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Kay Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008.

La composición del grupo es actualmente la siguiente:

Coordinadores académicos:

Prof. Dr. Kai Ambos (Alemania)
Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Argentina)

Coordinadora institucional:

Gisela Elsner (Fundación Konrad Adenauer)

Miembros:

César Alfonso Larangueira (Paraguay)
Prof. Dr. Alejandro Aponte (Colombia)
Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria (Perú)
Prof. Dr. Javier Dondé Matute (México)
Dr. Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Prof. Dr. Dr. h.c. José Luis Guzmán (Chile)

Salvador Herencia Carrasco (Perú/Ecuador)
Jaime Martínez Ventura (El Salvador)
Prof. Dr. Juan Luis Modolell (Venezuela)
Prof. Dra. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil)
Pablo Parenti (Argentina)
Prof. Dr. Daniel R. Pastor (Argentina)
Elizabeth Santalla Vargas (Bolivia)
Prof. Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli (Brasil)

Referentes internacionales:

Prof. Dra. Alicia Gil Gil (España)
Prof. Dra. Emanuela Fronza (Italia)
Prof. Dr. Héctor Olasolo (Corte Penal Internacional)
Nils Meyer Abich (Alemania)
Otras informaciones sobre el Grupo y sus actividades pueden consultarse en:
‹http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte.html›
‹http://www.kas.de/proj/home/home/13/4/webseite_id-2262/index.html›

Kai Ambos y Ezequiel Malarino
Göttingen-Buenos Aires
Septiembre del 2008

Presentación

En esta obra se presentan los resultados de la sexta investigación del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, sobre las experiencias de justicia de transición en América Latina, Alemania, España e Italia.

El libro se compone de diez informes de países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, México, Paraguay, Perú y Uruguay), tres de países europeos (Alemania, España e Italia) y un trabajo final sobre los principales aportes de la experiencia latinoamericana a la discusión sobre justicia de transición. El libro contiene, además, un trabajo de Kai Ambos sobre el *Marco jurídico de la transición,* que en gran medida sirvió de base para la elaboración de los informes nacionales; por esta razón, ese trabajo se publica al comienzo de la obra.

Los trabajos individuales que aquí se incluyen fueron expuestos y discutidos en el seminario internacional *La justicia de transición en América Latina, Alemania, España e Italia*, organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica-Montevideo de la Fundación Konrad Adenauer, el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität (Alemania) y la Universidad de Valparaíso (Chile), en las ciudades de Viña de Mar y Valparaíso, los días 1, 2, 3 y 4 de abril del 2008.

Deseamos agradecer en este lugar a todos quienes han hecho posible la publicación de esta obra y la realización del seminario de discusión. En primer lugar, al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, por la organización y financiación del encuentro desarrollado en las ciudades de Viña del Mar y Valparaíso, por la financiación de la presente publicación y por el constante apoyo que,

desde el año 2002, presta para la consolidación del Grupo de Estudios. Especialmente agradecemos a su directora, la Sra. Gisela Elsner, y a Manfredo Steffen, por su eficiencia en las cuestiones organizativas. En segundo lugar, a las autoridades de la Universidad de Valparaíso, por su colaboración en la organización y financiación del seminario de discusión, y en particular a nuestro miembro chileno, José Luis Guzmán Dalbora. En tercer lugar, a Daniel R. Pastor (Argentina), Héctor Olásolo (España, Corte Penal Internacional), Juan Luis Modolell (Venezuela), Javier Dondé Matute (México) y Salvador Herencia (Perú), por su activa participación en la discusión de los trabajos durante el seminario realizado en Chile. Por último, y especialmente, a quienes con sus informes hicieron posible esta publicación: César Alfonso (Paraguay), Alejandro Aponte (Colombia), Carlos Caro Coria (Perú), Marcos Coelho Zilli (Brasil), Emanuela Fronza (Italia), Pablo Galain Palermo (Uruguay), Alicia Gil Gil (España), Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich (Brasil), José Luis Guzmán Dalbora (Chile), Jaime Martínez Ventura (El Salvador), Nils Meyer Abich (Alemania), Patricia Neri (México), Pablo Parenti (Argentina), Lisandro Pellegrini (Argentina), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil) y Elizabeth Santalla Vargas (Bolivia).

Kai Ambos y Ezequiel Malarino
Göttingen-Buenos Aires,
Septiembre del 2008

Siglas y abreviaturas

ACJ	Alta Corte de Justicia
AFDD	Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos
AGN	Archivo General de la Nación
AGONU	Asamblea General de las Naciones Unidas
AI	Ato Institucional
ALN	Aliança de Libertação Nacional
ANC	Congreso Nacional Africano (partido político sudafricano) (siglas del inglés: African National Congress)
ARENA	Aliança Renovadora Nacional
ARLSS	*Annual Review of Law and Social Science*
art.	artículo
AUILR	*American University International Law Review*
AVR	*Archiv des Völkerrechts* (revista jurídica alemana)
BOE	*Boletín Oficial del Estado*
Buff.Crim.L.Rev.	*Buffalo Criminal Law Review* (revista jurídica estadounidense)
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CAPEL	Centro de Asesoría y Promoción Electoral
CDH ONU	Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
CDI	Comisión de Derecho Internacional (International Law Commission)
CEA	cortes extraordinarias de Assise
CEJIL	Centro pela Justiça e o Direito Internacional
CEMDP	Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos
CESL	Corte Especial de Sierra Leona (véase también SCSL)

CF	Constituição Federal
cf.	confer ('confróntese')
CG	Convenciones de Ginebra
CICGCLH	Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja (véase también ICRC)
CIDFP	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIE	Centro de Informações do Exército
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIPPDF	Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas
CIPST	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
CJTL	*Columbia Journal of Transnational Law*
CLF	*Criminal Law Forum* (revista jurídica internacional)
CODI	Centro de Operações de Defesa Interna
ComIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CONADEP	Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas
CONU	Carta de las Naciones Unidas
coord.	coordinador
Cornell Int'l.L.J.	*Cornell International Law Journal* (revista jurídica estadounidense)
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
COSENA	Consejo de Seguridad Nacional
CP	Código Penal
CPC	Código de Proceso Penal
CPE	Código Penal español
CPI	Corte Penal Internacional (véase también ICC)
CPMG	Código Penal Militar de Guerra
CPMP	Código Penal Militar de Paz
CPPU	Código Procesal Penal uruguayo
CPU	Código Penal uruguayo
CU	Constitución uruguaya
CVDT	Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados
CVR	Comisión (o Comisiones) de la Verdad y Reconciliación (véase también TRC)
DADH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

DDR	desarme, desmovilización y reintegración
DDR	República Democrática Alemana
DIDH	derecho internacional de los derechos humanos
DINARP	Dirección Nacional de Relaciones Públicas
DJCIL	*Duke Journal of Comparative & International Law*
DO	*Diario Oficial*
DOI	Destacamento de Operações de Defesa Interna
DPI	derecho penal internacional
EC	emenda constitucional
ECHR	Tribunal Europeo de Derechos Humanos (siglas del inglés: European Court of Human Rights) (véase también TEDH)
ed.	editor
EJIL	*European Journal of International Law (*revista jurídica internacional)
EJIL	*European Journal of Criminal Law*
ER	Estatuto de Roma
ERS	Ejército de Resistencia del Señor ugandés (Lord Resistance Army)
EuGRZ	*Europäische Grundrechte Zeitschrift* (revista jurídica alemana)
Eur.J.Cr., Cr.L. & Cr. J.	*European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (revista jurídica internacional)
FDR	Frente Democrático Revolucionario
FEMOSPP	Fiscalía Especial para la Atención de Hechos Probables Constitutivos de Delitos Federales cometidos Directa o Indirectamente por Servidores Públicos en contra de Personas Vinculadas con Movimientos Sociales y Políticos del Pasado
FMI	Fondo Monetario Internacional / Fundo Monetário Internacional
FMLN	Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional
GAOR	Documentos Oficiales de la Asamblea General (siglas del inglés: General Assembly Official Records)
Harv.L.Rev	*Harvard Law Review* (revista jurídica estadounidense)
HHRJ	*Harvard Human Rights Journal*
HRC	Comité de Derechos Humanos (siglas del inglés: Human Rigths Committee)
HRQ	*Human Rights Quarterly* (revista jurídica internacional)
Hrsg.	Herausgeber (‘editor’)
HRW	Human Rigths Watch
ICC	Corte Penal Internacional (siglas del inglés: International Criminal Court)

ICLQ	*International and Comparative Law Quarterly* (revista jurídica internacional)
ICLR	*International Criminal Law Review* (revista jurídica internacional)
ICRC	Comité Internacional de la Cruz Roja (siglas del inglés: International Committee of the Red Cross)
ICRC Int. Rev.	*International Review of the the Red Cross* (revista jurídica internacional)
ICTJ	International Centre for Transitional Justice
IELSUR	Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
IJTJ	*International Journal of Transitional Justice* (revista jurídica internacional)
JAL	*Journal of African Law*
JICJ	*Journal of International Criminal Justice* (revista jurídica internacional)
JLP	Juzgado Letrado en lo Penal
JLS	*Journal of Law and Society*
JuS	*Juristische Schulung* (revista jurídica alemana)
KCLJ	*The King's College Law Journal* (revista jurídica inglesa)
LJIL	*Leiden Journal of International Law* (revista jurídica internacional)
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
MR-8	Movimento Revolucionário 8 de Outubro
M-19	Movimiento 19 de Abril
MLN	Movimiento de Liberación Nacional
MPF	Ministério Público Federal
MRTA	Movimiento Revolucionario Túpac Amaru
OEA	Organización de los Estados Americanos
OHCHR	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (siglas del inglés: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights)
ONG	organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
op. cit.	opere citato ('obra citada')
OTP	Oficina del Procurador ante la Corte Penal Internacional (siglas del inglés: Office of the Prosecutor)
PA	Protocolo adicional a las Convenciones de Ginebra
par.	parágrafo

párr.	párrafo
PCB	Partido Comunista Brasileiro
PCBR	Partido Comunista Brasileiro Revolucionário
PCdoB	Partido Comunista do Brasil
PCP-SL	Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso
PDS	Partido Democrático Social
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PFL	Partido da Frente Liberal
PIB	produto interno bruto
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PrepCom	Comité Preparatorio de la CPI (siglas del inglés: Preparatory Committee ICC)
PSD	Partido Social Democrático
PT	Partido dos Trabalhadores
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
PTC	Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI (del inglés: Pre-Trial Chamber)
RDA	República Democrática Alemana
RDH	*Revista de Derechos Humanos*
RDP	*Revista Derecho Penal*
res.	resolución
REsp.	recurso especial
RP	*Revista Penal*
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
RSI	República Social Italiana
SCC	Suprema Corte de Casación
SCJ	Suprema Corte de Justicia
SCSL	Corte Especial para Sierra Leona (siglas del inglés: Special Court for Sierra Leone) (véase también CESL)
SDHMEC	Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Educación y Cultura
SERPAJ	Servicio de Paz y Justicia
SERSOC	Servicio de Rehabilitación Social
SIN	Servicio de Inteligencia Nacional
SNI	Serviço Nacional de Inteligência
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar

TCU	Tribunal de Contas da União
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase también ECHR)
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
TRC	Truth and Reconciliation Commission(s) (véase también CVR)
TRC	Truth and Reconciliation Commission of South Africa
TRF	Tribunal Regional Federal
U.C.Davis L. Rev.	*U.C. Davis Law Review* (revista jurídica estadounidense)
UCA	Universidad Centroamericana José Simeón Cañas
UDN	União Democrática Nacional
UNAM	Universidad Autónoma de México
UNE	União Nacional dos Estudantes
UN-ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (siglas del inglés: United Nations Economic and Social Council)
UNTAET	Administración de transición de las Naciones Unidas en Timor Oriental (del inglés: United Nations Transitional Administration in East Timor)
UTORLJ	*University of Toronto Faculty of Law Review*
VPR	Vanguarda Popular Revolucionária
YLJ	*Yale Law Journal* (revista jurídica estadounidense)
ZStW	*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (revista jurídica alemana)

EL MARCO JURÍDICO DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN[1]

Kai Ambos

SUMARIO

1. La justicia de transición ha sido objeto de gran atención en sociedades en conflicto y posconflicto. El *concepto* se ocupa de la justicia en sociedades en transición, sea luego del conflicto o durante un conflicto en curso; supone una serie de medidas que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial. Su éxito depende del grado en que contribuya a la verdadera reconciliación y a la consolidación de la democracia y del sistema judicial interno (punto 1). La experiencia muestra que la lucha por la *justicia* a menudo confluye con los esfuerzos, en su mayor parte oficiales, por la *paz*. En efecto, la justicia de transición busca asegurar al mismo tiempo justicia y paz, pero abstenerse de una persecución penal y/o del castigo es a veces necesario para facilitar una transición pacífica (punto 3), y el dictado de una *amnistía* es la técnica más importante de exención de una persecución penal (punto 5). En todo caso, si la ausencia de una persecución penal contribuye a la *reconciliación,* ello depende del contenido de este concepto y de las circunstancias de cada caso (punto 4).

2. Para desarrollar el marco legal de la justicia de transición y, en última instancia, establecer *lineamientos* más o menos precisos para las negociaciones de paz en

---

[1] Estudio preparado para la Conferencia Internacional *Building a Future on Peace and Justice*, Núremberg, 25-27 de junio de 2007. Agradezco a mis asistentes Ignaz Stegmiller y Ousman Njikam, así como a mi asistente alumna Katrin Isabel Müller, por la ayuda en la preparación de este estudio. También agradezco a Miguel Lamadrid por la ayuda en la investigación de la jurisprudencia de la CIDH, a la Sra. Lydia Preis por la actualización del estudio y a Ezequiel Malarino por la traducción del inglés. Versión actualizada del texto *El marco jurídico de la justicia transicional*, Bogotá: Temis, 2008. Agradezco al Sr. Rodrigo González-Fuente Rubilar por su colaboración en la actualización del texto.

el marco de la transición, necesarios para "judicializar" las políticas de la justicia de transición (punto 6), es preciso primero determinar los contenidos del *elemento justicia* en la justicia de transición. *Justicia* en este sentido ha de ser entendido de manera amplia, yendo más allá de la mera justicia penal e incluyendo ciertos elementos clave tales como responsabilidad, equidad (*fairness*) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y el castigo de infracciones (punto 2).

3. El *fundamento jurídico* del elemento o interés justicia tiene como punto de partida el *deber de perseguir* crímenes internacionales nucleares tal como son definidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto de la CPI (punto 8). Aunque este deber conduciría casi lógicamente a la prohibición de amnistías o de otras medidas de exención respecto a esos crímenes (punto 9), el concepto amplio de justicia aplicable en la justicia de transición exige una aproximación más sofisticada. Por un lado, el interés justicia ha de ser complementado con los derechos de las víctimas de los crímenes internacionales nucleares (puntos 10-11); estos derechos van mucho más allá de la persecución penal e incluyen, además del derecho a la justicia, los derechos a la verdad y reparación en sentido amplio (punto 11). Por otro lado, otra consecuencia del concepto amplio de justicia es que deben ser desarrolladas y aplicadas *alternativas a la persecución penal* (puntos 12 ss.), en particular comisiones de la verdad (*efectivas*) (puntos 13 ss.). Sin embargo, las medidas alternativas, en general, solo pueden complementar y no sustituir a la justicia penal (punto 10). Para eso, deben ofrecer una vía alternativa seria para afrontar el pasado y, como tal, deben tomar en consideración efectivamente el interés de las víctimas (punto 12). En última instancia, la admisibilidad de limitaciones al interés de justicia depende del resultado de un complejo proceso de *ponderación de los intereses en conflicto* que es llevado a cabo a través de un *test* de proporcionalidad de tres niveles (puntos 19 ss.). Este *test* conduce, en su tercera fase de la *proporcionalidad stricto sensu*, a algunas importantes limitaciones (*ratione materiae* y *personae*) y exigencias (especialmente, alguna forma de responsabilidad) que deben ser tenidas en cuenta para evaluar la admisibilidad de las medidas de exención (punto 21). De ello se sigue un *enfoque bifurcado* en cuanto a la admisibilidad de *amnistías* (puntos 23 ss.): Por un lado, las amnistías absolutas (*blanket amnesties*) son generalmente inadmisibles (enfoque estricto), dado que su objetivo primario es sepultar por completo crímenes pasados a través de prohibir toda investigación (puntos 24 ss.); por el otro, las amnistías condicionales ("responsables") son, en principio, admisibles (enfoque flexible), dado que —a diferencia de las amnistías generales— no eximen automáticamente de castigo a los autores, sino que condicionan la

exención a la ejecución de ciertos actos o concesiones por el beneficiario; por ejemplo, a la promesa incondicional de deponer las armas, la satisfacción de legítimas exigencias de las víctimas, en particular, una completa revelación de los hechos, el reconocimiento de responsabilidad y el arrepentimiento (puntos 30 ss.).

4. Con la CPI se ha creado un *mecanismo permanente de atribución de responsabilidad* (punto 34). Ella es parte del proyecto de justicia de transición en cuanto puede interferir en procesos de transición y así entrar en conflicto con las partes en disputa. La situación de Uganda, donde la CPI ha emitido órdenes de detención contra líderes del ERS, es un vivo ejemplo de tal posible conflicto. Sin embargo, no debe pasarse por alto que la estrategia del fiscal de perseguir únicamente a los mayores responsables y los crímenes más graves (punto 36) limita considerablemente el rol "intervencionista" o de "monitoreo" de la CPI y deja la mayor parte de los procesos a los *sistemas judiciales nacionales,* que por ello tienen aún un importante papel que desempeñar en el juzgamiento de los autores y/o de los crímenes menos importantes (punto 34). En todo caso, en cuanto a los casos más importantes surge la cuestión de si —y, si así fuera, en qué medida— tratativas de paz nacionales, incluidas amnistías u otras exenciones de responsabilidad, pueden impedir que la CPI ejerza su jurisdicción. Aunque esta cuestión no fue explícitamente tratada en el Estatuto de la CPI, este es un *instrumento flexible* que permite al fiscal y a la Corte tomar en consideración situaciones de transición (punto 35). Esto se sigue de la amplia discreción del fiscal durante la investigación preliminar (punto 35), de la autonomía judicial de la CPI (puntos 34, 36) y en particular de tres disposiciones del Estatuto de la CPI, a saber: el artículo 17 sobre la complementariedad, el artículo 16 sobre la intervención del Consejo de Seguridad y el artículo 53 (1) (c) y (2) (c) sobre el interés de justicia.

5. El *artículo 17* trata de establecer un adecuado equilibrio entre el ejercicio soberano de los Estados de la jurisdicción (penal) y el interés de la comunidad internacional en prevenir la impunidad de los crímenes internacionales nucleares otorgando prioridad a los Estados partes si estos están dispuestos y tienen la capacidad para investigar y enjuiciar tales crímenes (punto 37). El análisis detallado de la disposición (puntos 37 ss.) muestra que una medida de exención nacional como tal (especialmente una amnistía) no hace inadmisible un caso; más bien, la admisibilidad depende del *contenido específico* y las *condiciones* de la medida (punto 44). Si se aplica esta conclusión a ciertos escenarios (puntos 44 ss.) se sigue que, en cuanto a exenciones plenas, solo una *amnistía condicional con una CVR* puede hacer el caso inadmisible si una CVR efectiva concede

la amnistía sobre una base individual bajo ciertas condiciones estrictas (punto 46); otras exenciones plenas (autoamnistías absolutas, amnistías condicionales *sin* una CVR) no pasarán el test de complementariedad (puntos 45, 47). En caso de *exenciones parciales* —por ejemplo, una atenuación considerable del castigo a cambio de desmovilización y cooperación plena— la admisibilidad en el sentido del artículo 17 depende de la medida en que el respectivo proceso satisfaga el interés de justicia —por ejemplo, empleando mecanismos alternativos de justicia, en particular una CVR efectiva y/o sanciones no punitivas— (punto 48). En caso de *exenciones ex post*, la admisibilidad depende exclusivamente del criterio de la "genuina"[N del T] disposición a llevar adelante el proceso en el sentido del artículo 17 (1) (a), (b) y/o (2) (punto 49). El *artículo 16* da al Consejo de Seguridad la facultad de suspender el procedimiento, pero no altera la competencia de la CPI para revisar indirectamente la decisión del Consejo (punto 50). La *cláusula del interés de justicia* del artículo 53 (puntos 51 ss.) otorga al fiscal un instrumento adicional para ejercer su discreción que va más allá del más bien "técnico" artículo 17 (punto 51). Sin embargo, esta discreción no convierte la cláusula en un mero instrumento político que autorice a prescindir de los criterios jurídicos por ella previstos (gravedad del crimen, interés de la víctima, edad o enfermedad del presunto autor y rol del autor en el presunto crimen); antes bien, el fiscal debe tomar una decisión jurídicamente fundada en cada caso particular (punto 52).

Introducción

1. En los últimos años el tema de la *justicia de transición* ha recibido una creciente atención en las sociedades en conflicto y posconflicto.[2] La justicia de transición, tal como es entendida en este estudio, "comprende el entero ámbito de los procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para afrontar un legado de abusos a gran escala del pasado, para asegurar responsabilidad, rendir justicia y lograr reconciliación".[3] Aunque un cambio de régimen no es para nada un fenómeno nuevo, el concepto de justicia de transición es reciente e innovador en cuanto reconoce

[N del T] Véase la nota del traductor posterior a la nota 390.

[2] Véase el estudio en tres volúmenes del Instituto de la Paz (Neil J. Kritz (ed.), *Transitional justice*, US Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995) que es sin embargo esencialmente una reimpresión de artículos y materiales ya publicados.

[3] Report Secretary General transitional justice, par. 8; para una definición amplia similar Louis Bickford, "Transitional Justice", en *The Encyclopaedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, vol. 3 (Nueva York: Macmillan Reference, 2004), p. 1045.

la importancia de la "justicia" en los procesos de transición; brevemente, justicia de transición trata de la justicia en la transición.[4] Sin embargo, la justicia de transición no se limita a situaciones posconflictuales y/o de cambio de régimen, en particular a la transición de la dictadura a la democracia, sino que también abarca situaciones de procesos de paz dentro de un conflicto en curso y/o de una democracia formal.[5] Las medidas aplicadas en tales situaciones pueden ser de naturaleza judicial y/o no judicial "con distintos niveles de participación internacional (o sin ella)" y pueden consistir en "persecuciones individuales, reparaciones, búsqueda de la verdad, reforma institucional, descalificación y destituciones, o una combinación de ellas".[6] La clase de transición y el rol de la (antigua) elite en el proceso afectan la clase de justicia de transición y su éxito, dado que las posibilidades de la justicia de transición aumentan a medida que disminuye la influencia de la (antigua) elite.[7] El éxito de la justicia de transición puede ser medido por la calidad de las reformas políticas logradas;[8] en particular, si y en qué medida la justicia de transición contribuye a la reconstrucción y consolidación de la democracia[9] y del sistema judicial doméstico.[10] El período de tiempo en el cual tiene lugar la transición varía de acuerdo con las circunstancias de cada caso y puede atravesar diferentes fases.[11] Aunque la justicia de transición estructuralmente enfrenta problemas similares a los de

---

4 Véase también Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades", en A. Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005), 211, p. 214 ss., con una buena definición: "forma específica de justicia, caracterizada por aparecer en contextos excepcionales de transición […]" (p. 217).

5 Colombia es quizás el caso más importante en la actualidad;. véase para la "Ley de Justicia y Paz" (n.º 975) la nota 204 y el texto correspondiente. Aunque Angelika Rettberg, "Reflexiones sobre la relación entre construcción de paz y justicia transicional", en Rettberg (ed.) (nota 4) 1, p. 2 considera que Colombia no es "propiamente un caso de transición", ella reconoce que "las preguntas y los debates en torno a la justicia transicional son de gran relevancia para este país"; en todo caso, las posturas de las víctimas difieren entre cuando están en el conflicto y cuando están viviendo en un escenario de posconflicto. Véase Ernesto Kiza, Corene Rathgeber y Holger Rohne, *Victims of war. An empirical study on war-victimization and victims' attitudes towards adressing atrocities* (Hamburgo: Hamburger edition online, 2006) ‹www.Hamburger-Edition.de› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007), p. 148 ss., 161.

6 Report Secretary General transitional justice, par. 8.

7 Cf. Eric Posner y Adrian Vermeule, "Transitional justice as ordinary justice" (2004), p. 117 *Harv.L.Rev.* 761, pp. 769-770; véase también Yasmin Sooka, "Dealing with the past and transitional justice: building peace through accountability" (2006) 88 *ICRC Int. Rev.* 311, pp. 316-317.

8 Cf. Posner y Vermeule (nota 7), p. 768; véase también Leonardo Filippini y Lisa Magarrell, "Instituciones de la justicia en transición y contexto político", en Rettberg (nota 4), p. 149.

9 Cf. Filippini y Magarrell (nota 8), pp. 158 ss.; a favor de un "cambio hacia la democracia" Sooka (nota 7), p. 315.

10 Sobre la conveniencia de este efecto véase Neil J. Kritz, "Progress and Humility: The Ongoing Search for Post-Conflict Justice", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Nueva York: Transnational Publishers, Ardsley, 2002), 55, p. 84.

11 Véase Pierre Hazan, "Measuring the impact of punishment and forgiveness: a framework for evaluating Transitional Justice" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.*, 11, p. 28, quien distingue cuatro fases: conflicto armado, fase de represión, fase del inmediato posconflicto (primeros cinco años), mediano plazo (cinco a veinte años), largo plazo.

la justicia ordinaria —por ejemplo, la cuestión de la selectividad de la persecución, de la congestión de los tribunales y de los cambios en la administración pública—,[12] ella se distingue de esta última en cuanto se ocupa de abusos a gran escala y especialmente graves cometidos o tolerados por un régimen pasado, normalmente autoritario, en el marco de un conflicto militar o, al menos, sociopolíticamente violento.

2. El elemento *justicia* en la justicia de transición debe ser comprendido ampliamente. En consecuencia, justicia es "una idea de responsabilidad y equidad (*fairness*) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y castigo de infracciones. Justicia implica consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo. Es un concepto arraigado en todas las culturas y tradiciones nacionales y, aunque su administración implica usualmente mecanismos judiciales formales, son igualmente relevantes mecanismos tradicionales de resolución de conflictos".[13] De este modo, justicia en la justicia de transición supone mucho más que justicia penal retributiva —se asume, de hecho, que la justicia penal no puede ser completamente administrada—[14] y abarca a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso reconstruir la comunidad (en el sentido de justicia "creativa").[15] En última instancia, la justicia de transición es una justicia de excepción que aspira a cambiar la situación de conflicto o posconflicto "de un peor a un mejor estado".[16]

3. La experiencia reciente muestra que las exigencias de las víctimas de responsabilidad y justicia con frecuencia, si no siempre, entran en conflicto con los esfuerzos,

---

[12] Véase Posner y Vermeule (nota 7), p. 761 que sostienen que la justicia de transición es "continua con la justicia ordinaria" (p. 764) y que los problemas respectivos son "a lo más, versiones exageradas de problemas jurídicos ordinarios" (p. 765) Sin embargo, más allá de la diferencia que veo entre justicia ordinaria y de transición (véase el texto), me es difícil compartir el presupuesto de Posner y Vermeule de que "el punto de vista dominante en la literatura académica es que la justicia de transición es contraproducente […]". La literatura que conozco no sostiene este punto de vista, sino que más bien considera a la justicia de transición como una forma necesaria de justicia excepcional para situaciones de transición. Del mismo modo, mi lectura de esta literatura no conduce a la conclusión de que los "autores entienden generalmente a la justicia de transición como retrograda" (ibídem, p. 766).

[13] Report Secretary General transitional justice, par. 7.

[14] Ruti G. Teitel, *Transitional Justice* (Oxford: OUP, 2000) 55; para el caso de la Argentina posdictatorial véase Jaime Malamud-Goti, "Transitional government in the breach: Why punish state criminals?", en: Kritz (n 2), 189, p. 190.

[15] Barbara Cassin, "Removing the perpetuity of hatred: on South Africa as a model example" (2006) 88 *ICRC Int. Rev.*, p. 238; Desmond Tutu, "Reflections on Moral Accountability" (2007) 1 *IJTJ* 7: "reconstrucción de nuestro país", "justicia clemente", "justicia moral". Para las diferentes formas de justicia, véase también Susan Opotow, "Psychology of Impunity and Injustice: Implications for Social Reconstruction", en Bassiouni (nota 10), pp. 207 ss., en particular focalizándose en la reconstrucción social a largo plazo (pp. 212 ss.). Véase también Garth Meintjes, "Post-conflict justice issues: Restoring order and justice. Report of the Rapporteur", en Joyner (ed.), *Reigning in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), p. 463 "reforma del sistema judicial y de aplicación del derecho"

[16] Cf. Cassin (nota 15), p. 238 refiriéndose a Protágoras como citado en Platón, *Theaetetus*, 167 a.

en su mayor parte oficiales, por la paz y la reconciliación. En efecto, el abstenerse de una persecución penal y/o del castigo es a veces una condición necesaria para facilitar la paz y la reconciliación.[17] Para decirlo sin rodeos, el precio de la paz es a menudo la justicia[18] o un "compromiso [*trade off*] entre paz y justicia".[19] Una definición de justicia de transición centrada en la víctima no toma suficientemente en consideración esta tensión.[20] Es un argumento común que una política de persecución penal consecuente podría desencadenar más y peores abusos y hacer peligrar una pacífica transición de un gobierno dictatorial hacia uno democrático o, en última instancia, hasta destruir una incipiente y aún frágil democracia. Se dice que el dilema de las negociaciones de paz es que no se puede excluir a los mayores responsables por los crímenes internacionales sin poner en peligro la paz misma; sin embargo, si se los incluye puede dárseles una legitimación inmerecida.[21] El argumento subyacente puede ser llamado *argumento de los peores abusos* o *del riesgo de la transición.* Los académicos de América Latina basados en sus experiencias, en sus propias y dolorosas transiciones, probablemente lo han articulado con mayor contundencia.[22] Además, la Corte Constitucional sudafricana, en su histórica decisión

---

[17] Véase Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law* (La Haya: TMC Asser Press, 2005), p. 66 (nm 190): "En realidad, el abstenerse de castigar crímenes de derecho internacional puede ser necesario en casos concretos para restaurar la paz doméstica y hacer posible la reconciliación nacional". Para una buena discusión de los argumentos en contra de la persecución penal, véase Mark J. Osiel, "Why prosecute? Critics of punishment for mass atrocity" (2000) 22 *HRQ* 118, pp. 119 ss., 128 ss., 147.

[18] Véase, por ejemplo, Opotow (nota 15), p. 210; Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2.ª ed. 2007), nm 204.

[19] *BBC World News*, 27.2.2007, 9 p.m.

[20] Para tal definición véase por ejemplo Julián Andrés Durán Puentes, "La importancia de una ley de lustración para el proceso de justicia transicional", 54 *Facetas Penales* (Leyer, Colombia) 33.

[21] Cf. Paul Williams, "The Role of Justice in Peace Negotiations", en Bassiouni (nota 10), p. 117.

[22] Véase Carlos S. Nino, "The duty to punish past human rights abuses put into context: The case of Argentina" (1999), 100 *YLJ* 2619, p. 2620; José Zalaquett, "Balancing ethical imperatives and political constraints: The dilemma of new democracies confronting past human rights violations" (1992) 43 *Hastings Law Journal* 1425, p. 1425, 1432; Malamud-Goti (nota 14), p. 191; Charles Villa-Vicencio, "Why Perpetrators Should Not Always Be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commissions Meet" (2000), 49 *Emory Law Journal* 205, p. 212; Ruth Fuchs, "'A grandes odios, grandes perdones': Vergangenheitspolitik in Uruguay 1985-1986" (2007), 16 *Lateinamerika Analysen* 35, p. 54 (sobre la discusión en Uruguay); García Ramírez, voto separado en el caso *Barrios Altos vs. Perú* (nota 96), par. 11 (refiriéndose a su voto separado en el caso Castillo Páez) en donde reconoce, en principio, "la alta conveniencia de alentar la concordia civil a través de normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz y a la apertura de nuevas etapas constructivas en la vida de una nación". Véase también Mahnoush H. Arsanjani, "The International Criminal Court and national amnesty laws" (1999), *Proceedings of the Ninety-Third Annual Meeting of the American Society of International Law,* 65, p. 66: "a veces […] la única opción viable para frenar el derramamiento de sangre". En la misma dirección Christopher C. Joyner, "Policy considerations on accountability, peace and justice. Report of the Rapporteur", en Joyner (ed.), *Reigning in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998) 37, p. 38; Michael Scharf y Nigel Rodley, "International Law Principles on Accountability", en Bassiouni (nota 10), pp. 89-90; Madeline Morris, "Lacking a Leviathan: The Quandaries of Peace and Accountability", ibídem, p. 135; Richard Goldstone y Nicole Fritz, "In the interests of justice and independent referral: The ICC Prosecutor's unprecedented powers" (2000), 13 *LJIL* 655, pp. 659-660; Anja Seibert-Fohr, "The relevance of

sobre la disposición de amnistía contenida en el epílogo a la Constitución interina de 1994,[23] recuerda que una transición exitosa no requiere solamente "el acuerdo de aquellos victimizados por abusos, sino también el de aquellos amenazados por la transición a una sociedad democrática […]".[24] La CVR de Sierra Leona reconoció la credibilidad de la posición del gobierno en cuanto a que sin una oferta de amnistía e indulto el Acuerdo de Paz de Lomé[25] no habría existido.[26]

4. Sin embargo, aunque todos estos argumentos puedan ser correctos en las situaciones a las cuales se refieren, no necesariamente son aplicables a otras situaciones; con frecuencia, a estos argumentos les falta respaldo empírico,[27] pueden ser exagerados[28] y raramente están acompañados por una precisa definición de los conceptos decisivos empleados —paz, reconciliación y justicia—. En particular, que la renuncia a la persecución penal realmente contribuya a la *reconciliación* obviamente depende del contenido del concepto. Aunque un concepto minimalista de reconciliación en el sentido de "coexistencia no letal" es menos exigente que una comprensión más sustantiva en el sentido de "reciprocidad

---

the Rome Statute of the ICC for amnesties and truth commissions" (2003), 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 553, p. 571; Susan Kemp, "The Inter-relationship between the Guatemalan Commission for Historical Clarification and the Search for Justice in National Courts" (2004), 15 *CLF* 67, pp. 69-70; Matthew Brubacher, "Prosecutorial discretion within the International Criminal Court" (2004), 2 *JICJ* 71, p. 82; Paul Seils y Marieka Wierda, "The International Criminal Court and conflict mediation" (Nueva York: International Center for Transitional Justice, 2005) ‹www.ictj.org/images/content/1/1/119.pdf› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007), pp. 12-13; Helmut Kreicker, "Völkerstrafrecht im Ländervergleich", en Eser, Sieber y Kreicker (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes*, vol. VII (Berlín y Friburgo: Duncker & Humblot, 2006), p. 306. William A. Schabas: "Complementarity in practice: some uncomplementary thoughts" (2008), 19 *Criminal Law Forum (CLF)* 5, p. 22.
Para los antecedentes de la discusión en los años ochenta, Diane Orentlicher, "'Settling accounts' revisited: Reconciling global norms with local agency" (2007), 1 *IJTJ* 12-3.

[23] El título del epílogo es "Unidad nacional y reconciliación". La Constitución se propone tender "un puente histórico entre el pasado de una sociedad profundamente dividila, caracterizada por luchas, conflicto, sufrimiento e injustica incalculables, y una futura, fundada en el reconocimiento de los derechos humanos, la democracia, la coexistencia pacífica y el desarrollo de oportunidades para todos los sudafricanos, independientemente del color, raza, clase, creencia o sexo" (epílogo, párrafo 1). Para este propósito establece el párrafo. 5, cláusula 1 del epílogo: "Para avanzar hacia tal reconciliación y reconstrucción, la amnistía será concedida respecto a hechos, omisiones y delitos asociados con objetivos políticos y cometidos en el curso de los conflictos del pasado". La Constitución del 18 de diciembre de 1996 no contiene más este epílogo.

[24] *AZAPO et al. vs. The President et al.* [25 de julio de 1996] Caso CCT 17/96 (Corte Constitucional de Sudáfrica), par. 19. Véase también Alex Boraine, *A Country Unmasked, Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission* (Oxford: OUP, 2001), p. 285, recordando la amenaza de las fuerzas de seguridad.

[25] Véase la nota 225.

[26] *3B Witness to Truth: Report of the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission* (Ghana: GPL Press, 2004), capítulo. 6, p. 365, par. 10 (en adelante: "Sierra Leone *TRC Report*").

[27] Hazan (nota 11), p. 22, critica con razón la falta de análisis empírico de los efectos de la justicia de transición y pretende llenar este vacío (pp. 19, 27 ss.); sin embargo, él solo ofrece algunas hipótesis basadas en informaciones periodísticas, admitiendo que sería necesaria una investigación más profunda (por ejemplo, en la p. 35).

[28] Véase, por ejemplo, en cuanto al argumento aparentemente exagerado de una crisis institucional en el Uruguay posdictatorial Fuchs (nota 22), p. 63.

democrática" o incluso de armonía social,[29] tal como expresa el concepto africano de *Ubuntu*,[30] solo el último justificaría medidas de clemencia. Por consiguiente, si se adopta tal concepto —más significativo— de reconciliación, no es para nada seguro que el apaciguamiento de los mayores criminales por medio de impunidad conduzca a la reconciliación o incluso a una paz sostenible;[31] por el contrario, en muchos casos la persecución penal puede prometer más para facilitar la reconciliación y la construcción nacional[32] y hasta puede ser un requisito para la verdadera reconciliación.[33] En todo caso, los datos empíricos muestran que la abrumadora mayoría de las víctimas exigen responsabilidad en la forma de persecuciones penales, juicios y castigo[34] y rechazan la amnistía;[35] cuanto más alto es el grado de victimización, tanto más se exige persecución penal y castigo.[36] Además, la justicia, tal como es entendida por la teoría de la justicia de transición, no es necesariamente

[29] Sobre estas formas de reconciliación véase David Crocker, "Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation" (2002), 5 *Buff.Crim.L.Rev.* 509, pp. 525 ss.; siguiendo a Louise Mallinder, "Exploring the practice of states in introducing amnesties" (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.asp), puntos 56 ss. Véase también Juan E. Méndez, "National reconciliation, transnational justice and the International Criminal Court" (2001), 15 *Ethics and International Affairs* 25, 28, dando al término *reconciliación* un significado más sustancial ("a largo plazo dejando a un lado disputas […] que han dividido una sociedad"); sobre los diferentes significados también Sooka (nota 7), pp. 320 ss. (exigiéndose un "conjunto de objetivos holísticos"), p. 320; Toni Pfanner, "Cooperation between truth commissions and the International Committee of the Red Cross" (2006) 88 *ICRC Int. Rev.* 363, p. 373; Karen Brouneus, "Reconciliation and Development" (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.asp), p. 5.

[30] Sobre el concepto de *Ubuntu* véase Boraine (nota 24), p. 362.

[31] Cf. Angelika Schlunck, Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts (Berlín: Berlin Verlag Spitz, 2000), pp. 129, 130-131, 262 refiriéndose especialmente al proceso de paz salvadoreño; Joyner (nota 22), p. 40 ("Paz sin justicia no es durable"), Ivan Šimonović, "Dealing with the legacy of past war crimes and human rights abuses" (2004), 2 *JICJ* 701, p. 702; Laura M. Olson, "Provoking the dragon on the patio. Matters of transitional justice: penal repression vs. Amnesties" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.* 275, p. 284.

[32] Darryl Robinson, "Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court" (2003), 14 *EJIL* 481, p. 489; Héctor Olásolo, "The prosecutor of the ICC before the initiation of investigations: A quasi-judicial or a political body?" (2003), 3 *ICLR* 87, p. 139.

[33] Uprimny y Saffon (nota 4), pp. 211, 224, 229 (con especial referencia a Colombia en las pp. 227 ss.).

[34] De acuerdo con Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 97, cuadro 18, el 79% de las víctimas entrevistadas en Afganistán, Bosnia y Herzegovina, Camboya, Croacia, República Democrática del Congo, Israel, Kosovo, la antigua República Yugoslava de Macedonia, los territorios palestinos, Filipinas y Sudán deseaban la persecución de los autores. El 68% de los entrevistados querían que los autores fueran juzgados y sentenciados a la pena de muerte (el 4%), a la prisión (el 36%) o a una sanción monetaria (el 45%) (pp. 111 ss., cuadro 28); para un resumen véase ibídem, pp. 121, 156, 158. Estas conclusiones se corresponden con aquellas concernientes a la actitud de los Acholi en el norte de Uganda (*ICTJ*/Human Rights Center, 2005, 28 ss.). Sobre este y otros estudios Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), pp. 50 ss. Concordantemente también Orentlicher (nota 22), p. 22. De acuerdo con la OACDH, sin embargo, especialmente la gente del país de los Acholi (*Acholiland*) no está a favor de los procesos, no por razones de principio, sino por razones muy específicas (OHCHR, "Making peace our own-Victims Perception of Accountability, Reconciliation and Transitional Justice en Northern Uganda", pp. 49 ss. ‹http://www.ohchr.org/english/docs/northern_Uganda_august2007.pdf›, visitada por última vez el 3 de octubre de 2007).

[35] Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), pp. 112, 114, 121 y el cuadro 28; OHCHR (nota 34), pp. 48 ss. para una visión "más variada y complicada que la usualmente descripta" de la posición de las víctimas en el norte de Uganda. Para ellas, la amnistía no es una respuesta automática a los crímenes, sino más bien ella está motivada por diversas consideraciones pragmáticas en cuanto a la rápida reintegración de los rebeldes en la sociedad.

[36] Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 140 (cuadro 39), p. 141 (cuadro 40).

aquella experimentada por quienes están en el terreno de conflicto.[37] A la luz de estas conclusiones no sorprende que en Sudáfrica se reconociera que una "amnistía per se no puede […] tener un efecto reconciliador y podría de hecho conducir a la perpetuación de las divisiones existentes, a menos que sea concedida con la debida consideración de ciertos requisitos y principios".[38] Tampoco sorprende lo que fue constatado para Uganda en cuanto a que, aunque la amnistía del año 2000 fue considerada "una herramienta vital" para la reconciliación, al mismo tiempo la falta de mecanismos paralelos para contar la verdad (*truth-telling*) y admitir la culpabilidad obstaculizó el proceso de reconciliación.[39] Por lo tanto, es claro que una amnistía sola no satisface las demandas de una verdadera reconciliación; ella debe ser acompañada de mecanismos alternativos que permitan el completo y público establecimiento de la verdad y el reconocimiento por los responsables de sus conductas criminales.[40] Esto es nuevamente confirmado por un estudio sobre víctimas según el cual el propósito predominante de emprender acciones contra los autores es revelar la verdad acerca del pasado.[41] El argumento del riesgo de la transición en definitiva chantajea a un "nuevo" Estado y a su judicatura,[42] y ello puede ser un mal comienzo para el establecimiento de una verdadera democracia y un Estado de derecho.[43] Incluso el argumento de

---

[37] Véase la utilísima investigación de Kimberly Theidon, "Transitional Subjects: The Disarmament, Demobilization and Reintegration of Former Combatants in Colombia" (2007), 1 *ICTJ* 78-9 que concluye que justicia para los combatientes desmovilizados en Colombia significa esencialmente venganza. Véanse también las citas selectivas en la nota editorial, 1 *IJTJ* 1 (2007), que indican que el interés de las víctimas va desde juicios públicos a empleos y educación.

[38] Memorándum de la *Promotion of National Unity and Reconciliation Bill* ("Carta para la Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación") de 1995, ‹www.doj.gov.za/trc/legal/b30_95.htm› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007), también citado en Schlunck (nota 31), p. 230.

[39] Cf. Refugee Law Working Paper 2005: "Las investigaciones sugieren que, a pesar de varios desafíos en su implementación, la ley de amnistía es percibida como una herramienta vital para la resolución del conflicto y para la paz y la reconciliación a largo plazo dentro del contexto específico en el cual está operando. Además, varios encuestados hacen hincapié en el hecho de que ella se corresponde con la específica comprensión cultural de justicia: la amnistía está teniendo lugar en sociedades en las cuales la posibilidad de perdón legal y social es vista como un mecanismo que mejor atiende las exigencias de reconciliación a largo plazo que las formas de castigo más tangibles adjudicadas en el marco del sistema jurídico. Sin embargo, las investigaciones también indican que la falta de mecanismos formales para el proceso de contar la verdad o de admisión de la culpabilidad de parte de los antiguos combatientes está dificultando actualmente el proceso de reconciliación". De acuerdo con Erin Baines, "The Haunting of Alice: Local Approaches to Justice and Reconciliation in Northern Uganda" (2007), 1 *IJTJ* 101 los "Acholi son una de las primeras poblaciones víctimas en el mundo a ejercer presión sobre su gobierno para la sanción de una amnistía absoluta".

[40] Memorándum (nota 38); sobre la necesidad de reconocimiento de los hechos también Sooka (nota 7), p. 318.

[41] Véase Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), pp. 123 (cuadro 34), 126: El 66% de las víctimas considera el "contar la verdad" (*truth-telling*) como el propósito más importante de emprender acciones contra los responsables, el 27% permitir a la gente vivir conjuntamente, el 20% venganza; en el mismo sentido, OHCHR (nota 34), p. 47: "La verdad acerca de las atrocidades del pasado es el resultado más esperado que los mecanismos de justicia transicional pueden proporcionar".

[42] Véase también Méndez (nota 29), p. 31; Robinson (nota 32), p. 497.

[43] Véase también Méndez (nota 29), p. 33.

la necesidad de una amnistía para poner fin a las hostilidades es controvertido.[44] De todo esto se sigue que no debería sobreestimarse el efecto restaurativo de la amnistía y el olvido, ni subestimarse el poder reconciliador de la justicia (penal).[45] La cuestión de cómo hacer frente a los crímenes y autores de un antiguo régimen es demasiado difícil y compleja como para darle soluciones fáciles y rápidas.[46] Toda transición es diferente y requiere tomar en consideración las circunstancias concretas de la situación concreta;[47] un análisis puramente jurídico pierde de vista estas circunstancias en su mayor parte sociopolíticas[48] y la dimensión moral de la justicia de transición.[49] Es crucial encontrar el justo equilibrio entre los valores contrapuestos de paz y justicia tomando en consideración todos los intereses en juego[50] (sobre este ejercicio de ponderación véanse con mayor detalle los puntos 19 ss.).

5. La técnica más importante para eximir de persecución penal a los autores es la concesión de una *amnistía* en la forma de una amnistía política o posconflictual; otros tipos de amnistías, quizás menos polémicos, tales como las amnistías a favor de

---

44 Véase Méndez (nota 29), p. 35 "no es para nada seguro […]".

45 Cf. Crocker (nota 29), pp. 511, 544, quien discute críticamente los argumentos a favor de la reconciliación adelantados por Desmond Tutu. Véase también Shane Darcy, "Imputed Criminal Liability and the Goals of International Justice" (2007), 20 *LJIL* p. 402 que señala que los tribunales o cortes internacionales no son una "panacea" para los complejos problemas de un proceso de transición.

46 Cf. Marvin Frankel, *Out of the Shadows of the Night: The Struggle for International Human Rights* (Nueva York: Delacorte Press, 1989), pp. 103-104: "Una nación dividida durante un régimen represivo no emerge de repente unida cuando ha pasado el tiempo de la represión".

47 Cf. Méndez (nota 29), pp. 29, 33; Posner y Vermeule (nota 7); véase también Claudia Cárdenas, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof* (Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005), pp. 166, 167; Carsten Stahn, "The geometry of transitional justice: choices of institutional design" (2005), 18 *LJIL* 425, pp. 428; Seils y Wierda (nota 22), pp. 13-14; Catalina Botero M. y Esteban Restrepo S., "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en Rettberg (ed.) (nota 4), p. 20; Durán (nota 20), p. 34; Olson (nota 31), p. 294; Orentlicher (nota 22), p. 18.

48 Véase también Kemp (nota 22), p. 69: "análisis puramente jurídico […] no realista"; igualmente en cuanto a la lucha contra la impunidad Meintjes (nota 15), p. 459; sobre la importancia del contexto político también Filippini y Magarrell (nota 8), pp. 149 ss.; Chandra Lekha Sriram y Amy Ross, "Geographies of Crime and Justice: Contemporary Transitional Justice and the Creation of Zones of Impunity" (2007), 1 *IJTJ* pp. 45-65 identificando "zonas de impunidad" especialmente en países africanos.

49 Desde una perspectiva moral o ética es posible disociar lo moral de lo jurídico, esto es, la renuncia a una persecución penal del perdón moral: "Es por esta razón que el perdón y la amnistía no van necesariamente de la mano. Un crimen puede ser amnistiado por ley sin ser moralmente perdonado. En el excelente film de André Van In The Truth Commission. la viuda de Bheki testifica […] lo que ella vio (partes del cuerpo de Bheki esparcidos por todo el garage). "¿Cómo podría alguna vez perdonar a aquel cruel asesino?", ella pregunta (palabras más, palabras menos). Y Yasmin Sooka, quien conducía el procedimiento, responde con mucha delicadeza con algo como esto: "Es verdad que esta gente está pidiendo amnistía, pero usted no está obligada a perdonarlos". Usted no está obligada a perdonarlos, pero nosotros vamos a conceder la amnistía. La disociación de lo ético de lo jurídico-político era esencial al mecanismo" (citado según Cassin (nota 15), p. 239; véase también Osiel (nota 17) refiriéndose a Jaspers).

50 Cf. Crocker (nota 29), pp. 546, 549; Méndez (nota 29), p. 28 rechazando los "extremos de ambas posturas"; Colleen Duggan, "Prólogo", en Rettberg (ed.) (nota 4), p. viii, que sostiene que hoy "la decisión es entre cuánta justicia y cuánta paz"; Uprimny y Saffon (nota 4), p. 216 ("resolver la tensión entre los imperativos jurídicos internacionales de castigo […] y las exigencias prácticas de amnistía […]"), p. 217 ("encontrar un punto medio entre […] justicia retributiva plena […] y de impunidad absoluta […]") y 229.

criminales comunes, las amnistías en ocasión de determinadas festividades[51] o las llamadas amnistías correctivas usadas para revertir una injusticia[52] no son relevantes en nuestro contexto.[53] Curiosamente, Immanuel Kant, el gran defensor de la retribución, escribió en su *Metafísica de las costumbres* que "el verdadero concepto de paz supone la idea de la amnistía".[54] Así, no sorprende que en los modernos procesos de paz abunden ejemplos de propuestas de amnistía, las cuales entran en conflicto con las exigencias de justicia. Tómese por ejemplo el caso de El Salvador, donde el tratado de paz del 16 de enero de 1992 expresó el compromiso de las partes de poner fin a la impunidad, afirmando explícitamente que los crímenes graves "deben ser objeto de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia";[55] sin embargo, pocos días después la Asamblea Legislativa aprobó una Ley de Reconciliación Nacional que preveía una amnistía retrasada y en marzo de 1993 —después de la publicación del informe de la CVR— fue promulgada una amnistía general para quienes hubieran participado en la comisión de "delitos políticos, comunes conexos con estos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte antes del primero de enero de mil novecientos noventa y dos".[56]

6. A pesar de la enorme importancia práctica de las exenciones de persecución penal dentro del marco de la justicia de transición, la práctica y el debate corrientes padecen de la *falta de reglas y criterios claros* que ayuden a reconciliar la paz y la justicia en situaciones de transición. La ausencia de tales reglas deja completamente a la libre discreción de los negociadores el hecho de si aceptan o no exenciones a la persecución penal.[57]

---

51 Véase *ICTJ Guidelines*, p. 4.

52 Cf. Ronald C. Slye, "The legitimacy of amnesties under international law and general principles of Anglo-American law: is a legitimate amnesty possible?" (2002), 43 *Virgina Journal of International Law*, 243-4 (2002); sobre esta distinción véase la nota 89.

53 Para un análisis empírico de las motivaciones estatales para la concesión de amnistías, véase *Mallinder study* (nota 29), par. 6 ss., incluida la figura 1 en donde concluye que la razón más común es la presión interna, seguida por la búsqueda de paz y reconciliación, las tradiciones culturales o jurídicas, la presión internacional, el favorecimiento del mismo régimen, las reparaciones y el favorecimiento de los exiliados. Mallinder muestra además de que manera son introducidas las amnistías (par. 19 ss., incluida la figura 2: en la mayoría de los casos por medio de decretos del poder ejecutivo o leyes del Parlamento) y quienes se benefician con ellas (par. 26 ss., incluida la figura 3: la mayoría de las veces, los opositores políticos). Las demás conclusiones serán referidas en lo siguiente en el texto.

54 Kant, *Metaphysik der Sitten*, *Rechtslehre*, § 58, 1797.

55 Citado en Schlunck (nota 31), p. 116; Douglas Cassel, "Lessons from the Americas: guidelines for international response to amnesties for atrocities" (1996), 59 *Law and Contemporary Problems* 196, p. 224; Margaret Popkin, "The Salvadorean Truth Commission and the Search for Justice" (2004) 15 *CLF* 105, pp. 108-109.

56 Citado según Cassel (nota), p. 225; véase también Popkin (nota 55), pp. 109, 115; Schlunck (nota 31), p. 116. Para un detallado análisis del proceso en El Salvador véase Thomas Buergenthal, "The UN Truth Commission for El Salvador", en Kritz (nota 2) 292, pp. 295 ss.; Schlunck (nota 31), pp. 87 ss.; Cassel, op. cit., pp. 224 ss.

57 Para los clásicos argumentos políticos véase Michael Scharf, "The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court" (1999), 32 *Cornell Int'l.L.J.* 507, pp. 508 ss.; para un enfoque orientado a la

Los argumentos políticos prevalecen sobre las consideraciones jurídicas y la mayoría de las veces el resultado depende de la relación de poder entre las partes negociadoras. Por lo tanto, es necesario desarrollar "una base común de normas y estándares internacionales"[58] para "judicializar" las políticas de la justicia de transición.[59] Este estudio intentar hacer una modesta contribución a este respecto, a través de analizar e identificar, en la primera parte (sección I), el fundamento jurídico concreto y los contenidos del interés de justicia en la justicia de transición; como resultado de este análisis será posible distinguir entre amnistías admisibles e inadmisibles y otras medidas de exención. La creciente importancia de la CPI hace necesario examinar, en la segunda sección (II), su derecho con respecto a los procesos de paz.

I.
EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL INTERÉS DE JUSTICIA: LINEAMIENTOS SOBRE EXENCIONES DE RESPONSABILIDAD PENAL, EN PARTICULAR AMNISTÍAS

7. Un concepto amplio de justicia, como el definido en el punto 2, cuenta con una completa gama de medidas para cumplir con un estándar mínimo de justicia y no está limitado a medidas de justicia penal tales como investigación, persecución y finalmente castigo.[60] Sin embargo, la persecución penal de crímenes internacionales siempre ha estado y aún está en la vanguardia de la lucha global contra la impunidad. Es suficiente hacer referencia al instrumento probablemente más importante de esta lucha, el Estatuto de Roma de la CPI, que en su preámbulo (párrafo 4) afirma que la persecución de "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional" "no deben quedar sin castigo" y que la "persecución efectiva" de estos crímenes "debe ser garantizada". De este modo, el primer elemento del interés de justicia que ha de ser definido es un posible deber jurídico de perseguir crímenes internacionales (puntos 8 y 9);

política también Cassel (nota 55), p. 228 refiriéndose a la Escuela de New Haven ("[…] criterios jurídicos no sirven como límites mecánicos, sino como objetivos de orden público explícitamente postulados […]).

58 Report Secretary General transitional justice, par. 1; abogando por también Cassel (nota 55), pp. 204 ss., quien, sin embargo, las mitiga considerablemente por su enfoque político (nota 57).

59 La idea de una "judicialización de la política de la justicia transicional" proviene de Iván Orozco, "Reflexiones impertinentes: Sobre la memoria y el olvido, sobre el castigo y la clemencia", en Rettberg (nota 4), p. 187 quien reconoce tal "judicialización" debido al creciente tratamiento judicial de situaciones de justicia de transición.

60 Véase también Kemp (nota 22), p. 69.

tal deber, obviamente, puede limitar enormemente la discreción de los negociadores con respecto a exenciones de persecución penal. Luego habremos de examinar e identificar los derechos de las víctimas derivados del interés de justicia (puntos 10 ss.). Finalmente, podrá sugerirse el tratamiento apropiado de las amnistías (puntos 23 ss.).

1. El deber de perseguir los crímenes internacionales nucleares

8. Antes de la adopción y entrada en vigor del Estatuto de la CPI era controvertido si, y en particular en qué medida, existía en derecho internacional un deber de perseguir crímenes internacionales.[61] Aunque tal deber era deducido convincentemente de obligaciones de tratados —por ejemplo, de las convenciones sobre el Genocidio,[62] de Ginebra[63] o sobre la Tortura,[64] respecto a los crímenes de genocidio, graves infracciones

[61] Véase, para una detallada discusión antes del Estatuto de la CPI, Kai Ambos, "Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen" (1999), 37 *AVR* pp. 318 ss., e ídem, *Impunidad y derecho penal internacional* (Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 1997 y Editorial Diké, Medellín 1997; 2da. ed. Ad Hoc, Buenos Aires 1999), pp. 66 ss., con referencias a la doctrina hasta esa fecha. La literatura posterior reconoce de manera abrumadora un deber de perseguir: John Dugard, "Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions", en A. Cassese, P. Gaeta y J. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume I* (Oxford: OUP, 2002) 693, pp. 696-97; Botero y Restrepo (nota 47), pp. 26 ss.; *HRW*, 2005, pp. 9 ss.; identificando una "tendencia" hacia tal deber Karlijn Van der Voort y Marten Zwanenburg, "From 'raison d'État' to 'état de droit international' — Amnesties and the French implementation of the Rome Statute" (2001), 1 *ICLR* 315, pp. 316, 324; para un deber parcial dependiendo del crimen, Helmut Gropengießer y Jörg Meißner, "Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court" (2005), 5 *ICLR* 267, pp. 272 ss.; *Office of the UN High Commissioner for Human Rights Report*, p. 21; críticamente sobre un derecho al castigo aplicable, Teitel (nota 14), p. 55.

[62] Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, adoptada por la Resolución 260 (III) A de la AG de la ONU, 9.12.1948, ‹www.preventgenocide.org/› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

[63] Primer Convenio de Ginebra "para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña" (adoptado primeramente en 1864, última revisión en 1949). Segundo Convenio de Ginebra "para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar" (adoptado primeramente en 1949, sucesor de la Convención de La Haya X de 1907). Tercer Convenio de Ginebra "relativo al trato debido a los prisioneros de guerra" (adoptado primeramente en 1929, última revisión en 1949). Cuarto Convenio de Ginebra "relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra" (adoptado primeramente en 1949, basado parcialmente en la Convención de La Haya IV de 1907). Véanse también los tres protocolos adicionales. Protocolo I (1977): Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12.8.1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Protocolo II (1977): Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12.8.1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Protocolo III (2005): Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12.8.1949, relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional; véase ‹www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/genevaconventions?opendocument› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

[64] Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, adoptada por Res. 39/46 de la AG de la ONU, 10.12.1984, ‹www.ohchr.org/english/law/cat.htm› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

y tortura[65] respectivamente—, se limitaba a los Estados partes de esos tratados. Más allá de ello, es controvertido en qué medida tal deber puede derivarse del derecho consuetudinario internacional (artículo 38 (b) Estatuto de la CIJ) o de los principios generales del derecho (artículo 38 (c) Estatuto de la CIJ). En cuanto al primero, es difícil aducir una práctica de los Estados a este efecto,[66] y el recurso a los últimos es pasible de crítica, dado que aparentemente quiere superar la falta de una práctica de los Estados o incluso una práctica contraria simplemente ignorándola.[67] Por otra parte, el deber de respeto y garantía y el derecho a un recurso efectivo de los tratados generales de derechos humanos (por ejemplo, artículo 2 (1) y (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) no *necesariamente* —en contra de la opinión dominante en la doctrina[68] y en la jurisprudencia de la CIDH—[69] suponen un deber de persecución *penal*, por cuanto los derechos

---

65 Cf. Scharf (nota 57) 526; John Dugard, "Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option?" (1999), 12 *LJIL* 1003, p. 1004; Schlunck (nota 31), pp. 30 ss. (32), 33 ss. (35); Jessica Gavron, "Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court" (2002), 51 *ICLQ* 92; Scharf y Rodley (nota 22), pp. 92-93; Robinson (nota 32), pp. 490-491; Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), pp. 317-318; Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 273, 274; Carsten Stahn, "Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court" (2005), 3 *JICJ* 703; Thomas Hethe Clark, "The Prosecutor of the International Criminal Court, amnesties, and the "Interests of Justice": Striking a delicate balance" (2005), 4 *Washington University Global Studies Law Review* 389, p. 399; *Office of the UN High Commissioner for Human Rights Report*, p. 21; *HRW*, 2005, p. 10; Kreicker (nota 22), pp. 9 ss.; Principles combating impunity, principio 1 A. En cuanto a las infracciones graves, Elizabeth Salmón, "Reflections on international humanitarian law and transitional justice: lessons to be learnt from the Latin American experience" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.* 327, pp. 328, 337; por un deber general de ejercer jurisdicción respecto a todos los crímenes de guerra, Olson (nota 31), pp. 279-280.

66 Véase, por ejemplo, Schlunck (nota 31), p. 49, concluyendo que dicha práctica estatal solo puede ser identificada con respecto al genocidio. Para una *developing obligation* de procesar crímenes contra la humanidad véase Louise Mallinder: "Can amnesties and international justice be reconciled?" (2007), 1 *IJTJ* 208, p. 214. Para una crítica anterior, véase ya Ambos (nota 61), pp. 328 ss.

67 Ambos (nota 61), pp. 332 ss.

68 Véase Ambos (nota 61), pp. 319 ss. con otras referencias. Más recientemente sobre el art. 2 (3) PIDCP véase Cherif Bassiouni, "Accountability for Violations of International Humanitarian Law and Other Serious Violations of Human Rights", en Bassiouni (ed.) (nota 10), pp. 43 ss.; Principles combating impunity, principio 1 B; Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), p. 322; Olson (nota 31), pp. 282-283.

69 Desde *Velásquez-Rodríguez* [29 de julio de 1988] sentencia, par. 162 ss., 166, 174) a *Almonacid Arellano et al. vs. Chile* [26 de septiembre de 2006] sentencia, Serie C n.º 154, par. 110: "La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. […] Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación […]"; en el mismo sentido, más recientemente el *HRC*, General Comment 31, identifica "obligaciones positivas", en el art. 2 (1) PIDCP y exige "medidas adecuadas o […] la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado" por violaciones al PIDCP cometidas por órganos estatales, así como por "particulares o entidades privadas" (par. 8); en cuanto al art. 2 (3) PIDCP, el *HRC* exige "recursos […] eficaces", "mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos" para dar efecto a la "obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez" (par. 15); además, los "Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia". especialmente en caso de graves violaciones como tortura, asesinato arbitrario y desaparición forzada (par. 18). Para una posición anterior y casi idéntica del *HRC* con respecto a Uruguay véase Cassel (nota 55) 214. Véase también Basic Principles Victims, sección II y la nota 104.

pueden también ser "garantizados" a través de otros mecanismos y tales mecanismos pueden constituir "recursos" en el significado de estas disposiciones.[70] Además, es discutible si la obligación general de proteger de manera efectiva los derechos humanos abarca la persecución activa de los autores, dado que los tratados de derechos humanos también procuran proteger a tales autores por medio de las disposiciones sobre el debido proceso (*fair trial*) y otros derechos sustanciales.[71] Sea como sea, el Estatuto de la CPI avanzó considerablemente el debate porque a partir de su entrada en vigor puede decirse con seguridad —sobre la base de los párrafos 4 a 6 del preámbulo—[72] que un Estado parte de este tratado está, al menos, obligado a perseguir los crímenes previstos en el Estatuto.[73] Los Estados no parte pueden estar vinculados por una obligación convencional específica o bien por el efecto combinado de los instrumentos previos al Estatuto de la CPI y este Estatuto. En efecto, el Estatuto ha reforzado el deber del derecho consuetudinario en cuanto expresa —como una clase de "práctica verbal"—[74] la aceptación general de tal deber respecto a los crímenes de competencia de la CPI (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra).[75] Este deber será ulteriormente reforzado y consolidado a medida que aumente el número de Estados parte.

---

[70] En cuanto al argumento de que un remedio efectivo no necesita necesariamente ser una persecución penal véase Schlunck (nota 31), pp. 44-45; Gavron (nota 65), p. 99 incluida la nota 42 (2002), refiriéndose a decisiones del Comité de Derechos Humanos (*HRC*) del PIDCP. También el Basic Principles Victims, sección VII, par. 11 incluye en el derecho a un remedio los derechos a "acceso a la justicia", "reparación" y "acceso a información fáctica sobre las violaciones".

[71] Sobre esta contradicción véase también Werle (nota 17), nm 187.

[72] Sobre el párrafo 4 del preámbulo véase ya supra el punto 7. Los párrafos 5 y 6 rezan:
"*Decididos* a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,
"*Recordando* que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales [...]".

[73] Véase también Schlunck (nota 31), p. 30; en el mismo sentido Mohamed El Zeidy, "The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law" (2002), 32 Michigan Journal of International Law 869, pp. 947-948, quien considera a estos crímenes incluso como normas de *ius cogens*. Por un deber general (emergente) de perseguir los crímenes de competencia de la CPI Robinson (nota 32), pp. 491-493.

[74] Véase también Kreicker (nota 22), pp. 12-13, 305.

[75] Véase también Bassiouni (nota 68), p. 26 y Kritz (nota 10), p. 56 extendiendo este deber a la tortura; para un deber de perseguir "crímenes de derecho internacional", Basic Principles Victims, sección III, par. 4, y Principles combating impunity, principio 1; a favor, aunque impreciso, también Méndez (nota 29), pp. 26-27, 39; para una "presunción mucho más clara y fuerte a favor de la responsabilidad y en contra de la impunidad" a la luz de los desarrollos de los últimos 10 años Seils y Wierda (nota 22), p. 2; para un deber consuetudinario de perseguir crímenes cometidos en conflictos no internacionales también Elizabeth G. Salmón, "Reflections on international humanitarian law and transitional justice: lessons to be learnt from the Latin American experience" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.* 327, p. 337. Con respecto al crimen de agresión (art. 5 (1) (d) Estatuto de la CPI) este deber puede surgir con su definición final y efectiva incorporación en el Estatuto.

9. Si un Estado tiene el deber de perseguir ciertos crímenes, es de pura lógica concluir que no puede eximirlos de castigo, por ejemplo, concediendo una amnistía.[76] El mismo resultado se obtiene de un argumento basado en el Estado de derecho (*rule of law*): si el derecho prevé un deber de perseguir, entonces el Estado de derecho supone una prohibición de amnistía[77] y como tal constituye un límite a la política;[78] de otra forma, el mismo orden jurídico y social que debe ser protegido por el Estado de derecho se debilitaría y, en su lugar, se crearía o promovería una cultura de impunidad.[79] De hecho, el argumento del Estado de derecho supone una serie de otros argumentos a favor de la persecución que son habitualmente conocidos en el debate sobre los fines de la pena:[80] la no persecución minaría la efectividad de disuasión del derecho penal,[81] la persecución reintegra a la víctimas el estatus de conciudadanos,[82] envía el mensaje correcto a los autores y también a la sociedad en general (prevención general y especial negativas) y

---

[76] Véase para una discusión Kai Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen* (Freiburg: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 1997), pp. 209 ss.; ídem, *Impunidad* (nota 61), pp. 126 ss.; a favor de tal inferencia argumentan varios autores, por ejemplo, Cassel (nota 55), p. 210; Kritz (nota 10), p. 56; Botero y Restrepo (nota 47), pp. 27 ss. (con especial referencia a Colombia); Kreicker (nota 22), pp. 305-306; indirectamente Principles combating impunity, principio 2; con respecto a las graves infracciones Pfanner (nota 29), p. 371, Véase también *HRW*, 2005, p. 11; Rober Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson y Elisabeth Wilmshurst, *International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: CUP, 2007), p. 32.

[77] En general sobre el argumento del Estado de derecho en este contexto Schlunck (nota 31), pp. 24 ss., 62; véase también la declaración de Robert Badinter, ponente de la Comisión de Derecho Constitucional del Senado francés, que enfatiza que una amnistía respecto a crímenes nucleares internacionales simplemente no podría ser concebida en un Estado que respete el Estado de derecho (citado en Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), p. 337).

[78] Teitel (nota 14), pp. 21-22, 59; Véase también Olson (nota 31), pp. 278-279.

[79] Véase Meintjes (nota 15), p. 462; Crocker (nota 29), p. 538 y Slye (nota 52), pp. 197-198 haciendo referencia a Aryeh Neier (2002); véase también Olásolo (nota 32), pp. 144-145.

[80] Cf. Kai Ambos y Christian Steiner, "Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene" (2001) JuS pp. 12-13. Véase también Crocker (nota 29), p. 512; Clark (nota 65), pp. 402-403; críticamente Danilo Zolo, "Peace through Criminal Law?" (2004) 2 *JICJ* 727 lamentándose (p. 728) de la "pobreza de la reflexión teórica sobre los aspectos fundamentales del significado y cualidad del castigo [...]".

[81] Crocker (nota 29), p. 536-7; Robinson (nota 32), p. 489; Uprimny y Saffon (nota 4), pp. 225-226; Olson (nota 31), p. 291; críticamente sobre este argumento Malamud-Goti (nota 14), p. 196; Méndez (nota 29), pp. 30-31; también Zolo (nota 80), p. 732: "poco o ningún poder de disuasión"; Hazan (nota 26), p. 35 sostiene que las "partes beligerantes toman en consideración el riesgo de persecución" pero que el "efecto disuasivo, sin rápidas acusaciones y arrestos, pronto disminuye"; William W. Burke-White, "Complementarity in practice: The International Criminal Court as part of a system of multi-level *Global Governance* in the Democratic Republic of Congo" (2005), 18 *LJIL* 559, 587-7 afirma que la investigación de la CPI tiene algún efecto disuasivo sobre los líderes rebeldes en la República Democrática del Congo; de manera similar Seils y Wierda (nota 22), p. 19 e *ICTJ* "Pursuing Justice in ongoing conflict: A Discussion of current Practice" (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.asp), p. 6, que explican que la CPI, al igual que el derecho penal nacional, tiene un efecto disuasivo por la probabilidad de que existan "consecuencias". De acuerdo con Cryer et al. (nota 76), p. 30, la "disuasión difícilmente será posible si los autores potenciales opinan que pueden obtener exenciones de la persecución".

[82] De manera similar Malamud-Goti (nota 14), pp. 199 ss.; Méndez (nota 29), p. 31; Seils y Wierda (nota 22), p. 3; sobre un posible efecto terapéutico Hazan (nota 26), pp. 39-40.

reafirma los valores de una sociedad dada (prevención general positiva).[83] La reafirmación de valores tales como el derecho a la vida, la integridad corporal y la libertad tiene un efecto estabilizador para el nuevo sistema democrático[84] y muestra la dimensión moral de la cuestión.[85] A pesar de todos estos convincentes argumentos a favor de la persecución, el deber de perseguir es considerado en general una regla o principio[86] y como tal permite excepciones —estrictamente definidas—. Desde un punto de vista político, la necesidad práctica de un instrumento de negociación —aunque como último recurso—[87] en procesos de paz o reconciliación internos exige un enfoque más flexible.[88] Con respecto a las amnistías, es necesario un enfoque de dos frentes o bifurcado para distinguir entre amnistías absolutas, por un lado, y amnistías condicionales, limitadas, por el otro (véase *infra*, puntos 23 ss.).[89]

---

83 Véase también Scharf y Rodley (nota 22), pp. 90-91; Teitel (nota 14), pp. 28, 67; Méndez (nota 29), pp. 31-32; Kemp (nota 22), p. 71; Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 279; Uprimny y Saffon (nota 4), pp. 225-226; Orentlicher (nota 22), p. 15; críticamente Zolo (nota 80), p. 734: la "concepción retributiva del castigo criminal difícilmente puede reconciliarse con algún proyecto de construcción de la paz social".

84 Teitel (nota 14), p. 67; Boraine (nota 24), pp. 280-281; Seils y Wierda (nota 22), p. 3; Uprimny y Saffon (nota 4), p. 226.

85 Robinson (nota 32), pp. 489-490.

86 Véase también Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 276: "en principio"; Stahn (nota 65), pp. 701, 703; "generalmente incompatible" (701).

87 Scharf (nota 55), p. 512; véase también Kemp (nota 22), p. 71; Clark (nota 65), pp. 404, 409; similarmente Arsanjani (nota 22), p. 67, quien considera la amnistía como un "contrato" que es "válido solo en la medida en que las partes […] cumplan con sus términos".

88 Véase, por ejemplo, *Sierra Leone TRC Report* (nota 26), capítulo 6, p. 365, par. 11 ("amnistías no deberían estar excluidas enteramente"), pp. 367-368, par. 20 ("el canje de paz por amnistía representa la menos mala de las alternativas disponibles"). De la misma posición es el CICR, véase Pfanner (nota 29), p. 372 ("ponderación de los intereses en disputa"). Véase también Kemp (nota 22), p. 67 ("la suposición automática de que la búsqueda de la verdad y/o la persecución penal son necesarias […] ha de ser evitada"), 71 (2004).

89 Para la misma distinción Dugard (nota 65) 1005, p. 1009; ídem, en Cassese, Gaeta y Jones (nota 61), pp. 699-700; Goldstone y Fritz (nota 22), pp. 663-664; Damien Vandermeersch, "Droit belge", en Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty (eds.), *Juridictions nationales et crimes internationaux* (París: PUF, 2002), p. 108; Office of the UN High Commissioner for Human Rights Report, p. 23; Van der Voort y Zwanenburg (nota 61) 325; Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford: OUP, 2003) 316 (en relación con la jurisdicción de un tercer Estado); Méndez (nota 29), pp. 39-40; Gwen K. Young, "Amnesty and accountability" (2002), 35 *U.C. Davis L. Rev.* 427, pp. 456-457; Robinson (nota 32), p. 484; Seibert-Fohr (nota 22), pp. 588, 590; Salmón (nota 65), pp. 331 ss.; Slye (nota 52), pp. 240 ss., quien distingue, ulteriormente, entre amnistías amnésicas, de compromiso, correctivas y responsables. Véase también García Ramirez, voto separado (nota 230), par. 10 (quien distingue entre "autoamnistías" que son "expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por estos mismos", y amnistías "que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquéllos aprueba o reconoce como adecuados").

2. Derechos de las víctimas

10. Justicia en justicia de transición es sobre todo y predominantemente justicia para las víctimas. Sin embargo, las víctimas no solo tienen intereses, como parte de una amplia noción de justicia (punto 2), sino también derechos, a saber, un derecho a la justicia[90] y otros derechos inferidos directamente de la noción de justicia como concepto jurídico. Estos derechos han sido elaborados con gran detalle por la jurisprudencia de los derechos humanos, especialmente por la CIDH. Ellos están también reconocidos explícitamente en el Estatuto de la CPI (cf. artículos 68 (3), 75).[91] Aunque estos derechos no se limitan a la justicia penal *stricto sensu*, la información empírica disponible indica que las víctimas tienen un fuerte interés en la persecución y castigo de los autores[92] y en su propia participación (*partie civile*) en la persecución penal y los juicios, [93] Esto no descarta la posibilidad de que operen mecanismos alternativos a la justicia (puntos 12 ss.), pero ellos solo pueden *complementar y no sustituir* a la justicia penal.[94]

11. En síntesis, las víctimas tienen derecho[95] a:

- *Verdad*, por ejemplo, al "esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes";[96] este es, a la vez, un "derecho de

---

90 Véase Slye (nota 52), pp. 192-193.

91 De acuerdo con Carsten Stahn, Héctor Olásolo y Kate Gibson, "Participation of Victims in the Pre-Trial Proceedings of the ICC" (2006), 4 *JICJ* 219 las víctimas tienen amplios derechos de participación en el Estatuto de la CPI conforme a los arts. 15 (3), 19 (3), 53 (3), 61 y 68 (3) del Estatuto de la CPI y las reglas 89-93 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Véase también Karin N. Calvo-Goller, *The Trial Proceedings of the International Criminal Court* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston 2006), pp. 244 ss., y Stefanie Bock "Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof" (2007), 119 *ZStW*, pp. 670 ss. Sobre los derechos de las víctimas a reparación en el Estatuto de la CPI véase más recientemente Anne-Marie De Brouwer, "Reparation to Victims of Sexual Violence: Possibilities at the International Criminal Court and at the Trust Fund for Victims and Their Families" (2007), 20 *LJIL* 207; *ICTJ* (nota 81), pp. 70 ss., donde se pregunta sobre quién habla en nombre de las víctimas y se constata que las opiniones de las víctimas sobre sus derechos son diversas.

92 Véase Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5) y OHCHR (nota 34), ambos tal como citados en la nota 34.

93 Cf. Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), pp. 102 ss. incluidos los cuadros 23 y 24 concluyendo que las víctimas tienen un "rol dual" como testigos que contribuyen a la verificación de los hechos y como "narradores" que contribuyen a la verdad histórica (pp. 104, 157).

94 Cf. CIDH, *Masacre de la Rochela vs. Colombia* [11 de mayo de 2007] sentencia, Serie C n.º 163, par. 187 ss. Esto también es confirmado por el estudio de Kiza, Rathgeber, Rohne (nota 5), véase por ejemplo p. 139 ("nociones reparadoras y punitivas son complementarias") y pássim. Así, el punto de vista de Clark (nota 65, p. 405) de que los mecanismos alternativos pueden ser preferibles dado que son más abarcadores no está apoyada por evidencia empírica.

95 Véase también *Gustavo Gallón y otros* [18 de mayo de 2006] Sentencia C-370/2006, Expediente D-6032 (Corte Constitucional colombiana), par. 48-9; Juan E. Méndez, "The right to truth", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 255, p. 263.

96 *Bámaca-Velásquez vs. Guatemala* [25 de noviembre de 2000] sentencia, Serie C n.º 70 (CIDH), par. 201; *Barrios Altos vs. Perú* [14 de marzo de 2001] sentencia, Serie C n.º 75 (CIDH), par. 48; *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* [22 de noviembre de 2004] sentencia, Serie C n.º 117 (CIDH), par. 128; *Comunidad Moiwana*

carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y […] un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía".[97] El derecho a la verdad puede ser reconducido a los artículos 32 y 33 del PA I de 1977 a los CG I-IV de 1949;[98] posteriormente ha sido reconocido, en particular con respecto al destino de los desaparecidos,[99] por la jurisprudencia (nacional e internacional), por instrumentos de derechos humanos y por la práctica de los Estados,[100] la última, evidenciada en particular por el

vs. Suriname [15 de junio de 2005] sentencia, Serie C n.° 124 (CIDH), par. 203 ss.; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* [15 de septiembre de 2005] sentencia, Serie C n.° 134 (CIDH), par. 297; *Gómez-Palomino vs. Perú* [22 de noviembre de 2005] sentencia, Serie C n.° 136 (CIDH), par. 76 ss.; *Blanco-Romero et al vs. Venezuela* [28 de noviembre de 2005] sentencia, Serie C n.° 138 (CIDH), par. 95 ss.; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* [31 de enero de 2006] sentencia, Serie C n.° 140 (CIDH), par. 219, 266; *Baldeón-García vs. Perú* [6 de abril de 2006] sentencia, Serie C n.° 147 (CIDH), par. 196; *Masacre de Ituango vs. Colombia* [1 de julio de 2006] sentencia, Serie C (CIDH), par. 399; *Ximenes-Lopes vs. Brasil* [4 de julio de 2006] sentencia, Serie C n.° 149 (CIDH), par. 245; *Servellón-García et al. vs. Honduras* [21 de septiembre de 2006] sentencia, Serie C n.° 152 (CIDH), par. 193; *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 69), par. 148 ss.; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* [25 de noviembre de 2006] sentencia, Serie C n.° 160 (CIDH), par. 440. Véase también *Hugh Jordan vs. UK* [4 de mayo de 2001] sentencia, 24746/94 [2001] ECHR 327 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), par. 93 ("el propósito general de una investigación es descubrir la verdad acerca de hechos que conducen a la sospechosa muerte de una víctima"). Véase también *Gustavo Gallón y otros* (nota 95), par. 4.9.11.4 ("la posibilidad de conocer lo que sucedió y de buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real"). Para la doctrina véase Slye (nota 52), pp. 193-194.

97 *Caso Ignacio Ellacuría et al.* [22 de diciembre de 1999] Informe 136/99 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), par. 224. Véase también la sentencia de la Corte Constitucional peruana en *Villegas Namuche* [9 de diciembre de 2004] Expediente 2488-2002-HC/TC, par. 9: "Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual […]"; Jason Abrams y Madeline Morris, "Assessing the efforts to develop international principles or guidelines on accountability. Report of the Rapporteurs", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998) 347 ("también un derecho colectivo").

98 Los arts. 32 y 33 pertenecen a la sección referida a las "[p]ersonas desaparecidas y fallecidas". El art. 32 prevé "el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros". El art. 33 obliga a los Estados partes a buscar "las personas cuya desaparición haya señalado una parte adversa" (apartado 1).

99 Sobre los mecanismos nacionales e internacionales para esclarecer el destino de los desaparecidos Monique Crettol y Anne-Marie La Rosa, "The missing and transitional justice: the right to know and the fight against impunity" (2006) 88 *ICRC Int. Rev.* pp. 355 ss.; sobre la cooperación de la CICR con una CVR Pfanner (nota 29) 368 ss.

100 El reconocimiento más explícito puede encontrarse en el informe Joinet donde "el inalienable derecho a la verdad" es definido, como parte de un derecho más amplio a conocer (que contiene como "principios generales" adicionales el deber de recordar, el derecho de las víctimas a conocer y las garantías para la implementación), como sigue: "Cada pueblo tiene el derecho inalienable de conocer la verdad sobre los acontecimientos pasados, así como sobre las circunstancias y las razones que llevaron, por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar en el futuro que tales actos no se reproduzcan (anexo 1, principio 1). Véase también la Res. 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos (20 de abril de 2005). Para un análisis detallado del derecho y la práctica internacional (aplicables) véase Yasmin Naqvi, "The right to the truth in international law: fact or fiction?" (2006) 88 *ICRC Int. Rev.* 245, pp. 254 ss.; también Botero y Restrepo (note 47), pp. 40 ss. Sobre la práctica de los Estados no completamente consistente véase Naqvi, véase arriba, pp. 261-262, 265-

establecimiento de comisiones de verdad y reconciliación. Sobre este trasfondo puede concluirse con seguridad que el derecho a la verdad es una norma consuetudinaria emergente y un principio general del derecho.[101]

- *Justicia*,[102] a saber, alguna forma de protección judicial o mediante el acceso al sistema jurídico del Estado infractor[103] (el cual —de acuerdo con la jurisprudencia de derechos humanos—[104] tiene un deber de investigar, perseguir

266. Por un "emergente" derecho a la verdad que es parte de un "más amplio derecho a la justicia" Méndez (nota 95), pp. 257 ss. (260, 263); similarmente Priscilla B. Hayner, "Recording the facts and the truth. Report of the Rapporteur", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998) 215; para Abrams y Morris (nota 97), p. 347 el derecho a conocer "deriva de la noción de que los Estados tienen un deber de reconocer y recordar los abusos a los derechos humanos". Muchos autores, sin embargo, dan por descontado el derecho a la verdad, véase por ejemplo Elizabeth Odio Benito, "Justice for peace: no to impunity", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998) 149, p. 151.

101 Véase Naqvi (nota 100), pp. 267-268 cuya conclusión, sin embargo, de que él se ubica "en algún lugar por encima de un buen argumento y en algún lugar por debajo de una clara regla jurídica" (p. 273), aparece demasiado cautelosa y contradice su precedente análisis jurídico (pp. 254 ss.).

102 La Corte Constitucional colombiana en *Gustavo Gallón y otros* (nota 95), par. 4.9.11.4., define el derecho a la justicia "como aquel que en cada caso concreto proscribe la impunidad".

103 Véase Basic Principles Victims, sección VIII, par. 12 "todos los procesos públicos, judiciales, administrativos u otros, disponibles en el derecho doméstico existente, así como en el derecho internacional" (similarmente Principles combating impunity, principio 8); véase también *Hugh Jordan v. UK* (nota 96), par. 16 (la familia de las víctimas "será informada de, y tendrá acceso a, toda audiencia así como toda información relevante para la investigación y tendrá el derecho a presentar otra prueba [...]"), par. 23 ("Las personas afectadas por el uso de la fuerza y de armas de fuego [...] tendrán acceso a un proceso independiente, inclusive un proceso judicial"; para la doctrina véase Slye (nota 52), pp. 195-196, 197; Young (nota 89), pp. 477, 479; también Arsanjani (nota 22), p. 66; Robinson (nota 32), p. 498.

104 Véase ya la nota 69 y CIDH: *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* (nota 96), par. 128; *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (nota 96), par. 204; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 96), par. 295; *Blanco-Romero et al vs. Venezuela* (nota 96), par. 95; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 266; *López-Álvarez vs. Honduras* [1 de ferbrero de 2006] sentencia, Serie C n.º 141, par. 207, *Baldeón-García vs. Perú* (nota 96), par. 168, 195; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 96), par. 399; *Ximenes-Lopes vs. Brasil* (nota 96), par. 245; *Montero-Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela* [5 de julio de 2006] sentencia, Serie C n.º 150, par. 137 ss.; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 96), par. 192 ss.; *Goiburú et al. vs. Paraguay* [22 de septiembre de 2006] sentencia, Serie C n.º 153, par. 164; *Vargas-Areco vs. Paraguay* [26 de septiembre de 2006] sentencia, Serie C n.º 155, par. 153 ss.; *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 69), par. 148; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 436; *La Cantuta vs. Perú* [29 de noviembre de 2006] sentencia, Serie C n.º 162, par. 222. Véase también TEDH: *Aksoy vs. Turkey* [18 de diciembre de 1996] sentencia, 21987/93 [1996] ECHR 68, par. 98 ("obligación sobre los Estados de llevar a cabo una minuciosa y efectiva investigación de episodios de tortura [...]", "identificación y castigo de los responsables, incluyendo el acceso efectivo del reclamante al procedimiento de investigación"); concordantemente *Aydin vs. Turkey* [25 de septiembre de 1997] sentencia, 23178/94 [1997] ECHR 75, par. 103; *Selçuk and Asker vs. Turkey* [24 de abril de 1998] sentencia, 23184/94, 23185/94 [1998] ECHR 36, par. 96; *Kurt vs. Turkey* [25 de mayo de 1998] sentencia, 24276/94 [1998] ECHR 44, par. 140; *Selmouni vs. France* [28 de julio de 1999] sentencia, 25803/94 [1999] ECHR 66, par. 79; *Hugh Jordan vs. UK* (nota 96), par. 157, 160 con otras referencias. Para una interpretación restrictiva de la jurisprudencia del TEDH Markus Benzing, "The complementarity regime of the ICC: International criminal justice between state sovereignty and the fight against impunity" (2003), 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 608.

y sancionar a los responsables)[105] o mediante un foro (público) alternativo donde la víctima pueda confrontar y desafiar a los autores.[106]

- *Reparación*, usado como un término genérico[107] que abarca la restitución plena (*restitutio in integrum*),[108] la compensación[109] (artículo 75 Estatuto

---

[105] Para una discusión véase ya supra el punto 8.

[106] Véase *Hugh Jordan vs. UK* (nota 96), par. 11 refiriéndose a una "comisión de investigación independiente o a un procedimiento similar"; véase también Slye (nota 52), p. 245; Clark (nota 65), p. 409.

[107] Para este uso véase, por ejemplo, *HRC*, General Comment 31, par. 16 (definiendo reparación como la "restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como disculpas públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como el sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos".) véase también Basic Principles Victims, sección X, par. 21 y Principles combating impunity, principio 10 A que refiere a "restitución, compensación, rehabilitación, y satisfacción y garantías de no repetición" como formas de reparación; Teitel (nota 14), p. 119; Bassiouni (nota 68), pp. 37 ss.; Botero y Restrepo (nota 47), pp. 44 ss.; Sooka (nota 7), pp. 319-320; Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 118 incluido el cuadro 32; para una explicación histórica exahustiva John Torpey, "Making whole what has been smashed: Reflections on Reparations", en Bassiouni (nota 10), pp. 217 ss. Para una investigación sobre los Basic Principles Victims véase Christian Tomuschat "Reparation in Favour of Individual Victims of Gross Violations of Human Rights and International Humanitarian Law" M.G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law. Liber Amicorum Lucius Caflisch* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007), pp. 569 ss. (respecto a la práctica de organismos internacionales seleccionados pp. 581 ss.).

[108] Véase CIDH: *Palamara-Iribarne vs. Chile* [22 de noviembre de 2005] sentencia, Serie C n.° 135, par. 234; *Gómez Palomino vs. Perú* (nota 96), par. 113; *García-Asto y Ramírez-Rojas vs. Perú* [25 de noviembre de 2005] sentencia, Serie C n.° 137, par. 248; *Blanco-Romero et al vs. Venezuela* (nota 96), par. 69; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 228; *López-Álvarez vs. Honduras* (nota 104), par. 182; *Acevedo-Jaramillo et al. vs. Perú* [7 de febrero de 2006] sentencia, Serie C n.° 144, par. 296; *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* [29 de marzo de 2006] sentencia, Serie C n.° 146, par. 197; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 96), par. 176; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 96), par. 347; *Ximenes-Lopes vs. Brasil* (nota 96), par. 209; *Montero-Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela* (nota 104), par. 117; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 96), par. 162; *Goiburú et al. vs. Paraguay* (nota 104), par. 142; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 104), par. 141; *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 69), par. 136; *Aguado-Alfaro et al. vs. Perú (Caso de los trabajadores cesados del Congreso)* [24 de noviembre de 2006] sentencia (únicamente en castellano), Serie C n.° 158, par. 143; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 415; *La Cantuta vs. Perú* (n 104), par. 201. Véase también Basic Principles Victims, sección X, par. 22 y Principles combating impunity, principio 10 B ("restituir a la víctima a la situación original anterior a las violaciones"; "restitución incluye: restablecimiento de la libertad, de los derechos legales, del estatus social, de la vida familiar y de la ciudadanía; retorno al lugar de residencia; y restablecimiento del empleo y restitución de la propiedad").

[109] Véase sobre *daños pecuniarios* CIDH: *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (nota 108), par. 216; *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 94) par 248; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 96), par. 183; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 246; *Ximenes-Lopes vs. Brasil* (nota 96), par. 220; *Montero-Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela* (nota 104), par. 126; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 96), par. 173; *Goiburú et al. vs. Paraguay* (nota 104), par. 150; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (n 104), par. 146; *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 69), par. 158; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 423; sobre *daños no pecuniarios*: *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 94), par. 273; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 96), par. 282; *Palamara-Iribarne vs. Chile* (nota 108), par. 234; *Gómez Palomino vs. Perú* (nota 96), par. 130; *García-Asto y Ramírez-Rojas vs. Perú* (nota 104), par. 276; *Blanco-Romero et al vs. Venezuela* (nota 96), par. 86; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 254; *López-Álvarez vs. Honduras* (nota 104), par. 199; *Acevedo-Jaramillo et al. vs. Perú* (nota 108), par. 308; *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (nota 108), par. 219; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 96), par. 188; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 96), par. 383; *Ximenes-Lopes vs. Brasil* (nota 96), par. 227; *Montero-Aranguren et al. (Retén de of Catia) vs. Venezuela* (nota 104), par. 130 ss.; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 96), par. 179 ss.; *Goiburú et al. vs. Paraguay* (nota 104), par. 156; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 104), par. 149 ss.; *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 69), par. 158; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 430; *La Cantuta vs. Perú* (nota 104), par. 201, par. 216. Véase también TEDH: *Hugh Jordan vs. UK*

CPI), la rehabilitación,[110] la satisfacción y garantías de no repetición[111] y otras medidas,[112] a saber, resumidamente, medidas que tienden al pleno reconocimiento del estatus de víctima[113] y, en el grado que sea posible, el reestablecimiento de sus derechos.[114] Sin embargo, se discute si existe un

(nota 96), par. 166 ss.; *Aksoy vs. Turkey* (nota 104), par. 110 ss.; *Aydin vs. Turkey* (nota 104), par. 131; *Selçuk and Asker vs. Turkey* (nota 104), par. 104 ss.; *Kurt vs. Turkey* (nota 104), par. 174-5; *Selmouni vs. France* (nota 104), par. 123. De acuerdo con los Basic Principles Victims, sección X, par. 23 y los Principles combating impunity, principio 10 C: "[C]ompensación debería ser proporcionada respecto a todo perjuicio economico tasable [...]".

[110] Sobre *asistencia médica y psicológica* véase CIDH: *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 94), par. 302; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 96), par. 312; *Gómez Palomino vs. Perú* (nota 96), par. 143; *García-Asto y Ramírez-Rojas vs. Perú* (nota 104), par. 280; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 274; *Baldeón-García v. Perú* (nota 96), par. 206; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 96), par. 403; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 104), par. 159; *Miguel Penal Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 448; *La Cantuta vs. Perú* (nota 104), par. 238. De acuerdo con los Basic Principles Victims, sección X, par. 24 y los Principles combating impunity, principio 10 D "[R]ehabilitación debería incluir atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales".

[111] Según los Basic Principles Victims, sección X, par. 25 y los Principles combating impunity, principio 10 E satisfacción y garantías de no repetición deberían incluir, *inter alia*, cesación de las violaciones, verificación de los hechos, búsqueda de los cuerpos de los asesinados o desaparecidos, disculpas, sanciones judiciales o administrativas contra el responsible, conmemoraciones a las víctimas, prevención de repetición de violaciones. Así, este derecho está en parte confundido con los derechos a verdad y justicia. Sobre las disculpas públicas véase también Hazan (nota 26), pp. 42-43; CIDH, *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 94), par. 295.

[112] Por ejemplo, *búsqueda e identificación de personas* desaparecidas o asesinadas, entrega del cuerpo: *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* [7 de junio de 2003] sentencia, Serie C n.º 187 (CIDH) par 12 ss.; *19 Comerciantes vs. Colombia* [5 de julio de 2004] sentencia, Serie C n.º 109 (CIDH), par. 265; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 96), par. 305 ss.; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 270-273; *Acevedo-Jaramillo et al. vs. Perú* (nota 108), par. 315; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 96), par. 208; *Goiburú et al. vs. Paraguay* (nota 104), par. 171; *La Cantuta vs. Perú* (nota 104), par. 231; o *medidas educativas*: *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 94), par. 303; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 96), par. 316 ss.; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 96), par. 409; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 104), par. 161; *López-Álvarez vs. Honduras* (nota 104), par. 210; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 96), par. 200; *Montero-Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela* (nota 104), par. 147; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 451; *monumentos y otros lugares de memoria*: *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 96), par. 315; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 278; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 96), par. 205; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 96), par. 408; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 104), par. 158; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (n 96), par. 199; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 454). Sobre la conmemoración pública con respecto al Cono Sur sudamericano véase Elizabeth Jelin, "Public Memorialization in Perspective: Truth, Justice and Memory of Past Repression in the Southern Cone of South America" (2007), 1 *IJTJ* 138 ss.

[113] Acto público de *reconocimiento de responsabilidad*: CIDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* [17 de junio de 2005] sentencia, Serie C n.º 125, par. 226; *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (nota 96), par. 216; *Niñas Yean Bosico vs. República Dominicana* [8 de septiembre de 2005] sentencia, Serie C n.º 130, par. 235; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 96), par. 314; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 277; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 96), par. 204; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 96), par. 406; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 96), par. 198; *Goiburú et al. vs. Paraguay* (nota 104), par. 173; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 104), par. 158; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 445; *La Cantuta vs. Perú* (nota 104), par. 235. Véase también Sooka (nota 7), p. 318.

[114] La Corte Constitucional colombiana (*Gustavo Gallón y otros* (nota 95)), par. 4.9.11.4., define el derecho a reparación "como aquel que comprende obtener una compensación económica, pero que no se limita a ello sino que abarca medidas individuales y colectivas tendientes, en su conjunto, a restablecer la situación de las víctimas". Véase también *ICTJ Guidelines*, p. 5; véase también Schlunck (nota 31), pp. 71-72; Slye (nota 52), pp. 196-7, 245; Young (nota 89), pp. 477, 479; Robinson (nota 32), p. 498.

deber estatal de reparar violaciones del derecho internacional, especialmente obligaciones de derechos humanos,[115] y la clase de reparación requerida depende mucho del contexto del conflicto.[116]

3. Alternativas a la persecución penal

12. La renuncia a la persecución penal a cambio de paz y reconciliación plantea la cuestión de las alternativas adecuadas a la justicia y persecución penal. Si bien estas alternativas no necesitan ser un equivalente de la persecución penal —no la sustituyen, sino que solo la complementan (punto 10)—, deben ofrecer un *camino alternativo serio para tratar con el pasado* y como tal tomar en consideración efectivamente los intereses de las víctimas. Esto presupone, en primer lugar, la plena participación de las víctimas en el diseño y la ejecución de estas medidas.[117] Respecto a un *proceso de paz*, especialmente respecto a las negociaciones concernientes al tratamiento de los crímenes cometidos, esto significa que la voz de las víctimas debe ser oída. Su participación es indispensable para dar legitimidad a este proceso y hacerlo socialmente aceptable.[118] El nivel y el grado de participación de las víctimas es decisivo para la contribución que la(s) medida(s) alternativa(s) pueda(n) hacer a la reconciliación nacional. Una contribución real y

---

[115] Para una discusión crítica véase Christian Tomuschat "Reparation for victims of grave human rights violations" (2002) 10 *Tul.J.Int'l.Comp.L.* pp. 158 ss. Que concluye en la p. 184, que "no existe una regla general de derecho consuetudinario en cuanto a que toda violación grave de los derechos humanos hace surgir un reclamo de reparación individual". A favor de tal deber Res. 2002/44 de la Comisión de Derechos Humanos (23 de abril de 2002), Basic Principles Victims, sección IX (en particular par. 16 refiriéndose a "obligaciones jurídicas internacionales") y Principles combating impunity, principio 9 B. Véase también Bassiouni (nota 68), pp. 48 ss. con ulteriores referencias jurisprudenciales. — Sobre un deber *interestatal* a reparar que nace de la responsabilidad del Estado véase *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro (Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)* [26 de febrero de 2007] sentencia (ICJ), par. 459 ss. estableciendo en el par. 460 (con otras referencias) que cuando no es posible la *restitutio in integrum* el "Estado lesionado tiene derecho a obtener compensación de parte del Estado que ha cometido un acto ilícito internacional por los daños causados por este" (para el mismo resultado con respecto a las violaciones a los derechos humanos Méndez (nota 95), p. 263).

[116] Según Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 118 (cuadro 32), p. 122 la mayoría de las víctimas (42%) exige una compensación económica, el 41% una disculpa (por el ofensor o por un funcionario), el 29% un monumento conmemorativo etc. Sobre una discusión con respecto a los crímenes internacionales véase Teitel (nota 14), pp. 124 ss. Para un panorama sobre las políticas de reparación material y simbólica en España, Argentina y Chile véase Paloma Aguilar "Transitional Justice in the Spanish, Argentinian and Chilean Case" (publicado en ‹www.peace-justice-conference.info/documents.asp›), pp. 10 ss. y pp. 15 ss.

[117] Véase UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 11; Report Secretary General transitional justice, par. 18; véase también Duggan (nota 50) xi refiriéndose al reconocimiento (oficial) del sufrimiento de las víctimas.

[118] Véase UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 11; Report Secretary General transitional justice, par. 18.

positiva a la reconciliación es, a la vez, un requisito para la legitimación democrática e internacional de la(s) medida(s): ¿Tuvo lugar un proceso de consulta con la sociedad en su conjunto? ¿Se han discutido las medidas públicamente y/o por órganos democráticos, tal como un parlamento elegido democráticamente? ¿Ha sido posible una discusión abierta y libre, con inclusión de una crítica de las eventuales medidas? ¿Tuvo lugar un referéndum? ¿Tomaron parte expertos y/o negociadores (de la ONU)?[119]

13. La alternativa más importante a una persecución penal (pura) es el establecimiento de una comisión de la verdad y reconciliación (CVR). Según una definición de autoridad, las comisiones de la verdad y reconciliación

> […] son órganos oficiales, temporales y de constatación de los hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años. Se ocupan en particular de las víctimas y concluyen su labor con la presentación de un informe final sobre las conclusiones de su investigación y sus recomendaciones. […] Las Comisiones de la Verdad pueden prestar una ayuda muy valiosa a las sociedades con posterioridad a un conflicto al constatar hechos relacionados con infracciones de los derechos humanos en el pasado, fomentar la rendición de cuentas, preservar las pruebas, identificar a los autores y recomendar indemnizaciones y reformas institucionales. También pueden servir de plataforma pública para que las víctimas cuenten directamente al país sus historias personales y pueden facilitar el debate público sobre cómo aceptar el pasado.[120]

De este modo, las CVR intentan hacer frente al pasado estableciendo la verdad, la cual, por un lado, va mucho más allá de la verdad judicial y narrativa de la sala de audiencias (cuyas limitaciones son puestas de manifiesto de la manera más clara a través del uso de procedimientos de reconocimiento de la culpabilidad y otros mecanismos de negociación),[121] pero, por el otro lado, siempre resta incompleta en cuanto solo abre la

---

[119] Cf. Slye (nota 52), p. 245; Robinson (nota 32), p. 497; Seibert-Fohr (nota 22), pp. 571-572; Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 278; Clark (nota 65), pp. 409-410; Duggan (nota 50) xi; también Arsanjani (nota 22), p. 66. En Sudan, el Consejo de Seguridad de la ONU fomenta la creación de instituciones tales como comisiones de la verdad y/o reconciliación, cf. S/RES1593 (2005), adoptada el 31 de marzo de 2005, par. 5.

[120] Report Secretary General transitional justice, par. 50. Véase en general también Bassiouni (nota 68), p. 32; desde un punto de vista práctico Sooka (nota 7), pp. 315 ss. Para una evaluación positiva de las CVR latinoamericanas Salmón (nota 75), p. 352: "[…] el trabajo de las comisiones de la verdad en la región ha tenido el efecto irreversible de poner a las víctimas de la violencia en primer plano y asegurar que sus voces sean escuchadas […] los informes documentan una política estatal conciente de usar violaciones de los derechos humanos para alcanzar objetivos gubernamentales".

[121] Véase Mirijan Damaška, "Negotiating Justice in International Criminal Courts" (2004), 2 *JICJ* 1018; véase también Naqvi (nota 100), pp. 271-272, y Christine Bell, "The 'New Law' of Transitional Justice" (publicado en ‹www.peace-justice-conference.info/documents.asp›), pp. 8 ss.

puerta a una ulterior investigación y establecimiento de la verdad.[122] Las CVR pueden establecer lo que algunos han definido como una "verdad global",[123] "verdad macro",[124] "verdad moral",[125] "verdad de conjunto",[126] "verdad objetiva"[127] o "verdad histórica"[128] —como opuesta a la mera verdad judicial o fáctica—,[129] a saber, una verdad que tiene en consideración todas las facetas de los crímenes y conflictos pasados;[130] sin embargo, esto no es necesariamente así.[131] De este modo, las CVR son la expresión de un enfoque integral necesario para enfrentar los múltiples problemas que surgen en sociedades

---

[122] Cf. Martin Imbleau, "Initial truth establishment by transitional bodies and the fight against denial" (2004) 15 *CLF* 159, p. 188 ("comienzo […] para un establecimiento ulterior de la verdad"); véase también la entrevista a Salomón Lerner, "Interview with Salomón Lerner" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.* 225, art. 227 ("la verdad así expuesta es abierta y susceptible de un enriquecimiento posterior […] no estamos haciendo una afirmación dogmática, incontrovertible […] Comienza con una lectura abierta de las interpretaciones y hechos establecidos científicamente que puede complementar esta suerte de búsqueda sin fin de la verdad, que, como sabemos, nunca será completa"). Sobre las diferentes formas de memoria véase también Jelin (nota 112), pp. 141 ss.

[123] Priscilla B. Hayner, *Unspeakable truths, confronting state terror and atrocity* (Nueva York y Londres: Routledge, 2001), p. 85.

[124] Imbleau (nota 122) 177.

[125] Tristram Hunt, "Whose Truth? Objective Truth and a Challenge for History" (2004), 15 *CLF* 193, p. 195.

[126] Rodolfo Mattarollo, "Definition and Primary Objectives: To Search for the Truth and Safeguard the Evidence", en Bassiouni (nota 10) 295, p. 300.

[127] Boraine (nota 24), p. 287.

[128] Eduardo González, "The contribution of the Peruvian Truth and Reconciliation Commission to Prosecutions" (2004) 15 *CLF* 55, p. 61; véase también José Zalaquett, "Confronting Human Rights Violations committed by former governments: Principles applicable and political constraints", en Aspen Institute, "States Crimes: Punishment or Pardon?" (Colorado: Aspen Institute, Wye Center, 1989), 3, p. 31: "Lo importante es que la verdad sea establecida de una forma aprobada oficialmente, en una manera que permita que las conclusiones formen parte de la documentación histórica […] y que establezca una versión autoritativa de los hechos, por sobre y encima de consideraciones partidarias". Críticamente Hunt (nota 125), p. 198, reclama cautela en cuanto al valor de verdad de las CVR y considerándolas como "hechos históricos" más que "fuentes"; sobre este punto véase también Elizabeth Cole, "Transitional Justice and the Reform of History Education" (2007), 1 *IJTJ* 115, pp. 119-120, quien aboga por una vinculación entre las CVR y la educación histórica; sobre el efecto educativo también Boraine (nota 24), p. 294.

[129] Sobre los diferentes objetivos de los procesos penales y las CVR véase también *Prosecutor v. Norman*, Decision on the request by the TRC of Sierra Leone to Conduct a Public Hearing with Samuel Hinga Norman [29 de octubre de 2003], Case n.º SCSL-2003-08-PT (Corte Especial de Sierra Leona), par. 12. Véase también Boraine (nota 24), pp. 292 ss.; Cárdenas (nota 47), pp. 172-173.

[130] Sobre este complejo concepto de verdad véase, con más detalle, Imbleau (nota 122), pp. 160, 162, 167 (verdad "en el contexto de transición"), 177-8, 187 ss.; véase también la entrevista a Lerner (nota 122), pp. 225-226 ("[…] concepto fenomenológico de verdad, si así es como entendemos un proceso de descubrimiento, de descorrimiento del velo y en consecuencia de exploración del sentido, de los significados de las acciones humanas"); Adolfo Chaparro, "La función crítica del 'perdón sin soberanía' en procesos de justicia transicional", en A. Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), pp. 246 ss. Se refiere a "memoria"; Orentlicher (nota 22), p. 16.

[131] Sobre la verdad parcial véase Osiel (nota 17), p. 134; véase también la discusión crítica en Teitel (nota 14), pp. 81 ss.

posconflictuales,[132] pero también pueden examinar casos individuales[133] y pueden operar con diferentes conceptos de verdad.[134]

14. Con la creciente importancia de las CVR,[135] especialmente el modelo relativamente exitoso de Sudáfrica,[136] la investigación también ha aumentado considerablemente.[137] La investigación muestra que cada una de las CVR debe ser analizada

[132] Aboga por tal enfoque por ejemplo Kritz (nota 10), pp. 58-59, 66; Naomi Roht-Arriaza, "Civil Society in Processes of Accountability", en Bassiouni (nota 10), p. 97; idem "Truth Commissions as part of a social process: possible guidelines", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), p. 279; para una aproximación holística Stahn (nota 47), p. 458; Sooka (nota 7), p. 320; a favor de "instrumentos múltiples", Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), pp. 111, 162; Orentlicher (nota 22) 16; Jelin (nota 112), p. 156.

[133] Véase Mattarollo (nota 126), p. 300 ("verdad individual").

[134] Véase Cassin (nota 15), p. 240 refiriéndose a la CVR sudafricana ("De acuerdo con el mismo informe, la CVR trabajó de hecho con cuatro conceptos de verdad explícitamente retóricos e interconectados, cada uno definido por la situación en la cual era expresado. El primero era verdad 'factual' o 'forense', una verdad judicial referida a las decisiones razonadas del Comité de la Amnistía. El segundo era verdad 'personal y narrativa', la verdad expresada en términos prácticos por cada persona durante las audiencias y testimonianzas individuales. El tercero se refería a la verdad 'social'", una verdad de diálogo obtenida a través del proceso de confrontación o intercambio verbal entre víctimas y torturadores. Y finalmente, la cuarta verdad era la verdad 'curativa' y 'restaurativa', la verdad donde era decidido trazar un límite, la verdad que era suficiente para producir consenso acerca de aquello sobre lo cual y con lo cual podía ser construida la nación arcoiris. Estos fueron los estadios en la construcción discursiva que creó una verdad efectiva suspendiendo la diferencia entre la verdad real, que es objetiva, y las verdades falsas, que son subjetivas"); sobre estas clases de verdad véase también Boraine (nota 24), pp. 288 ss. Sobre los conceptos de verdad desde una perspectiva filosófica Naqvi (nota 100), pp. 249 ss.

[135] Cf. *Mallinder study* (nota 29), par. 51, incluida la figura 6 que muestra el aumento desde 1985 a 2005.

[136] Cf. Boraine (nota 24), pp. 258 ss., indica seis razones del "nivel de éxito" (258) de la CVR de Sudáfrica: apoyo del partido gobernante (ANC) y del gobierno (especialmente del presidente Nelson Mandela): las exitosas negociaciones políticas que precedieron a la CVR, una sociedad civil muy fuerte, el interés de la comunidad internacional, el carácter religioso de la CVR, la personalidad de su presidente Desmond Tutu; sobre los beneficios de una CVR en comparación con las persecuciones penales, ibídem, pp. 286 ss.

[137] Para un estudio más detallado, véase Hayner (nota 123) Chart 1, Appendix 1, pp. 291 ss., en donde analiza 21 comisiones de la verdad desde 1974; para una actualización véase ídem, "Truth commissions: a schematic overview" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.*, 295 ss. Un panorama sobre las CVR latinoamericanas proporciona Salmón (nota 75), pp. 344 ss., refiriéndose a Argentina, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá y Perú. Véase también Schlunck (nota 31), pp. 64 ss., 260-261 centrándose en El Salvador y Sudáfrica. Sobre la CVR peruana Véase González (nota 128), pp. 55 ss. y la entrevista a su presidente Salomón Lerner (nota 122), pp. 225 ss.; sobre la "Comisión para el esclarecimiento histórico" guatemalteca véase Paul Seils, "The Limits of Truth Commissions in the Search for Justice: An Analysis of the Truth Commissions of El Salvador and Guatemala and Their Effect in Achieving Post-Conflict Justice", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Nueva York: Transnational Publishers, Ardsley, 2002), pp. 785 ss.; sobre la CVR salvadoreña, ibídem, pp. 779 ss.; Buergenthal (nota 56), pp. 292 ss.; Kemp (nota 22), pp. 77 ss.; Popkin (nota 55), pp. 107 ss.; sobre la CVR de Sierra Leona véase William Schabas, "A synergistic relationship: The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone" (2004), 15 *CLF* 3 ss.; Kritz (nota 10), pp. 66 ss. y Jennifer Poole, "Post-Conflict Justice in Sierra Leone", en Bassiouni (nota 10), pp. 577 ss.; sobre la "Comisión Nacional de Reconciliación" de Ghana, véase Ken Attafuah Agyemang, "An overview of Ghana's National Reconciliation Commission and its relationship with the courts" (2004) 15 *CLF* 125 ss.; sobre la "Comisión para la recepción, la verdad y la Reconciliación" de Timor Oriental (la respectiva Regulación 2001/10 de la UNTAET está reimpresa en Bassiouni (nota 10), pp. 546 ss.), Patrick Burgess, "Justice and reconciliation in East Timor. The relationship between the Commission for Reception, Truth and Reconciliation and the Courts" (2004), 15 *CLF* 135 ss. y Kritz (nota 10), pp. 78-79; sobre la CVR de Bosnia-Herzegovina, Kritz (nota 10), pp. 60 ss. La "Ley de Justicia y Paz" colombiana (nota 204) establece una "Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación"

según sus propias características, dado que sus competencias y poderes, así como el marco sociopolítico de su funcionamiento, varían enormemente.[138] Desde un punto de vista estructural simplificado puede distinguirse entre comisiones de la verdad con mandato limitado y sin poderes judiciales, las cuales tienden principalmente a legitimar y/o preparar la impunidad de los mayores responsables (aquí llamadas *CVR de impunidad*) y otras que poseen un amplio mandato con poderes cuasijudiciales,[139] suficientes recursos y la necesaria independencia para decidir sobre la base de criterios racionales (*CVR efectivas*).[140] Las CVR, en su forma ideal, complementan o preparan la persecución penal.[141] En este caso, surgen complejas cuestiones de delimitación entre los tribunales (nacionales e internacionales) y las respectivas CVR,[142] especialmente en cuanto a si y en qué medida las confesiones o los testimonios prestados ante una CVR pueden ser usados en los procesos penales subsiguientes.[143] Si una CVR es considerada como sustituta de las persecuciones penales, entonces debe cuestionarse la capacidad del sistema de justicia penal respectivo para hacer frente a los crímenes del pasado. Dado que una CVR no puede ser considerada como un equivalente a la persecución penal,[144] la renuncia a

(arts. 50-52), pero su competencia es muy limitada; en particular no está autorizada a recomendar que se lleven a cabo persecuciones penales (críticamente también Durán (nota 20), pp. 34-35).

138 Hayner (nota 100), p. 216; Jason Abrams y Priscilla Hayner, "Documenting, acknowledging and publicizing the truth", en Bassiouni (nota 10) 283, p. 284; Werle (nota 18) nm 205.

139 Pero, normalmente, no se trata de poderes judiciales *stricto sensu*, esto es, los poderes de una corte penal, véase Mattarollo (nota 126), pp. 295-296; excepcionalmente, la CVR sudafricana estaba incluso facultada a ordenar el registro y el secuestro de bienes, así como la citación de personas, véase Boraine (nota 24), pp. 272-273.

140 Véase para una comparación entre la comisión de la verdad chilena y aquella sudafricana en este sentido Dugard (nota 65), pp. 1009 ss.; véase también Dugard (nota 61), p. 703; para una comparación entre los procesos de amnistía chileno y sudafricano véase Gavron (nota 65), pp. 112 ss. Para una comparación estructural entre internacional vs. doméstico, investigación selectiva vs. general, cuasi judicial vs. averiguación de los hechos, investigación vs. reintegración, véase Stahn (nota 47), pp. 428 ss.

141 Hayner (nota 100), p. 215; Abrams y Hayner (nota 138), p. 286; véase también Méndez (nota 29), pp. 29-30, 33; Crocker (nota 29), pp. 546-547 ss.; Robinson (nota 32), p. 484; Cárdenas (nota 47), p. 172; Naqvi (nota 100), p. 270; Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 106. Similarmente, la justicia restaurativa no puede sustituir, sino solo complementar a los procesos penales, véase Uprimny y Saffon (nota 4), pp. 219, 220 ss.

142 En general sobre esta cuestión Abrams y Hayner (nota 138), p. 287; Kemp (nota 22), pp. 74 ss.; sobre la relación entre el TPIY y la CVR en Bosnia Herzegovina Kritz (nota 10), pp. 62 ss.; sobre la relación entre la CESL y la CVR de Sierra Leona Schabas (nota 137), pp. 25 ss.; Kritz (nota 10), pp. 68 ss. y Poole (nota 137), pp. 589 ss.; sobre la relación entre la CVR de Timor Oriental y la Unidad de investigación de Crímenes Graves de la ONU Burgess (nota 137), pp. 144 ss.

143 Sobre el mecanismo del "inmunidad por testimonianza", véase Naqvi (nota 100), pp. 270-271.

144 CIDH, *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 69), par. 150 (la "'verdad histórica' contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales"); *La Cantuta vs. Perú* (nota 104), par. 224; *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 94), par. 187 ss. Véase también ComIDH, *Chanfeau et al. vs. Chile* [7 de abril de 1998] Informe n.° 25/98, par. 68 ("No puede considerarse a la Comisión de verdad como un sustituto adecuado de un proceso judicial"). Similarmente, *Ellacuría et al. vs. El Salvador* [22 de diciembre de 1999] Informe n.° 136/99 (ComIDH), par. 229 ss.; *Romero y Galdámez v. El Salvador* [13 de abril de 2000] Informe n.° 37/00 (ComIDH), par. 149-150.

la última a favor de la primera sabe a acuerdo político, lo cual no refuerza el Estado de derecho y la separación de poderes, sino que indica la incapacidad del sistema de justicia penal en cuestión en el sentido del artículo 17 (3) Estatuto CPI (ver punto 42).[145] En todo caso, si una CVR opera como sustituta (parcial) de la justicia, entonces la verdad que ha de ser descubierta por la CVR debe compensar, en términos cualitativos y cuantitativos, la pérdida o déficit de justicia.

15. La efectividad de las CVR depende de cuán dispuestos y preparados para hacerlas estén los principales actores políticos; ellas dependen de su buena voluntad y cooperación.[146] Si los mayores responsables no contarán la verdad si no se les ofrecen ciertas garantías —por ejemplo, que sus declaraciones no puedan ser usadas en su contra en un proceso penal posterior, entonces estas garantías habrán de dárseles—.[147] Una CVR efectiva puede ciertamente constituir una vía alternativa seria para tratar con el pasado en cuanto establece una "verdad global" que va más allá de la mera verdad judicial (punto 13);[148] de este modo, puede contribuir a la reconciliación nacional[149] y constituir una parte integral de un proceso de restauración de la sociedad[150] con un importante potencial transformador.[151] En este sentido, una CVR puede reclamar reconocimiento internacional, especialmente *vis-à-vis* el sistema de justicia penal internacional.[152] Este

---

[145] Por esta razón, en contra de la sustitución de una persecución penal por una CVR, Principles combating impunity, principio 12 A; similarmente Joyner (nota 22), p. 39, critica que las CVR "no pueden [...] llamar a un criminal específico a dar cuentas por sus crímenes"; es demasiado simplista y polémico, sin embargo, caracterizar a las CVR como la "Inquisición española de los tiempos modernos" (ibídem, 37); también Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 107 refiriéndose al riesgo de un intercambio que implique la falta de persecución por razones políticas. Críticamente también Méndez (nota 95), p. 275; Seils (nota 137), p. 794; Cárdenas (nota 47), p. 180. Un buen resumen de los pro y los contra es ofrecido por Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 107.

[146] Cf. Seils (nota 137), p. 793. Para un ejemplo positivo, véase el apoyo de la CVR sudafricana por parte del ANC y del presidente Nelson Mandela (Boraine, como citado en la nota 136).

[147] Para una discusión con respecto a Sierra Leona véase Schabas (nota 137), pp. 29-30, 41-42, para quien la voluntad de cooperar con la CVR "puede tener mucho menos que ver con promesas de amnistía o amenazas de persecución de lo que muchos pueden pensar" (p. 42). Véase en general Cárdenas (nota 47), p. 174.

[148] A favor del mejor "efecto de verdad" véase también Dugard (nota 65), 1006, quien cita la decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica en *AZAPO et al. vs. The President et al* (nota 24); véase también Dugard (nota 61), p. 695; Brian F. Havel, "Public Law and the Construction of Collective Memory", en Bassiouni (nota 10), pp. 389 ss.

[149] Hayner (nota 100), p. 216; Abrams y Hayner (nota 138), p. 290. Además de contribuir a la reconciliación, el establecimiento de la verdad puede contribuir a restaurar y mantener la paz, erradicar la impunidad, reconstruir identidades nacionales, establecer el pasado histórico (cf. Naqvi (nota 100), p. 247) y provocar un cambio institucional (Šimonović (nota 31), p. 703). Véase también Pfanner (nota 29), pp. 363-364.

[150] Boraine (nota 24), pp. 295-296; Meintjes (nota 15), p. 460. Según Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 143 cuadro 42, la utilidad de una CVR aumenta, desde la perspectiva de las víctimas, con el grado de victimización.

[151] Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 126.

[152] Véase a este respecto el legítimo reclamo hecho por la CVR sudafricana en cuanto a la responsabilidad penal internacional del crimen de apartheid: "La Comisión cree que el reconocimiento internacional debería ser dado al hecho de que la Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación, y el proceso mismo

reconocimiento, sin embargo, depende del tratamiento de las exenciones de castigo, especialmente de las amnistías, por la CVR. Mallinder constata que las amnistías han sido introducidas con independencia de una CVR, antes o después de su establecimiento (por ejemplo, en Chile y El Salvador, respectivamente), o conjuntamente con ella;[153] el ejemplo más claro de la relación entre CVR y amnistía lo ofrece el caso sudafricano, donde la CVR estaba facultada a conceder la amnistía individualmente.[154] Claramente, si el gobierno toma la decisión de amnistiar sin considerar las conclusiones de la CVR, su credibilidad se debilita gravemente. Por otro lado, la facultad de conceder una amnistía plantea la cuestión de si se han respetado las limitaciones *ratione materiae* o *personae* (*infra,* punto 21). Así, por ejemplo, la facultad de conceder amnistías de la CVR sudafricana se extiende incluso a los crímenes (políticos) más graves, mientras que esta posibilidad fue excluida en el caso de la Comisión para la Recepción, Verdad y Reconciliación de Timor Oriental.[155] En todo caso, la mayoría de las veces la amnistía ha sido excluida en casos de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio.[156]

16. Si se toman en consideración las experiencias de varias CVR, pueden obtenerse algunas de las mejores prácticas y desarrollarse ciertas pautas.[157] Si estas son seguidas, podremos hablar de una *CVR efectiva* en el sentido arriba mencionado (punto 14) y muy probablemente serán conseguidos los objetivos supremos de paz, justicia (en sentido amplio) y reconciliación. Los criterios relevantes pueden ser resumidos como sigue:

---

de esta Comisión, han intentado afrontar adecuadamente el asunto de la responsabilidad por tales políticas" (*TRC Report*, vol. 5, p. 349 [1998], citado según Dugard (nota 65), p. 1009.

153 Cf. *Mallinder study* (nota 129), par. 46.

154 Este fue uno de los rasgos especiales de la CVR sudafricana (cf. Boraine (nota 24), p. 269), véase más detalladamente abajo, par. 31 y la nota 273 ss.

155 Cf. UN-Ecosoc, *Impunity*, 27.2.2004, par. 12.

156 Véase, por ejemplo, la Ley de Reconciliación Nacional guatamalteca que excluye de la amnistía el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas o crímenes que son imprescriptibles (Méndez (nota 29), p. 36; Kemp (nota 22), p. 82; véase en general *ICTJ Guidelines*, p. 5.

157 Véase en particular UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 19; Abrams y Hayner (nota 138), pp. 283 ss. (293); Mattarollo (nota 126), pp. 295 ss.; Cassese (nota 89), pp. 451-452; véanse también *ICTJ Guidelines*, p. 5; Principles combating impunity, principles 11, 13; Joyner (nota 22), p. 40; Roht-Arriaza (nota 132), pp. 281 ss.; Dugard (nota 65), p. 1012; Benjamin Schiff, "Do Truth Commissions promote Accountability or Impunity? The Case of the South African Truth and Reconciliation Commission", en Bassiouni (nota 10), pp. 325 ss.; Robinson (nota 32), p. 497; Claudia Cárdenas, "The admissibility test before the ICC under special considerations of amnesties and truth commissions", en Kleffner y Kor (eds.), *Complementary views on complementarity* (La Haya: Asser Press, 2006) 115, p. 135; Salmón (nota 75), p. 343; Sooka (nota 7), pp. 317 ss.; sobre el rasgo absolutamente especial de la relativamente exitosa CVR sudafricana Boraine (nota 24), pp. 269 ss. Véase también los principios de responsabilidad propuestos por Bassiouni (nota 68), p. 40.

- Una CVR debería estar compuesta de *personalidades* reconocidas e independientes de todos los grupos y sectores sociales relevantes, seleccionadas a través de un proceso consultivo y representativo.
- En el nivel operacional, debería establecerse un punto de contacto identificado públicamente para las víctimas y los testigos.
- Una CVR debe disponer de *recursos* adecuados y tener suficiente *independencia* del Estado y otros grupos interesados;[158] debe poseer facultades de investigación suficientes y recibir apoyo nacional e internacional.
- El *mandato* de una CVR no debe estar limitado al establecimiento de responsabilidades individuales; también debe arrojar luz sobre las *causas del conflicto* para prevenir la repetición de futuras violaciones. Como mínimo, deberían integrar el mandato los crímenes codificados en el Estatuto de la CPI (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra).[159] Deberían investigarse casos representativos que ilustren patrones de criminalidad y prestarse especial atención a la violencia relacionada con el género.[160]
- El *mandato* debería estar limitado en el tiempo,[161] pero debería haber un procedimiento posterior que permitiera eventualmente la continuación de la investigación si el esclarecimiento de las atrocidades del pasado no ha sido satisfactoriamente alcanzado por la primera CVR.
- Una CVR debería identificar a las víctimas y recomendar reparaciones a los órganos estatales competentes.[162]

---

[158] Véase TEDH, *Hugh Jordan vs. UK* (nota 96), par. 11 ("Los miembros de tal comisión [de investigación] serán elegidos por su reconocida imparcialidad, competencia e independencia como individuos. En particular, ellos serán independientes de toda institución, agencia o persona que pueda ser sometida a la investigación").

[159] Para Cassese (nota 89), p. 451, el genocidio debe ser afrontado exclusivamente por medio del sistema de justicia penal.

[160] Véase por ejemplo sobre esta cuestión Roht-Arriaza (nota 132), p. 284; Sooka (nota 7), pp. 322-323.

[161] De acuerdo con la UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 19 (h), por lo general no debería durar más de dos años completamente operativos; según Abrams y Hayner (nota 138), p. 288 las Comisiones han operado en su mayor parte por menos que dos años; según Hayner (nota 137), p. 295, "uno a tres años en promedio"; véanse también los ejemplos dados por Mattarollo (nota 126), p. 313; a favor de un mandato limitado, también Roht-Arriaza (nota 132), p. 283.

[162] De acuerdo con la UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 19 (b), una CVR no debería garantizar directamente reparaciones, dado que esto la desviaría de su rol de búsqueda de la verdad; según Cassese (nota 89), p. 451, una CVR puede determinar reparaciones; Boraine (nota 24), pp. 294-295, ve esto incluso como una función importante.

- Debería existir plena *cooperación* con otros órganos estatales involucrados en la justicia de transición, incluido el suministro de información a las autoridades de persecución.
- Las *personas sospechosas*[163] deberían comparecer ante la CVR a fin de que confiesen públicamente sus crímenes y proporcionen pruebas sobre otros crímenes; las víctimas deberían estar presentes;[164] en caso de identificación de los autores ("mencionar los nombres"), deben respetarse sus derechos a un debido proceso.[165]
- La posible concesión de *amnistías* o *indultos* debería estar condicionada: debería depender de la naturaleza y la gravedad de los crímenes y de la extensión con la cual los sospechosos han cooperado en el descubrimiento de la verdad y en la compensación a las víctimas; si no se cumplen estas condiciones, la CVR debe estar facultada para rechazar la aplicación y transmitir el caso al sistema de justicia penal.
- Debería haber una *amplia participación* de la sociedad concernida en el diseño y la operación de la CVR, en particular de las víctimas y/o sus representantes.[166] El *informe* final debería ser publicado y puesto *ampliamente a disposición* del público en general a través de medios de información que sean técnica y culturalmente accesibles. "Cuanto más próximo a las víctimas y al público en general pueda ser llevado física y psicológicamente un trabajo

[163] Para Cassese (nota 89), p. 451 los autores del nivel más alto deberían ser enjuiciados o por el sistema de justicia penal nacional o por el internacional.

[164] Cf. Cassese (nota 89), p. 451; más restrictiva la UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 19 (d) ("Si una comisión de la verdad tiene autoridad para identificar a los sospechosos […]").

[165] La mención de los autores es discutible para el debido proceso. Los principios para la lucha contra la impunidad de Orentlicher proporcionan alguna guía (principio 9): "Antes de que una comisión identifique a los autores en su informe, las personas interesadas tendrán derecho a las siguientes garantías: (a) La comisión deberá tratar de corroborar la información que implique a esas personas antes de dar a conocer sus nombres públicamente; (b) Las personas implicadas deberán haber sido escuchadas, o al menos, convocadas a tal fin, y tener la posibilidad de exponer su versión de los hechos en una audiencia convocada por la comisión mientras realiza su investigación o de incorporar al expediente un documento equivalente a un derecho de réplica". Para una discusión véase Osiel (nota 17); Hayner (nota 123), pp. 114-115 ss.; Hayner (nota 137), p. 296; Naqvi (nota 100), p. 272; a favor de mencionar a los autores pero recordando los derechos de los sospechosos al debido proceso Abrams y Hayner (nota 138), p. 286; Imbleau (nota 122), pp. 186-187; a favor solo si luego no tendrá lugar un proceso Méndez (nota 95), pp. 267-268; recordando los derechos al debido proceso también Pfanner (nota 29), p. 370). Esta competencia tuvieron, por ejemplo, la CVR sudafricana (Boraine (nota 24), p. 275) y la CVR salvadoreña (cf. Popkin (nota 55), pp. 109, 111). El problema es aparentemente ignorado por Posner y Vermeule (nota 7), p. 767 dado que ellos argumentan, sin más, que el propósito de las CVR "es revelar las identidades de los autores".

[166] Sobre la importancia de la participación pública y de la integración de la sociedad civil en los procesos de responsabilidad, véase Meintjes (nota 15), p. 460; Roht-Arriaza (nota 132), pp. 98 ss.; Mattarollo (nota 126), pp. 306-307; Filippini y Magarrell (nota 8), pp. 160 ss.; Chaparro (nota 130), p. 234; Sooka (nota 7), p. 314; sobre la experiencia sudafricana Boraine (nota 24), pp. 270 ss.; Bell (nota 121), p. 13.

de comisión, más potentes serán los efectos educacionales y catárticos de la comisión".[167]

- Todos los órganos del Estado deben considerar de buena fe las recomendaciones de la CVR e implementarlas en la mayor medida posible; para ese propósito debería establecerse un órgano de *supervisión*.[168]

17. Además de una CVR existen otros mecanismos de justicia alternativos,[169] los cuales pueden ser organizados en cuatro grupos:

- La restitución, la reparación/compensación, la rehabilitación y la no repetición están dirigidos a las víctimas y como tales son una consecuencia directa de los derechos de las víctimas.[170]
- La lustración,[171] descalificación y las purgas son procedimientos administrativos y de investigación de antecedentes (*screening*) dirigidos a la exclusión de cierto grupo de personas vinculadas con el antiguo régimen de la función pública y/o de otros puestos socialmente importantes para facilitar la reforma institucional.[172] Los ejemplos incluyen la desnazificación por los aliados después de la segunda guerra mundial, la investigación de antiguos

---

[167] Abrams y Hayner (nota 138), p. 288; Hazan (nota 26), p. 37.

[168] El artículo 18 de la Ley de la CVR de Sierra Leona de 2000 establece que el Gobierno debe instituir un órgano para supervisar la implementación de las recomendaciones de la Comisión y facilitar su implementación. El Gobierno debe proporcionar a este órgano informes trimestrales que serán publicados y evaluados por él (UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 19 (e)). Según Abrams y Hayner (nota 138), p. 286, y Mattarollo (nota 126), p. 322, debe prestarse mayor atención a la implementación de las recomendaciones. Para Sooka (nota 7), p. 324, la frecuente falta de implementación de las recomendaciones conduce a una crisis de legitimidad de las CVR.

[169] Véase *ICTJ Guidelines*, p. 5.

[170] Véase supra el punto 10 y la nota 114.

[171] Del latín *lustratio:* "purificación por medio de sacrificio", véase la definición en William Smith, *Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (Londres: John Murray, 1875), p. 719; para una versión electrónica efectuada por el proyecto *Ancient Library* de la Universidad de Michigan véase ‹www.ancientlibrary.com/smith-dgra/› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

[172] Para un estudio crítico, véase Roman Boed, "An Evaluation of the Legality and Efficacy of Lustration as a Tool of Transitional Justice", en Bassiouni (nota 10), pp. 345 ss. quien concluye que la lustración puede conducir a injustas discriminaciones, no tener por objetivo a los mayores responsables y no fomentar la reconciliación (pp. 379 ss.); en un sentido similar Posner y Vermeule (nota 7), pp. 802 ss.; crítico sobre la falta de garantías procesales también Joyner (nota 22), p. 37; Paul Williams, "Non-criminal civil and political measures for combating impunity for international crimes. Report of the Rapporteur", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998) 287, pp. 289-290; Šimonović (nota 31), p. 704; véase también Herman Schwartz, Lustration in Eastern Europe, en Kritz (nota 2), pp. 461 ss.; Schlunck (nota 31), pp. 70-1; *ICTJ Guidelines*, p. 5; Teitel (nota 14), pp. 163 ss.; Bassiouni (nota 68), pp. 34-35; Kritz (nota 10), pp. 80 ss.; Durán (nota 20), p. 37; Cryer et al. (nota 76), p. 35. Véase también Principles combating impunity, principios 14, 15 y 17- 19.

informantes del Ministerio para la Seguridad del Estado (Stasi) en la antigua RDA, la exclusión del ejército y de otros cargos públicos de los miembros del partido Baath por la autoridad de ocupación de los Estados Unidos en Irak y una nueva y controvertida ley polaca.[173]

- El desarme, la desmovilización y la reintegración constituyen un proceso colectivo dirigido a la reintegración de los antiguos grupos armados en la (nueva) sociedad.[174]
- Las formas de justicia tradicional (no occidental) —por ejemplo, los *Gacaca* en Ruanda, *Ubuntu* en Sudáfrica o los ritos de reconciliación (especialmente *mato oput*) de los *Acholi* en Uganda— son con frecuencia una reacción a los sistemas de justicia penal nacional o internacional inspirados en modelos occidentales y aspiran a ofrecer una aproximación al problema más prometedora, dado que toman en consideración la cultura y las tradiciones locales.[175] En efecto, la imposición del estilo occidental de justicia penal puede impedir a las víctimas afirmar el control sobre su propia victimización

---

[173] La nueva ley del 15 de marzo de 2007 obliga a las personas nacidas antes del 1 de agosto de 1972 a presentar a las autoridades las llamadas "declaraciones de lustración", en cuanto a su relación con los servicios de seguridad polacos durante el período del gobierno comunista. Esta ley ha recibido fuertas críticas y fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional polaca el 12 de mayo de 2007 (véase International Press Institute, ‹www.freemedia.at/cms/ipi/statements_detail.html?ctxid=CH0055&docid=CMS1176367304750›; Andreas Leixnering, "Communist screening law divides polish society", ‹www.dw-world.de›, visitada por última vez el 7 de mayo de 2007; www.trybunal.gov.pl/eng/).

[174] *ICTJ Guidelines*, p. 5; UN Department of Peace Keeping Operations, 1999; Tobias Debiel y Ulf Terlinden, "Promoting Good Governance in Post-Conflict Societies", Discussion Paper (Eschborn: GTZ, 2005) 2005, pp. 10 ss.; por un proyecto concreto de la GTZ en Costa de Marfil, véase: ‹www.gtz.de/de/weltweit/afrika/cote-d-ivoire/16849.htm› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007); para una evaluación crítica del desarme, la desmovilización y la reintegración en Colombia Theidon (nota 37), pp. 66 ss., concluyendo, *inter alia*, que el desarme, la desmovilización y la reintegración se focalizaron tradicionalmente demasiado en objetivos militares y de seguridad, ignorando los aspectos de justicia de transición del esclarecimineto histórico, la justicia, la reparación y la reconciliación.

[175] Véase por ejemplo con respecto a los *Gacaca*, Peter Uvin y Charles Mirenko, "Western and local approaches to justice in Rwanda" (2003), 9 *Global Governance* 219, pp. 228 ss., donde sostiene que los sistemas de justicia inspirados en occidente (TPIR, procesos domésticos) han fracasado y que los *Gacaca* ofrecen una alternativa prometedora; sobre el concepto de *Ubuntu* véase Boraine (nota 24), p. 362; sobre los ritos de los Acholi véase Baines (nota 39), pp. 103 ss., concluyendo, sin embargo, que "hay muchas cuestiones pendientes que necesitarían ser respondidas" (114). Véase también Kritz (nota 10), pp. 77-78; Simon, Jan-Michael, "Criminal Accountability and Reconciliation", en Hans-Jörg Albrecht, Jan-Michael Simon, Hasan Rezaei, Holger Rohne y Ernesto Kiza (eds.), *Conflicts and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies - Between Tradition and Modernity* (Berlín: Duncker & Humblot, 2006) 99, pp. 104 ss.; Sandrine Schilling, *Gegen das Vergessen* (Berna: Peter Lang, 2005), pp. 270 ss.; TPIY (nota 81), pp. 17 ss.; Manisuli ss.enyonjo, "The ICC and the Lord´s Resistance Army Leaders: Prosecution or Amnesty?" (2007), 7 *ICLR*, pp. 373 ss. Sobre los diferentes puntos de vista de las víctimas acerca del posible uso de las prácticas de los Acholi véase OHCHR (nota 34), pp. 52 ss. Sobre las prácticas de los espíritus de los *Magamba* en Mozambique véase Victor Igreja, "Gamba Spirits and the Homines Aperti: Socio-Cultural Approaches to Deal with Legacies of the Civil War in Gorongosa, Mozambique" (publicado en ‹www.peace-justice-conference.info/documents.asp›), pp. 6 ss.

y conduce a una "externalización de la justicia".[176] Los procedimientos tradicionales pueden, sin embargo, entrar en conflicto con el concepto —es necesario admitirlo: occidental— de debido proceso.[177]

18. Las medidas incluidas en los primeros dos grupos constituyen predominantemente sanciones no penales o no punitivas,[178] el tercer grupo comporta beneficios para los individuos afectados y el cuarto grupo puede consistir, a la vez, en sanciones penales y no penales. Las sanciones no penales, en principio, no deberían sustituir a las sanciones penales, sino más bien complementarlas.[179] La aplicabilidad de medidas individuales depende de las circunstancias de cada caso. Un sistema de variables en cuanto a las características del conflicto, a los actores (variables de estructura y contexto), al proceso de intervención (variable de proceso) y a los resultados posibles (variable de resultado) ayuda a seleccionar las medidas adecuadas.[180] El escenario más probable es una aplicación combinada, dado que las medidas son "complementarias, y cada una desempeña un papel particular importante".[181] La aplicación de formas alternativas de justicia puede ser considerada un factor atenuante en los procedimientos penales normales.[182]

4. Ponderación de intereses por vía del test de proporcionalidad

19. En definitiva, la admisibilidad de limitaciones al interés de justicia, en particular por medio de la abstención de una persecución penal, depende del resultado de una sofisticada ponderación de los intereses en conflicto —paz y justicia—. Este

---

176 Cf. Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 95; en sentido similar Darcy (nota 45), p. 394: "procesos y tribunales internacionales supone un concepto típicamente occidental de justicia retributiva que puede tener poco eco en muchas de las comunidades en cuyo favor ellos tendrían que operar […]".

177 Stahn (nota 65), p. 713; ídem (nota 47), p. 454; Baines (nota 39), p. 108, y *HRW Memorandum* 2007, p. 7, insistiendo en "estándares de debido proceso internacionalmente reconocidos […] en toda alternativa nacional a las persecuciones de la CPI"; véase también el caso ejemplificado por Clark (nota 65), pp. 411-2. Esto también genera problemas con respecto al.art. 17 (2) Estatuto de la CPI; véanse el punto 42 y la nota 378.

178 Sobre el uso y significado de este término véase también Williams (nota 172), p. 287; Kritz (nota 10), pp. 80 ss.; Frank Meyer, "Complementing Complementarity" (2006), 6 *ICLR* 549, p. 552.

179 Véase también Principles combating impunity, principio 16 A.

180 Para mayores detalles véase Schlunck (nota 31), pp. 79 ss.

181 UN-Ecosoc, *Impunity,* 27.2.2004, par. 10.

182 Cf. Stahn (nota 65), p. 704.

ejercicio de ponderación consiste metodológicamente en un test de *proporcionalidad*[183] en tres niveles, tal como lo ha desarrollado la Corte Constitucional alemana[184] y elaborado ulteriormente desde el punto de vista teórico el estudioso alemán Robert Alexy con su famosa *ley de ponderación* (*Abwägungsgesetz*).[185] La aplicación de este triple test a nuestro caso es como sigue: Primero, debe determinarse si la medida en cuestión —por ejemplo, una amnistía—, es *adecuada* para alcanzar el objetivo pretendido, esto es, una transición pacífica o la paz de la sociedad en cuestión.[186] Esto implica un análisis de la seriedad y legitimidad del objetivo declarado, es decir, si la autoridad (normalmente el gobierno) que ofrece la medida de exención persigue real y seriamente este objetivo y no otros planes políticos —por ejemplo, la legalización de un grupo armado con el cual simpatiza—. El criterio de la adecuación plantea particularmente la cuestión de si la medida es parte de un proyecto global para romper con el anterior régimen o, por el contrario, garantiza su continuidad.[187] Además, es esencial la cuestión de si el nuevo sistema creado sobre la base de una amnistía defiende los derechos humanos y respeta el Estado de derecho.[188]

20. En segundo lugar, la medida también debe ser *necesaria* o *indispensable* para alcanzar dicho objetivo,[189] esto es, no deben existir otras medidas que sean menos intrusivas para el interés justicia. Por ejemplo, una amnistía ofrecida a grupos armados irregulares plantea la cuestión de si la paz o una transición pacífica no podría alcanzarse por medio de una medida menor, o sea, por una amnistía menos amplia —por ejemplo, que excluya a los crímenes más graves y a los mayores responsables— o por una medida diferente —por ejemplo, una atenuación sustancial del castigo—. En el sentido de un principio o excepción de necesidad, como propone Robinson,[190] es posible preguntarse si la medida es debida a realidades políticas, sociales y económicas.

---

[183] Véase también Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 278-9; Uprimny y Saffon (nota 4), pp. 229-30.

[184] Véase la decisión fundamental *Erdölbevorratung* [16 de marzo de 1971] BVerfGE 30, 292 (Corte Constitucional alemana), p. 316.

[185] Véase el trabajo fundamental de Robert Alexy *Theorie der Grundrechte* (Baden-Baden: Nomos, 1985), p. 146, donde explica esta regla con las siguientes palabras: "Según la ley de la ponderación la medida admisible de no satisfacción o afectación de un principio depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya en la definición del concepto de principio, con la cláusula 'relativamente a las posibilidades jurídicas', es puesto en relación con aquello que es exigido por el principio respectivo con aquello que es exigido por los principios opuestos. Es evidente que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o de manera absoluta, sino que siempre es posible hablar solamente de pesos relativos" (véase también Michael Brenner, Friedrich Klein, Hermann v. Mangoldt y Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, 5.ª ed. (Múnich: Vahlen, 2005), tomo 2, arts. 20 a 82, nm 314).

[186] Slye (nota 52) 246; Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 278-279.

[187] Véase también Clark (nota 65), pp. 409.

[188] Véase también Arsanjani (nota 22), pp. 66-67.

[189] Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 279.

[190] Robinson (nota 32), p. 497. Por una limitación similar que toma en consideración las posibilidades reales de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales y aboga por una persecución de "buena fe" Méndez (nota 95), pp. 264, 270.

21. *Last but not least* debe examinarse la *proporcionalidad en sentido estricto*. En este estadio entran a jugar todos los diferentes elementos y criterios que hablan a favor del interés de paz o de justicia. En síntesis, debe hacerse una ponderación entre la cantidad y cualidad (gravedad) de los actos que cubrirá la medida (aspecto de justicia) y el (los) objetivo(s) que se desea(n) lograr;[191] en otras palabras, una "ponderación entre la medida del apartamiento de una plena persecución, esto es, la cualidad de las medidas tomadas, y la gravedad de los factores que necesitan una desviación".[192] Hay algunos criterios particularmente importantes que se derivan de la discusión arriba efectuada y que tienden a limitar el alcance de las medidas que pueden ser ofrecidas para el bien de la paz:

- *Limitación ratione materiae* con respecto a crímenes internacionales nucleares:[193] dado el deber general de perseguir los crímenes de competencia de la CPI (punto 8), es, en principio, inadmisible eximirlos de persecución penal y castigo.
- *Limitación ratione personae* con respecto a los mayores responsables:[194] dada la decisiva y particular responsabilidad de los líderes políticos y militares, estos no deben beneficiarse de una medida de exención, especialmente si son ellos quienes se la conceden a sí mismos (el caso más usual en la práctica es el de las llamadas *autoamnistías*).[195] En efecto, un estudio sobre víctimas muestra que las elites políticas y militares son identificadas como las mayores responsables y en consecuencia deberían ser tenidas como responsables.[196] Además, la exclusión y/o separación de aquellas elites criminales de la comunidad victimizada beneficia directamente a esta comunidad y al

---

191 Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 279; Uprimny y Saffon (nota 4), pp. 229-230.

192 Robinson (nota 32), p. 497.

193 Véase ya Ambos (nota 76), pp. 210 ss.; ídem, *Impunidad* (nota 61), pp. 126 ss.; Cassel (nota 55), pp. 219, 220, 228-229; Joyner (nota 22), pp. 40, 42-43; Méndez (nota 95), p. 274; más recientemente Young (nota 89), pp. 476, 477-478; Bassiouni (nota 68), pp. 41, 42; Stahn (nota 47), p. 458; Clark (nota 65), pp. 408-409; Seils y Wierda (nota 22), p. 19; Uprimny y Saffon (nota 4), p. 230; Meyer (nota 178), pp. 576-578; Olson (nota 31), p. 284; Werle (nota 18), nm 212. Véase también *Joinet report*, principio 25; *Orentlicher impunity principles*, principio 24 (a) y el *Expert paper complementarity*, par. 73; sobre los tribunales internacionales en cuanto a este aspecto véanse la nota 336 y el texto principal.

194 Slye (nota 52), pp. 245, 246; Bassiouni (nota 68), p. 41; Scharf y Rodley (nota 22), pp. 95-96; Robinson (nota 32), pp. 493 ss.; Stahn (nota 47), pp. 458; Clark (nota 65), p. 409; Meyer (nota 178), p. 577. Véase también el *Expert paper complementarity*, par. 73; sobre los tribunales internacionales en cuanto a este aspecto véase la nota 337 y el texto principal.

195 Véase ya Ambos (nota 76), pp. 213 ss.; ídem, *Impunidad* (nota 61), pp. 129 ss.; Cassel (nota 55), pp. 219, 228; más recientemente Young (nota 89), p. 477; Clark (nota 65), pp. 409, 410. Véase también el *Expert paper complementarity*, par. 73.

196 Véase Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), pp. 115 (cuadro 30), 122, 158, 161 en donde demuestra que el 71% de las víctimas considera responsables a los "líderes políticos" y el 42% a los "líderes militares" (cuadro 30).

sistema político en su conjunto y por lo tanto tiene un positivo potencial transformador.[197]

- Importancia del *estadio del procedimiento* en el cual la exención tiene lugar:[198] cuanto más avanzados se encuentren una investigación o un procedimiento penal, más aceptable será eximir al responsable de castigo, dado que el avance de la investigación permite establecer al menos una parte de verdad y evitar la plena impunidad.
- Alguna forma de *responsabilidad* (*rendición de cuentas, accountability)*[199] y/o un procedimiento público (en el que las víctimas puedan confrontarse con los sospechosos) que resulte en la revelación de los hechos (derecho a la verdad)[200] e identifique a los responsables, es decir, los posibles beneficios para los responsables (indultos parciales, atenuación del castigo, etcetcétera), presuponen su cooperación efectiva (beneficios por cooperación);[201] de otra forma, la medida constituye una autónoma violación del derecho a un recurso (punto 8).[202] Para evaluar la cualidad de la forma alternativa de justicia deben tenerse en consideración los derechos de las víctimas (puntos 10 y 11) y los criterios desarrollados para una CVR efectiva (punto 16).
- Los efectos políticos, sociales y económicos *globales* de la(s) medida(s) deben ser evaluados.[203] ¿Contribuyen a lograr una paz estable y duradera, a una verdadera reconciliación? ¿Contribuyen a la consolidación de la democracia y el Estado de derecho?

22. En la práctica, el ejercicio de ponderación ha sido aplicado por la Corte Constitucional colombiana con respecto a la compatibilidad de la *Ley de Justicia y Paz*[204] con la Constitución.[205] En opinión de la Corte, para lograr una paz estable y duradera

---

197 Ibídem, p. 127. Véase también *HRW*, 2005, p. 15: "El efecto estigmatizante de la persecución penal ayuda a aislar a los actores perturbadores de la escena política y a fortalecer la estabilidad política".

198 Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 279.

199 La responsabilidad en este sentido ha de ser entendida de manera amplia; no se limita, como sugiere Joyner (nota 22), p. 37, al proceso penal, esto es, a la denuncia, acusación y castigo.

200 Cassel (nota 55), pp. 219, 228; Slye (nota 52), pp. 239, 245; Robinson (nota 32), p. 498; Kemp (nota 22), p. 69.

201 Uprimny y Saffon (nota 4), pp. 211, 229-230 habla de indultos "responsabilizantes", esto es, la concesión de indultos presupone el reconocimiento de responsabilidad y la cooperación efectiva del responsable.

202 Cf. Ambos (nota 76), pp. 218 ss.; ídem, *Impunidad* (nota 61), pp. 135 ss.

203 *Expert paper complementarity*, par. 73.

204 Ley 975 de 2005.

205 *Gustavo Gallón y otros* (n 95); véase también Catalina Diaz, "Columbias Bid for Justice and Peace" (publicado en ‹www.peace-justice-conference.info/documents.asp›), pp. 1 ss., para un panorama general del conflicto armado en Colombia y el proceso de desmovilización de los paramilitares.

el legislador puede, por un lado, prescindir de ciertas restricciones derivadas del interés justicia, dado que de otro modo la paz puede ser inalcanzable; por otro lado, el interés paz no es absoluto; no puede ser convertido en una clase de "razón de Estado", dado que el interés justicia y los derechos de las víctimas también deben ser respetados. Es tarea de la Corte determinar, a través de la ponderación de los intereses involucrados (*método de ponderación*), si la ley puesta en discusión respeta los estándares mínimos protegidos por la Constitución.[206] La Corte distingue entre tres posibles opciones de ponderación y aplica la más amplia, que requiere una ponderación entre los intereses de paz, por un lado, y de justicia, por el otro, incluyendo en el último no solo la justicia como un valor abstracto y objetivo, sino también los derechos particulares de las víctimas.[207] Hablando concretamente, las limitaciones impuestas por la ley al derecho a la justicia deben ser ponderadas con el derecho a la paz.[208] Sin embargo, dado que las limitaciones al derecho a la justicia no solo constituyen limitaciones de un derecho, sino, al mismo tiempo, de un instrumento para alcanzar la paz, ellas también contribuyen a la realización del derecho de las víctimas de no repetición, verdad y reparación. Por un lado, la paz es un requisito fundamental para satisfacer estos derechos; por el otro, las medidas específicas previstas en la ley —por ejemplo, confesar los crímenes y compensar a las víctimas— contribuyen a la realización de los derechos de las víctimas.[209] Dada esta ambivalencia y compleja interdependencia de las medidas previstas en la ley, la Corte opta por una aproximación integral (*visión integral*), esto es, analiza cada medida en el contexto de las otras y teniendo en cuenta todos sus efectos.[210] En cuanto a la considerable atenuación de la pena (*pena alternativa*) para las personas comprendidas en la ley, la Corte afirma que esta sanción "alternativa" no afecta a la sanción original que ha de ser impuesta de acuerdo con el Código Penal; antes bien, la sanción original siempre puede ser aplicada si la persona en cuestión no cumple las condiciones conectadas a la sanción alternativa. Dada la existencia de la sanción original y su posible aplicación, la posible reducción de pena no es, en opinión de la Corte, desproporcionada.[211] Del mismo modo, el derecho a la verdad no es restringido indebidamente, dado que los beneficios de la ley,

---

[206] Ibídem, par. 5.5., 5.9., 5.10. y pássim.
[207] Ibídem, par. 5.6.
[208] Ibídem, par. 5.7.
[209] Ibídem, par. 5.12.
[210] Ibídem, par. 5.15.
[211] Ibídem, par. 6.2.1.4. En todo caso, hay buenas razones para discutir si puede haber penas proporcionales para atrocidades masivas, véase la discusión de la posición de Hannah Arendt en Osiel (nota 17), pp. 128-129; véase también Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law* (New Brunswick y New Jersey: Transaction Publishers, 1997), p. 118, incluida nota 122.

especialmente la sanción alternativa, solo se aplican si la persona en cuestión presta una confesión completa y veraz.[212] En conclusión, la Corte considera que la ley es compatible con la Constitución, pero exige algunas mejoras específicas con respecto a los derechos de las víctimas.[213] Este no es el lugar para evaluar críticamente el proceso de desmovilización colombiano[214] ni la decisión de la Corte Constitucional; es claro, sin embargo, que el legislador colombiano podría haber dado mayor legitimidad al proceso si hubiera usado de un modo más amplio los mecanismos alternativos a la persecución penal disponibles (puntos 12 ss.), en particular una CVR efectiva[215] y medidas de lustración.[216]

5. Consecuencias para las amnistías: dos enfoques

23. Dada la particular importancia de la amnistía como instrumento de negociación en los procesos de paz, se plantea la cuestión de si —y, en su caso, en qué condiciones— pueden concederse amnistías a grupos combatientes en un conflicto. Desde un comienzo ya es claro de lo arriba dicho que "[j]usticia y paz no son fuerzas contrapuestas",[217] si, por un lado, el concepto de justicia es entendido de manera amplia, esto es, no limitado a la justicia penal (punto 2), y, por el otro, las persecuciones penales son llevadas a cabo de manera debida y complementaria (no exclusiva) para reforzar la paz.[218] En efecto, un concepto amplio de justicia revela que el eslogan "no hay paz sin justicia" debe ser leído —superando un concepto de justicia demasiado estrecho— en el sentido de "verdad global" (punto 13), como un requisito (mínimo) para alcanzar paz y la reconciliación reales.[219] La misma ONU se refiere a casos en que "una falta de

[212] Ibídem, par. 6.2.2., especialmente 6.2.2.1.7.29 - 30.

[213] Ibídem, part. VII (decisión). Los cambios han sido introducidos por vía del decreto ejecutivo n.º 3391 de 29 de septiembre de 2006, pero la legislación y práctica subsiguientes indican un retroceso de la decisión de la Corte Constitucional.

[214] Para una versión crítica de las negociaciones con los grupos paramilitares véase Orozco (nota 59), pp. 195 ss.; Chaparro (nota 130), pp. 233 ss.; para una una versión crítica sobre la base de investigación empírica en Bogotá, Medellín y Turbo-Apartadó véase Theidon (nota 37), pp. 70 ss., quien constata, *inter alia*, que los grupos paramilitares siguen existiendo y que la reintegración no ha sido suficientemente encarada.

[215] Véase, para una evaluación crítica de la "Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación", la nota 137.

[216] Por el contrario, el reconocimiento como delincuentes políticos de las personas objeto de la *ley 975*, los legitima completamente para la actividad política (críticamente también Durán (nota 20), p. 37).

[217] Report Secretary General transitional justice, par. 21; véase también Gustavo Gallón y otros (nota 95), par. 5.10 ("[…] la justicia no se opone necesariamente a la paz"); Joyner (nota 22), p. 42. Esto se sigue también del art. 1 (1) de la Carta de la ONU según el cual el propósito de la ONU es alcanzar la paz "de conformidad con los principios de la justicia".

[218] Cf. Crocker (nota 29), pp. 533, 543, 545-546; sobre la importancia de la equidad (*fairness*) véase también Méndez (nota 29), p. 33.

[219] Para una similar lectura Bassiouni (nota 68), p. 41.

rendir justicia a través de una *persecución formal* no ha minado, a largo plazo, la paz".[220] Sin embargo, a cambio debe ofrecerse, sin dudas, alguna forma de responsabilidad. Así, aunque es claro que para alcanzar una paz duradera es indispensable el respeto del interés de justicia, la difícil cuestión es determinar cuánta justicia puede ser sacrificada en honor de las negociaciones de paz sin restringir indebidamente el deber estatal *vis-à-vis* los crímenes internacionales (punto 8) y sin demoler las bases de una verdadera reconciliación. En cuanto a las amnistías, ya se ha puesto de manifiesto que un enfoque bifurcado es necesario para distinguir entre amnistías absolutas y condicionales,[221] la primera de las cuales es generalmente inadmisible y la última en principio admisible.

5.1. Las amnistías absolutas son generalmente inadmisibles (enfoque estricto)

24. Este tipo de amnistías puede ser caracterizado en su forma más extrema como *amnistías amnésicas* (del griego *amnesia,* referido a un acto de olvido), por cuanto su finalidad primaria es esconder completamente crímenes del pasado prohibiendo cualquier investigación.[222] Si estas amnistías son el resultado de un compromiso político para poner fin a un conflicto violento o facilitar un proceso de transición, entonces pueden ser llamadas *amnistías de compromiso;* sin embargo, el compromiso subyacente no debe cambiar su deficiencia sustancial en términos de obligaciones internacionales y derechos de las víctimas.[223] Un ejemplo clásico de tal amnistía es el decreto chileno 2191, de abril de 1978, que extendía la amnistía a "autores, cómplices o encubridores" en relación con todos los crímenes cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 (día del *coup d'état* del general Augusto Pinochet) y el 10 de marzo de 1978.[224] Un ejemplo más reciente es el artículo IX (2) del Acuerdo de Paz de Lomé, del 7 de julio de 1999, entre el gobierno de Sierra Leona y el Frente Unido Revolucionario (Revolutionary United Front), que prevé que el gobierno "concederá un indulto libre y *absoluto* y clemencia a todos los

---

220 *ICTJ Guidelines*, p. 4 (bastardilla agregada).
221 Cf. supra el punto 8 y la nota 89.
222 Cf. Slye (nota 52), pp. 240-241.
223 Cf. Slye (nota 52), pp. 241 ss.
224 Decreto ley n.º 2191, publicado en el *Diario Oficial* n.º 30.042 del 19 de abril de 1978. Para un análisis de esta y otras normas de impunidad latinoamericanas véase Ambos (nota 76), pp. 83 ss. (101-102), 227 ss.; ídem, *Impunidad*, 1997 (nota 61), pp. 127 ss., 147 ss.

combatientes y colaboradores respecto a *todo* lo hecho por ellos en la lucha por alcanzar sus objetivos".[225]

25. El derecho internacional prohíbe de manera absolutamente inequívoca este tipo de amnistía. Existen varios *instrumentos* recientes que toman esta posición, el más notable de los cuales —y en contra del Acuerdo de Lomé recién mencionado— es el Estatuto de la Corte Especial de Sierra Leona (CESL).[226] Los *tribunales internacionales* penales y de derechos humanos se han referido a las amnistías varias veces. El TPIY ha prohibido la amnistía para la tortura,[227] la CESL ha considerado sin valor la amnistía del Acuerdo de Lomé, dado que, *inter alia*, ella sería "contraria a la dirección en la cual se está desarrollando el derecho internacional consuetudinario y […] a las obligaciones de ciertos tratados y convenciones cuyo fin es proteger la humanidad".[228] En el nivel regional, es particularmente importante la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), pues ha tenido que examinar la compatibilidad de una clásica amnistía absoluta, a saber, la ley de amnistía peruana n.º 26479 (y su ley interpretativa n.º 26492)[229] con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).[230] La

---

[225] Véase ‹www.sc-sl.org/documents.html› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007); reproducido en Bassiouni (nota 10), pp. 593 ss. (bastardilla agregada).

[226] El art. 10 reza: "Una amnistía […] no será un obstáculo a la persecución"; véase también S/RES/1315 (2000) del 14 de agosto de 2000 que establece que "las disposiciones de amnistía del Acuerdo [Acuerdo de Lomé] no serán aplicables a los crímenes internacionales de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario"; art. 40 de la Ley de las Cámaras Extraordinarias de Camboya (reimpresa en Kai Ambos y Mohamed Othman (eds.) *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia* (Freiburg: IUSCRIM, 2003), p. 267): "el Gobierno de Camboya no solicitará una amnistía o un indulto […]".

[227] *Prosecutor v. Furundzija* [10 December 1998], Judgement, IT-95-17/1-T (TPIY), par. 155 (notas omitidas): "El hecho de que la tortura esté prohibida por una norma perentoria de derecho internacional […] sirve a delegitimar internacionalmente cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Sería un sinsentido sostener, por un lado, que a causa del valor de *jus cogens* de la prohibición contra la tortura, las reglas convencionales o consuetudinarias que prevean la tortura serían nulas e inválidas *ab initio*, y, por el otro, que un Estado podría no tenerla en cuenta, por ejemplo, tomando medidas nacionales que autoricen o aprueben la tortura o absuelvan a sus autores a través de una ley de amnistía".

[228] *Prosecutor v. Kallon and Kamara* [13 March 2004) App. Decision, SCSL-2004-15AR72(E) y CSCSL-2004-16 AR72(E) (CESL), par. 84 y par. 71, 73, 88; concordantemente *Prosecutor v. Kondewa* [25 May 2004] App. Decision, SCSL-2004-14 AR72 (E) (CESL) con el voto separado del juez *Robinson*; para un commentario véase Kai Ambos en André Klip y Göran Sluiter (eds.), *Annotated Leading Cases Vol. IX, The Special Court for Sierra Leone 2003-2004* (Intersentia, Antwerp 2006), pp. 103 ss.

[229] La ley 26.479 del 14 de junio de 1995 (reimpresa en *Normas Legales* n.º 229, pp. 143-144) era una amnistía absoluta a favor de personal militar, policial y civil por crímenes cometidos en la lucha contra el terrorismo entre mayo de 1980 y la promulgación de esa ley. La ley 26.492 era una ley para "interpretar" el alcance de la ley de amnistía (véase Ambos (nota 76), pp. 95-96; ídem, *Impunidad* (nota 61), pp. 140-141).

[230] *Barrios Altos vs. Perú Case* (nota 96), par. 41 ss. Para una posición similar —y anterior— de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con respecto a amnistías en Argentina, Chile, El Salvador y Uruguay véase Cassel (nota 55), pp. 208 ss., con otras referencias. En *Velásquez-Rodríguez* (nota 69) la Corte no se refirió a la cuestión de la amnistía a pesar de que Honduras había aprobado una amnistía durante la tramitación del proceso (cf. Cassel, op. cit, p. 210).

Corte consideró que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de la responsabilidad penal que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos".[231] Al adoptar las leyes de autoamnistía Perú no cumplió con la obligación, prevista en el artículo 2 de la CADH, de adecuar el derecho interno a fin de hacer efectivos los derechos de la Convención.[232] Tales leyes violan los artículos 8 y 25 en relación con el artículo 1 (1) y 2 de la CADH.[233] Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, impiden la identificación de los autores obstruyendo la investigación y el acceso a la justicia, e impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. En consecuencia, tales leyes son manifiestamente incompatibles con la intención y el espíritu de la Convención.[234] Estas consideraciones han sido confirmadas en un proceso posterior contra Perú.[235] En otro proceso contra Chile, referido al tristemente famoso decreto ley 2191, de 1978 (punto 24), la Corte confirmó *Barrios Altos* y sostuvo que los crímenes contra la humanidad no pueden ser amnistiados,[236] y que, en consecuencia, dicha amnistía debía ser privada de efectos jurídicos.[237] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) afirmó en un caso contra Turquía que respecto a "crímenes que incluyen tortura o maltrato" los

[231] *Barrios Altos vs. Perú* (nota 96), par. 41.

[232] Ibídem, par. 42. El art. 2 de la CADH ("Deber de adoptar disposiciones de derecho interno") reza: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

[233] El art. 8 (1) de la CADH establece el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial; el art. 25 (1) prevé el "derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención [...]"; el art. 1 (1) establece el deber del Estado de respetar los derechos y libertades de la CADH.

[234] *Barrios Altos vs. Perú* (nota 96), par. 43.

[235] *La Cantuta vs. Perú* (nota 104), par. 62, 80, 174.

[236] *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 69), par. 114. Véase también la opinión separada del juez Cançado Trindade donde afirma, *inter alia*, que las autoamnistías "no son verdaderas leyes, por cuanto desprovistas del necesario carácter genérico de estas, de la *idea del Derecho* que las inspira (esencial inclusive para la seguridad jurídica), y de su búsqueda del bien común" (par. 7, notas omitidas). Más bien, ellas son "la propia negación del Derecho"y violan el *ius cogens* (par. 10, notas omitidas; véanse también los par. 17 ss.).

[237] *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 69), par. 118: "[...] el Decreto Ley n. 2191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile". Muy crítico también Cançado Trindade, supra nota 236, par. 11 ss.

procedimientos penales no deben tener límites temporales ni ser impedidos por una amnistía o indulto.[238]

26. Aunque en su jurisprudencia los *organismos de derechos humanos de la ONU* previamente han rechazado amnistías respecto a violaciones graves de los derechos humanos,[239] en particular la tortura, la posición de la ONU misma no está libre de duda. Ciertamente, aunque la organización reconoce "que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y un gesto de paz y reconciliación al fin de una guerra civil o un conflicto armado interno", en varias ocasiones dejó en claro que no acepta en tratados de paz cláusulas de amnistía respecto a crímenes internacionales nucleares "como un genocidio, crímenes contra la humanidad o infracciones graves al derecho internacional humanitario".[240] Sin embargo, la ONU ha tomado parte en negociaciones de paz con una amnistía sobre la mesa (por ejemplo, en El Salvador, Guatemala, Haití, Sierra Leona)[241] y de este modo

[238] *Abdülsamet Yaman v. Turkey* [2 November 2004], Judgement, Application n.º 32446/96 [2004] ECHR 572, par. 55.

[239] Cf. Commission of Human Rights, Question of enforced disappearance, E/CN.4/RES/1994/39, 4 March 1994, en donde se declara que los individuos "no deberían beneficiar de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas similares que tengan el efecto de exonerarlos de cualquier persecución o sanción penal". Más recientemente, cualquier impedimento al establecimiento de la responsabilidad jurídica ha sido considerado incompatible con el art. 2 (3) PIDCP (*HRC*, General Comment 31, par. 18: "[…] cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto […] los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal, como ha ocurrido con determinadas amnistías […] y las inmunidades e indemnizaciones jurídicas anteriores. […] Otros impedimentos para el establecimiento de la responsabilidad jurídica deben igualmente eliminarse […]". En cuanto a la tortura, el *HRC* ya había antes declarado lo siguiente: "El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible" (*HRC* General Comment 20, par. 15). Véase también *Joinet report*, par. 32 en donde se afirma que: "La amnistía no puede ser acordada a los autores de violaciones en tanto las víctimas no hayan obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz". En contra de la prescripción de los "crímenes de derecho internacional", Basic Principles Victims, sección IV y Principles combating impunity, principio 3.

[240] Report of the Secretary General on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone, S/2000/915, 4 October 2000, p. 22 (notas omitidas). En el mismo sentido, en el ultimo informe se ha reconocido que "una amnistía cuidadosamente formulada puede ayudar al regreso y la reinserción" de los grupos armados (Report Secretary General transicional justice, par. 32), pero al mismo tiempo confirmado que la ONU "nunca puede prometer amnistías para el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad o las graves violaciones de los derechos humanos […]" (ibídem, par. 10, 32, 64). Véase también *ICTJ Guidelines*, pp. 1, 2 ("prohibición para el personal de la ONU de aprobar una amnsitía respecto a graves violaciones a los derechos humanos".) y *Guidelines Negotiations*, par. 13 ("necesario y propio para que sea concedida inmunidad de persecución […]; sin embargo, la ONU no puede consentir amnistías que conciernan crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio o fomentar a aquellos que violan obligaciones convencionales relevantes de las partes", en conflicto.

[241] Críticamente sobre la participación de la ONU en El Salvador, Guatemala y Haiti Cassel (nota 55), pp. 221 ss.; críticamente sobre la cambiante posición respecto a la amnistía en Sierra Leona, el Informe de la CVR de Sierra Leona (nota 26), capítulo 6, p. 365, par. 10 ("inconsistencia de la práctica de la ONU"), y p. 369, par. 25 ("Repudiando la amnistía en el Acuerdo de Paz de Lomé, las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona han socavado inadvertidamente las futuras negociaciones de paz donde la amnistía está contem-

ha dado a tales amnistías una clase de legitimidad internacional.[242] En el caso probablemente más dramático, el Acuerdo de Lomé, este camino de malabarista forzó al representante especial a anexar una "declaración interpretativa" al Acuerdo según la cual "[L]a ONU interpreta que la amnistía y los indultos previstos en el art. 9 del Acuerdo no serán aplicables a los crímenes internacionales de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras infracciones graves al derecho internacional humanitario".[243] En el proceso ugandés, el (ex) coordinador humanitario de la ONU, Jan Egeland, se encontraba en la difícil situación en la cual, por un lado, tenía que mediar entre el gobierno y el Ejército de Resistencia del Señor (ERS) y, por el otro lado, se rehusaba a hablar con los líderes rebeldes acerca del retiro de las órdenes de detención de la CPI dictadas en su contra y/o una posible amnistía que bloqueara la investigación de la CPI.[244] Para evitar estos problemas, la ONU debería dejar en claro desde el principio que una amnistía absoluta no está en la mesa de negociaciones.[245]

27. La *práctica nacional* sobre amnistías absolutas es, a escala mundial, bastante infrecuente, dado que la mayoría de los países no conceden tales amnistías y en consecuencia no tienen que tratar jurídicamente con ellas. El estudio de Mallinder constata que, si bien los "crímenes internacionales" están alcanzados por amnistías, estas no son necesariamente amnistías absolutas y que, en todo caso, se aplican más frecuentemente a los "crímenes políticos" y a los "crímenes contra individuos" que a los crímenes internacionales.[246] De acuerdo con un estudio reciente sobre la persecución nacional de

---

plada"); sobre Haiti véase Gavron (nota 65), pp. 106-107, y Rodolfo Mattarollo, "The Transition to Democracy and Institution Building: The Case of Haiti", en Bassiouni (nota 10), pp. 763 ss. En Guatemala, la ONU merece crédito por las limitaciones *ratione materiae* ya mencionadas, supra nota 156.

242 Sobre este riesgo véase también Scharf y Rodley (nota 22), p. 91.

243 Citado según Cassese (n 89) at 315; véase también UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 31; Van der Voort y Zwanenburg (n 61), p. 321 refiriéndose al Séptimo Informe de avance del Secretario General sobre la Misión de Observador de la ONU en Sierra Leona del 30 de julio de 1999 (7th Progress Report of the Secretary General of the UN Observer Mission in Sierra Leone of 30 July 1999 UN Doc. S/1999/836, par. 7).

244 Véase Reuters, "UN humanitarian chief willing to meet Uganda's LRA", 10 de noviembre de 2006 ‹www.alertnet.org/thenews/newsdesk/L10722529.htm› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007). Sobre el conflicto entre la CPI y algunos líderes locales de los Acholi véase Baines (nota 39), pp. 102-103 y ss., enyonjo (nota 175), pp. 365 ss.

245 Véase también Méndez (nota 29), p. 37. Los documentos citados supra en la nota 240, no son claros a este respecto. En particular las *Guidelines Negotiations* solo exigen "[p]rontos compromises para respetar los derechos humanos y los principios humanitarios […]" (par. 7).

246 Así, *Mallinder study* (nota 29), par. 34 ss. y la figura 4 (pero reconociendo la definición "elástica" de crímenes políticos, par. 36, y que los crímenes contra individuos también pueden ser crímenes internacionales, par. 39).

crímenes internacionales, que comprende 33 países,[247] solo el derecho (escrito)[248] de Venezuela contiene una prohibición de amnistiar crímenes internacionales, mientras que el derecho de los (32) países restantes no se expresa sobre la cuestión.[249] Aunque esto pueda ser cierto también para el derecho de otros países, también lo es que actualmente existen pronunciamientos judiciales sobre amnistías y exenciones similares dictadas en el curso de la persecución de crímenes cometidos durante un pasado totalitario. La reciente jurisprudencia de algunos tribunales de América Latina es de particular importancia a este respecto.[250] Probablemente la decisión más explícita contra exenciones (de procedimiento) fue dictada por la Corte Suprema argentina en el caso *Simón*, donde la Corte, sobre la base de la afirmación de la CIDH de un deber de perseguir y una prohibición de amnistías (*Barrios Altos*, ver punto 25), sostuvo que las leyes de Punto Final y Obediencia Debida[251] son nulas e inconstitucionales.[252] La situación es mucho más

[247] Eser, Sieber y Kreicker, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes*, vols. I-VII (Freiburg: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 2003-2006).

[248] El art. 29 de la Constitución establece un deber de investigar y sancionar los "delitos contra los derechos humanos", declara "imprescriptibles" las acciones penales de los "delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra" y dispone que las "violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad [...] quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía". Véanse también las limitaciones *ratione materiae* en la Ley de Reconciliación Nacional de Guatemala, supra nota 156.

[249] Kreicker (nota 22), pp. 306-307. Pero véase el reciente decreto presidencial de amnistía de febrero de 2006 de Algeria (Ordonnance n 06-01 du 28 Moharran 1427 correspondant au 27 février 2006 portant mise en oeuvre de la Charte pour la paix et la réconciliation nationale, en Journal Officiel de la Republique Algerienne Democratique et Populaire, n 11, ‹http://193.194.78.233/ma_fr/stories.php?story=05/09/06/3612066›, visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; véase Olson (nota 31), p. 288) y las discusiones sobre la amnistía en Somalía y Afganistán (sobre Afganistán véase especialmente el aún no implementado Plan de Acción de la República Islámica de Afganistán para la Paz, la Justicia y la Reconciliación, adoptado en diciembre de 2005 ("Action Plan of the Islamic Republic of Afghanistan for peace, justice and reconciliation adopted December 2005") y Ahmad Nader Nadery, "Peace and Justice? Transitional Justice in Afghanistan" (2007), 1 *The International Journal of Transitional Justice*, pp. 173 ss.). Existen también ejemplos históricos, como, en Italia, la "Amnistía Togliatti" del 22 de junio de 1946 (reimpresa en: Mimmo Franzinelli, *Amnistia Togliatti* (Milán: Mondadori, 2006), pp. 313 ss.), que cubría a los delitos politicos (art. 2, 3) y excluía ciertos crímenes especialmente graves, por ejemplo, la tortura (art. 3).

[250] Para una vision general de las recientes amnistías en América Latina (en once países) véase Cassel (nota 55), pp. 200-201.

[251] Sobre estas leyes (Ley 23.492 del 29 de diciembre de 1986 y Ley 23.521 del 9 de junio de 1987) véase Ambos (nota 76), pp. 109 ss.; ídem, *Impunidad* (nota 61), pp. 158 ss. Una anterior ley de amnistía absoluta al estilo chileno (Decreto ley 22.924 del 22 de septiembre de 1983) había sido derogada por el Congreso tres meses después de su entrada en vigor (véase Ambos (nota 61), pp. 107-108 y 156).

[252] Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa "Simón, Julio Héctor s/ privación ilegítima de la libertad", etc., causa n.° 17.768, sentencia [14 de junio de 2005] (Corte Suprema argentina) en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 328, pp. 2056 ss. La sentencia se compone de siete votos individuales de los jueces intervienientes, los cuales, conjuntamente, muestran una clara tendencia a favor de un deber de perseguir y una prohibición de amnistías y normas similares (véanse *inter alia*, los votos de los jueces Petracchi, par. 19, 20 ss., 31; Maqueda, par. 19, 21, 76, 81, 82; Zaffaroni, par. 14-16, 26, y Argibay, par. 14). Sin embargo, el juez Fayt disiente en la caracterización de las dos leyes como amnistías y considera que ellas no están prohibidas. En dos sentencias anteriores, la Corte Suprema había sostenido que

compleja en Chile, donde la Corte Suprema sostuvo por mucho tiempo que el decreto de amnistía 2191 (punto 24) impedía cualquier investigación de los crímenes por él alcanzados;[253] solo después de dos decisiones de la Corte de Apelaciones de Santiago la posición de la Corte Suprema se volvió un poco más flexible y finalmente en 1998 sostuvo que la amnistía era "inaplicable" —no "inválida"— mientras los autores o las víctimas no hubieran sido identificados.[254] Posteriormente esta posición fue confirmada, pero también rechazada,[255] de modo que es justo decir que la Corte es al menos ambigua. *Last but not least*, en Uruguay la Ley de Caducidad de la Pretension Punitiva del Estado[256] fue confirmada por la Corte Suprema tratándola como una amnistía.[257]

28. Por otro lado, los tribunales de *terceros Estados* debieron ocuparse, sobre la base de la jurisdicción universal u otros vínculos extraterritoriales, de amnistías o

---

los crímenes contra la humanidad, por ejemplo, un homicidio calificado cometido en el curso de la lucha contra la "subversión" de la dictadura militar no estaban sujetos a prescripción (Recurso de hecho deducido por el Estado y el Gobierno de Chile en la causa "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros", causa n.º 259 [24 de agosto de 2004], sentencia (Corte Suprema argentina), en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 327, pp. 3312 ss.). Esto también había sido afirmado con respecto a meras violaciones de la CADH ("Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por la defensa" [23 de diciembre de 2004], sentencia (Corte Suprema argentina), en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 327, pp. 5668 ss.). Véase también Ezequiel Malarino, "Argentina", en K. Ambos y E. Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003), pp. 69-70; Pablo Parenti, "Argentina", en K. Ambos, E. Malarino y J. Woischnik (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006), pp. 77-78, 84. Recientemente, la Cámara Federal de Buenos Aires ha declarado inválidos los decretos de indulto (a condenados) a favor del general Videla y el almirante Massera (causa 13/84 "Incidente de inconstitucionalidad de los indultos dictados por el decreto 2741/90 del Poder Ejecutivo Nacional". Registro de la Secretaría General n° 02/07/P, Sentencia del 25 de abril de 2007); la decisión de la Corte Suprema está pendiente.Cf, también "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad", M. 2333. XLII. y otros, sentencia [13 de julio de 2007] (Corte Suprema argentina).

253 Véase sobre esta jurisprudencia Ambos (nota 76), pp. 239 ss.; ídem, *Impunidad* (nota 61), pp. 163 ss.

254 "Pedro Enrique Poblete Córdova" [9 de septiembre de 1998] sentencia, rol n.º 895-96 del Segundo Juzgado Militar de Santiago (Corte Suprema chilena), en *Gaceta Jurídica* n.º 219, pp. 122 ss. La Corte invocó los Convenios de Ginebra (que anteriormente habían sido considerados inaplicables) y algunas disposiciones de procedimiento (véase Ambos (nota 61), pp. 165 ss.; José Luis Guzmán Dalbora, "Chile", en K. Ambos y E. Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003), pp. 175, 187).

255 Véase, por un lado, *Miguel Ángel Cotreras Sandoval* [17 de noviembre de 2004], sentencia (Corte Suprema chilena) donde la Corte sostuvo que una amnistía está prohibida respecto a crímenes de guerra (par. 34 y 35), y, por el otro, *Secuestro de Ricardo Rioseco Montoya y Luis Cotal Älvarez* [4 de agosto de 2005], sentencia (Corte Suprema chilena) en que la Corte rechazó (otra vez) la aplicación de los Convenios de Ginebra y aplicó la amnistía.

256 Ley n.º 15.848 del 22 de diciembre de 1986. Esta ley era una consecuencia de leyes de amnistías absolutas anteriores (véase José Luis González, "Uruguay", en K. Ambos y E. Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003), pp. 519-520; sobre la génesis de la ley véase Fuchs (nota 22), pp. 48 ss.).

257 *Detta Josefina/Menotti Noris/Martínez Federico/Muso Osiris/Burgell Jorge - Denuncia - Inconstitucionalidad de la Ley 15.848, art. 1,2,3 y 4* (Ficha 112/87) [2 de mayo de 1988], sentencia n.º 184 (Suprema Corte de Justicia uruguaya) y *González José Luis en Representación de Juan Gelman - Inconstitucionalidad* (Ficha 90-10462/2002) [15 de noviembre de 2004], sentencia n.º 332 (Suprema Corte de Justicia uruguaya).

exenciones similares concedidas en los Estados territoriales, y normalmente declararon estas medidas inválidas o irrelevantes respecto a las persecuciones nacionales. Así, la Audiencia Nacional española sostuvo que las leyes argentinas de Punto Final y Obediencia Debida eran —no obstante su violación del derecho internacional— irrelevantes para la persecución en España de tales casos, dado que esas leyes no establecen indultos, sino que solo descriminalizan los actos respectivos.[258] Esta práctica es sustentada por la consideración general de que el tercer Estado que lleva adelante la persecución está ejerciendo su propia jurisdicción y, en consecuencia, no está vinculado por los obstáculos de procedimiento existentes en otra jurisdicción.[259] El argumento sustancial o normativo subyacente es que el tercer Estado no puede infringir el derecho internacional, especialmente la soberanía del Estado del acusado, si hace lo que el derecho internacional exige, esto es, perseguir los crímenes internacionales nucleares, mientras que el Estado territorial —en contra de este deber— amnistía estos crímenes en lugar de perseguirlos.[260]

29. La amplia *literatura* sobre amnistías en su mayoría adopta la posición descrita en los puntos precedentes (25-28) y normalmente recurre a las mismas fuentes normativas.[261] Con frecuencia, se arguye, desde una perspectiva *ratione materiae*, que las

---

[258] Auto Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, sección 3.ª), 4 de noviembre de 1998, Recurso de Apelación n.º 84/1998 (ARP 1998\5943). Fundamento jurídico "Octavo". Cosa juzgada. Véase también Alicia Gil Gil, "España", en K. Ambos y E. Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003), 335, p. 357. Véase también el proceso alemán sobre los desaparecidos de nacionalidad alemana durante el régimen militar argentino que no estaba obstaculizado por las leyes argentinas de Punto Final y Obediencia Debida (cf. Kai Ambos, Guido Ruegenberg y Jan Woischnik, "Straflosigkeit in Argentinien für während der Militärdiktatur (1976-1983) begangene Taten des 'Verschwindenlassens'? Rechtslage für Opfer mit deutscher oder anderer Staatsangehörigkeit" (1998), 25 *EuGRZ* 468, pp. 474 ss.).

[259] Cf. Cryer et al. (nota 76), p. 33. Véase para una discusión Kai Ambos, *Internationales Strafrecht* (Múnich: C. H. Beck, 2006), § 3 nm. 53 ss.

[260] Cf. Cassese (nota 89), p. 316; similar Pfanner (nota 29), pp. 371-372; Werle (nota 18) nm 212.

[261] Véase Ambos (nota 76), pp. 209 ss. con otras referencias en la nota 214; ídem (nota 259) § 7 nm. 114; véase también Teitel (nota 14), p. 58; Cherif Bassiouni, *International Criminal Law* (Ardsley: Transnational Publishers, 1999), pp. 10-14, 22; Goldstone y Fritz (nota 22), p. 663; Méndez (nota 29), p. 33; Andreas O'Shea, *Amnesty for Crime in International Law and Practice* (La Haya, Nueva York y Londres: Kluwer, 2002), pp. 195-6; Christina Möller, *Völkerstrafrecht und IStGH - kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte* (Münster: LitV, 2003), pp. 614-5, 619; Antonio Cassese, "The Special Court and international law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty" (2004), 2 *JICJ*, pp. 1130 ss.; Ángel Sánchez L., *Jurisdicción universal penal y derecho internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), pp. 372 ss.; Urs Behrendt, *Die Verfolgung des Völkermords in Ruanda durch internationale und nationale Gerichte* (Berlín: BWV, 2005), p. 308; Jörg Menzel, Tobias Pierlings y Jeannine Hoffmann, *Völkerrechtsprechung* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2005), p. 795; Stahn (nota 65), p. 704; ídem (nota 47), p. 461; Bell (nota 121), pp. 3 ss.; Burke-White (nota 81), p. 582; Seils y Wierda (nota 22), p. 14; Olson (nota 31), pp. 283-284; Salmón (nota 75), pp. 332 ss. (339-40). *HRW*, 2005, pp. 12 ss. no distingue entre amnistías absolutas y condicionales, pero sostiene de manera general que una amnistía respecto a "crímenes más graves" es inadmisible. Para una posición filosófica véase Anja Matwijkiw, "A Philosophical Perspective on Rights, Accountability and Post-Conflict Justice: Setting up the Premises", en Bassiouni (nota 10) 155, pp. 193 ss.

amnistías son inadmisibles respecto a los crímenes internacionales nucleares.[262] El mismo argumento se hace invocando el deber de perseguir estos crímenes.[263] El claro compromiso del Estatuto de la CPI en contra de la impunidad (párrafos 4 a 6 del preámbulo) es considerado una expresión de *opinio iuris* de que las amnistías están prohibidas respecto a los crímenes de competencia de la CPI.[264] Algunos estudios, desde una perspectiva mucho más pragmática y políticamente orientada, no aceptan amnistías que equivalgan a impunidad.[265] El argumento de la soberanía avanzado por el *Conseil Constitutionnel* francés[266] —que el ejercicio efectivo de la soberanía comprende el derecho a tomar una decisión soberana sobre la amnistía— no es convincente, dado que se basa en un concepto grociano de soberanía que no tiene en cuenta las obligaciones internacionales, esto es, el deber de perseguir los crímenes internacionales nucleares.[267]

5.2. Una amnistía condicionada puede ser admisible bajo ciertas circunstancias (enfoque flexible)

30. Una amnistía condicional es una amnistía que —a diferencia de una amnistía absoluta— no exime automáticamente de castigo por los actos cometidos durante un cierto período, sino que condiciona el beneficio a la realización de ciertos actos o ciertas concesiones por el (los) beneficiario(s). La primera y mínima condición es que los grupos armados prometan deponer sus armas incondicionalmente y así facilitar el fin de las hostilidades. Esta condición es la consecuencia de los argumentos de los peores abusos o del riesgo de transición arriba mencionados (punto 3). Más concretamente, los (antiguos) autores deben efectuar ciertos actos con vistas a cumplir con el núcleo del elemento justicia, esto es, especialmente satisfacer los legítimos reclamos de las víctimas

---

262 Werle (nota 17), p. 65: "una exención general [...] inaceptable", "amnistías generales para crímenes de derecho internacional son inadmisibles"; Meyer (nota 178) pp- 556-7: "La corriente de opinion predominante [...] excluye al menos a las amnistías generales como mecanismos de responsabilidad legítimos para crímenes contra el derecho internacional"; Olson (nota 31), p. 284; Boraine (nota 24), p. 278.

263 Véase *Princeton Principles*, principio 7: "Las amnistías están generalmente en contradicción con la obligación de los Estados de asignar responsabilidad [...]". ‹www1.umn.edu/humanrts/instree/princeton.html› (visitada por última vez el 31 de octubre de 2007) y Werle (nota 18) nm 212; ss.enyonjo (nota 175), p. 386.

264 Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 300; véase también Scharf (nota 55), p. 522; Stahn (nota 65), p. 702.

265 Véase Scharf (nota 55), p. 512 donde sostiene que las amnestías no equivalen a impunidad, sino que más bien con frecuencia están vinculadas a mecanismos de responsabilidad; en contra de la posibilidad de amnistiar "verdaderos" crímenes internacionales también Joyner (nota 22), pp. 40, 42-43.

266 Decisión 98-408, 22 de enero de 1999, *Journal officiel de la République Francaise* du 24 Janvier 1999, 1317, p. 1320. Véase también Young (nota 89), pp. 479 ss.

267 Véase también Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), pp. 333-334.

(puntos 10-11), en particular a través de la revelación completa de los hechos, el reconocimiento de responsabilidad, el arrepentimiento, etcétera.[268] Como un importante efecto colateral, este proceso de afrontar el propio pasado ayudará a los antiguos autores en su propia rehabilitación y reintegración en la nueva sociedad. Dado que una amnistía condicional está acompañada normalmente por una CVR, también son aplicables los criterios desarrollados para una CVR efectiva (punto 16). Al igual que en el caso de una CVR, la legitimidad de una amnistía depende del procedimiento empleado para su creación.[269] Cuanto más amplia sea la participación ciudadana, cuanto más democrático y transparente sea este proceso, tanta más legitimidad gozará la amnistía. Igualmente importante es la calidad democrática del procedimiento por medio del cual se seleccionan los beneficiarios de la amnistía. Dicho todo esto, es claro que desde la perspectiva de las víctimas lo esencial de una amnistía condicional es que prevea *alguna forma de responsabilidad*, si bien no dentro del marco de un juicio penal al menos a través de un mecanismo alternativo, especialmente una CVR. Solo este tipo de amnistía, que podría ser llamada *amnistía responsable* (*accountable amnesty*),[270] puede, según las condiciones y circunstancias del caso concreto, contribuir a la verdadera reconciliación.[271] El cumplimiento de todas estas condiciones puede ser facilitado por una *cláusula de revocación de la amnistía* como parte de un tratado de paz que establezca que la amnistía será revocada si las partes del tratado violan las condiciones acordadas.[272]

---

[268] Cf. Cryer et al. (nota 76), p. 33, donde afirma que "una amnistía será menos probablemente ilegítima si existen otros mecanismos para la compensación de la víctima y similares". Sobre posibles condiciones a las amnistías véase *Mallinder study* (nota 29), par. 42 ss., incluida la figura 5, donde constata que en la mayoría de los casos se han previsto medidas de reparación, seguidas por rendición/desarme, tiempo límite para la aplicación de la medida, arrepentimiento y cooperación, comisiones para la verdad y reconciliación, lustración y justicia basada en la comunidad.

[269] Véase también CIDH, *Informe anual*, 192-3 (1986); Slye (nota 52), pp. 239, 245, 246; véase también Young (nota 89), p. 476; sobre el procedimiento democrático véase también Teitel (nota 14), p. 58; Goldstone y Fritz (nota 22), p. 664.

[270] Slye (nota 52), pp. 245-246.

[271] Para una conclusion similar y un útil, aunque no completamente satisfactorio, intento de desarrollar criterios para evaluar la posible contribución de una amnistía a la reconciliación cf. *Mallinder study* (nota 29), par. 54 ss., que afirma en el par. 66 que el efecto sobre la reconciliación "depende de las amplias condiciones políticas de un Estado […]".

[272] Cf. Sierra Leone *TRC Report* (nota 26), capítulo 6, p. 369, par. 26; Bell (nota 121), pp. 13 ss.

31. El ejemplo más famoso de tal amnistía responsable es el de Sudáfrica,[273] prevista en el epílogo a la Constitución de 1994[274] y regulada en detalle en la Ley de Verdad y Reconciliación (Truth and Reconciliation Act).[275] Según esta normativa, una amnistía individual puede ser concedida, a requerimiento, por un específico Comité de Amnistía[276] dentro del marco de un procedimiento parecido a un proceso que exponga al solicitante a un escrutinio público. En Sudáfrica, las condiciones eran, *inter alia*, que el solicitante revelara todos los hechos cometidos ("esquema de reconocimiento por amnistía",[277] "amnistía a cambio de verdad" [278]) y que estos hechos pudieran ser considerados delitos políticos.[279] De 7116 solicitudes individuales, en 1167 casos se concedió

---

[273] Véase el fundamental estudio de Jeremy Sarkin, *Carrots and sticks: TRC and the South African amnesty process* (Intersentia, Antwerp, Oxford 2004); un punto de vista de un *insider* ofrece Boraine (nota 24); véase también Dugard (nota 65), pp. 1011-1012; Schlunck (nota 31), pp. 186 ss., 226 ss.; Gavron (nota 65), pp. 113 ss.; Schiff (nota 157), pp. 328 ss.; Paul van Zyl, "Unfinished Business: The Truth and Reconciliation Commission's Contribution to Justice in Post-Apartheid South Africa", en Bassiouni (nota 10), pp. 745 ss.; Cassin (nota 15) especialmente, pp. 238 ss.; Jeremy Sarkin, "The Amnesty Hearings in South Africa Revisited", en Gerhard Werle (ed.), *Justice in Transition - Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa* (Berlín: BWV, 2006), pp. 43 ss.; Volker Nerlich, "Lessons for the International Criminal Court: The Impact of Criminal Proceedings on the South African Amnesty Process", en ibídem, pp. 55 ss.; sobre los procesos posteriors a la CVR véase Lovell Fernandez, "Post TRC Prosecutions in South Africa", en ibídem, pp. 65 ss.

[274] Véase supra el punto 3 incluida la nota 23.

[275] Su nombre completo es "Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación n.º 34 de 1995" ("*Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995*"). Véase también Sarkin (nota 273), pp. 234 ss.

[276] La Ley de la CVR (sección 3 (3)) crea tres comités (el Comité de las violaciones a los Derechos Humanos, el Comité de la Reparación y Rehabilitación, el Comité de la Amnistía). El Comité de la Amnistía está facultado a conceder una amnistía respecto a todo acto, omisión o delito si media una solictud particular, siempre que quien la ha solicitado haya revelado completamente todos los hechos y, además, siempre que el acto, omisión o delito en cuestión cometido en el curso de los conflictos del pasado esté asociado con un objetivo político (sección 20 (1), (2), (3) Ley de la CVR).

[277] Abrams y Hayner (nota 138), p. 287.

[278] Boraine (nota 24), pp. 275 ss. (276: "revelación completa").

[279] Véase la sección 3 (1) de la Ley de la CVR según la cual la CVR debe facilitar "[…] la concesión de la amnistía a personas que hacen una completa revelación de todos los hechos importantes referidos a actos asociados con un objetivo político […]"; la sección 20 (3) define un acto "asociado con un objetivo politico" recurriendo a los siguientes criterios:

"(a) El motivo de la persona que cometió el acto, omisión o delito;

"(b) el contexto en el cual el acto, omisión o delito y, en particular, si el acto, omisión o delito fue cometido en el curso de o como parte de una revuelta, disturbio o suceso o en reacción a esto;

"(c) la naturaleza jurídica o fáctica del acto, omisión o delito, incluida la gravedad del acto, omisión o delito,

"(d) el objeto u objetivo del acto, omisión o delito y, en particular, si el acto, omisión o delito fue dirigido primariamente contra un adversario político o contra personal o propiedad del Estado o contra individuos o propiedad privada;

"(e) si el acto, omisión o delito fue cometido en ejecución de una orden de o en nombre de o con aprobación de la organización, institución, movimiento de liberación u órgano del cual era miembro, agente o partidario la persona que cometió el acto; y

"(f) la relación entre el acto, omisión o delito y el objetivo político perseguido y en particular la proximidad y el carácter directo de la relación y la proporcionalidad del acto, omisión o delito respecto al objetivo perseguido. Pero no incluye a ningún acto, omisión o delito cometido por alguna persona referida en la subsección 2 si esta actuó:

la amnistía y en 145 el solicitante tuvo un éxito parcial.[280] Dadas estas condiciones, la amnistía sudafricana debe ser claramente distinguida de una amnistía absoluta tal como la he definido arriba (punto 24).[281] De este modo, no sorprende que haya sido aprobada por la Corte Constitucional básicamente con el argumento de que era necesaria para cruzar un "puente histórico" en el camino hacia la reconciliación y unidad nacionales.[282] Sin embargo, se ha criticado que la amnistía sudafricana, con excepción de la exigencia del delito político, no tuviera limitaciones *ratione materiae* o *personae*,[283] y es efectivamente discutible que estas limitaciones generalmente reconocidas (puntos 15, 21, 25 ss.) puedan ser ignoradas sin más. Si bien del test de proporcionalidad (puntos 19 ss.) se sigue, en un nivel abstracto, que los crímenes nucleares internacionales no deben ser objeto de una exención y tanto menos si la exención también alcanza —por falta de limitaciones *ratione personae*— a los mayores responsables (punto 21), esta regla es un principio y como tal no es inconmovible, sino que está abierta a excepciones —aunque muy estrictas—. Aun cuando la admisibilidad de estas excepciones dependa

"(i) en beneficio personal: a condición de que el acto, omisión o delito cometido por una persona que actuó o recibió dinero o algo de valor en cuanto informante del Estado o de un antiguo Estado, organización política o movimiento de liberación no sea excluido solo en razón de que la persona haya recibido dinero o algo de valor por su información; o

"(ii) en razón de malicia personal, malevolencia o despecho contra la víctima de los actos cometidos".

Para una análisis crítico de los requisitos de la revelación de los hechos y del delito político véase Sarkin (nota 273), pp. 249 ss., pp. 278 ss.; sobre la naturaleza política de los actos véase también Boraine (nota 24), pp. 276-277.

[280] Para un análisis detallado véase Sarkin (nota 273), pp. 107 ss.

[281] Véase también la Corte Constitucional, supra nota 24, par. 32: "La amnistía contemplada no es una amnistía absoluta contra una persecución penal para todo el mundo, concedida automáticamente como un acto uniforme de amnesia legalmente obligatoria. Ella es autorizada en concreto con el propósito de lograr una transición constructiva hacia un orden democrático Ella está disponible solo si existe una completa revelación de los hechos al Comité de la Amnistía y si es claro que la transgresión concreta, cometida en el curso de los conflictos del pasado, fue realizada durante el período prescripto y con un objetivo político" Para una defensa a este respecto también Boraine (nota 24), pp. 297-298.

[282] Corte Constitucional, supra nota 24; la mención a un "puente histórico" está contenida en el epílogo a la Constitución (supra nota 23); Mahomed DP concluyó, seguido por los nueve jueces restantes (Didcott J. disentió únicamente en cuanto al fundamento respecto a la exclusion de la responsabilidad civil): "En conclusión, estoy satisfecho de que el epílogo de la Constitución haya autorizado y contemplado una "amnistía", en su significado más amplio y generoso para aumentar y optimizar las posibilidades de facilitar el viaje constitucional de la vergüenza del pasado a la promesa del futuro" (Corte Constitucional, supra nota 24, par. 50).

[283] Para una exposición general de la crítica véase Sarkin (nota 273), pp. 6 ss.; críticamente también Imbleau (nota 122), p. 170; Hunt (nota 125), p. 196; Orozco (nota 59), pp. 186-187; Sooka (nota 7), pp. 316-317. Según Schiff (nota 157), pp. 331, 339, 341, la generalizada impunidad en Sudáfrica se debe más a la debilidad del sistema judicial doméstico que al trabajo de la CVR. En sentido similar, van Zyl (nota 273), pp. 745 ss., sostiene que la CVR no tenía autoridad sobre las persecuciones y reparaciones (p. 760); en todo caso, fue "extraordinariamente exitosa como proceso de narración de la verdad" (p. 759); para una evaluación positiva también Boraine (nota 24), pp. 258 ss. (véanse ya las notas 136 y 281), pp. 340 ss. (con respecto a la reconciliación). Según Lovell Fernández (nota 273), hay pocas dudas de que "la elección de conceder amnistías a personas que han cometido crasas violaciones de los derechos humanos no está de acuerdo con el derecho internacional" (p. 79). Para una reciente defensa Desmond M. Tutu, "Reflections on Moral Accountability" (2007) 1 *IJTJ*, pp. 6-7.

de las circunstancias del caso concreto —como en Sudáfrica, donde es importante tener en cuenta que la mayoría de los pedidos de amnistías han sido desestimados—, es claro que, en un nivel abstracto, tales excepciones solo pueden estar justificadas por circunstancias extremas que casi no dejen, con vistas a una transición pacífica, otra opción que aceptar, en última instancia, la impunidad de los crímenes internacionales nucleares (sobre este "argumento de los peores abusos" véase el punto 3). Ciertamente, aceptar este argumento significa ceder al poder de las armas (*auctoritas, non veritas facit legem*) y en una situación dada difícilmente pueda probarse que las concesiones eran realmente necesarias, dado que la alternativa —ceñida a las limitaciones *ratione materiae* y *personae*— no ha sido puesta en práctica.

32. Probablemente, el argumento jurídico más fuerte a favor de un enfoque flexible se encuentre en el *artículo 6 (5) del Protocolo adicional II* (PA II) a las cuatro Convenciones de Ginebra.[284] La disposición siempre ha sido interpretada —de acuerdo con la opinión del CICR basada en los *travaux*—[285] en el sentido de que únicamente se refiere a actos legales en combate y a aquellas violaciones mutuas del derecho internacional humanitario que han sido cometidas como una consecuencia necesaria del conflicto armado, esto es, en el sentido de que no cubre las infracciones al derecho internacional humanitario.[286] En efecto, la disposición se aplica solo a los conflictos armados no internacionales y de este modo no puede socavar el deber de perseguir las infracciones graves. En cuanto a amnistías respecto a crímenes cometidos en conflictos no internacionales, la reciente criminalización de estos actos por la jurisprudencia en el caso *Tadic*[287] y el artículo 8 (2) (c) y (e) del Estatuto de la CPI hacen necesario desde el punto de vista del principio de la unidad del orden jurídico (internacional), o bien seguir la interpretación restrictiva del CICR, o bien rechazar las amnistías por crímenes de guerra: si este orden establece un deber de perseguir crímenes de guerra (en particular las infracciones graves de las Convenciones de Ginebra, punto 7), no puede, al mismo tiempo (y precisamente

[284] La disposición reza: "A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado".

[285] Cf. Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987) nm 4618: "El objeto de este párrafo es ftar un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo que ha estado dividido". Véase también Pfanner (nota 29), p. 371.

[286] Concordantemente, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10.480, Informe n.º 1/99, par. 116; UN-ECOSOC, impunity, 27.2.2004, par. 27. Véase también Cassel (nota 55), p. 218; Méndez (nota 29), p. 35; Gavron (nota 65), pp. 101-102 y Slye (nota 52), p. 178, todos haciendo referencia a la posición del CICR; también Young (nota 89), pp. 446-447; Seils y Wierda (nota 22), p. 14; Olson (nota 31), p. 286; Salmón (nota 75), p. 338.

[287] *Prosecutor vs. Tadic* [2 October 1995], Decisión de Apelación, IT-94-1-AR 72 (TPIY), par. 71 ss.

por un instrumento de la misma área jurídica, a saber el DIH), permitir que estos crímenes sean exonerados de castigo.[288] Sea como sea, la mera existencia del artículo 6 (5) PA II con su explícita referencia a una amnistía exige cierta flexibilidad; por consiguiente, luego de un conflicto armado una amnistía debe seguir siendo posible, de acuerdo con el artículo 6 (5) PA II, si es una herramienta apropiada y necesaria para lograr la reconciliación nacional[289] y si no socava el deber de investigar del Estado.

33. La *doctrina* predominante sigue el enfoque doble, que distingue entre amnistías absolutas y condicionales,[290] y consiguientemente permite las últimas en ciertas y excepcionales circunstancias. Algunos estudiosos sostienen que, desde el punto de vista jurídico, una prohibición general aún no existe;[291] otros, que por razones políticas no puede existir;[292] aun otros ponen énfasis en los criterios para permitir amnistías condicionales o limitadas —por ejemplo, que toda la verdad sea dicha y que la amnistía sea necesaria para la transición pacífica[293] o que ella sea aplicada solo a crímenes colectivos—.[294] En algunos casos, el dilema argumentativo deviene manifiesto al tratar de reconciliar ambos puntos de vista, el prohibitivo y el permisivo; los estudios llevados a cabo por Orentlicher[295] y Dugard[296] sirven de buenos ejemplos a este respecto. Ohrentlicher propone, por un lado, un principio (n.º 22) de acuerdo con el cual los Estados deberán incorporar "garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía […]" y, por el otro, un principio específico (n.º 24) según el cual las amnistías y otras medidas de clemencia serán en general posibles, pero

[288] Véase ya Ambos (nota 76), pp. 210-211; véase también Christian Tomuschat, "The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals", en H. J. Cremer (ed.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Steinberger* (Berlín: Springer, 2002), p. 315; Werle (nota 17) nm 191 incluida la nota 366; Sánchez L. (nota 261), p. 371; Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 272; Gerhard Hafner, Kristen Boon, Anne Rubesame y Jonathan Huston, "A Response to the American View as Presented by Ruth Wedgewood" (1999) 10 *EJIL* 111; Gavron (nota 65), p. 103.

[289] Véase también Arsanjani (nota 22), p. 65 y Bell (nota 121), pp. 5 ss.

[290] Véanse las referencias supra en la nota 89.

[291] Véase por ejemplo Cassese (nota 89), p. 315: "No existe aún ninguna obligación general de abstenerse a dictar leyes de amnistía respecto a estos crímenes". Para un punto de vista más estricto aparentemente Olson (nota 31), pp. 289 ss. generalemnte en contra de una amnistía respecto a crímenes nucleares internacionales.

[292] Véase por ejemplo Werle (nota 17), p. 66 (nm 190): "[…] derecho (penal) internacional no puede bloquear completamente una amnsitía que es necesaria para restaurar la paz"; Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 278-279: "prohibición relativa"; Ward Ferdinandusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts* (La Haya: TMC Asser Press, 2006), pp. 205 ss. (207: "presunción" de prohibición); Kreicker (nota 22), pp. 17-18, 306. Véase también el análisis crítico del elemento justicia en el proceso de paz de Dayton en Williams (nota 21), p. 115, quien concluye que "el punto de vista actualmente predominante parece ser que es mejor negociar la paz con los responsables de las atrocidades que insistir en la inclusión de normas de justicia que pueden hacer descarrilar el proceso de paz […]" (p. 133).

[293] Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), pp. 324 ss. (326).

[294] Larry May, *Crimes against Humanity* (Cambridge: CUP, 2005), pp. 243 ss., 251-2.

[295] *Orentlicher impunity principles*.

[296] Dugard (nota 61), pp. 693 ss.

mantenidas dentro de ciertos límites, a saber, que el Estado en cuestión desarrolle una investigación independiente e imparcial[297] o que la persona en cuestión sea sometida a juicio ante la justicia nacional o internacional[298] y que la amnistía no afecte el derecho de la víctima a reparación.[299] Interpretando de este modo estos principios contradictorios (22 y 24), la autora dice que intentó

> […] evitar toda posible implicación de que el autor de delitos graves con arreglo al derecho internacional pueda verse eximido por *completo* de castigo penal si durante el período de la investigación […] revela sus delitos.[300]

Dugard, por un lado, deriva del deber de perseguir los crímenes internacionales una prohibición de amnistiar estos crímenes,[301] pero, por el otro, en vista de la práctica de los Estados rechaza la existencia de tal deber y, consiguientemente, una prohibición de amnistía,[302] y en última instancia deja a la discreción de los Estados concernidos la concesión de amnistías con tal de que no contemplen genocidios, infracciones graves y tortura.[303] De hecho, aunque Dugard no distingue claramente entre el deber de perseguir y la concesión de amnistías, sí distingue entre amnistías absolutas y condicionales, concretamente la chilena y la sudafricana.[304] Para las últimas, él requiere una aprobación judicial o una investigación cuasijudicial[305] y las acepta —siguiendo el ejemplo de Sudáfrica— si han "sido concedidas como parte de una investigación" que apunte a la "verdad y reconciliación y cada persona […] ha sido obligada a revelar completamente su conducta criminal como precondición para la amnistía y los hechos tenían una motivación política".[306]

---

297 *Orentlicher impunity principles*, Principio 24 (a) en relación con el Principio 19.
298 Ibídem, Principio 24 (a).
299 Ibídem, Principio 24 (b).
300 *Orentlicher impunity principles* commentary, par. 56 (bastardilla agregada). Más recientemente Orentlicher confirmó su respaldo a mecanismos de responsabilidad penal, pero hizo énfasis en la importancia de los actores locales, los cuales pueden hacer necesaria una suspensión temporal de la persecución penal (Orentlicher (nota 22), pp. 21-22).
301 Dugard (nota 61), p. 697.
302 Ibídem, p. 698.
303 Ibídem, p. 699. De manera similar ya Dugard (nota 65), pp. 1003-1004, expresa dudas acerca de si el derecho internacional —dada la práctica estatal contraria— prohíbe las amnistías, aunque reconoce que se está "moviendo en esa dirección". En cuanto a los crímenes en particular, sostiene que el genocidio y los crímenes de guerra ("infracciones graves") no pueden estar cubiertos por una amnistía, pero que el derecho no es claro respecto a otros crímenes internacionales (p. 1015).
304 Dugard (nota 61), pp. 699-700.
305 Dugard (nota 61), p. 703.
306 Dugard (nota 61), p. 700. De manera similar ya Dugard (nota 65), pp. 1005, 1015, considera que una amnistía absoluta, incondicional, sin una comisión de la verdad "no es más una opción aceptable".

II.
PROCESOS DE PAZ Y CPI

1. Consideraciones preliminares

34. Aunque por mucho tiempo los procesos de paz no han estado bajo el control de un *mecanismo permanente de responsabilidad* —como mucho han sido establecidos *ex post facto* mecanismos *ad hoc* como tribunales internacionales o internacionalizados—,[307] la situación ha cambiado radicalmente con el establecimiento de la CPI.[308] En efecto, la CPI es "parte del proyecto de justicia de transición"[309] y las partes de un conflicto pueden tomar en serio la "amenaza" de la CPI mucho antes de que las propias negociaciones comiencen, y algunos de los mayores responsables pueden incluso ser excluidos de estas negociaciones.[310] Este efecto no se limita a los Estados parte, dado que, como muestra la situación de Sudán, incluso un Estado no parte puede ser objeto de investigaciones de la CPI en caso de una remisión de la situación por el Consejo de Seguridad (artículo 13 (b) Estatuto de la CPI).[311] Es interesante saber que investigaciones empíricas muestran que la mayoría de las víctimas apoyan la idea de una justicia penal internacional y universal.[312] Además, dado que la CPI se basa en un tratado independiente (artículos 1 y 4 Estatuto de la CPI), otros actores, especialmente la ONU, no pueden, con excepción del Consejo de Seguridad (sobre el artículo 16 Estatuto de la CPI, véase el punto 50), interferir en sus investigaciones. Como muestra la situación del norte de Uganda, la ONU como mediadora de la paz no está en posición de decidir sobre la continuación de una investigación o el retiro de las órdenes de detención.[313] La CPI tiene autonomía judicial *vis-à-vis* otras organizaciones internacionales y tribunales, así como *vis-à-vis* las partes

---

[307] Sobre los Tribunales "híbridos", en este contexto véase Kritz (nota 10), pp. 70 ss.

[308] Schlunck (nota 31), pp. 251-252, 254; Goldstone y Fritz (nota 22), pp. 665-666; para una evaluación positiva Seils y Wierda (nota 22), p. 18.

[309] Luis Moreno-Ocampo, "Transitional justice in ongoing conflicts" (2007), 1 *IJTJ*, 8.

[310] Seils y Wierda (nota 22), p. 19. Sobre el efecto de exclusión que acarrea la persecución penal véase ya supra el punto 21 incluida la nota 197.

[311] Esta expansión jurisdiccional ha sido llamada el "mazo" (*sledgehammer*) de la CPI por Antonio Cassese, "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections" (1999), 10 *EJIL* 144, p. 161.

[312] Según Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), pp. 100 ss. (cuadro 21), 110, 156 el 53% de las víctimas entrevistadas quería que un tribunal internacional juzgue a los autores. Cf. para el punto de vista no uniforme de las víctimas ugandesas OHCHR (nota 34), pp. 50 ss.

[313] Véase supra el punto 25 incluida la nota 244.

de un conflicto. Esto se sigue de su posición organizativa —recién descrita— y de varias disposiciones del Estatuto.[314] Al mismo tiempo, en situaciones de conflictos en curso la CPI, especialmente la Oficina del Fiscal (OF), debe guardar las distancias respecto a todas las partes de un conflicto para preservar su imparcialidad y neutralidad.[315] Por otro lado, las decisiones de la Corte no tienen un efecto limitador sobre terceros Estados; estos deciden autónomamente sobre su jurisdicción e interés de perseguir crímenes internacionales.[316] Por el contrario, las limitaciones de la Corte *ratione personae* y *materiae* (ver punto 36) significan que las jurisdicciones domésticas aún tienen un importante papel que desempeñar en el juzgamiento de crímenes internacionales, con excepción de los autores más importantes de los crímenes más importantes.[317] A la vez, el Estatuto de la CPI puede tener un efecto limitador sobre las amnistías nacionales en la medida en que los Estados parte están obligados a cooperar, por ejemplo, entregando a una persona que está protegida por una amnistía nacional (incondicional).[318]

35. La cuestión de la *amnistía* fue planteada, aunque no fue considerada con seriedad, durante el Comité Preparatorio[319] y deliberadamente eludida durante la Conferencia de Roma.[320] De hecho, un acuerdo general sobre la cuestión no era viable y, en consecuencia, se dejó su solución, como la de tantas otras, a la CPI.[321] De la misma

6[314] Véase por ejemplo el art. 19 (1) según el cual la CPI "se cerciorará" (*shall satisfy itself*) y determinará la admisibilidad "de oficio" (*on its own motion*) (cf. Stahn (nota 65), p. 700).

[315] Véase *OTP Activities Report*, p. 16-17 donde se declara, en relación con las iniciativas de paz en el norte de Uganda, que "[…] para preservar su imparcialidad, la Oficina [del fiscal] no puede formar parte de estas iniciativas. La política de la Oficina es mantener su propia independencia y llevar a cabo su mandato de investigar y enjuiciar, y hacerlo de tal modo que respete los mandatos de otros e intente maximizar el impacto positivo de los efuerzos conjuntos de todos los actores. […] la Oficina ha mantenido un perfil público bajo durante la investigación […]. En ningún momento, sin embargo, la Oficina frenó su investigación".

[316] Cf. Robinson (nota 32), pp. 503-504; Seibert-Fohr (nota 22), pp. 576 ss. Véase también supra el punto 25.

[317] Véase también *OTP Policy Paper*, p. 3 y 7, que aboga por un enfoque de dos niveles que deje la persecución de los "autores de nivel inferior" a las jurisdicciones domésticas.

[318] Con más detalle Seibert-Fohr (nota 22), pp. 584 ss.

[319] Report of the PrepCom on the Establishment of the ICC (1996), UN-GAOR, 51st session, suppl. n.º 22 (A/51/22), vol. I., p. 40 (par. 174): "También se ha expresado el punto de vista de que la "excepción" al principio *non bis in idem* tal como establecida en el artículo 42 (b) debería extenderse más allá del procedimiento judicial para abarcar la libertad condicional, el indulto, la amnistía, etc.". Scharf (nota 55), pp. 507, 508, Gavron (nota 65), p. 108 y Seibert-Fohr (nota 22), p. 562 se refiere a un documento informal (*non-paper*) de los Estados Unidos; además, Seibert-Fohr (nota 22), p. 556 sugiere que una de las razones de la administración Bush de "retirar la firma" (*unsign*) del Estatuto de la CPI fue la ausencia de una disposición sobre amnistías. Véase también Arsanjani (nota 22), p. 67: "nunca discutida con seriedad"; Robinson (nota 32), p. 483; Cárdenas (nota 47), pp. 155-156.

[320] Hafner, Boon, Rübesame y Huston (nota 288), pp. 109-113; véase también Dugard (nota 65), p. 1013; Dugard (nota 61), pp. 700-701 con otras referencias.

[321] La historia de las negociaciones es malinterpretada por Young (nota 89), pp. 459 ss., quien critica la ausencia de una disposición explícita y de pautas precisas sobre la amnistía en el Estatuto y las RPP (pp. 470-471, 475-476, 482). Este autor no solo ignora que la cuestión fue deliberadamente dejada abierta por los proyectistas dado que arribar a un acuerdo era simplemente imposible (véase también Robinson (nota 32) 483;

manera, tampoco fue tratada expresamente la cuestión de los mecanismos de responsabilidad alternativos.[322] En todo caso, el Estatuto de la CPI es un instrumento flexible y la CPI un mecanismo de responsabilidad flexible.[323] Desde el punto de vista jurídico, esto se sigue, por un lado, de la relativamente amplia discreción del fiscal con respecto a la investigación preliminar y a la toma de ciertas medidas de investigación[324] y, por el otro lado, de los artículos 16, 17 y 53 del Estatuto de la CPI, que serán analizados con más detalle más adelante (puntos 37 ss.). Dichas disposiciones podrían ser interpretadas como un reconocimiento indirecto de medidas de abstención de la persecución penal a fin de lograr una transición pacífica o la paz.[325] En la práctica, el fiscal toma en consideración el argumento del riesgo de la transición (punto 3) y trata de evaluar el riesgo real y concreto a través de discusiones minuciosas con las fuentes en el terreno de conflicto.[326] Por consiguiente, el Estatuto de la CPI deja lugar a las amnistías u otras exenciones si ellas son condicionales y están acompañadas de formas alternativas de justicia, las cuales en última instancia pueden conducir a la persecución y sanción penal.[327] En efecto, es inconcebible que la CPI pretenda reemplazar la decisión de una entera nación que busca paz y justicia por medios alternativos.[328] Sin embargo, va demasiado lejos justificar esta flexibilidad con el "objetivo general [de la CPI] […] de proteger la paz y la seguridad".[329]

Seibert-Fohr (nota 22), pp. 561, 589; Cárdenas (nota 47), p. 156), sino también —en un nivel más general— convierte erróneamente a la CDI en proyectista del Estatuto (p. 459: "[…] la CDI proyectó sencillamente disposiciones […]") y al Estatuto en un tratado de la ONU (p. 464: "La ONU adoptó el Estatuto de Roma […]"). Estos son errores graves y sorprende cómo el trabajo pudo haber sido publicado sin que estos errores fueran corregidos.

322 Cf. Cherif Bassiouni, *The Legislative History of the International Criminal Court, Vol. 1* (Nueva York: Transnational Publishers, 2005), pp. 133-134.

323 Cf. Daniel D. Ntanda Nsereko, "The ICC: jurisdictional and related issues" (1999) 10 *CLF* 87, p. 120; Arsanjani (nota 22), p. 65, pp. 66, 68; Robinson (nota 32), pp. 483-484, 502, 505; Seibert-Fohr (nota 22), pp. 557-558, 573-574; Clark (nota 65), pp. 407, 414; Meyer (nota 178), pp. 564 ss., p. 576, afirma que, "mientras las decisiones nacionales […] se compadezcan con la complejidad de las convicciones y dinámicas sociales, la CPI debería ser respetuosa" de ellas. Schlunck (nota 31), p. 259 sostiene que sería corto de vista poner a la CPI por sobre la voluntad política de quienes toman las decisiones nacionales, esto iría contra una gestión flexible del conflicto.

6324 El estándar del "fundamento suficiente" (*reasonable basis*) de los arts. 15 (3) y 53 deja una amplia discreción; la solicitud de una orden de detención conforme al art. 58 puede ser aplazada si el sospechoso participa en las negociaciones de paz (véase también Seils y Wierda (nota 22), pp. 2, 7). Incluso *HRW*, 2005, p. 21 admite que existe alguna discreción en la persecución respecto al "*timing*", por ejemplo, con respecto a la solicitud de una orden de detención; sin embargo, el fiscal no debería reconocer públicamente que el retraso se debe al proceso de paz y este retraso no debería ser indefinido (ibídem, p. 22).

325 Véase también Scharf (nota 55), p. 508 que sostiene incluso que el documento informal ("non-paper") de los Estados Unidos, formalmente rechazado (nota 319), fue indirectamente codificado; críticamente Cárdenas (nota 47), p. 156.

326 Seils y Wierda (nota 22), p. 13.6

327 Goldstone y Fritz (nota 22), pp. 656, 667; Stahn (nota 65), p6. 719.

328 Goldstone y Fritz (nota 22), p. 667.

329 Seibert-Fohr (nota 22), p. 574

Por un lado, esto es una exageración: aunque el preámbulo (párrafo 3) haga referencia a la paz y a la seguridad en conexión con los crímenes de competencia de la CPI, esta en cuanto corte *penal* interesada en la responsabilidad individual tiene objetivos mucho más concretos y modestos, a saber, perseguir y sancionar a los autores de crímenes internacionales (preámbulo, párrafo 4) y así "poner fin a la impunidad" de esos crímenes (preámbulo, párrafo 5). Si, como efecto colateral, esto también contribuye a la paz y a la seguridad, entonces ha de ser bienvenido,[330] pero no puede ser el objetivo principal o "general" de la CPI. Por el otro lado, si la continua impunidad de estos crímenes realmente amenaza la paz y la seguridad internacionales, como sugiere el párrafo 3 del preámbulo, entonces es contradictorio justificar exenciones del castigo —la impunidad de estos crímenes— con la protección de estos mismos valores. Como mucho, la no persecución facilita el logro de la paz y de la seguridad, pero no las protege o consolida. De hecho, es difícil explicar que una institución creada para evitar la impunidad debería promoverla aceptando amnistías;[331] esto iría, en efecto, contra el *telos* de la CPI.[332]

36. La autonomía judicial de la CPI (punto 34) significa que tiene amplia discreción para decidir cómo tratar con las amnistías. Podría incluso rechazar amnistías que alcancen crímenes respecto a los cuales no exista un claro deber de perseguir.[333] Por otro lado, las limitaciones *ratione materiae* y *personae* arriba mencionadas (punto 21) operan para la CPI en la dirección opuesta: dado que la CPI —así como los tribunales ad hoc—[334] procura una estrategia de persecución[335] centrada en los crímenes más graves[336]

---

330 Véase, por ejemplo, *OTP Activities Report*, p. 18 (que hace referencia a la importancia de la justicia y la responsabilidad para la paz en Darfur): "Este claro reconocimiento de las importantes conexiones entre justicia, paz y seguridad […] es un gran logro en la evolución del rol de la justicia internacional".

331 La cuestión llegó ante el TPIY en *Prosecutor v. Deronic* [30 March 2004] Sentencing Judgement, Case n.º IT-02-61-S, opinión disidente del juez Schomburg, par. 11: "a) Promesas […] no pueden resultar de facto en una concesión de amnistía/impunidad parcial por el Fiscal, especialmente no en una institución creada para evitar la impunidad".

332 Young (nota 89), p. 471; Robinson (nota 32), p. 497; Stahn (nota 65), p. 703; ss.enyonjo (nota 175), p. 377.

333 Stahn (nota 65), p. 705.

334 Véase por ejemplo, CS ONU Res. 1534 (26 de marzo de 2004), par. 5, que solicita al TPIY y al TPIR que se aseguren que las acusaciones se concentren sobre los líderes de más alto nivel, y la regla 28 (A) de las RPP del TPIY que dispone que el *Bureau* (esto es, la Sala compuesta por el presidente del tribunal, el vicepresidente y los jueces que presiden las Salas de Juicio, cf. art. 23 de las RPP del TPIY) determinará si la acusación "se dirige contra uno o más de los líderes de más alto nivel sospechados de ser los mayores responsables"; de otro modo y si los crímenes no son de suficiente gravedad el caso debería ser reenviado a los tribunales locales (regla *11bis* (C)); véase también el art. 1 Estatuto de la CESL ("personas que tienen la mayor responsabilidad […]").

335 El fiscal en jefe, Luis Moreno Ocampo distingue al respecto —teniendo en consideración preocupaciones presupuestarias de los Estados donantes— entre un "enfoque guiado por los recursos" muy limitado y un "enfoque guiado por el caso" menos selectivo (*Moreno-Ocampo Statement*, 2005, pp. 8-9).

336 Esto ya se sigue del preámbulo (por ejemplo, párrafo 4: "crímenes más graves" (*most serious crimes*) y del art. 17 (1) (d) que refiere a la "gravedad suficiente" (*sufficient gravity*); sobre esta exigencia véase abajo el punto

y en los autores mayormente responsables,[337] las amnistías u otras exenciones referidas a autores del nivel medio o bajo y/o a crímenes menos graves no son de su incumbencia.[338] Respecto a los crímenes, la Corte puede seguir un enfoque específico del crimen (*crime-specific approach*), es decir, decidir caso por caso con respecto a cada crimen si está bloqueado por una amnistía; para la desaparición forzada, por ejemplo, podría optar por un rechazo retroactivo de una amnistía anterior, dado que es un delito permanente.[339] En todo caso, dada la exclusión de grandes grupos de autores menores y de crímenes menos graves por la estrategia de persecución actual, persecuciones selectivas por una judicatura nacional centrada en los crímenes más graves y en los autores mayormente responsables generalmente pasarían el test de complementariedad y, por consiguiente, tornarían inadmisible la intervención de la CPI.[340]

2. Análisis de disposiciones relevantes

2.1. Complementariedad (artículo 17 Estatuto de la CPI)

2.1.1. Análisis de la disposición

37. El artículo 17, para algunos la disposición "más delicada" en el contexto de la justicia de transición,[341] organiza la relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales

38 incluidas las notas 354 ss. Véase también *OTP Activities Report*, pp. 7-8, 23; *OTP Report on Prosecutorial Strategy*, 14.9.2006, p. 5; *OTP Fourth Report*, p. 4; *Moreno Ocampo Statement* 2006b, p. 2.

337 Cf. *OTP Policy Paper*, p. 3, 7 ("concentrarse […] sobre aquellos que tienen la mayor responsabilidad […]); concordantemente *OTP Activities Report*, pp. 7-8, 16, 23; *OTP Report on Prosecutorial Strategy*, 14.9.2006, p. 5; *OTP Fourth Report*, p. 4; *Moreno Ocampo Statement* 2006b, p. 2. Véase también Schlunck (nota 31), p. 260; El Zeidy (nota 73), p. 905; Olásolo (nota 32), p. 146; Stahn (nota 65), pp. 707-708; Meyer (nota 178), p. 577 que sostiene que respecto a los autores de nivel bajo son suficientes sanciones no penales. Para la Sala de Cuestiones Preliminares I, situación en la República Democrática del Congo en el caso *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* [24 February 2006] Decision concerning PTC I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 (ICC), par. 50, esto también está asegurado por el umbral de gravedad del art. 17 (1) (d). Esta limitación *ratione personae* es confirmada por investigaciones sobre las actitudes de las víctimas, véase supra notas 196 y 197.

338 Sobre este "espacio de impunidad", Seils y Wierda (nota 22), p. 14.

339 Cf. Stahn (nota 65), p. 706.

340 Para el mismo resultado Robinson (nota 32), pp. 500-501.

341 Stahn (nota 65), p. 719. Paul Williams y William Schabas: "Issues of Admissibility", en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Múnich: C. H. Beck-Hart-Nomos, 2.º ed., 2008), artículo 17, 605, nota marginal 3-20

y, como tal, constituye la disposición más importante del Estatuto de la CPI en lo que se refiere a los Estados parte.[342] La disposición intenta lograr un adecuado equilibrio entre el ejercicio soberano de la jurisdicción (penal) de los Estados y el interés de la comunidad internacional en la evitación de la impunidad de los crímenes internacionales nucleares,[343] dando preferencia a los Estados parte en caso de que tengan voluntad y capacidad de investigar y perseguir tales crímenes. Reafirma esa idea el hecho que la jurisdicción de la CPI solo se activa frente a determinadas causales indicadas en el Estatuto de Roma y por los delitos que dicho texto tipifica, por lo que puede concluirse que se trata de una jurisdicción de *última ratio*.[344] La obligación de perseguir a los responsables penales no se encuentra expresamente señalada en el Estatuto de Roma, pero a través del principio de complementariedad se genera un interés de los propios Estados, los cuales, para evitar la intervención de la CPI, se obligan a hacer uso de la acción penal de manera eficaz.[345]

El artículo 17 proporciona reglas sobre la *admisibilidad* de los procedimientos ante la CPI *vis-à-vis* las jurisdicciones internas. De este modo, no es una disposición jurisdiccional *stricto sensu*, sino que *presupone* la existencia de la jurisdicción (tal como prevén los artículos 11 y 12 del Estatuto de la CPI), la cual puede ser *ejercitada* si el caso es admisible.[346] En consecuencia, la complementariedad debe ser entendida como "jurisdicciones que se amalgaman para formar un todo, para complementarse, no para reemplazarse

---

[342] Cf. Benzing (nota 104), p. 593. Mohamed M. El Zeidy: T*he Principle of Complementary in International Criminal Law.* Origin, Development and Practice (Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 159. Jens David Ohlin: "Peace, Security and Prosecutorial discretion in the emerging practice of the International Criminal Court", en C. Stahn & G. Sluiter (eds.) (Brill-Martinus Nijhoff Publishers, en prensa), p. 194. Williams y Schabas (nota 341), nota marginal 3-20 (*cornerstone*); sobre complementariedad "positiva", i. e., la contribución del la CPI para un efectivo funcionamiento de los sistemas judiciales, véase William W. Burke-White: "Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice" (2008), 19 CLF 59, pp. 61 ss.; Carsten Stahn: "Complementarity: a tale of of two notions" (2008), 19 CLF 87, pp. 100 ss; con respecto a la República Democrática del Congo véase Geraldine Mattioli y Anneke van Woudenberg: "Global catalyst for national prosecutions? The ICC in the Democratic Republic of Congo", en Waddell y Clark (eds.); *Courting conflict? Justice, peace and the ICC in Africa* (Royal African Society, 2008, 55), pp. 57 ss.

[343] Cf. Benzing (nota 104), pp. 595 ss., 600. Jakob Pichon: "The principle of complementarity in the case of the Sudanese nationals *Ahmad Harun* and *Alí Kushayb* before the International Criminal Court" (2008), 8 *ICLR* 185, p. 187; según Stahn (nota 342), p. 88, la complementariedad debe ser "principalmente vista como un instrumento para vencer los temores de soberanía".

[344] Héctor Olásolo: *Corte Penal Internacional. ¿Dónde investigar? Especial referencia a la fiscalía en el proceso de activación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 195.

[345] Chistoph Grammer: "Adaptación del derecho penal nacional con motivo de la implementación del Estatuto de Roma. Algunas consideraciones respecto de la desaparcición forzada", en ‹http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20042/pr/pr16.pdf› (visitado por última vez el 4 de octubre de 2008).

[346] Véase también Benzing (nota 104), p. 594; confuso Seibert-Fohr (nota 22), p. 561, quien trata la cuestión como jurisdiccional.

ni sustituirse".[347] La determinación de inadmisibilidad por la CPI de acuerdo con el apartado 1 del artículo 17 presupone que tenga lugar un proceso nacional respecto a los mismos episodios y conductas[348] —el artículo 17 se refiere a un caso específico y no a la situación global[349]—; si esto no es así, es decir, si el sistema nacional está completamente inactivo, el caso ha de ser considerado admisible sin más.[350] En este sentido, la soberanía estatal es restringida, por cuanto a los Estados parte no les está permitido permanecer inactivos frente a crímenes internacionales nucleares.[351] Si bien es cierto que la Corte no debe sustituir los procedimientos nacionales,[352] es obligación de los mismos Estados investigar y sancionar los crímenes internacionales, pues "la impunidad de dichas violaciones es mucho más grave e inaceptable, no solo por la intensidad de la afectación de la dignidad humana que dichos comportamientos implican, sino además porque la comunidad internacional, en virtud del principio de complementariedad, está comprometida en la sanción de esas conductas".[353] Por lo tanto, la CPI actúa frente al incumplimiento de esta obligación primordial que pesa sobre los Estados, evitando así incluso aquellas situaciones en que, "por medio de procesos artificiales y de leyes de amnistía, queden impunes crímenes que ofendan a toda la comunidad internacional".[354]

---

347 Jaime Lombana Villalba: "El principio de la complementariedad de la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma", en *Iberoamérica y la Corte Penal Internacional. Debates, reflexiones y preguntas*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2006, p. 109.

348 Véase la reciente solicitud conforme al art. 58 (7) del fiscal de la CPI en el caso Darfur: "Aunque las investigaciones en Sudán involucran a Ali Kushayb, ellas no se refieren a los *mismos episodios o conducta* que son objeto del presente caso ante la Corte. En consecuencia, el caso es admisible" (ICC Prosecutor Presents Evidence on Darfur Crimes, La Haya, 27.2.2007, ICC-OTP-20070227-206-En (bastardilla agregada).

349 Véase también Benzing (nota 104), p. 603. Sin embargo, una situación, consistente en varios casos, es referida a la Corte (art. 13); por lo tanto, en caso de "incapacidad" (*inability*) (art. 17 (3)) el efecto de un colapso del sistema de justicia nacional puede ir mucho más allá el caso específico y extenderse a la situación en su conjunto (cf. Morten Bergsmo, "The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court (Part II, Art. 11-19)" (1998) 6 *Eur.J.Cr., Cr.L. & Cr. J.* 29, p. 43; Cárdenas (nota 47), pp. 130-131).

350 Benzing (nota 104), p. 601; contrariamente a Benzing esto también es pertinente respecto a la inactividad debida a un obstáculo procesal, dado que entonces una investigación no tiene lugar en absoluto, véase también abajo la nota 372 y el texto correspondiente. Véase también Seils y Wierda (nota 22), p. 6. Sobre la inactividad véase la opinión de Jan K. Kleffner: *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (Nueva York: Oxford University Press, 2008), p. 105: "[…] este objetivo de procesamiento efectivo, y el propósito de poner término a la impunidad serían claramente minados de manera significativa si fueran inadmisibles los casos en los cuales los Estados permanezcan completamente inactivos". Además, "una inacción completa a nivel nacional permitiría a la CPI tomar un caso sin tener que entrar a analizar los criterios de admisibilidad del artículo 17 (1) (a) a (c)", p. 115.

351 Benzing (nota 104), p. 600.

352 Kristina Miskowiak: *The International Criminal Court: Consent, Complementary and Cooperation* (Copenhage: DJOF Publishing, 2000), p. 40. Indica la autora: "La Corte no debe ser un sustituto para procedimientos que los tribunales nacionales están obligados a llevar por sí mismos".

353 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-004, del 20 de enero del 2003, en ‹http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/c-004.PDF› (visitado por última vez el 4 de octubre del 2008.

354 Lombana Villalba (nota 347).

Es importante observar, sin embargo, que un deber estatal de actuar frente a estos crímenes, en particular de perseguirlos (punto 8), no nació con el establecimiento de la CPI, sino que ya existía. Si bien la cuestión de la inactividad es de naturaleza *empírica*, el verdadero examen del artículo 17 —en caso de existencia de un proceso nacional— es esencialmente *normativo*, centrado en la calidad de los procesos y —vinculado íntimamente con esto— la falta de voluntad y la incapacidad del sistema interno en cuestión.[355] Así, resumiendo, es posible decir que la "CPI solo actúa cuando los Estados no llevan a cabo procesos o no lo hacen debidamente".[356] Desde el punto de vista del procedimiento, las solicitudes de inadmisibilidad pueden ser planteadas por el Estado interesado (artículos 18 (2) y 19 (2) (b), (c) del Estatuto de la CPI) o el acusado (artículo 19 (2) (a)).[357]

38. Una mirada más detenida del artículo 17 revela varios aspectos que deben distinguirse. Por un lado, la disposición distingue entre investigación y enjuiciamiento (artículo 17 (1) (a) y (b)) y un juicio ya terminado por un tribunal (artículo 17 (1) (c) con referencia al artículo 20 (3)). Por el otro lado, hay una distinción temporal en cuanto a la *etapa procesal* de la investigación: o la investigación (o el enjuiciamiento) está teniendo lugar actualmente (artículo 17 (1) (a)) o ella ya ha sido completada y ha sido tomada la correspondiente decisión de no perseguir (artículo 17 (1) (b)). Si, a su vez, la decisión de perseguir ha sido tomada y la persona ya ha sido juzgada, el estadio procesal es aún más avanzado y es aplicable el artículo 17 (1) (c). Independientemente de estos criterios temporales, los crímenes en cuestión deben ser de suficiente *gravedad* "para justificar la adopción de otras medidas por la Corte" (artículo 17 (1) (d)),[358] esto es, a pesar de la gravedad de los crímenes de competencia de la CPI como tales, el artículo 17 (1) (d) establece por lo tanto un umbral *adicional*.[359] En todo caso, la gravedad en el sentido

---

[355] Para la misma distinción empírica y normativa Darryl Robinson, "Comments on chapter 4 of Claudia Cárdenas Aravena", en Kleffner y Kor (eds.), *Complementary views on complementarity* (La Haya: Asser Press, 2006), 141, p. 142. Curiosa parece la opinión de la Cámara de Asuntos Preliminares en el caso *Lubanga* al indicar que "el caso sería inadmisible solo en aquellos Estados con jurisdicción sobre él y que han permanecido inactivos en relación con aquel caso o están indispuestos o son incapaces". Con ello ha creado una tercera causal, que no está expresamente contemplada en el artículo 17. Para más detalles véase William A. Schabas: "Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court" (setiembre 2008), 6 *JICJ* 731, p. 757 (en ‹http://jicj.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/6/4/731›).

[356] Ibídem, p. 142; Cárdenas (nota 157), p. 115.

[357] Véase también Stahn (nota 65) 698; para un análisis detallado véase El Zeidy (nota 73), pp. 906 ss.

[358] Véase también el art. 53 (1) (b) y (2) (b).

[359] Cf. PTC I, supra nota 337, par. 41: "[…] este umbral de gravedad es adicional a […] los crímenes incluidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto […]". Véase también *OTP Activities Report*, p. 6: "Aunque todo crimen que caiga dentro de la competencia de la Corte es un asunto grave, el Estatuto de Roma […] claramente prevé y requiere una consideración adicional de "gravedad" […]"; *Moreno Ocampo Statement* 2005, pp. 8-9: "[…]en nuestro Estatuto, gravedad no es solo una característica del crimen, sino también un factor de admisibilidad,

del artículo 17 (1) (d) es relevante en dos momentos diferentes del proceso[360] y debe ser determinada caso por caso,[361] invocando como criterios la naturaleza y el impacto social de los crímenes (¿sistemático o a gran escala?), el modo de comisión (por ejemplo, una particular brutalidad o crueldad) y el estatus y el rol de los sospechosos (¿son ellos los más responsables según se menciona arriba?).[362] Dada la particular gravedad del crimen de genocidio y su específica exigencia de *mens rea*, puede sostenerse que un genocidio siempre alcanza el umbral de gravedad del artículo 17 (1) (d).[363] Además, parecería que, teniendo en cuenta la magnitud de los otros delitos contemplados en el Estatuto de Roma, la aplicación de esta causal de inadmisibilidad debería tener escasa aplicación práctica.[364]

---

que parece reflejar el deseo de nuestros fundadores de que la CPI debería concentrarse en las situaciones más graves del mundo". Véase también Benzing (nota 104), pp. 619-620; Cárdenas (nota 47), pp. 90 ss.; ídem (nota 157), pp. 119-120; Mohamed M. El Zeidy: "The gravity threshold under the statute of the international criminal court" (2008), 19 *CLF* 35, p. 39; Williams y Schabas (nota 341), nota marginal 28, para una interpretación restringida Seibert-Fohr (nota 22), pp. 565 ss. Para un mayor acercamiento véase *WCRO*, "The gravity threshold of the International Criminal Court" (marzo 2008), en ‹www.wcl.american.edu/warcrimes/icc/icc_reports.cfm›, pp. 12 ss., El Zeidy (ibídem), pp. 36 ss. Para Ohlin (nota 342), parece un término ambiguo la indicación de que: "No está claro qué tipo de umbral legal está establecido por el Estatuto de Roma para el término 'gravedad' en los artículos 17 y 53", p. 200.

360 En cuanto a la iniciación de la investigación de una situación y del o los casos que surgen de esta situación (PTC I, supra nota 337, par. 44). Véase también *WCRO* (nota 359) 21, pp. 25 ss.; pp. 29 ss.; El Zeidy (nota 359), p. 39.

361 Cf. Cárdenas (nota 47), pp. 158, 176. Para un criterio de selección en los casos individuales véase *WCRO* (nota 359), pp. 25 ss., 29 ss.

362PTC I, supra note 337, par. 42 ss. (46, 50-4, 63). Véase también OTP Activities Report, p. 6, refiriéndose a la escala y naturaleza de los crímenes, la manera de comisión y el impacto de los crímenes; Crít. sobre el criterio *social alarm* El Zeidy (nota 359), p. 45 (*weird novelty*); además, se indica (p. 44) que estos factores son ilustrativos y no exclusivos. Crít. en cuanto a un enfoque cuantitativo Schabas (nota 22), pp. 28 ss.; Williams y Schabas (nota 341), nota marginal 28. El Zeidy (nota 73) 905; Cárdenas (nota 47), pp. 93 ss., concentrándose en la incumbencia internacional ("interés internacional", pp. 98, 100) de la cuestión. Para mayor abundamiento sobre tribunales ad-hoc véase WCRO (nota 359), pp. 37 ss, donde se recomienda un análisis "*sufficiently flexible*" (p. 42) tomando en cuenta circunstancias excepcionales, como "el impacto de las víctimas, la manera en la cual los crímenes fueron realizados y la vulnerabilidad de la población victimizada". Sobre la difícil relación entre la OTP (Office of the Prosecutor) y las cámaras en este punto véase El Zeidy (nota 359), pp. 51 ss.

363 Cf. Cárdenas (nota 47), p. 99; idem, "The Admissibility Test before the International Criminal Court", en Gerhard Werle (ed.), *Justice in Transition - Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa* (Berlín: BWV, 2006) 239, p. 244. Ídem: "The admissibility test before the international criminal court" (2006), en Werle (ed.): *Justice in transition-prosecution and amnesty in Germany and South Africa*, Berlín, 239, p. 244; ídem: "Wann darf der Internationale Strafgerichtshof ermitteln oder verfolgen? Das Verhältnis der internationalen Strafgerichtsbarkeit zu nationalen Gerichten" (2008), en Hankel (ed.): *Die Macht und das Recht. Beiträge zum Völkerrecht und Völkerstrafrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Hamburgo: HIS, 127, p. 38. Para la mayor gravedad del genocidio y crímenes *vis à vis* en contra de la humanidad, Schabas (nota 22), pp. 25 ss. Sobre el punto crít. respecto de la selección de la situación de la República Democrática del Congo y el rechazo de la comunicación iraquí, El Zeidy (nota 359), p. 40. Kleffner (nota 350) no ve imposible que "genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra" sean declarados inadmisibles por la CPI por falta de gravedad, p. 126.

364 Cárdenas (nota 157), p. 120.

39. En cuanto concierne a la concreta aplicación del artículo 17 sobre exenciones de persecución penal, es posible distinguir según el estadio procesal en el que intervienen estas exenciones. Si se toma por ejemplo una amnistía, en cuanto exención más importante, las únicas disposiciones aplicables parecen ser las letras (a) y (b) del artículo 17 (1). Como una amnistía impide una investigación (penal) o un enjuiciamiento penal,[365] la letra (c) del artículo 17 (1) no es aplicable, dado que presupone más, a saber, que haya tenido lugar un juicio por un tribunal.[366] De hecho, la letra (c) solo es aplicable a exenciones o suspensiones del castigo luego de la condena, en particular los indultos.[367] Entonces surge la cuestión (empírica) de si el primer proceso obedeció "al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal" (artículo 17 (1) (c) en conexión con el artículo 20 (3) (a)).[368] El artículo 17 (1) (a) presupone que el caso sea "objeto de una investigación o enjuiciamiento", esto es, para la inadmisibilidad es suficiente que una investigación o un enjuiciamiento esté teniendo lugar. Aunque estos requisitos son alternativos, no tiene mucho sentido separar la investigación del enjuiciamiento, o sea, examinar una investigación aislada, dado que, en cualquier caso, una vez que una investigación está terminada, debe tomarse la decisión de abrir el enjuiciamiento o no hacerlo. En otras palabras, aunque una investigación en el sentido de la letra (a) pueda bloquear la intervención de la CPI por cierto período (a saber, mientras el caso está siendo "investigado"), luego debe decidirse sobre la apertura del enjuiciamiento, y en ese preciso momento deviene aplicable el artículo 17 (1) (b).[369] En cualquier caso, tanto en la letra (a) como en la (b), los criterios decisivos son la falta de voluntad y la incapacidad tal como definidas en el artículo 17 (2) y (3). Por consiguiente, para los requisitos de la investigación y el enjuiciamiento la distinción entre las letras (a) y (b) es de naturaleza meramente temporal. En suma, en la práctica, si un Estado "en su sabiduría soberana"[370] decide no investigar y/o enjuiciar concediendo una amnistía, se aplica el artículo 17

---

[365] *Black's Law Dictionary,* 8th ed. (West, St. Paul 2004), p. 93, sobre "amnistía".

[366] Cf. Robinson (nota 32) 499; Cárdenas (nota 47), p. 160.

[367] *Black's Law Dictionary* (nota 358) "indulto", p. 1144. Aunque en la práctica puede ser posible una "amnistía después de una condena" (Christine Van den Wyngaert y Tom Ongena, "*Ne bis in idem* Principle, Including the Issue of Amnesty", en Cassese, Gaeta y Jones (nota 61) 705, pp. 726-727; Seibert-Fohr (nota 22), p. 565; Cárdenas (nota 47), p. 162), conceptualmente esto confunde amnistías e indultos.

[368] Cf. Cárdenas (nota 47), pp. 162-163; sobre el art. 20 (3) en general véase también Cárdenas (nota 47), pp. 134 ss.; Scharf (nota 57), p. 525; Gavron (nota 65), p. 109; Benzing (nota 104), pp. 616 ss.

[369] Este aspecto temporal aparentemente ha sido pasado por alto por Cárdenas (nota 47), pp. 159 ss. quien distingue de manera demasiado artificial entre investigación y enjuiciamiento y en consecuencia aplica el art. 17 (1) (a) de modo demasiado formalista a una amnistía.

[370] Nsereko (nota 323), p. 119; críticamente El Zeidy (nota 73), pp. 942-943.

(1) (b) y deben cumplirse tres condiciones para hacer inadmisible la intervención de la CPI:

- el Estado respectivo debe haber "investigado" el caso,
- debe haber tomado la decisión de "no abrir un enjuiciamiento" y
- esa decisión no debe resultar de la falta de voluntad o la incapacidad. [371]

40. Respecto al *requisito de que exista una investigación*, la cuestión principal es si es necesaria una investigación penal por los respectivos órganos de justicia penal o si serían suficientes formas de investigación alternativas, incluso no judiciales, como las arriba mencionadas (puntos 12 ss.), en particular una CVR (efectiva).[372] Claramente, como mínimo, se requiere una investigación sistemática de los hechos y circunstancias del caso.[373] Esta investigación debe ser llevada a cabo por órganos estatales; es decir, deben crearse órganos no judiciales, como una CVR, y estos órganos deben recibir el apoyo del Estado,[374] dado que el deber de investigar y perseguir recae sobre el Estado (ver punto 7). Además, el tenor literal y el *telos* del artículo 17 indican que el *objetivo* de toda "investigación" es la persecución o adjudicación penal, a saber, "hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia" (artículo 17 (2) (b) y (c)).[375] Aunque esto no excluya una investigación *preliminar* de una CVR con los respectivos poderes, y en efecto la letra del artículo 17 (1) (a) ("objeto de una investigación; "*being investigated*") deja espacio para dichas investigaciones alternativas,[376] el objetivo último de estas debe

---

[371] Robinson (nota 32), p. 499; Stahn (nota 65), p. 710. Véase también Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 283-284.

[372] Esta cuestión es dejada abierta por Robinson (nota 32), pp. 499-500 pero su enfoque general flexible indica que comparte el "enfoque ligeramente más amplio" por él discutido; indeciso también Benzing (nota 104), p. 602.

[373] Cárdenas (nota 47), p. 58; ídem (nota 157), pp. 117, 119.

[374] Véase también Cárdenas (nota 47), pp. 177, 183.

[375] En este sentido también Gavron (nota 65), p. 111 sosteniendo que "llevar a alguien ante la justicia" ha de ser interpretado en un sentido jurídico y no en uno moral más amplio. Más estricto aún John T. Holmes, "The principle of complementarity", en R. S. Lee (ed.) *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results* (La Haya y Londres: Kluwer Law International, 1999), p. 41, p. 77 ("Las disposiciones del Estatuto sobre la complementariedad tienen la intención de referirse a investigaciones penales").

[376] Véase también Seibert-Fohr (nota 22), p. 569 y Stahn (nota 65), pp. 697, 711, que argumenta en contra de la exigencia de una investigación penal, dado que no está expresamente contenida en el art. 17. Para el mismo resultado Cárdenas (nota 47), pp. 58-59, 101; ídem (nota 157), p. 129. Demasiado restrictivo Jörg Meißner, *Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof nach dem Römischen Statut* (Múnich: C. H. Beck, 2003), p. 76, que requiere investigaciones dentro del marco del proceso penal; también Wolfgang Schomburg y Jan Nemitz, en Wolfgang Schomburg, Otto Lagodny, Sabine Gleß y Thomas Hackner, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (Múnich: C. H. Beck, 2006), p. 1730, contra un efecto ascendente del *ne bis in idem* (hacia los tribunales internacionales).

ser siempre una persecución penal *stricto sensu*[377] en la que se cumplan los requisitos fácticos y jurídicos de dicha persecución.[378] A la vez, esto significa que investigaciones de naturaleza general sobre hechos pasados que no individualizan responsabilidad y, por consiguiente, que no pueden servir de base para una persecución o adjudicación penal no satisfacen el requisito de que exista una investigación del artículo 17. Del mismo modo, si una persecución posterior es bloqueada *a limine* por una amnistía (absoluta) —inaceptable de todos modos (puntos 24 ss.)—, el requisito de la investigación no se cumple y por lo tanto no tendría sentido contener a la CPI desde el punto de vista de la complementariedad.[379]

41. Esta interpretación es confirmada por el segundo requisito, la *decisión de abrir un enjuiciamiento*. Dicha decisión solo puede ser tomada si se ha llevado a cabo una investigación sustancial sobre hechos concretos y personas individuales. En otras palabras, una decisión de abrir un enjuiciamiento presupone una investigación penal o al menos una investigación individualizada, que la preceda y prepare.[380] Claramente, *enjuiciamiento* refiere a un enjuiciamiento penal,[381] pero no se requiere enjuiciamiento en sí, sino solo la "decisión" de abrir un enjuiciamiento. Esto presupone que el órgano que tome esta decisión deba tener al menos dos opciones: abrir un enjuiciamiento o no hacerlo.[382]

42. En cuanto al tercer requisito —que no haya *falta de voluntad* o *incapacidad* para perseguir *genuinamente*—, los criterios están establecidos en el artículo 17 (2) y (3). Desde el punto de vista político, estos conceptos están destinados, en palabras del ex secretario general de la ONU Kofi Annan, "a asegurar que asesinos de masas y otros archicriminales no puedan refugiarse detrás de un Estado dirigido por ellos mismos o sus amigos, o sacar ventajas de una ruptura general de la ley y el orden".[383] Aunque esto

---

377 En este sentido también Seibert-Fohr (nota 22), p. 569, vincula la investigación al requisito del enjuiciamiento; también Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 287, sostienen que "procedimientos que no tienen la calidad de un procedimiento penal no pueden excluir el enjuiciamiento por la Corte" (bastardilla agregada); de manera similar, Cárdenas (nota 157), p. 137, hace hincapié en la necesidad de procesos penales luego de que haya terminado el trabajo de una CVR; concordantemente (modificando su posición anterior) Robinson (nota 349), pp. 144-145 (posibilidad de un enjuiciamiento penal luego de la investigación). Murphy (nota 194), p. 44.

378 Véase también Stahn (nota 65), pp. 711-712.

379 Cf. Robinson (nota 355), p. 145; Cárdenas (nota 47), p. 159; aparentemente pasado por alto por Benzing, tal como citado en la nota 350. Mallinder (nota 66), p. 212.

380 Véase también Stahn (nota 65), p. 712.

381 Cf. Cárdenas (nota 47), pp. 58, 101.

382 Robinson (nota 32), p. 500; véase también Stahn (nota 47), p. 463.

383 Discurso en la Universidad de Witwatersrand (Sudáfrica), tal como citado en Villa-Vicencio (nota 22), p. 222.

pueda proporcionar una orientación general en cuanto al objetivo global de este requisito, un análisis más preciso y técnico plantea algunas cuestiones intrincadas. De acuerdo con el artículo 17 (2), la Corte "examinará […] si se da una o varias de las siguientes circunstancias"; una interpretación literal y teleológica indica que se trata de una lista taxativa.[384] Aunque estos criterios deban ser interpretados estrictamente, "teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías",[385] son altamente normativos y, como tales, abiertos a un juicio de valor. En cualquier caso, la distinción estructural entre falta de voluntad e incapacidad consiste en lo siguiente: mientras en el primer caso, en principio, se manipula políticamente un sistema judicial en funcionamiento para generar la impunidad de autores poderosos e influyentes, en el último tal sistema ni siquiera existe físicamente, ha colapsado de manera sustancial o no está disponible;[386] por consiguiente, las disposiciones de exención concedidas en procesos de transición son más un problema de falta de voluntad que de incapacidad,[387] al menos si se construye la "incapacidad" estrictamente en el sentido de falta de capacidad física o sustancial.[388]

[384] John T. Holmes, "Complementarity: National Courts *versus* the ICC", en Cassese, Gaeta y Jones (nota 61) 667, 675; Meißner (nota 376), pp. 72-73; Benzing (nota 104), p. 606; Cárdenas (nota 47), p. 133; de otra opinión Robinson (nota 32), p. 500 sosteniendo que el término *consider* (en la versión castellana del Estatuto de Roma: "examinará") supone que la Corte puede tomar en consideración otros factores; esto no es convincente, dado que cuando los proyectistas quisieron dejar abiertos los criterios, emplearon una formulación no ambigua, por ejemplo, "sin perjuicio de las demás circunstancias" (*in addition to other grounds*) (art. 31 Estatuto de la CPI), "entre otros" (*inter alia*) (art. 97) o "entre otros" (*including but not limited to*) (art. 90 (6)). En el mismo sentido Pichon (nota 343), p. 191; Williams-Schabas (nota 341), nota marginal 29.

[385] Estos principios no pueden ser interpretados *en el contexto del art. 17*, en cuanto referidos a los derechos del acusado o de las víctimas, dado que la *ratio* del art. 17, como fue explicado arriba (punto 37), no es proteger estos derechos, sino evitar que se cree impunidad en razón de la falta de voluntad o incapacidad (para una buena discusión véase Benzing (nota 104), pp. 606 ss.).

[386] Para un análisis general véase Benzing (nota 104), pp. 613 ss.; para una distinción similar Seils y Wierda (nota 22), p. 6; véase también Cárdenas (nota 47), pp. 138 ss. Para una propuesta concreta y un análisis de los criterios de incapacidad con respecto a la República Democrática del Congo véase Burke-White (nota 81), pp. 576 ss., quien sugiere (p. 576) cuatro criterios "para juzgar la efectividad de sistemas judiciales en Estados que están recuperándose de un colapso judicial total o sustancial", a saber: disponibilidad de personal judicial experimentado e imparcial, una infraestructura jurídica viable, un derecho operativo adecuado y una suficiente capacidad policial. Para Mahnoush H. Arsanjani y W. Michael Reisman, "The International Criminal Court and the Congo: From theory to reality", en Sadat y Scharf (eds.): *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honor of M. Cherif Bassiouni* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2008), capítulo 11, p. 329, la inhabilidad existe si "el sistema […] está en incapacidad de obtener del acusado la evidencia y el testimonio necesarios o [es] de otra manera incapaz de realizar sus procedimientos".

[387] Cf. Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 282 ss.; Werle (nota 17) nm 193; Kreicker (nota 22), p. 305. Para un punto de vista diferente, Pichon (nota 343), p. 195, argumenta que "las amnistías tienen que ser incluidas en general bajo noción de la indisponibilidad, puesto que contradiría el propósito entero de una amnistía que esta pudiera ser levantada fácilmente en un caso concreto".

[388] Si, por otro lado, la incapacidad es interpretada de modo de incluir también a la indisponibilidad en el sentido de los derechos humanos, esto es, la falta de un remedio judicial efectivo (a favor de esta interpretación amplia, por ejemplo, Meißner (nota 376), p. 87, argumenta que una judicatura en funcionamiento existe, pero no puede ocuparse del caso particular por razones normativas o fácticas; también Benzing (nota 104), p. 614: "capacidad sobrecargada"), una medida de exención dentro del marco de la justicia de transición puede ser considerada como un indicador de indisponibilidad (en este sentido O'Shea (nota 261), p. 126, sostiene que la

Así también lo entiende la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C-578 del 2002) al examinar la expresión "por otras razones" contenida en el artículo 17-3, cuando indica que "se refieren a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio".[389] De este modo, "la incapacidad del Estado colombiano para administrar justicia se refiere al colapso total o sustancial de su aparato o a la ausencia de condiciones objetivas evidentes que le impiden llevar a cabo la investigación o el juicio por delitos que son de competencia de la CPI".[390]

43. La *falta de voluntad* está demostrada, por ejemplo, si el proceso es realizado "con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal" (apartado 2 (a)). La noción de *propósito* sugiere una interpretación subjetiva en el sentido de un objetivo o intención específica del Estado de proteger al individuo responsable de la justicia (penal).[391] Esta intención constituye, al mismo tiempo, una expresión de mala fe del Estado en cuestión con respecto a la intención de llevar al responsable ante la justicia. En efecto, la *mala fide* es un aspecto central del test de la falta de voluntad.[392] Aunque una amnistía puede demostrar tal mala fe, esto no siempre y necesariamente es así.[393] Imaginemos una situación en la cual un Estado persigue el objetivo superior de la paz y concede, de buena fe, una amnistía como medio necesario para lograr este fin superior; entonces no puede suponerse tal "propósito de mala fe".[394] Similarmente, si se

---

falta de persecución basada en una amnistía importaría una incapacidad de perseguir debido a la indisponibilidad del sistema judicial nacional; a favor de una incapacidad debida a una amnistía absoluta también Burke-White (nota 81), p. 582). Contra esta interpretación amplia, sin embargo, se pronuncia la versión castellana del Estatuto que en relación con la incapacidad alude a la falta de una judicatura nacional ("carece de ella").

389 Sentencia Corte Constitucional de Colombia C-578, del 30 de julio del 2002, en ‹http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/dpi/sc578_02.HTM› (visitado por última vez el 10 de noviembre del 2008).

390 Documento de recomendaciones sobre el proyecto de Ley Estatutaria n.º 85 del 2003, Senado, denominado "de alternatividad penal", en ‹http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/ac.pdf› (visitado por última vez el 12 de diciembre del 2008), p.18.

391 Cárdenas (nota 47), pp. 115-116. Para Jan K. Kleffner (nota 350), p. 135, el requisito del propósito "se asemejaría *dolus directus*".

392 Cárdenas (nota 47), p. 113.

393 A favor de este punto de vista estricto, sin embargo, Cárdenas (nota 47), pp. 117, 164, 183, 184; ídem (nota 157), p. 130. Véase al respecto resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos*, del 14 de marzo del 2001, en ‹http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf›, p. 15: "[…] son inadmisibles las disposiciones de amnistía […] 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 inderogables reconocidos por el derecho Internacional de los Derechos Humanos". Véase también la sentencia Corte Constitucional de Colombia C-578, del 30 de julio del 2002, en ‹http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/dpi/sc578_02.HTM›, la que indica que el Estatuto de Roma no impide la concesión de amnistías que cumplan los estándares mínimos establecidos por el derecho internacional humanitario, salvo aquellas "que son producto de decisiones que no ofrezcan acceso efectivo a la justicia".

394 Seibert-Fohr (nota 22), p. 570.

reconoce el derecho a una transición pacífica, sería contradictorio sostener que la falta de voluntad de poner en riesgo esta transición demuestra falta de voluntad en el sentido del artículo 17.[395] En suma, el hecho de que un efecto colateral seguro de una medida de exención sea la impunidad no es suficiente *per se* para calificar a esta medida como perseguidora de un propósito negativo global.[396] En todo caso, si bien el subapartado (a) del artículo 17 (2) claramente exige una interpretación subjetiva, los subapartados (b) y (c) deben ser interpretados de manera más objetiva.[397] Aunque la noción de *intención,* presente en ambos subapartados, normalmente tiene un significado subjetivo, debe ser leída en contexto, y este contexto, que refiere a criterios objetivos tales como "demora injustificada",[398] independencia e imparcialidad[399] y las "circunstancias" supone una interpretación objetiva de conjunto. Por lo tanto, el término *genuinamente* (apartado (1) (a), (b))[N del T] —la palabra menos objetable— fue insertado para dar al test de falta de voluntad/incapacidad un significado más concreto y objetivo[400] y supone la buena fe y seriedad del Estado en cuestión en cuanto a la investigación o enjuiciamiento.[401] Sería difícil sostener, por ejemplo, que un Estado que opta por una CVR efectiva, teniendo en mente el objetivo supremo de la paz, actúa sin "genuina" voluntad.[402] Si la CVR, en caso de ser una *efectiva,* es independiente e imparcial, la afirmación de falta de voluntad incluso contradiría el apartado (2) (c), dado que la falta de voluntad presupone una

---

395 Véase, sin embargo, Gavron (nota 65), pp. 111-112.

396 Más estricto Cárdenas (nota 157), p. 131 que sostiene que la impunidad, como un "daño colateral" seguro, debe ser considerada parte del propósito.

397 Benzing (nota 104), p. 610.

398 A favor de una interpretación objetiva El Zeidy (nota 73), p. 901. Una demora "injustificada" requiere más que una demora "indebida" y por esta misma razón se ha preferido el primer término (Benzing (nota 104), pp. 610-611). El estándar general puede ser tomado de las reglas del debido proceso de los instrumentos de derechos humanos (ibídem), una demora puede ser "injustificada", en particular si habría podido ser evitada si los órganos del Estado respectivo hubieran empleado el cuidado adecuado (cf. Cárdenas (nota 47), pp. 119-120). Kleffner (nota 350), p. 140: "Las justificaciones para un retardo dependen de las circunstancias específicas del caso en cuestión y no pueden ser determinadas en abstracto. Sin embargo, varios grupos de factores justificantes pueden ser identificados. Todos los órganos de derechos humanos convienen que uno de los factores relevantes es la complejidad (legal y efectiva) del caso". Pichon (nota 343), p. 195, determina una demora en relación con procedimientos nacionales similares.

399 Aquí, otra vez (supra nota 385), debe observarse que el subapartado (c) solo se refiere a casos donde la falta de independencia e imparcialidad juega a favor del acusado y por tanto en los que ella conduciría a impunidad (cf. Benzing (nota 104), pp. 612-613, Pichon (nota 343), pp. 193, 194 y 196).

N del T La versión oficial en lengua castellana del Estatuto de Roma no utiliza el concepto *genuinamente*, sino el de *realmente.* En el texto castellano, por otra parte, el término *realmente* se refiere exclusivamente al elemento de la *incapacidad* y no al de la *falta de voluntad.* El término *genuinely* de la versión en inglés se refiere a ambos elementos; El Zeidy (nota 342), p. 900. Para mayor abundamiento sobre el tema véase Kleffner (nota 350), pp. 114-116.

400 Cf. Holmes (nota 375), p. 50; id (nota 377), p. 674; véase también El Zeidy (nota 73), p. 900; Cárdenas (nota 47), p. 110.

401 Holmes (nota 384), p. 674; Benzing (nota 104) 605; Cárdenas (nota 47), p. 110.

402 Seibert-Fohr (nota 22), p. 570.

falta de independencia e imparcialidad. Por lo tanto, si se defiende un concepto amplio de justicia, como hace este autor (punto 2), un procedimiento cuasijudicial con la posibilidad de una sanción penal sería suficiente para satisfacer el "hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia" del apartado (2) (b) y (c).[403]

Se debe recordar también que, aunque un Estado no tenga voluntad ni capacidad de seguir un proceso penal, el Estatuto de Roma en su artículo 53 (1) (c) establece la posibilidad de que el fiscal considere un asunto inadmisible y desista de una investigación si "*existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia*". Esta prerrogativa del fiscal debería exigir una serie de condiciones mínimas, a saber, "(1) que la decisión de no castigar penalmente a los responsables sea una decisión plenamente democrática que ha tenido notables efectos para la consecución de la paz; (2) que las violaciones cometidas hayan salido a la luz pública; que se hubiere reconocido plenamente la responsabilidad criminal de las personas vinculadas; que se hubieren producido actos genuinos de arrepentimiento aparejados de sanciones —incluso morales o simbólicas— efectivas; (3) que se demuestre la existencia de sistemas de reparación integral a las víctimas, diseñados y puestos en práctica con la amplia y efectiva participación de las víctimas y a los que hubieren concurrido de manera notoria los bienes y recursos de los responsables; (4) que se hubieren producido reformas institucionales integrales para garantizar la no-repetición y la prevención efectiva de las violaciones cometidas".[404]

El artículo 17 (1) (c) declara inadmisibles aquellas denuncias presentadas ante la CPI que se refieren a casos ya enjuiciados bajo la jurisdicción del respectivo Estado. Esta norma debe ser leída conjuntamente con el artículo 20 (3) sobre el *ne bis in ídem*. En consecuencia, si el proceso hubiese sido dirigido con miras a sustraer al acusado de su responsabilidad penal, la CPI recobra la competencia para conocer del asunto, haciendo inaplicable el *ne bis in ídem*.[405] Esta limitación solamente se explica por la garantía del derecho a la justicia que corresponde a las víctimas de los crímenes internacionales.[406] Por lo tanto, el *ne bis in ídem* se mantiene inalterable frente a la jurisprudencia de la propia CPI; esto es, no se puede volver a procesar por un mismo hecho a una misma

[403] Stahn (nota 65), pp. 716, 719; véase también el *Expert paper complementarity*, par. 73: "alguna forma de castigo".
[404] Ibídem (nota 390), p. 20.
[405] El mismo criterio fue establecido en el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y en el artículo 9 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
[406] Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga: "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en *Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, n.° 1, 2006, p. 69.

persona que ya ha sido enjuiciada ante la CPI. En resumen, la relativización del *ne bis ídem* se refiere a la actuación de la CPI frente a la jurisprudencia de los tribunales de los Estados parte, y es en definitiva la misma CPI la encargada de valorar si actúa o no ante un caso ya enjuiciado en la jurisdicción interna.[407] En las jurisdicciones internas también se podría moderar el uso de los principios mencionados, pues si bien los Estados no deben juzgar a una persona más de una vez por el mismo hecho, ello sí sería posible si el juicio en cuestión se hubiera llevado a cabo con la finalidad de sustraer al sujeto de su responsabilidad o el proceso se hubiera conducido de manera impropia.[408] En la misma línea argumenta la Corte Constitucional de Colombia al señalar que "en los casos de impunidad de violaciones de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, es posible reabrir investigaciones y juicios que hayan culminado con sentencia absolutoria de los responsables, si aparecen hechos o pruebas nuevos, no conocidos al momento del trámite del primer proceso".[409] Además, según la misma Corte, "esta posibilidad también existe cuando un organismo internacional de derechos humanos, formalmente aceptado por Colombia, constata un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario […], revisar las decisiones absolutorias nacionales que produjeron una situación de impunidad".[410]

Sobre el punto surge la interrogante siguiente: la disminución del quántum de las penas fijadas en la Ley de Justicia y Paz (esto es, un mínimo de cinco años y un máximo de ocho) podría implicar que los casos juzgados por los tribunales colombianos pudiesen ser considerados por la CPI como no legítimos, en virtud de algunas de las causales contempladas en el artículo 20 (3) del Estatuto. La Corte Constitucional de Colombia ha entendido que "una sentencia de cinco a ocho años pudiese ser considerada desproporcionalmente baja cuando es aplicada a crímenes de seriedad como masacres", pero ello no significa que dicha pena alternativa, en sí misma, represente una desproporción

---

407 Lombana Villalba (nota 347), p. 124. Ratificado por la Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-695, del 28 de agosto del 2002; véase en ‹http://caese.ccb.org.co/documentos/2005_9_21_15_1_10_s_c-605-2002.pdf› (visitado por última vez el 9 de enero del 2009), número 14, donde dice: "[…] un indulto o amnistía concedido por delitos de competencia de la Corte no produce efectos frente a esta, porque al tenor del artículo 17 numeral 2, en estos casos se considera que el Estado no tiene la disposición para actuar frente a la comisión de ese delito".

408 Chicago Principles on Post Conflict Justice, 1.3. Prosecution. Prohibiting multiple trials for the same crime.

409 Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga (nota 406) , p. 70.

410 Ibídem. Para el caso colombiano véase también el artículo 8 de la ley 559 del 2000, que señala: "Prohibición de la doble incriminación. A nadie se podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales".

frente al derecho a la justicia.[411] Por ello, a pesar de que las penas establecidas en la mencionada ley son muy bajas con relación a las que corresponderían conforme a la legislación ordinaria, resulta poco probable que la cosa juzgada que emana de las sentencias promulgadas en virtud de la Ley de Justicia y Paz sea alterada por la CPI, a fin de que esta entre a conocer nuevamente del asunto. De este modo se privilegiaría la eterna necesidad de reincorporar a los sentenciados a la sociedad civil.[412]

2.1.2. Escenarios posibles

44. El análisis precedente muestra que una medida de exención nacional (especialmente, una amnistía) no hace, en cuanto tal, inadmisible un caso;[413] más bien, la admisibilidad depende de las condiciones y del contenido específico de la medida.[414] Pueden distinguirse cinco *escenarios*:

- una autoamnistía absoluta,
- una amnistía condicional con una CVR,
- una amnistía condicional sin una CVR,
- medidas que no llegan a ser plenas exenciones,
- exenciones ex post, en particular indultos.

45. Una *autoamnistía absoluta* ("modelo chileno") estaría *a limine* en contra del espíritu y la *raison d'être* del Estatuto de la CPI.[415] No cumpliría ninguno de los requisitos del artículo 17 (1) (a) o (b):[416] no habría ni una investigación,[417] ni una decisión de

---

411 Peter Burbidge: "Justice and Peace? The Role of Law in Resolving Colombia's Civil Conflict" (2008), 8 *International Criminal Law Review (ICLR)* 557, p. 581.

412 Ibídem (nota 411), p. 577.

413 *Conseil Constitutionnel* francés, supra nota 266; concordantemente Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 282; para el mismo resultado también Seibert-Fohr (nota 22), pp. 571, 573, 586; Stahn (nota 65), pp. 709-710. Véase también Schlunck (nota 31), p. 260 quien sostiene que la complementariedad ha de ser interpretada en el sentido de permitir sistemas nacionales de solución del conflicto. Para un punto de vista más estricto Cárdenas (nota 157), pp. 129 ss.

414 Véase Seibert-Fohr (nota 22), p. 564. El punto central de análisis no es la legalidad de una amnistía nacional, sino determinar si la CPI tiene jurisdcción sobre un caso determinado, lo que hace a través de la evaluación con respecto a las causales de inadmisibilidad indicadas en el artículo 17.

415 Robinson (nota 32), p. 505; Seibert-Fohr (nota 22), pp. 557-558.

416 Robinson (nota 32), p. 501; Seibert-Fohr (nota 22), pp. 563 ss., 588; Stahn (nota 47), p. 461; Cárdenas (nota 47), p. 73, 159; ídem (nota 157), p. 129; Werle (nota 18) nm 215; *ICTJ* (nota 81), p. 10. Marieke Wierda y Thomas Unger: *The International Criminal Court and conflict mediation (Nueva York: International Center for Transitional Justice, 2005) pp. 278 ss.; Cárdenas (nota 363), p. 148.*

417 El Zeidy (nota 73), pp. 940, 942; Robinson (nota 32), p. 503; Seibert-Fohr (nota 22), p. 565; Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 283. Véase también supra la nota 372 y el texto correspondiente.

abrir un enjuiciamiento, dado que la amnistía bloquearía cualquier investigación y, por consiguiente, la posibilidad de un enjuiciamiento. Además, como tal medida constituiría "prima facie prueba de la falta de voluntad o incapacidad",[418] podría ser interpretada como una "decisión […] adoptada con el propósito de sustraer" a los beneficiarios de la amnistía en el sentido del artículo 17 (2) (a).[419]

46. Más difícil es el caso de una *amnistía condicional con una CVR* ("modelo sudafricano").[420] Si se sigue la interpretación amplia de *investigación* aquí sugerida (punto 40), una investigación cuasijudicial por una CVR efectiva que cumpla los criterios arriba expuestos (punto 16) puede ser considerada una investigación en el sentido del primer requisito del artículo 17 (1) (b).[421] Si, además, la CVR tiene la opción de decidir a favor o en contra de la *persecución*, esto es, si posee el poder de denegar una amnistía (punto 40), sea porque los crímenes cometidos por la persona en cuestión son demasiado graves, sea porque su *performance* ante la Comisión y frente a las víctimas no es considerada satisfactoria o sea porque en razón de cualquier otra valoración razonable e independiente no se merece la medida de exención, el segundo requisito también está cumplido.[422] En cuanto al tercer requisito, el asunto es más complicado y la decisión última depende de las circunstancias de cada caso,[423] con la debida consideración del test de proporcionalidad (puntos 19 ss.) y los criterios concernientes a las amnistías condicionales (punto 28) y a una CVR efectiva (punto 16).[424] Si, por ejemplo, una CVR es independiente e imparcial, esto puede ser considerado —con base en una interpretación *a contrario* del artículo 17 (2) (c)— un indicio de la voluntad y, por lo tanto, un argumento en contra

---

418 Dugard (nota 65), p. 1014; Dugard (nota 61), p. 702; Nsereko (nota 323), p. 119; *Expert paper complementarity*, par. 73 y anexo 4; para el mismo resultado en cuanto a Chile Gavron (nota 65), p. 113.

419 Gavron (nota 65), p. 111; Robinson (nota 32), p. 501; Cárdenas (nota 47), pp. 159 ss.; Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 285.

420 Confuso Scharf (nota 57), p. 525 y Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), p. 330 quienes sostienen, por un lado, que una comisión de la verdad constituye "una investigación genuina" y, por el otro, que la obligación de llevar a la persona ante la justicia puede requerir de un "proceso penal". En contra de una intervención de la CPI el ex Secretario General de la ONU Kofi Annan afirmó que "Nadie debería imaginar que [el Estatuto de la CPI] sería aplicable a un caso como Sudáfrica, donde el régimen y el conflicto que causaron los crímenes han llegado a un fin y las víctimas han heredado el poder" (Discurso en la Universidad de Witwatersrand, tal como citado en Villa-Vicencio (nota 22), p. 222). Murphy (nota 194), p. 49, llama a una "*well-tailored truth commision* con iguales características que un proceso penal". Para Cárdenas (nota 363), p. 155, el caso debe aún ser admisible ante la CPI.

421 Robinson (nota 32), p. 501; Cárdenas (nota 157), p. 135. Jan Wouters, Sten Verhoeven y Bruno Demeyere: "The International Criminal Court's Office of the Prosecutor: navigating between independence and accountability", (2008), 8 *ICLR* 273, p. 293 de la versión original electrónica del estudio.

422 Robinson (nota 32), p. 501.

423 De manera similar Werle (nota 17), p. 66 (nm 192); Cárdenas (nota 47), p. 179; ídem (nota 157), pp. 135-136; concordantemente Robinson (nota 355), p. 146.

424 Véase también Robinson (nota 32), pp. 501-502.

de la admisibilidad.[425] Además, se podría diferenciar según la naturaleza de la decisión de amnistía:[426] si esta es decidida individualmente, como en el caso sudafricano, cada decisión individual debe ser examinada a la luz del artículo 17 (2) y (3); si es decidida de manera general respecto de un número de personas y crímenes, la decisión es comparable a una amnistía (general) y como tal indica falta de voluntad, aunque la valoración final depende, como siempre, de las circunstancias del caso concreto.[427] En suma, es posible concluir que una amnistía condicional con una CVR deriva en la inadmisibilidad del caso solo en supuestos excepcionales, a saber, solo si una CVR efectiva concede una amnistía individualmente y basada en ciertas condiciones estrictas.[428]

47. De la conclusión que precede se sigue, *a fortiori,* que una *amnistía condicional sin una CVR* difícilmente cumplirá los requisitos del artículo 17 (1) (b). En primer lugar, es difícil de imaginar un cumplimiento efectivo de las condiciones que acompañan a una amnistía sin una CVR efectiva. Es perfectamente posible, ciertamente, poner condiciones a una amnistía independientemente de la existencia de una CVR; por ejemplo, la completa confesión de los crímenes cometidos. Sin embargo, es más difícil hacer cumplir estas condiciones para órganos individuales del Estado; por ejemplo, un fiscal o un juez instructor, que no tienen apoyo de la población, los recursos y la legitimidad de una CVR efectiva. Aunque los requisitos de la investigación y de la decisión de abrir un enjuiciamiento pueden ser cumplidos incluso por dichos órganos individuales, si es que estos pueden llevar adelante una investigación (por ejemplo, para verificar una confesión) y tomar una decisión de abrir un enjuiciamiento en caso de que no se cumplan las condiciones (por ejemplo, si solo se dio una confesión parcial y/o falsa), la ausencia de una CVR efectiva priva al proceso del más importante elemento de justicia alternativa y esta ausencia no puede ser compensada con otros mecanismos alternativos (punto 17), al menos, si estos solo apuntan a las consecuencias, como, por ejemplo, sanciones no penales. De hecho, solo formas alternativas de justicia tradicional (no occidental) pueden ser comparadas a una CVR efectiva si gozan de amplia legitimidad y garantizan una adecuada participación y publicidad.

---

425 Véase también Cárdenas (nota 47), p. 179.

426 Véase Cárdenas (nota 47), p. 179.

427 Véase también Procuraduría General de la Nación: *Control preventivo y seguimiento a las políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción*, t. II, Bogotá D. C., 2006, p. 187, donde se sostiene la utilidad del uso de las aministías, pero limitadas a la obtención de justicia por parte de las víctimas a través de un recurso efectivo.

428 En el mismo sentido, Chicago Principles (nota 408), 1.8 (Amnesty. Linking amnesty with accountability), en orden a que las amnistias solo pueden reducir la responsabilidad penal si no violan el derecho internacional y son necesarias para poner fin a un conflicto.

48. Otras *medidas* (colectivas) *que no llegan a ser plenas exenciones* —por ejemplo, una considerable atenuación (condicional) del castigo en el curso de un acuerdo de paz— cumplen los requisitos del artículo 17 (1) (b). Si tomamos como ejemplo el "modelo colombiano"[429] (*supra* punto 22), tanto el requisito de la investigación como el de la apertura de un enjuiciamiento están seguramente satisfechos, dado que la atenuación del castigo no excluye ni una investigación, ni un enjuiciamiento. Por el contrario, ciñéndonos a la letra de la ley, los beneficios allí contenidos dependen de la cooperación ("versión libre") de los miembros de los grupos armados; si ellos no cumplen con sus obligaciones de cooperación, pueden ser sometidos, al menos teóricamente, a un proceso penal normal. Los procesos que se ejecuten al amparo de la Ley de Justicia y Paz deben, a través de la interacción de las diferentes cortes, perseguir un justo equilibrio entre todos ellos y, de ese modo, ser una "contribución a la verdad colectiva".[430] En cuanto al test de la falta de voluntad e incapacidad, el resultado depende de la seriedad del compromiso del gobierno, por un lado, hacia la paz como objetivo supremo del proceso y, por el otro, hacia la justicia para las víctimas en cuanto esta sea posible sin poner seriamente en peligro la paz. El compromiso del gobierno puede ser medido, *inter alia*, por la amplitud de la medida, esto es, si está planeada para alcanzar a todos los grupos involucrados en el conflicto o si privilegia a un grupo en particular y, por lo tanto, implica falta de voluntad respecto de este grupo.[431] En cuanto al test de proporcionalidad, la Corte Constitucional colombiana ha considerado a la ley proporcional y, por consiguiente, compatible con la Constitución siempre que se hagan ciertas mejoras en cuanto concierne a los derechos de las víctimas (*supra* punto 22). Desde una perspectiva puramente normativa este veredicto difícilmente pueda ser criticado; sin embargo, ello no exime al gobierno de hacer uso con más determinación de mecanismos alternativos de justicia, en particular, una CVR efectiva y sanciones no punitivas.[432] Sin tales mecanismos es difícil reconciliar ese proceso de desmovilización con el interés de justicia. Además, es difícil de imaginar que, especialmente sin una CVR efectiva, la práctica de tal proceso

[429] Una visión muy crítica sobre la Ley de Justicia y Paz tiene Jeniffer Easterday, "Deciding the Fate of Complementarity: a Colombian Case Study", ‹http://works.bepress.com/jennifer_easterday/2/› (visitado por última vez el 9 de diciembre del 2008), quien ha llegado a señalar que dicha ley es una "pseudo-amnistía", p. 24. Además sostiene que si la ley se analiza desde la perspectiva del art. 17 del Estatuto de Roma se genera una "coyuntura crítica para la CPI en el mantenimiento de su mandato", p. 30. La autora es aún más crítica con la situación en Colombia; señala que este país "presenta una situación que demuestra cómo la impunidad puede aún reinar bajo el Estatuto de Roma", p. 5.

[430] Peter Burbidge (nota 411), p. 585.

[431] Véase también Stahn (nota 65), pp. 714-715.

[432] Véase supra el punto 20 incluidas las notas 215 y 216.

pueda estar a la altura de las pretensiones normativas que derivan del derecho nacional y/o internacional.[433]

49. También es imaginable que una investigación y un enjuiciamiento tengan lugar —esto es, que se cumplan los dos primeros requisitos del artículo 17 (1) (a) y (b)— pero que el caso sea posteriormente cerrado; o bien que la persona sea acusada pero luego absuelta, o que sea condenada pero luego (inmediatamente) indultada; o bien que la ejecución de la sentencia sea suspendida. En todos estos casos de *exenciones ex post*, la admisibilidad dependería del tercer requisito, esto es, o el juicio no fue "genuino" en el sentido del artículo 17 (1) (a), (b) y/o el proceso fue efectuado para sustraer a la persona de la responsabilidad penal (artículo 17 (2) (a)), y/o los procesos no fueron conducidos con la intención o en modo de llevar a la persona ante la justicia (artículo 17 (2) (b), (c)). En el caso de que haya tenido lugar un juicio completo ante un tribunal, sería aplicable el artículo 17 (1) (c) en conexión con el artículo 20 (3), pero esto solo conduciría —por vía del artículo 20 (3)— al mismo criterio de la falta de voluntad contenido en el artículo 17 (2) (a), (c),[434] aunque desde una perspectiva diferente ("después del juicio").[435] De todos modos, es difícil de asumir en todos estos casos la admisibilidad del proceso ante la CPI, dado que esto presupondría un juicio de valor muy severo acerca del sistema nacional respectivo, a saber, que está actuando de mala fe para salvar a los autores de un castigo real.[436] Cuanto más avanzado esté el proceso, tanto más difícil será el uso del argumento de la mala fe. En todo caso, este solo puede ser usado convincentemente si puede demostrarse una clara "intención de impunidad" en los órganos estatales responsables; ello no sería posible, por ejemplo, si hubo un cambio de régimen y el régimen que concede la exención es completamente diferente de aquel en el poder durante el juicio.[437]

---

[433] Una opinión que quita importancia a las comisiones de verdad y reconciliación manifiesta José Arvelo: "International Law and Conflict Resolution in Colombia: Balancing Peace and Justice in the Paramilitary Demobilization Process", en ‹http://findarticles.com/p/articles/mi_qa4140/is_200601/ai_n17176554/pg_24?tag=artBody;col1› (visitado por última vez el 15 de diciembre del 2008), para quien, dentro del balance justicia-paz que se persigue en Colombia, la cosa juzgada y el principio de complementariedad tienen mayor probabilidad de impedir la intervención de la CPI que una CVR, p. 24.

[434] Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 285-286.

[435] Sobre el art. 20 (3) (a) y (b) véase en particular Cárdenas (nota 47), pp. 138 ss.

[436] Véase Holmes (nota 375), pp. 50, 77; El Zeidy (nota 73), p. 901.

[437] Véase también William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2.º ed. (Cambridge: CUP, 2004), p. 86; El Zeidy (nota 73), pp. 944-945.

2.2. Intervención del Consejo de Seguridad (artículo 16)

50. El artículo 16 autoriza al Consejo de Seguridad a suspender una investigación o enjuiciamiento con base en una resolución fundada en el capítulo VII de la Carta de la ONU, esto es, para prevenir una situación identificada como una amenaza o un quiebre de la paz (artículos 39, 40 Carta de la ONU). De este modo, el Consejo puede, con dicha decisión, darle validez internacional por un período limitado a un proceso de paz nacional con una amnistía u otra medida de exención;[438] podría también aplazar un proceso que según el artículo 17 fuera considerado admisible.[439] No debe pasarse por alto, sin embargo, que la decisión sigue siendo una decisión de *suspender* el procedimiento y como tal no puede interpretarse como una deferencia a la medida de exención nacional.[440] Además, la CPI no estaría necesariamente obligada por tal decisión, pues ella no es parte del sistema de la ONU[441] y decide autónomamente sobre su jurisdicción, esto es, posee lo que se conoce como competencia-competencia (*Kompetenz-Kompetenz*)[442] (punto 34). Más importante: la Corte no puede ser forzada a aceptar una medida que eventualmente iría contra su deber de perseguir los crímenes internacionales que son parte de su jurisdicción en razón de la materia.[443] Por todas estas razones, puede decirse que la Corte tiene el poder de reconsiderar *indirectamente* la decisión del Consejo.[444]

---

438 Véase Scharf (nota 55), pp. 523-524; Seibert-Fohr (nota 22), p. 583; Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), p. 329; Robinson (nota 32), p. 503; ss.enyonjo (nota 175), pp. 378 ss.; Gropengießer y Meissner (nota 61), pp. 288-289 incluso reconociendo que el Consejo de Seguridad pueda dictar amnistías directas de acuerdo en virtud del capítulo VII de la Carta de la ONU, las cuales serían vinculantes para la Corte (289 ss.). Críticamente Dugard (nota 65), p. 1014 quien sostiene que "es difícil contemplar una situación en la cual la negativa a reconocer una amnistía nacional pudiera constituir una amenaza a la paz internacional". *HRW*, 2005, pp. 7 ss. (8) quiere reservar el derecho de decidir si las "preocupaciones sobre un proceso de paz [...] prevalecen sobre los esfuerzos de persecución" exclusivamente al Consejo de Seguridad. Por otro lado, en el Memorandum 2007, p. 10, *HRW* "cree" que "sería inapropiada una suspensión por basada en el artículo 16 parte de la CPI de la investigación o enjuiciamiento de sospechosos del ERS".

439 Seibert-Fohr (nota 22), p. 589.

440 Véase sin embargo Scharf (nota 55), p. 522; convincentemente contra este punto de vista Gavron (nota 65) 109; Stahn (nota 65), pp. 698-699, 717. Véase también Seils y Wierda (nota 22), pp. 8-9: solo aplazar el proceso, no una amnistía de facto.

441 Cf. el art. 4 (1) del Estatuto de la CPI y los arts. 48 (2) y 103 de la Carta de la ONU según los cuales las obligaciones emergentes de las resoluciones del Consejo de Seguridad están dirigidas únicamente a los miembros de la ONU (véase también Stahn (nota 65), p. 701 incluida la nota 19).

442 Véase también Scharf (nota 55), p. 523; Stahn (nota 65), pp. 700-701 con otras referencias; contra este punto de vista Seibert-Fohr (nota 22), p. 584 quien concede al Consejo de Seguridad un "margen de apreciación"; para un punto de vista más amigable con el Consejo de Seguridad Benzing (nota 104), pp. 626-627, pero admitiendo que él no debe ignorar la competencia de la CPI con respacto a la complementariedad.

443 Véase también Scharf (nota 55), pp. 523-524; Seils y Wierda (nota 22), p. 9; Gropengießer y Meissner (nota 61), pp. 291-292 reconociendo que el mismo Consejo de Seguridad está vinculado por un eventual deber de perseguir crímenes internacionales; de manera similar Stahn (nota 65), p. 717.

444 Véase también Schabas (nota 437), p. 84; concordantemente El Zeidy (nota 73), p. 966.

2.3. El interés de justicia (artículo 53 (1) (c), (2) (c))

51. Hay una fuerte corriente en la doctrina que sostiene que la cláusula del interés de justicia en el artículo 53 (1) (c) y (2)(c) es la puerta de entrada más explícita en el Estatuto de la CPI para el reconocimiento de procesos alternativos de reconciliación nacional, incluida la concesión de una amnistía u otras medidas de exención.[445] Otro punto de vista duda de que el artículo 53 proporcione la base jurídica apropiada para este escenario y sostiene que la cláusula del interés de justicia no prevé criterios adicionales que vayan más allá del artículo 17. Por consiguiente, se afirma que "difícilmente pueda sostenerse que la persecución no es en interés de la justicia" si el caso es admisible según el artículo 17.[446] Otro punto de vista, aún más restrictivo, sostiene que el objeto y fin del Estatuto de la CPI (la lucha contra la impunidad) y el uso de la noción *interés de justicia* en otras disposiciones del Estatuto de la CPI y otros estatutos[447] indican que una falta de investigación/enjuiciamiento no puede basarse en consideraciones de justicia de transición.[448] Aunque los últimos puntos de vista merecen mucho crédito por tratar de reducir la amplia discreción judicial construida sobre la cláusula del interés de justicia (abajo punto 52) y una posible interferencia política, limitando el análisis jurídico a los criterios más precisos del artículo 17, ellos difícilmente puedan conciliarse con el texto del artículo 53 y la existencia misma de la cláusula del interés de justicia. Uno puede lamentarse, pero es claro que los proyectistas del Estatuto de la CPI quisieron dar al fiscal —debe reconocerse, sin lograr una definición unánime de *interés de justicia*—[449] un instrumento adicional para ejercer esta discreción que vaya más allá del más bien "técnico" artículo 17.[450] En efecto, podría haber situaciones que fueran consideradas admisibles

[445] Dugard (nota 65), p. 1014; Dugard (nota 61), p. 702; Goldstone y Fritz (nota 22), pp. 656, 662; Robinson (nota 32), p. 486; Olásolo (nota 32), p. 111 refiriéndose a una CVR; Brubacher (nota 22), pp. 81-82 referiéndose a procesos de reconciliación post-conflictuales; Seils y Wierda (nota 22), p. 12 ("importancia más directa a los mediadores"); Meyer (nota 178), p. 579; menos enfático Scharf (nota 55), p. 524.

[446] Seibert-Fohr (nota 22), pp. 578 ss.

[447] Véase *HRW*, 2005, p. 6, refiriéndose a los arts. 55 (2)(c), 61, 65, 67 del Estatuto de la CPI y (en la nota 17) a los estatutos de los tribunales penales internacionales anteriores donde la noción siempre fue entendida en el sentido de una administración de justicia leal (*fair*).

[448] Véase *HRW*, 2005, pp. 4 ss., que afirma en las pp. 4-5 que "el fiscal no puede dejar de iniciar una investigación o decidir no proceder a la investigación a causa de esfuerzos nacionales, tales como comisiones de la verdad, amnistías nacionales o métodos de reconciliación tradicionales, o a causa de preocupaciones concernientes a un proceso de paz en curso […]"

[449] Cf. *HRW*, 2005, pp. 3-4, con otras referencias.

[450] Olásolo (nota 22), pp. 135 ss., incluso sostiene que los proyectistas del Estatuto de la CPI, con la cláusula del interés de justicia, han concedido una discreción política ilimitada al fiscal "a través de la puerta de atrás", deshaciendo las elecciones políticas fundamentales de la lucha contra la impunidad del preámbulo" (p. 149).

según el artículo 17 y, por lo tanto, solo podrían ser sacadas de la CPI, si es que podrían, recurriendo a la cláusula del interés de justicia. Tómese como ejemplo el escenario en que una CVR emprende una investigación que nunca puede conducir a un enjuiciamiento, dado que esta posibilidad está excluida por una amnistía. Dicha investigación por la CVR no se corresponde con el requisito de la investigación del artículo 17 (1) (b), porque la CVR no tiene una verdadera opción de decidirse a favor de un enjuiciamiento (puntos 40-41); es decir, el caso sería admisible y el único camino para evitar una interferencia con el trabajo en curso de la CVR —además de una intervención del Consejo de Seguridad (artículo 16)— sería recurrir a la cláusula del interés de justicia.[451]

52. Claramente, se quiera o no, no hay otra cláusula en el Estatuto de la CPI que autorice tan explícitamente consideraciones políticas;[452] en particular, el artículo 15 solo prevé un test probatorio ("fundamento suficiente para abrir una investigación"), pero no implica un juicio de valor en cuanto a la adecuación de una amnistía.[453] En todo caso, iría demasiado lejos construir la cláusula del interés de justicia en el sentido de que otorga una "discreción política ilimitada"[454] en cuanto a una posible excepción de amnistía.[455] Aunque pueda distinguirse entre el artículo 53 apartado 1 (c) y el apartado 2 (c), en cuanto el primero construye el "interés de justicia" como un criterio autónomo separado de los otros criterios (por ejemplo, gravedad del crimen) —esto es, como un elemento que "aun" teniendo en cuenta otros factores (apartado 1 (c)) puede conducir a una decisión de no investigar— y el apartado 2 (c) construye el "interés de justicia" como un elemento de las "circunstancias" del caso,[456] esta distinción no convierte al

[451] Véase también Robinson (nota 355), p. 145.

[452] Cf. Arsanjani (nota 22), p. 67: "amplia gama de posibilidades". Véase también Goldstone y Fritz (nota 22), pp. 662-663; Brubacher (nota 22), pp. 80 ss. (p. 81: "más amplio interés de la comunidad internacional"); Meyer (nota 178), p. 580. Chris Gallavin, "Article 53 of the Rome Statute of the International Criminal Court: In the interests of justice?" (2003), 14 *KCLJ* 179, p. 195, 197, traza una comparación con el criterio del "interés público", en el derecho inglés y galés y sostiene que, aunque el fiscal debe ser independiente, al mismo tiempo debe ser conciente de las realidades políticas (sobre este paralelo véase también Brubacher (nota 22), p. 80, quien sostiene en la p. 95 que la "discreción [persecutoria] debe excluir políticas partidarias, pero no las políticas propias de un hombre de estado", esto es, aquellas basadas en el interés público; Seils y Wierda (nota 22), p. 12).

[453] Cf. Seibert-Fohr (nota 22), pp. 581-582 convincentemente en contra de Dugard (nota 65), p. 1014, quien sostiene que el fiscal puede abstenerse de proceder de conformidad al art. 15 a causa de la existencia de una amnistía nacional. Solo la reconsideración de un caso por el fiscal de acuerdo con el art. 15 (5) (véase también el art. 53 (4)) le confiere implícitamente discreción política (cf. Olásolo (nota 32), pp. 128 ss.).

[454] Véase Olásolo (nota 32), pp. 110-111, 135 ss., especialmente p. 141, quien distingue (pp. 110-111) entre una discreción limitada en cuanto a los objetivos a ser alcanzados con la decisión persecutoria y una discreción ilimitada en cuanto a la conveniencia de una persecución con vistas a estos objetivos; Olásolo en sentido crítico concluye que la combinación da "el alcance más amplio posible a la discreción política".

[455] En el mismo sentido Stahn (nota 65), pp. 717-718.

[456] Cf. Gallavin (nota 452), pp. 185 ss., quien distingue entre una interpretación externa/extrínseca y una interna/intrínseca con respecto al apartado 1 (c) y apartado 2 (c) del art. 53, y da al apartado 1 (c) precedencia

"interés de justicia" en un elemento completamente autónomo, sino que aún se refiere —extrínseca o intrínsecamente— a los criterios jurídicos mencionados, o sea, a la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas, la edad o enfermedad del presunto autor y el rol del autor en el presunto crimen (cf. apartados (1) (c) y (2) (c)).[457] Estos criterios, a la vez, dejan en claro que el fiscal tiene que tomar una decisión fundada jurídicamente en cada caso individual y no puede solamente invocar consideraciones políticas generales por sí mismas; de otro modo, él podría, en efecto, "correr el riesgo de verse envuelto en la realización de juicios políticos que podrían, en última instancia, socavar su trabajo" —o, mejor dicho, su autoridad— y ser sometido "a enormes presiones políticas e intentos de manipulaciones por gobiernos y grupos rebeldes".[458] Por lo tanto, el fiscal tiene que tomar en consideración la situación jurídica y el debate sobre la admisibilidad de amnistías u otras medidas de exención en el curso de procesos de paz (puntos 7 ss., 23 ss.), pues está obligado por la *lex lata* internacional por vía del artículo 21 del Estatuto de la CPI.[459] *Last but not least*, la posibilidad[460] de una revisión judicial *proprio motu* por la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) de una decisión de no perseguir basada en la falta de interés de justicia (artículo 53 (3)(b))[461] muestra claramente que el fiscal no tiene una discreción *irrestricta*; en efecto, aunque la SCP no debe reemplazar la discreción del fiscal por la suya, tiene confiada la revisión de la legalidad de la decisión del fiscal.[462]

53. La noción de *justicia* en la cláusula del interés de justicia ha de interpretarse en el mismo sentido amplio defendido a lo largo de este trabajo (punto 2). De este modo, la "justicia" no se centra solo en el caso mismo[463] ni se limita a la justicia penal, sino que abarca formas alternativas de justicia (puntos 12 ss.) y supone una evaluación general de la situación tomando en consideración a la paz y la reconciliación como objetivos supremos de todo proceso de transición.[464] La mayor parte de la doctrina,

---

sobre el apartado 2 (c) (p. 187). Para *HRW*, 2005, p. 19 el apartado 2 (c) concede una discreción más amplia que el apartado 1 (c).

457 Para una muy útil elaboración de estos criterios sobre la base de la jurisprudencia del TPIY y del TPIR véase *HRW*, 2005, pp. 16 ss., 23-24 y OTP, Policy paper interests of justice, pp. 4 ss.

458 *HRW*, 2005, p. 14.

459 Véase también Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 297; OTP (nota 457), pp. 8 ss.

460 La SCP no está obligada pero "puede" revisar la decisión del fiscal (art. 53 (3) (b), véase también la regla 109 RRP que concede a la SCP un período de 180 días para decidir sobre la revisión).

461 Véase también Robinson (nota 32), pp. 487-488; Brubacher (nota 22), pp. 86-87; Seils y Wierda (nota 22), p. 5; *HRW*, 2005, p. 4; Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 297-298; muy crítico sobre los mecanismos de revisión judicial Olásolo (nota 32), pp. 142-143.

462 Cf. Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 299; OTP (nota 457), p. 3.

463 Gavron (nota 65), p. 110.

464 Véase también Goldstone y Fritz (nota 22), p. 662; Robinson (nota 32), p. 488; Meyer (nota 178), p. 579.

por ello, hace hincapié en la discreción del fiscal para lograr un equilibrio entre esos intereses; él decidirá caso por caso si la iniciación formal de una investigación (artículo 53 (1)) o un enjuiciamiento (artículo 53 (2)), independientemente de la admisibilidad del caso, pondría en peligro el interés superior de justicia en sentido amplio.[465] Sin embargo, no debe pasarse por alto que tomar en consideración las posibles consecuencias (negativas) de la persecución penal implica especular sobre hechos hipotéticos, futuros, y, por consiguiente, es una operación llena de inseguridades. Además, como sucede con el argumento similar de los peores abusos, el Estado es vulnerable a chantajes (punto 3). Asimismo, la noción de justicia, incluso en su sentido amplio, es difícil de conciliar con la total ausencia de justicia; por ejemplo, por deferencia a una medida de exención nacional sin mecanismos de compensación. En otras palabras, la cláusula del interés de justicia solo puede ser invocada si las razones que motivan que el fiscal se abstenga de una investigación o enjuiciamiento pueden ser realmente reconducidas o vinculadas al interés de justicia, esto es, si la abstención sirve realmente a este interés de justicia (en sentido amplio).[466]

---

[465] Véase por ejemplo Stahn (nota 65), p. 698, quien sostiene que la abstención de una persecución (inmediata) puede estar permitida si, de otro modo, la reconciliación sería seriamente puesta en peligro; o Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 296, donde sostienen que es "posible suspender el castigo incluso de delitos graves a favor de intereses prioritarios superiores" (en sentido similar Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), pp. 329-330) o p. 297, donde expresan que el fiscal toma "su *propia* decisión sobre la base de prógnosis y ponderación" (bastardilla en el original). Véase también OTP (nota 457) en donde se afirma, por un lado, que "la cuestión más amplia de la paz y seguridad internacionales no es responsabilidad del fiscal; ella cae dentro del mandato de otras instituciones" (p. 9) y, por el otro lado, se aprueba "completamente" "el rol complementario que pueden jugar las persecuciones domésticas, la búsqueda de la verdad, los programas de reparación, la reforma institucional y los mecanismos de justicia tradicional en búsqueda de una justia más amplia" y se asegura que "todos los esfuerzos son tan complementarios como posible en el desarrollo de un enfoque amplio" (p. 8). En cuanto a consideraciones sobre el *timing* de las acusaciones véase *ICTJ* (nota 81), pp. 3 ss.

[466] En contra de *HRW*, 2005, pp. 19-20, el interés de justicia de las víctimas no puede limitarse al interés en una persecución penal excluyendo *a limine* su posible interés en la paz, la reconciliación tradicional, etc. Tampoco es convincente aducir como un factor adicional a favor de la persecución penal el interés de las víctimas en la memoria, dado que este interés normalmente puede ser mejor preservado por una CVR.

Bibliografía y otros materiales usados

LIBROS

Alexy, Robert: *Theorie der Grundrechte* (Baden-Baden: Nomos, 1985).

Ambos, Kai: *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen* (Friburgo: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 1997) disponible en ‹www.mpicc.de/ww/de/pub/forschung/publikationen/straf/s60.htm› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

— *Impunidad y derecho penal internacional* (Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 1997, y Medellín: Diké, 1997; 2.ª ed.: Buenos Aires: Ad Hoc, 1999).

— *Internationales Strafrecht* (Múnich: C. H. Beck, 2006).

Ambos, Kai, y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003).

Ambos, Kai, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006).

Ambos, Kai, y Mohamed Othman (eds.): *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia* (Friburgo: IUSCRIM, 2003).

Bassiouni, Cherif: *International Criminal Law* (Ardsley: Transnational Publishers, 1999).

— *The Legislative History of the International Criminal Court,* Vol. 1 (Nueva York: Transnational Publishers, 2005).

— (ed.): *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002).

Behrendt, Urs: *Die Verfolgung des Völkermords in Ruanda durch internationale und nationale Gerichte* (Berlín: BWV, 2005).

Black's Law Dictionary, 8.ª ed. (St.Paul: West, 2004).

Brenner, Michael, Friedrich Klein, Hermann v. Mangoldt y Christian Starck: *Kommentar zum Grundgesetz,* 5.ª ed. (Múnich: Vahlen, 2005).

Boraine, Alex: *A Country Unmasked, Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission* (Oxford: OUP, 2001).

Cassese, Antonio: *International Criminal Law* (Oxford: OUP, 2003).

Calvo-Goller, Karin N.: *The Trial Proceedings of the International Criminal Court* (Leiden y Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006).

Cárdenas, Claudia: *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof* (Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005).

Cryer, Robert, Hakan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst: *International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: CUP, 2007).

El Zeidy, Mohamed M.: *The Principle of Complementary in International Criminal Law.*

Eser, Sieber y Kreicker (eds.): *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/ National Prosecution of International Crimes*, vol. I-VII (Friburgo: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 2003-2006).

Ferdinandusse, Ward: *Direct Application of International Criminal Law in National Courts* (La Haya: TMC Asser Press, 2006).

Frankel, Marvin: *Out of the Shadows of the Night: The Struggle for International Human Rights* (Nueva York: Delacorte Press, 1989).

Franzinelli, Mimmo: *L'Amnistia Togliatti* (Milán: Mondadori, 2006).

Hayner, Priscilla B.: *Unspeakable Truths* (Nueva York y Londres: Routledge, 2001).

Kant, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre* 1797.

Kleffner, Jan K.: *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdiction* (Nueva York: Oxford University Press, 2008)

Klip, André, y Göran Sluiter (eds.): *Annotated Leading Cases Vol. IX, The Special Court for Sierra Leone 2003-2004* (Antwerp: Intersentia, 2006).

Kreicker, Helmut: "Völkerstrafrecht im Ländervergleich", en Eser, Sieber y Kreicker (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes, vol. VII* (Berlín y Friburgo: Duncker & Humblot, 2006).

Kritz, Neil J. (ed.): *Transitional justice.* Volume I: *General Considerations.* Volume II: *Country studies.* Volume III: *Laws, Rulings and Reports* (Washington D.C.: US Institute of Peace Press, 1995).

Kiza, Ernesto, Corene Rathgeber y Holger-C. Rohne: *Victims of war. An empirical study on war-victimization and victims' attitudes towards adressing atrocities* (Hamburger edition online, Hamburgo 2006) ‹www.Hamburger-Edition.de› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

Lombana Villalba, Jaime: "El principio de la complementariedad de la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma", en *Iberoamérica y la Corte Penal*

Internacional, Debates, reflexiones y preguntas (Bogotá: Universidad del Rosario, 2006).

May, Larry: *Crimes against Humanity* (Cambridge: CUP, 2005).

Meissner, Jörg: *Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof nach dem Römischen Statut* (Múnich: C. H. Beck, 2003).

Menzel, Jörg, Tobias Pierlings y Jeannine Hoffmann: *Völkerrechtsprechung* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2005).

Miskowiak, Kristina: *The International Criminal Court: Consent, Complementary and Cooperation* (Copenhage: DJOF Publishing, 2000).

Möller, Christina: *Völkerstrafrecht und IStGH - kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte* (Münster: LitV, 2003).

Olásolo, Héctor: *Corte Penal Internacional. ¿Dónde investigar? Especial referencia a la fiscalía en el proceso de activación* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003).

— *Origin, Development and Practice* (Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008).

Sánchez L., Ángel: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004).

O'Shea, Andreas: *Amnesty for Crime in International Law and Practice* (La Haya, Londres y Nueva York: Kluwer, 2002).

Sandoz, Yves, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann: *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Ginebra: Martinus Nijhoff Publishers, 1987).

Sarkin, Jeremy: *Carrots and sticks: TRC and the South African amnesty process* (Amberes y Oxford: Intersentia, 2004).

Schabas, William A.: *An Introduction to the International Criminal Court,* 2.ª ed. (Cambridge: CUP, 2004).

Schilling, Sandrine: *Gegen das Vergessen* (Berna: Peter Lang, 2005).

Schlunck, Angelika: *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts* (Berlín: Berlin Verlag Spitz, 2000).

Schomburg, Wolfgang, Otto Lagodny, Sabine Gless y Thomas Hackner: *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (Múnich: C. H. Beck, 2006).

Smith, William: *Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (Londres: John Murray, 1875); una versión electrónica se encuentra en el proyecto Ancient Library de

la Universidad de Michigan: ‹www.ancientlibrary.com/smith-dgra/› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007)

Osiel, Mark: *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law* (Nueva York, Nueva Brunswick y Nueva Jersey: Transaction Publishers, 1997).

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

Werle, Gerhard: *Principles of International Criminal Law* (La Haya: TMC Asser Press, 2005).

— *Justice in Transition - Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa* (Berlín: BWV, 2006).

— *Völkerstrafrecht,* 2.ª ed. (Tubinga: Mohr Siebeck Verlag, 2007).

Wierda, Marieke, Unger, Thomas: *The International Criminal Court and conflict mediation* (Nueva York: International Center for Transitional Justice, 2005).

ARTÍCULOS

Abrams, Jason S., y Priscilla Hayner: "Documenting, acknowledging and publicizing the truth", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 283-293.

Abrams, Jason, y Madeline Morris: "Assessing the efforts to develop international principles or guidelines on accountability. Report of the Rapporteurs", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 345-348.

Aguilar, Paloma: "Transitional Justice in the Spanish, Argentinian and Chilean Case", ‹http://www.peace-justice-conference.info/documents.asp› (visitada por última vez el 31 de octubre de 2007).

Agyemang, Ken Attafuah: "An overview of Ghana"s National Reconciliation Commission and its relationship with the courts" (2004), 15 *CLF,* 125-134.

Ambos, Kai: "Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverle tzungen" (1999), 37 *AVR,* 318-356.

Ambos, Kai, Guido Ruegenberg y Jan Woischnik: "Straflosigkeit in Argentinien für während der Militärdiktatur (1976-1983) begangene Taten des 'Verschwindenlassens'? Rechtslage für Opfer mit deutscher oder anderer Staatsangehörigkeit" (1998). 25 *EuGRZ,* 468-479.

Ambos, Kai, y Christian Steiner: "Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene" (2001), *JuS* 9-13.

Arsanjani, Mahnoush H.: "The International Criminal Court and national amnesty laws" (1999), *Proceedings of the Ninety-Third Annual Meeting of the American Society of International Law*, 65-68.

Arsanjani, Mahnoush H., y W. Michael Reisman: "The International Criminal Court and the Congo: From theory to reality", en Sadat y Scharf (eds.): *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honor of M. Cherif Bassiouni* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2008), capítulo 11.

Arvelo, José: "International Law and Conflict Resolution in Colombia: Balancing Peace and Justice in the Paramilitary Demobilization Process", en ‹http://findarticles.com/p/articles/mi_qa4140/is_200601/ai_n17176554/pg_24?tag=artBody;col1› (visitado por última vez 15 de diciembre del 2008).

Baines, Erin K.: "The Haunting of Alice: Local Approaches to Justice and Reconciliation in Northern Uganda" (2007), 1 *IJTJ,* 91-114.

Bassiouni, Cherif M.: "Accountability for Violations of International Humanitarian Law and Other Serious Violations of Human Rights", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 3-54.

Bell, Christine: "The 'New Law' of Transitional Justice", ‹http://www.peace-justice-conference.info/documents.asp› (visitada por última vez el 31 de octubre de 2007).

Benzing, Markus: "The complementarity regime of the ICC: International criminal justice between state sovereignity and the fight against impunity" (2003), 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law,* 591-632.

Bergsmo, Morten: "The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court (Part II, Art. 11-19)" (1998), 6 *Eur.J.Cr., Cr.L. & Cr. J.,* 29-47.

Bickford, Louis: "Transitional Justice", en *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity,* vol. 3 (Nueva York: Macmillan Reference, 2004).

Bock, Stefanie: "Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof", en (2007), 119 *ZStW,* 664- 680.

Boed, Roman: "An Evaluation of the Legality and Efficacy of Lustration as a Tool of Transitional Justice", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 345-382.

Botero M., Catalina, y Esteban Restrepo S.: "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en A. Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), 19-65.

Botero Marino, Catalina, y Esteban Restrepo Saldarriaga: "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en *Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006).

Brouneus, Karen: "Reconciliation and Development", ‹http://www.peace-justice-conference.info/documents.asp› (visitada por última vez el 31 de octubre de 2007).

Brubacher, Matthew R.: "Prosecutorial discretion within the International Criminal Court" (2004), 2 *JICJ,* 71-95.

Burbidge, Peter: "Justice and Peace? The Role of Law in Resolving Colombia's Civil Conflict" (2008), 8 *ICLR*, 557-587.

Buergenthal, Thomas: "The United Nations Truth Commission for El Salvador", en N. Kritz (ed.), *Transitional Justice. Volume 1* (Washington D.C.: U.S. Institute of Peace Press, 1995), 292-325.

Burgess, Patrick: "Justice and reconciliation in East Timor. The relationship between the Commission for Reception, Truth and Reconciliation and the Courts" (2004), 15 *CLF,* 135-158.

Burke-White, William W.: "Complementarity in practice: The International Criminal Court as part of a system of multi-level global governance in the Democratic Republic of Congo" (2005), 18 *LJIL,* 557-590.

Burke-White, William W.: "Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice" (2008), 19 *CLF*, 59-85.

Cárdenas, Claudia: "The admissibility test before the ICC under special considerations of amnesties and truth commissions", en Kleffner y Kor (eds.), *Complementary views on complementarity* (La Haya: Asser Press, 2006), 115-139.

— "The Admissibility Test before the International Criminal Court", en Gerhard Werle (ed.), *Justice in Transition - Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa* (Berlín: BWV, 2006), 239-255.

Cárdenas, Claudia: "Wann darf der Internationale Strafgerichtshof ermitteln oder verfolgen? Das Verhältnis der internationalen Strafgerichtsbarkeit zu nationalen Gerichten", en Hankel (ed.): *Die Macht und das Recht. Beiträge zum Völkerrecht*

und Völkerstrafrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts (Hamburg: HIS, 2008), 127-156.Cassel, Douglas: "Lessons from the Americas: guidelines for international response to amnesties for atrocities" (1996), 59 *Law and Contemporary Problems,* 196-230.

Cassese, Antonio: "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections" (1999), 10 *EJIL,* 144-171.

— "The Special Court and international law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty" (2004), 2 *JICJ,* 1130-1140.

Cassin, Barbara: "Removing the perpetuity of hatred: on South Africa as a model example", (2006), 88 *ICRC Int. Rev.,* 235-244.

Chaparro A., Adolfo: "La función crítica del 'perdón sin soberanía' en procesos de justicia transicional", en A. Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), 233-257.

Clark, Thomas Hethe: "The Prosecutor of the International Criminal Court, amnesties, and the 'Interests of Justice': Striking a delicate balance" (2005), 4 *Washington University Global Studies Law Review,* 389-414.

Cole, Elizabeth A.: "Transitional Justice and the Reform of History Education" (2007), 1 *IJTJ,* 115-137.

Crettol, Monique, y Anne-Marie La Rosa: "The missing and transitional justice: the right to know and the fight against impunity" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.,* 355-362.

Crocker, David A.: "Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation" (2002), 5 *Buff.Crim.L.Rev.,* 509-549.

Damaška, Mirijan: "Negotiating Justice in International Criminal Courts" (2004), 2 *JICJ,* 1018-1039.

Darcy, Shane: "Imputed Criminal Liability and the Goals of International Justice" (2007), 20 *LJIL,* 377-404.

De Brouwer, Anne-Marie: "Reparation to Victims of Sexual Violence: Possibilities at the International Criminal Court and at the Trust Fund for Victims and Their Families" (2007), 20 *LJIL,* 207-237.

Diaz, Catalina: "Columbias Bid for Justice and Peace", ‹http://www.peace-justice-conference.info/documents.asp› (visitada por última vez el 31 de octubre de 2007).

Dugard, John: "Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions", en A. Cassese, P. Geata y J. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume I* (Oxford: OUP, 2002), 693-704.

— "Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option?" (1999), 12 *LJIL,* 1001-1015.

Duggan, Colleen: "Prólogo", en A. Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), vii-xii.

Durán Puentes, Julián Andrés: "La importancia de una ley de lustración para el proceso de justicia transicional", 54 *Facetas Penales* (Bogotá: Leyer), 33-38.

Easterday, Jennifer: "Deciding the Fate of Complementarity: a Colombian Case Study", en ‹http://works.bepress.com/jennifer_easterday/2/› (visitado por última vez el 9 de diciembre del 2008).

El Zeidy, Mohamed M.: "The Gravity Threshold under the Statute of the International Criminal Court" (2008), 19 *CLF,* 35-57.

— "The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law" (2002), 32 *Michigan Journal of International Law,* 869-975.

Fernández, Lovell: "Post TRC Prosecutions in South Africa", en Gerhard Werle (ed.), *Justice in Transition - Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa* (Berlín: BWV, 2006), 65-81.

Filippini, Leonardo, y Lisa Magarrell: "Instituciones de la justicia en transición y contexto político", en A. Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), 143-168.

Fuchs, Ruth: "'A grandes odios, grandes perdones': Vergangenheitspolitik in Uruguay 1985-1986" (2007), 16 *Lateinamerika Analysen,* 35-67.

Gallavin, Chris: "Article 53 of the Rome Statute of the International Criminal Court: In the interests of justice?" (2003), 14 *KCLJ,* 179-198.

Gavron, Jessica: "Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court" (2002), 51 *ICLQ,* 91-117.

Gil Gil, Alicia: "España", en K. Ambos y E. Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer; 2003), 335-402

González, José Luis: "Uruguay", en K. Ambos y E. Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer; 2003), 495-534.

González Cueva, Eduardo: "The contribution of the Peruvian Truth and Reconciliation Commission to Prosecutions" (2004), 15 *CLF,* 55-66.

Goldstone, Richard J., y Nicole Fritz: "In the interests of justice and independent referral: The ICC Prosecutor"s unprecedented powers" (2000), 13 *LJIL,* 655-667.

Grammer, Chistoph: "Adaptación del derecho penal nacional con motivo de la implementación del Estatuto de Roma. Algunas consideraciones respecto de la desaparición forzada", en ‹http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20042/pr/pr16.pdf› (visitado por última vez el 4 de octubre del 2008).

Gropengiesser, Helmut, y Jörg Meissner: "Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court" (2005), 5 *ICLR,* 267-300.

Guzmán Dalbora, José Luis: "Chile", en K. Ambos y E. Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer; 2003), 163-200.

Hafner, Gerhard, Kristen Boon, Anne Rübesame y Jonathan Huston: "A Response to the American View as presented by Ruth Wedgwood" (1999), 10 *EJIL,* 108-113.

Havel, Brian F.: "Public Law and the Construction of Collective Memory", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 383-397.

Hayner, Priscilla B.: "Recording the facts and the truth. Report of the Rapporteur", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 215-219.

— "Truth commissions: a schematic overview" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.,* 295-310.

Hazan, Pierre: "Measuring the impact of punishment and forgiveness: a framework for evaluating Transitional Justice" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.,* 19-47.

Holmes John T.: "The principle of complementarity", en R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results* (La Haya y Londres: Kluwer Law International, 1999), 41-78.

— "Complementarity: National Courts *versus* the ICC", en A. Cassese, P. Gaeta y J. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary,* vol. I (Oxford: OUP, 2002), 667-686.

Hunt, Tristram: "Whose Truth? Objective Truth and a Challenge for History" (2004), 15 *CLF,* 193-198.

ICTJ, "Pursuing Justice in ongoing conflict: A Discussion of current Practice", ‹http://www.peace-justice-conference.info/documents.asp› (visitada por última vez el 31 de octubre de 2007).

Igreja, Victor: "Gamba Spirits and the Homines Aperti: Socio-Cultural Approaches to Deal with Legacies of the Civil War in Gorongosa, Mozambique", ‹http://www.peace-justice-conference.info/documents.asp› (visitada por última vez el 31 de octubre de 2007).

Imbleau, Martin: "Initial truth establishment by transitional bodies and the fight against denial" (2004), 15 *CLF,* 159-192.

Jelin, Elizabeth: "Public Memorialization in Perspective: Truth, Justice and Memory of Past Repression in the Southern Cone of South America" (2007), 1 *IJTJ,* 138-156.

Joyner, Christopher C.: "Policy considerations on accountability, peace and justice. Report of the Rapporteur", en Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 37-43.

Kemp, Susan: "The Inter-relationship between the Guatemalan Commission for Historical Clarification and the Search for Justice in National Courts" (2004), 15 *CLF,* 67-103.

Kritz, Neil J.: "Progress and Humility: The Ongoing Search for Post-Conflict Justice", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 55-87.

Lerner, Salomón: "Interview with Salomón Lerner" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.,* 225-233.

Malamud-Goti, Jaime, "Transitional government in the breach: Why punish state criminals?", en N. Kritz (ed.): *Transitional Justice. Volume 1* (Washington D.C.: U.S. Institute of Peace Press, 1995), 189-202.

Malarino, Ezequiel: "Argentina", en K. Ambos y E. Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer; 2003), 35-81.

Mallinder, Louise: "Can amnesties and international justice be reconciled?" (2007), 1 *IJTJ,* 208- 230.

Mattarollo, Rodolfo: "Definition and Primary Objectives: To Search for the Truth and Safeguard the Evidence", en Bassiouni (ed.): *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 295-324.

— "The Transition to Democracy and Institution Building: The Case of Haiti", en Bassiouni, (ed.): *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 763-774.

Mattioli, Géraldine, y Anneke van Woudenberg: "Global catalyst for national prosecutions? The ICC in the Democratic Republic of Congo", en Waddell y Clark (eds.): *Courting conflict? Justice, peace and the ICC in Africa, Royal African Society*, 2008, 55-64.

Matwijkiw, Anja: "A Philosophical Perspective on Rights, Accountability and Post-Conflict Justice: Setting up the Premises", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 155-199.

Meintjes, Garth: "Post-conflict justice issues: Restoring order and justice. Report of the Rapporteur", en Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 459-463.

Méndez, Juan E.: "The right to truth", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 255-278.

— "National reconciliation, transnational justice and the International Criminal Court" (2001), 15 *Ethics and International Affairs,* 25-44.

Meyer, Frank: "Complementing Complementarity" (2006), 6 *ICLR,* 549-583.

Moreno-Ocampo, Luis: "Transitional justice in ongoing conflicts" (2007), 1 *IJTJ,* 8-9.

Morris, Madeline: "Lacking a Leviathan: The Quandaries of Peace and Accountability", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 135-153.

Nadery, Ahmad Nader, "Peace and Jusitce? Transitional Justice in Afghanistan" (2007), 1 *The International Journal of Transitional Justice,* 173-179.

Naqvi, Yasmin: "The right to the truth in international law: fact or fiction?" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.,* 245-273.

Nerlich, Volker: "Lessons for the International Criminal Court: The Impact of Criminal Proceedings on the South African Amnesty Process", en Gerhard Werle (ed.), *Justice in Transition - Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa* (Berlín: BWV, 2006), 55-63.

Nino, Carlos S.: "The duty to punish past human rights abuses put into context: The case of Argentina" (1999), 100 *YLJ,* 2619-2640.

Nsereko, Daniel D. Ntanda: "The ICC: jurisdictional and related issues" (1999), 10 *CLF* 87-120.

Odio Benito, Elizabeth: "Justice for peace: no to impunity", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 149-153.

Ohlin, Jens David: "Peace, Security and Prosecutorial discretion in the emerging practice of the International Criminal Court", en C. Stahn & G. Sluiter (eds.) (Brill - Martinus Nijhoff Publishers, en prensa).

Olásolo, Héctor: "The prosecutor of the ICC before the initiation of investigations: A quasi-judicial or a political body?" (2003), 3 *ICLR,* 87-150.

Olson, Laura M.: "Provoking the dragon on the patio. Matters of transitional justice: penal repression vs. Amnesties" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.,* 275-294.

Opotow, Susan: "Psychology of Impunity and Injustice: Implications for Social Reconstruction", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 201-216.

Orentlicher, Diane F.: "'Settling accounts' revisited: Reconciling global norms with local agency" (2007), 1 *IJTJ,* 10-22.

Orozco A., Iván: "Reflexiones impertinentes: Sobre la memoria y el olvido, sobre el castigo y la clemencia", en A. Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), 171-209.

Osiel, Mark J.: "Why prosecute? Critics of punishment for mass atrocity" (2000), 22 *HRQ,* 118-147.

Parenti, Pablo: "Argentina", en K. Ambos, E. Malarino y J. Woischnik (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006), 49-98.

Pfanner, Toni: "Cooperation between truth commissions and the International Committee of the Red Cross" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.,* 363 -373.

Pichon, Jakob: "The Principle of Complementarity in the Case of the Sudanese Nationals *Ahmad Harun* and *Alí Kushayb* before the International Criminal Court" (2008), 8 *ICLR,* 185-228.

Poole, Jennifer L.: "Post-Conflict Justice in Sierra Leone", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 563-592.

Popkin, Margaret: "The Salvadorean Truth Commission and the Search for Justice" (2004), 15 *CLF,* 105-124.

Posner, Eric A., y Adrian Vermeule: "Transitional justice as ordinary justice" (2004), 117 *Harv.L.Rev.,* 761-825.

Rettberg, Angelika: "Reflexiones sobre la relación entre construcción de paz y justicia transicional", en A. Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), 1-15.

Robinson, Darryl: "Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court" (2003) 14 EJIL 481-505.

— "Comments on chapter 4 of Claudia Cárdenas Aravena", en Kleffner y Kor (eds.), *Complementary views on complementarity* (La Haya: Asser Press, 2006), 141-146.

Roht-Arriaza, Naomi: "Truth Commissions as part of a social process: possible guidelines", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 279-284.

— "Civil Society in Processes of Accountability", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 97-114.

Salmón, Elizabeth G.: "Reflections on international humanitarian law and transitional justice: lessons to be learnt from the Latin American experience" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.,* 327-353.

Sarkin, Jeremy: "The Amnesty Hearings in South Africa Revisited", en Gerhard Werle (ed.), *Justice in Transition - Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa* (Berlín: BWV, 2006), 43-53.

Schabas, William: "A synergistic relationship: The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone" (2004), 15 *CLF,* 3-54.

— "Complementarity in practice: some Uncomplementary thaughts" (2008), 19 *CLF*, 5-33.

— "Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court" (setiembre 2008), 6 *JICJ*, 731-761 (en internet, ‹http://jicj.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/6/4/731›).

Scharf, Michael: "The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court" (1999), 32 *Cornell Int'l.L.J.,* 507-527.

Scharf, Michael, y Nigel Rodley: "International Law Principles on Accountability", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 91-96.

Schiff, Benjamin N.: "Do Truth Commissions promote Accountability or Impunity? The Case of the South African Truth and Reconcialition Commission", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 325-343.

Schwartz, Herman: "Lustration in Eastern Europe", en Neil Kritz (ed.), *Transitional Justice. Volume 1* (Washington D.C.: U.S. Institute of Peace Press, 1995), 461-483.

Seibert-Fohr, Anja: "The relevance of the Rome Statute of the ICC for amnesties and truth commissions" (2003), 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law,* 553-590.

Seils, Paul: "The Limits of Truth Commissions in the Search for Justice: An Analysis of the Truth Commissions of El Salvador and Guatemala and Their Effect in Achieving Post-Conflict Justice", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 775-795.

Simon, Jan-Michael: "Criminal Accountability and Reconciliation", en Hans-Jörg Albrecht, Jan-Michael Simon, Hasan Rezaei, Holger Rohne y Ernesto Kiza, (eds.), *Conflicts and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies - Between Tradition and Modernity* (Berlín: Duncker & Humblot, 2006), 99-116.

Šimonović, Ivan: "Dealing with the legacy of past war crimes and human rights abuses" (2004), 2 *JICJ,* 701-710.

Sriram, Chandra Lekha, y Amy Ross: "Geographies of Crime and Justice: Contemporary Transitional Justice and the Creation of Zones of Impunity" (2007), 1 *IJTJ,* 45-65.

Slye, Ronald C.: "The legitimacy of amnesties under international law and general principles of Anglo-American law: is a legitimate amnesty possible?" (2002), 43 *Virgina Journal of International Law,* 173-247.

Sooka, Yasmin: "Dealing with the past and transitional justice: building peace through accountability" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.,* 311-325.

Ssenyonjo, Manisuli: "The International Criminal Court and the Lord´s Resistance Army Leaders: Prosecution or Amnesty?" (2007), 7 *ICLR,* 361-389.

Stahn, Carsten: "Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court" (2005), 3 *JICJ,* 695-720.

— "The geometry of transitional justice: choices of institutional design" (2005), 18 *LJIL,* 425-466.

— "Complementarity: a tale of two notions" (2008), 19 *CLF*, 87-113.

Stahn, Carsten, Héctor Olásolo y Kate Gibson: "Participation of Victims in the Pre-Trial Proceedings of the ICC" (2006), 4 *JICJ,* 219-238.

Theidon, Kimberly: "Transitional Subjects: The Disarmament, Demobilization and Reintegration of Former Combatants in Colombia" (2007), 1 *IJTJ,* 66-90.

Tomuschat, Christian: "The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals", en H. J. Cremer (ed.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Steinberger* (Berlín: Springer, 2002), 315-329.

Torpey, John: "Making whole what has been smashed: Reflections on Reparations", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 217-242.

Tutu, Desmond M.: "Reflections on Moral Accountability" (2007), 1 *IJTJ,* 6-7.

Uprimny, Rodrigo, y María Paula Saffon: "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades", en A. Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), 211-232.

Uvin, Peter, y Charles Mirenko: "Western and local approaches to justice in Rwanda" (2003), 9 *Global Governance,* 219-231.

Vandermeersch, Damien: "Droit belge", en Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty, (eds.), *Juridictions nationales et crimes internationaux* (París: PUF, 2002), 89-97.

Van der Voort, Karlijn, y Marten Zwanenburg: "From 'raison d'État' to 'état de droit international' - Amnesties and the French implementation of the Rome Statute" (2001), 1 *ICLR,* 315-342.

Van den Wyngaert, Christine, y Tom Ongena: "*Ne bis in idem* Principle, Including the Issue of Amnesty", en A. Cassese, P. Gaeta y J. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary,* vol. I (Oxford: OUP, 2002), 705-729.

Van Zyl, Paul: "Unfinished Business: The Truth and Reconciliation Commission's Contribution to Justice in Post-Apartheid South Africa", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 745-762.

Villa-Vincencio, Charles: "Why Perpetrators Should Not Always Be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commissions Meet" (2000), 49 *Emory Law Journal,* 205-222.

Williams, Paul: "Non-criminal civil and political measures for combating impunity for international crimes. Report of the Rapporteur", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rig-*

hts: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998 (Toulouse: Érès, 1998), 287-294.

— "The Role of Justice in Peace Negotiations", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 115-133.

Williams, Paul, y William Schabas: "Issues of Admissibility", en Triffterer (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Múnich: C. H. Beck - Hart-Nomos, 2.ª ed., 2008), Art. 17, 605-625.

Wouters, Jan, Sten Verhoeven y Bruno Demeyere: "The International Criminal Court's Office of the Prosecutor: Navigating between Independence and Accountability" (2008), 8 *ICLR,* 273-318.

Young, Gwen K.: "Amnesty and accountability" (2002), 35 *U.C. Davis L. Rev.,* 427-482.

Zalaquett, José: "Balancing ethical imperatives and political constraints: The dilemma of new democracies confronting past human rights violations" (1992), 43 *Hastings Law Journal,* 1425-1438.

— "Confronting Human Rights Violations committed by former governments: Principles applicable and political constraints", en Aspen Institute, *States Crimes: Punishment or Pardon?* (Colorado: Aspen Institue, Wye Center, 1989), 3-31.

Zolo, Danilo: "Peace through Criminal Law?" (2004), 2 *JICJ,* 727-734.

DOCUMENTOS DE LA ONU[467]

Commission of Human Rights, *Question of enforced disappearance,* E/CN.4/RES/1994/39, 4.3.1994.

Guidelines for United Nations Representatives on Certain Aspects of Negotiations for Conflict Resolution. Documento interno, sin fecha (citado como *Guidelines Negotiations*).

Human Rights Committee, *General Comment 20: Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment* (Article 7) (Forty-fourth session, 1992), 10 March 1992 (citado como *HRC, General Comment 20*).

Human Rights Committee, *General Comment 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, adopted on 29 March 2004*

[467] Una útil compilación de los documentos de la ONU sobre justicia de transición puede encontrarse en: Bassiouni (nota 10), pp. 399-424.

(2187th meeting), CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26.5.2004 (citado como *HRC, General Comment 31*).

International Centre for Transitional Justice, *UN Guidelines Meeting,* June 9-10, 2005 (citado como *ICTJ-guidelines*).

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Making Peace our own- Victims' Perceptions of Accountability, Reconciliation and Transitional Justice in Northern Uganda*, 2007 ‹http://www.ohchr.org/english/docs/northern_Uganda_august2007.pdf› (visitada por última vez el 4 de octubre de 2007; citado como *Making Peace our own*).

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Rule-of-law tools for post-conflict states. Prosecution initiatives,* New York & Geneva 2006 (citado como *Office of the UN High Commissioner for Human Rights Report*).

Report of the Secretary General on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone, S/2000/915, 4 October 2000.

UN-ECOSOC-Commission on Human Rights, *The administration of justice and the human rights of detainees: The question of impunity for perpetrators of human rights violations,* Revised final report prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 October 1997 (citado como *Joinet report*).

Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law, Annex to UN-ECOSOC-Commission on Human Rights, Civil and Political Rights Including the Question of Independence of the Judiciary, Administration of Justice, Impunity. *The Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms.* Final Report of the Special Rapporteur, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted in accordance with Commission resolution 1999/33 (citado como "Basic Principles Victims").

UN Departement of Peace Keeping Operations, *Principles and Guidelines, Disarmement, Demobilization and Reintegration of Ex-Combatants in a Peacekeeping Environment,* New York: 1999 (citado como *UN Departement of Peace Keeping Operations*).

UN-ECOSOC-Commission on Human Rights, *Promotion and Protection of Human Rights. Impunity.* Note by the Secretary General, Commission on Human Rights, 60st session, E/CN.4/2004/88, 27 February 2004 (citado como *UN-ECOSOC, Impunity,* 27.2.2004).

UN-ECOSOC-Commission on Human Rights, *Promotion and Protection of Human Rights – Impunity.* Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher, United Nations Economic and Social Council, Commission on Human Rights, 61st session, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 February 2005 (citado como "Orentlicher impunity principles").

UN-ECOSOC-Commission on Human Rights, Promotion and Protection of Human Rights — Impunity, Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher, United Nations Economic and Social Council, Commission on Human Rights, 61st session, E/CN.4/2005/102, 18 February 2005 (citado como *Orentlicher impunity commentary*).

UN Security Council, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies.* Report of the Secretary-General, S/2004/616, 23 August 2004 (citado como *Report Secretary General transitional justice*).

DOCUMENTOS DE LA CPI

Office of the Prosecutor, *Policy Paper on the Interests of Justice,* September 2007, ‹http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/ICC-OTP-InterestsOfJustice.pdf› (visitada por última vez el 29 de octubre de 2007, citado como *Policy paper interests of justice*).

Office of the Prosecutor, *Informal expert paper: the principle of complementarity in practice,* 2003 (citado como *Expert paper complementarity*).

Office of the Prosecutor, *Report on Prosecutorial Strategy,* The Hague, 14.09.2006, ‹www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_Prosecutorial-Strategy-20060914_English.pdf› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; citado como *Report on Prosecutorial Strategy*).

Office of the Prosecutor, *Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006),* The Hague, 12 September 2006, ‹www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_3-year-report-20060914_English.pdf› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; citado como *OTP Activities Report*).

Office of the Prosecutor, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor,* The Hague, ICC-OTP 2003, September 2003, ‹www.icc-cpi.int/library/organs/otp/030905_Policy_Paper.pdf› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; citado como *OTP Policy paper*).

Office of the Prosecutor, *Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593* (2005), The Hague, 14.12.2006, ‹www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_ReportUNSC4-Darfur_English.pdf› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; citado como *OTP Fourth Report*).

Report of the PrepCom on the Establishment of the ICC (1996), UN-GAOR 51st session, Supplement 22 (A/51/22), vol. I.

Statement by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court: Informal meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs, New York, 24.10.2005, ‹www.icc-cpi.int/library/organs/otp/speeches/LMO_20051024_English.pdf› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; citado como *Moreno-Ocampo Statement 2005*).

Statement by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court: Fifth session of the Assembly of States Parties, Opening Remarks, The Hague, 24.11.2006, ‹www.icc-cpi.int/library/organs/otp/LMO_20061123_en.pdf› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; citado como *Moreno-Ocampo Statement 2006a*).

Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Mr. Luis Moreno Ocampo, to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), Office of the Prosecutor, The Hague, 14.12.2006, ‹www.icc-cpi.int/library/organs/otp/LMO_20061214_en.pdf› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; citado como *Moreno-Ocampo Statement 2006b*).

SENTENCIAS

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-004, del 20 de enero del 2003, en ‹http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/c-004.PDF› (visitado por última vez el 4 de octubre del 2008).

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-578, del 30 de julio del 2002, en ‹http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/dpi/sc578_02.HTM› (visitado por última vez el 10 de noviembre del 2008).

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-695, del 28 de agosto del 2002, en ‹http://caese.ccb.org.co/documentos/2005_9_21_15_1_10_s_c-605-2002.pdf › (visitado por última vez el 9 de enero del 2009).

OTROS DOCUMENTOS E INFORMES

3B Witness to Truth: Report of the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission (GPL Press, Ghana: 2004) 1-520 (citado como *Sierra Leone TRC Report*).

Bassiouni et al., "Proposed guiding principles for combating impunity for international crimes", reimpreso en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 255-282 (citado como *Principles combating impunity*).

Chicago Principles on Post Conflict Justice (International Human Rights Law Institute, EUA, 2007).

Debiel, Tobias, y Ulf Terlinden, "Promoting Good Governance in Post-Conflict Societies", Discussion Paper (GTZ, Eschborn 2005), 1-54.

Documento de recomendaciones sobre el proyecto de Ley Estatutaria n.º 85 del 2003, Senado, denominado "de alternatividad penal", en ‹http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/ac.pdf› (visitado por última vez el 12 de diciembre del 2008).

Human Rights Watch, *Memorandum: Benchmarks for assessing possible national alternatives to International Criminal Court cases against LRA leaders,* May 2007, ‹http://hrw.org/backgrounder/ij/icc0507/icc0507web.pdf› (visitada por última vez el 9 de noviembre de 2007; citado como *HRW Memorandum 2007*).

— *Policy paper: The meaning of "the interests of justice" in Art. 53 of the Rome Statute,* June 2005 (citado como *HRW 2005*).

ICTJ and Human Rights Center, University of Berkeley, California, *Forgotten voices: A population-based survey on attitudes about peace and justice in Northern Uganda* (2005) (citado como *ICTJ/Human Rights Center, 2005*).

Mallinder, Louise, "Exploring the practice of states in introducing amnesties", Study submitted for the International Conference *Building a Future on Peace and Justice,* Núremberg, 25-27 June 2007 (en curso de publicación, citado como *Mallinder study*).

Ministry of Foreign Affairs Sweden, *Stockholm Initiative on Demobilisation, Disarmement and Reintegration. Final Report.* March 2006, disponible en ‹www.sweden.gov.se/sb/d/4890› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

Procuraduría General de la Nación: Control preventivo y seguimiento a las políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción, t. II, Bogotá D. C., 2006.

Seils, Paul, y Marieka Wierda, *The International Criminal Court and conflict mediation* (Nueva York: International Center for Transitional Justice, 2005), 1-20 ‹www.

ictj.org/images/content/1/1/119.pdf› (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

War Crimes Research Office: "The gravity threshold of the International Criminal Court (Marzo 2008), en ‹http://www.wcl.american.edu/warcrimes/icc/icc_reports.cfm› (visitado por última vez el 23 de octubre del 2008).

Whose Justice? Perceptions of Uganda's amnesty act 2000: the potential for conflict resolution and long term reconciliation, Refugee Law Project Working Paper 15, February 2005 (citado como *Refugee Law Working Paper 2005*).

LISTA DE CASOS

Abdülsamet Yaman vs. Turkey [2 November 2004] Judgement, Application 32446/96 [2004] ECHR 572 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Acevedo-Jaramillo et al. vs. Perú [7 de febrero de 2006] sentencia, Series C n.º 144 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Aguado-Alfaro et al. vs. Perú (Caso de los trabajadores cesados del Congreso) [24 de noviembre de 2006] sentencia, Series C n.º 158 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Aksoy vs. Turkey [18 December 1996] Judgement, 21987/93 [1996] ECHR 68 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Almonacid-Arellano et al. vs. Chile, [26 de septiembre de 2006] sentencia, Series C n.º 154 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Aydin vs. Turkey [25 September 1997] Judgment, 23178/94 [1997] ECHR 75 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

AZAPO et al. vs. The President et al. [25 July 1996] Case CCT 17/96 (Corte Constitucional de Sudáfrica).

Baldeón-García vs. Perú [6 de abril de 2006] sentencia, Series C n.º 147 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Bámaca-Velásquez vs. Guatemala [25 de noviembre de 2000] sentencia, Series C n.º 70 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Barrios Altos vs. Perú [14 de marzo de 2001] sentencia, C Series n.º 75 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Blanco-Romero et al vs. Venezuela [28 de noviembre de 2005] sentencia, Series C n.º 138 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro (Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide) [26 February 2007] Judgement (Corte Internacional de Justicia).

Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala [22 de noviembre de 2004] sentencia, C Series n.º 117 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay [29 de marzo de 2006] sentencia, Series C n.º 146 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay [17 de junio de 2005] sentencia, Series C n.º 125 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Comunidad Moiwana vs. Suriname [15 de junio de 2005] sentencia, Series C n.º 124 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Chanfeau et al. vs. Chile [7 de abril de 1998] Informe n.º 25/98 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Detta Josefina, Menotti Noris, Martinez Federico, Muso Osiris, Burgell Jorge - Denuncia - Inconstitucionalidad de la Ley 15.848, art. 1, 2, 3 y 4 (Ficha 112/87) [2 de mayo de 1988] Sentencia n.º 184 (Corte Suprema chilena).

Ellacuría et al. vs. El Salvador [22 de diciembre de 1999] Informe n.º 136/99 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Erdölbevorratung [16 März 1971] BVerfGE 30, 292 (Corte Constitucional alemana).

Espósito, Miguel Angel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por la defensa [23 de diciembre de 2004] sentencia (Corte Suprema argentina) en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 327, 5668.

García-Asto y Ramírez-Rojas vs. Perú [25 de noviembre de 2005] sentencia, Series C n.º 137 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Goiburú et al. vs. Paraguay [22 de septiembre de 2006] sentencia, Series C n.º 153 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Gómez-Palomino vs. Perú [22 de noviembre de 2005] sentencia, Series C n.º 136 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

González José Luis en Representación de Juan Gelman - Inconstitucionalidad (Ficha 90-10462/2002) [15 de noviembre de 2004] Sentencia n.º 332 (Suprema Corte de Justicia uruguaya).

Gustavo Gallón Giraldo y otros [18 de mayo de 2006] Sentencia C-370/2006, Expediente D-6032 (Corte Constitucional colombiana).

Hugh Jordan vs. UK [4 May 2001] Judgement, 24746/94 [2001] ECHR 327 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Juan Humberto Sánchez vs. Honduras [7 de junio de 2003] sentencia, Series C n.º 187 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Kurt vs. Turkey 825 May 1998] Judgement, 24276/94 [1998] ECHR 44 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

La Cantuta vs. Perú [29 de noviembre de 2006] sentencia, Series C n.º 162 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

López-Álvarez vs. Honduras [1 de febrero de 2006] sentencia, Series C n.º 141, 207 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Masacre de Ituango vs. Colombia [1 de julio de 2006] sentencia, Series C (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Masacre de la Rochela vs. Colombia [11 de mayo de 2007] sentencia, Series C n.º 163 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Masacre de Mapiripán vs. Colombia [15 de septiembre de 2005] sentencia, Series C n.º 134 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia [31 de enero de 2006] sentencia, Series C n.º 140 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad, M. 2333. XLII. y otros. [13 de julio de 2007] sentencia (Corte Suprema argentina)

Miguel Ángel Cotreras Sandoval [17 de noviembre de 2004] sentencia (Corte Suprema chilena).

Montero-Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela [5 de julio de 2006] sentencia, Series C n.º 150, (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Niñas Yean Bosico vs. República Dominicana [8 de septiembre de 2005] sentencia, Series C n.º 130 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Palamara-Iribarne vs. Chile [22 de noviembre de 2005] sentencia, Series C n.º 135 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Pedro Enrique Poblete Córdova [9 de septiembre de 1998] sentencia, rol n.º 895-96 del Segundo Juzgado Militar de Santiago (Corte Suprema chilena) en *Gaceta Jurídica* 219, 122.

Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú [25 de noviembre de 2006] sentencia, Series C n.º 160 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Prosecutor vs. Deronic [30 March 2004] Sentencing Judgement, Case IT-02-61-S (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia).

Prosecutor vs. Furundzija [10 December 1998] Judgement, IT-95-17/1-T (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia).

Prosecutor vs. Kallon and Kamara [13 March 2004) App. Decision, SCSL-2004-15AR72(E) and CSCSL-2004-16 AR72(E) (Corte Especial para Sierra Leona).

Prosecutor vs. Norman, Decision on the request by the TRC of Sierra Leone to Conduct a Public Hearing with Samuel Hinga Norman [29 October 2003] Case SCSL-2003-08-PT (Corte Especial para Sierra Leona).

Prosecutor vs. Tadic [2 October 1995] App. Decision, IT-94-1-AR 72 (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia).

Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo [24 February 2006] Decision concerning PTC I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 (Corte Penal Internacional).

Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor s/ privación ilegítima de la libertad, etc. causa N 17.768 [14 de junio de 2005] sentencia (Corte Suprema argentina) en: Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 328, 2056.

Recurso de hecho deducido por el Estado y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros causa N 259 [24 de agosto de 2004] sentencia (Corte Suprema argentina) en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 327, 3312.

Romero y Galdámez vs. El Salvador [13 de abril de 2000] Informe 37/00 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Secuestro de Ricardo Rioseco Montoya y Luis Cotal Alvarez [4 de agosto de 2005] sentencia (Corte Suprema chilena).

Selçuk and Asker vs. Turkey [24 April 1998] Judgement, 23184/94, 23185/94 [1998] ECHR 36 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Selmouni vs. France [28 July 1999] Judgement, 25803/94 [1999] ECHR 66 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Servellón-García et al. vs. Honduras [21 de septiembre de 2006] sentencia, Series C n.º 152 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Vargas-Areco vs. Paraguay [26 de septiembre de 2006] sentencia, Series C n.º 155 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Velásquez-Rodríguez vs. Honduras [29 de julio de 1988] sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Villegas Namuche [9 de diciembre de 2004] Expediente 2488-2002-HC/TC (Corte Constitucional peruana).

Ximenes-Lopes vs. Brasil [4 de julio de 2006] sentencia, Series C n.º 149 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

19 Comerciantes vs. Colombia [5 de julio de 2004] sentencia, Series C n.º 109 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

ARGENTINA

Pablo F. Parenti y Lisandro Pellegrini

SUMARIO

Durante la década de 1970 la República Argentina atravesó un período de violencia política signada por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos desde el aparto estatal. A partir del regreso a la democracia, el Estado argentino ha tomado una serie de medidas tendientes a afrontar esos hechos. En cuanto a las medidas de carácter penal, se han atravesado diversas etapas que han oscilado entre la persecución y la impunidad. Actualmente los procesos penales están abiertos y no se observa una tensión entre justicia y paz. En momentos en que la persecución penal estaba impedida se llevaron a cabo procesos judiciales a fin de obtener información sobre las circunstancias de desaparición de las víctimas y sobre el funcionamiento del sistema represivo (*juicios por la verdad*). Respecto de las medidas no penales, se formó una comisión destinada a averiguar el destino de las personas desaparecidas por el régimen militar; se dictaron leyes y resoluciones con el objetivo de restituir, reparar a las víctimas, difundir el pasado represivo y fortalecer valores menospreciados por la dictadura; asimismo, se han creado archivos y espacios para la memoria y la defensa y promoción de los derechos humanos.

1. Introducción

La República Argentina atravesó, alrededor de la década de 1970, una época de violencia política que dio lugar a la violación sistemática y generalizada de derechos humanos. Si bien el Estado no fue el único en emplear métodos violentos, es claro que la criminalidad de Estado fue la característica más sobresaliente de esa etapa. La represión por motivos políticos tenía antecedentes en el país, pero nunca había mostrado la dureza y la gran escala que adquirió a partir de fines de 1973 y, especialmente, luego del golpe militar del 24 de marzo de 1976. Antes del golpe, la represión fue encarada desde el Estado directamente o a través de la actuación de organizaciones que actuaban bajo el amparo y con el apoyo de instancias estatales, como la llamada Triple A (Alianza Anticomunista Argentina). Luego del golpe militar, la represión se intensificó notablemente y ya todo el aparato estatal se organizó en función del sistema represivo.

En efecto, el 24 de marzo de 1976 las fuerzas armadas derrocaron al gobierno constitucional que encabezaba Isabel Martínez de Perón y asumieron el control de los poderes públicos. Mediante un documento que se denominó *Acta para el Proceso de Reorganización Nacional* los comandantes de las tres fuerzas armadas establecieron la constitución de una Junta Militar para asumir el poder político de la República, se declararon caducos los mandatos del presidente de la Nación Argentina y de las autoridades provinciales, se disolvieron el Congreso de la Nación, las legislaturas provinciales y los gobiernos municipales, se dispuso remover a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al procurador general de la Nación y a los integrantes de los tribunales superiores de las provincias, se suspendió la actividad política y de los partidos políticos en los ámbitos nacional, provincial y municipal, y se suspendieron las actividades gremiales de trabajadores, empresarios y de profesionales.

El gobierno militar anunció entre sus propósitos los de "restituir los valores esenciales que sirven de fundamento a la conducción integral del Estado, enfatizando el sentido de moralidad, idoneidad y eficiencia, imprescindible para reconstruir el contenido y la imagen de la Nación, erradicar la subversión y promover el desarrollo económico de la vida nacional basado en el equilibrio y participación responsable de los distintos sectores a fin de asegurar la posterior instauración de una democracia, republicana, representativa y federal, adecuada a la realidad y exigencias de solución y progreso del

Pueblo Argentino". Asimismo, se anunciaba la pretensión de "imponer la vigencia de los valores de la moral cristiana, de la tradición nacional y de la dignidad del ser argentino, la vigencia de la seguridad nacional, erradicando la subversión y las causas que favorecían su existencia".

En la práctica, el nuevo gobierno continuó y profundizó la actuación de las fuerzas armadas y de seguridad del Estado en la represión de personas caracterizadas como subversivas, ya fuera por su pertenencia a organizaciones políticas (armadas y no armadas), ya por su militancia en organizaciones sindicales, estudiantiles o profesionales, etcétera.

Esta represión se llevó a cabo de manera clandestina y tuvo como metodología el secuestro de personas, su alojamiento secreto en diversos centros de detención y exterminio, la tortura, el homicidio y la desaparición de miles de seres humanos.

La caída del régimen no fue abrupta ni violenta. La dictadura abandonó el poder a fines de 1983 en medio de un gran desprestigio social, no solo por las violaciones a los derechos humanos, que ya eran bien conocidas para esa época, sino por la derrota frente a Gran Bretaña en la guerra por las islas Malvinas de 1982 y por una situación de crisis económica. La transición a la democracia fue pactada con los partidos políticos, y los militares conservaron durante varios años una cuota importante de poder. Este poder no solo derivaba de que la gran mayoría de los militares implicados continuó en actividad, sino del hecho de que el régimen había contado con el apoyo de parte de la dirigencia política, de las autoridades de la Iglesia Católica y de sectores del empresariado favorecidos por la política económica de la dictadura.

2. Mecanismos utilizados por el Estado argentino para la superación del pasado conflictivo

En el cuarto de siglo que ha transcurrido desde la asunción de autoridades electas luego de la caída del régimen militar, se han utilizado diversos mecanismos para enfrentar el pasado violento.

Por un lado, ha habido una *reacción penal* frente a los crímenes cometidos. Esta reacción penal atravesó diversas etapas que, esquemáticamente, pueden definirse del siguiente modo.

La primera corresponde a los primeros años del gobierno posdictatorial y puede calificarse como una *etapa de persecución penal limitada*. En este período se anuló la "autoamnistía" dictada por la última junta militar y se organizó la persecución penal de acuerdo con un esquema definido por el gobierno del presidente Raúl Alfonsín, cuyos rasgos centrales fueron: a) la distinción entre "tres niveles de responsabilidad"; b) la idea de "autodepuración" de las fuerzas armadas, y c) la idea de concluir los juicios en un tiempo relativamente breve. De acuerdo con la idea de los niveles de responsabilidad, se distinguía entre quienes habían dado las órdenes de llevar a cabo el plan de represión ilegal, aquellos que las habían cumplido y, finalmente, quienes habían actuado excediendo el marco de dichas órdenes. El gobierno entendía que no debía juzgarse a todo el universo de autores y partícipes, sino solo aquellos cuadros más comprometidos con el diseño y el impulso del plan represivo y, por otra parte, a aquellos que habían cometido delitos "por fuera" de las pautas fijadas para el plan de represión. Por otra parte, se pretendía que los juicios fueran llevados a cabo por los tribunales militares. De este modo, las propias fuerzas armadas se "autodepurarían". Sin embargo, los procesos penales que lograron avanzar no fueron llevados a cabo por los tribunales militares, sino por los tribunales penales federales, merced a la utilización de la facultad de asumir los procesos en caso de demora injustificada o negligencia en la actuación de los tribunales militares. El proceso penal más importante de esta etapa fue el juicio a los comandantes de las tres primeras juntas militares (1985), que concluyó con la condena de cinco de sus miembros y la absolución de otros cuatro, y tuvo por probada la existencia de un plan sistemático de represión, cuyos rasgos centrales fueron descritos en esa sentencia.[1]

La segunda etapa, que puede ser definida como la *etapa de la impunidad*, se distingue por el dictado sucesivo de distintas medidas para limitar e impedir los juicios penales y el cumplimiento de las condenas. Si bien algunas medidas de esta índole habían sido impulsadas con anterioridad —incluso desde el inicio del gobierno posdictatorial—, las más importantes normas de impunidad fueron dictadas luego del juicio a los comandantes: la ley de "punto final" (1986), la ley de "obediencia debida" (1987) y los indultos presidenciales a favor de personas condenadas o sometidas a proceso (1989-1991).

Durante los años posteriores se produjeron ciertos hechos que fueron deslegitimando política y jurídicamente las normas de impunidad, los que forman parte de una

[1] Cf. sentencia dictada por la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal el 9 de diciembre de 1985 en "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del PEN".

etapa de erosión de la impunidad. Entre los factores que contribuyeron a esta deslegitimación política y jurídica deben incluirse los incesantes reclamos de víctimas, familiares y organismos de derechos humanos; el avance de algunos juicios por hechos no amparados por las normas de impunidad; los procesos penales seguidos en Europa por hechos ocurridos en Argentina; los pedidos de extradición de personas acusadas en esos procesos; la detención de Pinochet y de militares argentinos por orden del juez español Baltasar Garzón; la creciente valorización del derecho internacional y, en particular, del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en instancias propiamente internacionales cuanto en su aplicación por los tribunales nacionales. Por otro lado, deben mencionarse los *juicios por la verdad* que comenzaron a desarrollarse a partir de 1995 ante distintos tribunales penales del país. Estos procesos —no propiamente penales dada la imposibilidad de imponer penas, pero que asumieron formas *cuasipenales* (actuación de jueces penales, empleo de las normas procesales penales)—, además de permitir cierto avance en el conocimiento de los hechos, tuvieron el efecto de mantener vigente la pretensión de juzgar a sus autores.

Finalmente, la sucesiva invalidación de las normas de impunidad a partir del año 2001 abrió la etapa actual —*etapa de superación de la impunidad*— en la cual los procesos penales son jurídicamente posibles y se encuentran en pleno trámite. Desde el punto de vista jurídico, la aplicación de normas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos fue el principal fundamento jurídico para la invalidación de las normas de impunidad y para la afirmación de la imprescriptibilidad de las acciones penales de los delitos de la dictadura.

Como puede observarse, la reacción penal en Argentina ha atravesado diversas etapas que han oscilado entre el juzgamiento y la impunidad.

En este proceso no han existido medidas que buscaran obtener información a cambio de una reducción o de una renuncia a la pena.

El caso argentino también muestra diversas medidas de *reacción no penal* frente a los crímenes cometidos. Una de las más relevantes fue la creación por el Poder Ejecutivo, a los pocos días de la restauración democrática, de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas (CONADEP). Esta comisión no cumplió ninguna función jurisdiccional ni fue pensada como un mecanismo sustitutivo de la justicia. En septiembre de 1984 la CONADEP presentó su informe final, en el cual describió el sistema represivo, su metodología y publicó un listado de las víctimas acerca de las cuales había podido reunir alguna información.

Por otra parte, ha habido distintas medidas de reparación, restitución o que buscan difundir el conocimiento de los hechos y preservar su recuerdo. Pueden mencionarse, al respecto, la ley sobre cinematografía y calificación de películas (22052), la sanción de la ley sobre nacionalidad (23059), la ley de hábeas corpus (23098), la ley de indemnización a presos políticos (24043), la ley de declaración de ausencia por desaparición forzada (24321), la ley de beneficio económico por personas ausentes por desaparición forzada o fallecidas como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas (24411, 24499 y decreto 403/95), el acuerdo entre el Estado nacional y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para construir el espacio para la memoria en el predio de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), donde funcionó unos de los más grandes centros clandestinos de detención, entre otras.

También se produjeron, no bien recuperada la democracia, reformas legislativas que estuvieron orientadas a la preparación de los juicios que vendrían y a reforzar para el futuro valores menospreciados por la dictadura.

3. Análisis de los mecanismos utilizados

Dado que los aspectos jurídicos centrales del proceso de juzgamiento, impunidad y posterior superación de la impunidad ya fueron descritos en el anterior informe del Grupo de Estudios,[2] este capítulo se concentrará en aspectos no penales de la reacción estatal frente a la criminalidad de Estado.

3.1. Comisiones de la verdad

Una de las cuestiones que debía encarar el gobierno que asumió el poder político luego de la caída de la dictadura era la posible creación de una comisión con el

[2] Cf. Pablo F. Parenti: "Argentina", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 21-66. También fueron objeto de estudio de Marcelo Sancinetti en *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires: Lerner, 1988, y Marcelo Sancinetti y Marcelo Ferrante: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

objeto de investigar los hechos cometidos en el marco del sistema de represión ilegal. Mientras algunos sectores propugnaban la creación de una comisión parlamentaria, el presidente Alfonsín decidió crear una comisión en el ámbito del Poder Ejecutivo: la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP).[3] La CONADEP estuvo integrada por personas que gozaban de una alta consideración ética y que provenían de diversos ámbitos profesionales e ideológicos. El decreto de creación de esta Comisión fijó como objeto de esta "esclarecer los hechos relacionados con la desaparición de personas ocurridas en el país" (artículo 1). A su vez, estableció que la Comisión tendría como funciones recibir denuncias y pruebas, averiguar el destino de las personas desaparecidas y el paradero de niños sustraídos, denunciar a la justicia cualquier intento de ocultamiento o destrucción de pruebas y emitir, en un plazo de 180 días desde su constitución un informe final con la explicación detallada de los hechos (artículo 2).[4] A la Comisión le estaba vedado "emitir juicios sobre hechos y circunstancias que constituyan materia exclusiva del Poder Judicial" (artículo 2).

La CONADEP realizó diversas actividades, como el reconocimiento *in situ* de centros clandestinos de detención, con la concurrencia de personas liberadas; la visita a las morgues para recabar información sobre ingresos irregulares; diligencias en vecindarios y lugares de trabajo para determinar la ubicación de centros clandestinos de detención y las modalidades del secuestro de personas; la recepción de testimonios de víctimas, familiares y de personal en actividad o en retiro de las fuerzas armadas y de seguridad; la revisión de registros carcelarios y policiales y la investigación de hechos cometidos en relación con bienes de personas desaparecidas.

La CONADEP emitió su informe en el que describió las características del sistema represivo, su metodología, los distintos centros clandestinos donde las víctimas eran alojadas y torturadas, y publicó una lista con los datos obtenidos acerca de la identidad de las víctimas sobre las que pudo recabar información.

En su informe —publicado con el nombre *Nunca más*[5]— la CONADEP estimó que había 8960 personas que continuaban desaparecidas, aunque aclaró que ese número no podía considerarse definitivo dado que se sabía que muchas desapariciones no habían

---

[3] Fue creada por el presidente Alfonsín mediante el decreto 187/83 del 15 de diciembre de 1983.

[4] Este plazo, exiguo por cierto, se fijó para "[…] evitar que la dolorosa necesidad de investigar estos hechos sustraiga, más allá de cierto lapso prudencial, los esfuerzos que deben dirigirse a la tarea de afianzar en el futuro una convivencia democrática y respetuosa de la dignidad humana" (cf. los fundamentos del decreto 187/83).

[5] Luego de su disolución, el archivo de la CONADEP quedó en custodia de la Subsecretaría de Derechos Humanos, creada por el decreto 3090/84 del presidente Alfonsín.

sido denunciadas. Según los datos de la comisión, el 62% de las personas desaparecidas habían sido detenidas en su domicilio ante testigos y el 24,6% en la vía pública. También fue de un 62% la proporción de personas detenidas durante la noche.

Es importante recalcar que la labor de la CONADEP no fue pensada como un mecanismo sustitutivo de la actuación judicial, sino complementario, y en la práctica su trabajo fue —y sigue siendo— de suma utilidad en los procesos judiciales.

En el 2006 se publicó una nueva edición del informe *Nunca más,* que incluyó la información recopilada hasta ese año y actualizó la lista de víctimas y de centros clandestinos de detención.[6]

Además de la CONADEP se han creado numerosos organismos en distintos lugares del territorio nacional con el fin de reunir información sobre la violación de derechos humanos durante la dictadura militar. En ningún caso estos organismos fueron creados como mecanismos sustitutivos de la actividad jurisdiccional.

3.2. Procesos judiciales para conocer la verdad

Cuando la reacción penal del Estado argentino se encontraba impedida —segunda etapa según la descripción precedente—, nacieron en el país los llamados *juicios por la verdad*. Estos procesos, desprovistos de pretensión punitiva, estuvieron orientados a satisfacer la necesidad de las personas de conocer el destino y las circunstancias de desaparición de sus familiares.

El derecho a la verdad que movilizó la sustanciación de estos juicios fue reconocido en el ámbito americano, y en primer lugar en el informe anual 1985-1986 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En tal documento se dijo:

> Toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y las circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos […].[7]

---

6 Cf. *Nunca más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Buenos Aires: Eudeba, 7.ª ed., abril de 2006.

7 CIDH, capítulo V del informe anual 1985-1986, en ‹http//:www.cidh.org/annualrep/85.86span/Indice.htm›.

Dos años después, en el caso *Velásquez Rodríguez,* la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó que la obligación del Estado de asegurar a las víctimas una investigación seria de los crímenes cometidos es parte de los recursos efectivos contra las violaciones de los derechos humanos;[8] obligación que, corresponde aclarar, en el fallo fue enmarcada en un deber estatal más amplio de responsabilizar y castigar a los culpables y de reparar adecuadamente a las víctimas.

Este vínculo entre investigación y castigo —o investigación para el castigo— fue posteriormente desarticulado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y de este modo emergió con autonomía el derecho a la verdad. En el informe 25/98, la Comisión expresó:

> […] el derecho a la verdad constituye un derecho de carácter colectivo, que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía.[9]

En el año 2000, y al aprobar la Comisión una solución amistosa en un caso argentino (*Carmen Aguiar de Lapacó*),[10] se precisaron los alcances del derecho a la verdad

---

[8] Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de julio de 1988, serie C, n.º 4. "La segunda obligación de los Estados Partes es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos" (párrafo 166).

[9] CIDH, Informe 25/98, párrafo 88.

[10] Carmen Aguiar de Lapacó, madre de una desaparecida, había efectuado un planteo ante la Cámara Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que se dispusieran medidas de investigación tendientes a determinar el destino de su hija. La Cámara rechazó el pedido y el caso llegó a la CSJN (antes de esta intervención, la misma Cámara había hecho lugar a una solicitud similar pero relativa a hechos de la ESMA —proceso llamado *Méndez Carreras*— y, como fundamentos de su decisión, había mencionado los derechos a la verdad, al duelo y al respeto por el cuerpo, señalando a su vez que podían existir casos no amparados por las normas de impunidad). La CSJN consideró que el agotamiento del objeto procesal de la causa en que se investigaba la desaparición de la hija de Aguiar de Lapacó —producido por el sobreseimiento definitivo de los imputados— impedía la producción de las medidas solicitadas, dado que solo se concebía la actividad jurisdiccional como un modo de acumular prueba de cargo contra un sujeto pasivo contra el que pudiera hacérsela valer (fallo *Suárez Mason*, del 13.8.1998). Este pronunciamiento de la Corte motivó la denuncia de Aguiar de Lapacó ante la Comisión Internacional de Derechos Humanos, que culminó en el acuerdo amistoso señalado. En octubre de 1998 la CSJN hizo lugar a una acción de hábeas data introducida en el fuero contencioso administrativo federal por Facundo Raúl Arteaga y ordenó que se le hiciera saber al peticionante toda la información obrante en los bancos de datos de los organismos públicos sobre el fallecimiento de su hermano Benito Jorge Arteaga —presuntamente abatido en julio de 1976 en la localidad de Villa Martelli— y, en su caso, la localización de sus restos. Reconoció expresamente la Corte en la ocasión el derecho del recurrente

y la consecuente obligación del Estado de tornarlo operativo. Puntualmente, el gobierno argentino aceptó y garantizó el derecho a la verdad, que consiste en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento acerca de lo sucedido con las personas desaparecidas. Se aclaró que es una obligación de medios, no de resultados, y que se mantiene en tanto no se alcancen los resultados, en forma imprescriptible. Con relación a la operatividad de esta obligación, el gobierno argentino se comprometió a gestionar la normativa para que las cámaras nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de todo el país tuvieran competencia exclusiva en todos los casos de averiguación de la verdad sobre el destino de las personas desaparecidas antes del 10 de diciembre de 1983.[11]

En este marco fue que se llevaron adelante los juicios por la verdad en distintas jurisdicciones del país. Todos ellos, con sus diferencias, se caracterizaron por constituir una instancia de producción probatoria que, sin pretender el castigo de los culpables, estuvo encaminada a descubrir el destino y las circunstancias de desaparición de las víctimas del terrorismo de Estado durante la última dictadura.

En el marco de todos estos juicios se logró el testimonio de sobrevivientes, familiares de desaparecidos y testigos de los procedimientos ilegales, el secuestro de documentación y la realización de peritajes. Ello permitió obtener información sobre las circunstancias de desaparición de víctimas, la identificación de restos óseos recuperados, referencias a la actuación de personas responsables de los hechos cometidos, el reconocimiento de lugares utilizados como centros clandestinos de detención, y pudieron determinarse circunstancias relativas a los circuitos de represión articulados por la dictadura militar.

Estos elementos convirtieron a los juicios por la verdad en un espacio muy valorado por los familiares de las víctimas y por los organismos de derechos humanos, a tal punto que han luchado, con éxito en muchas ocasiones, para que estos procesos se mantengan vigentes hasta la actualidad (hoy se sustancian de modo paralelo a los procesos penales propiamente dichos).[12]

---

a la información objetiva requerida y expresó —para diferenciar el caso del de Aguiar de Lapacó— que lo solicitado por el actor no afectaba el objeto de un proceso penal concluido (fallo *Urteaga* del 15.10.1998). Posteriormente, la Corte avaló, aunque tangencialmente, los procesos ante tribunales penales sustanciados con el único propósito de averiguar la verdad. Ello lo hizo al revocar una decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal por la que se había dispuesto ordenar que continuara interviniendo en un proceso por la verdad la Cámara Federal de Mar del Plata, en desmedro del conocimiento en el caso de un tribunal de juicio (fallo *Rivarola*, del 27.5.2004).

[11] Con excepción de las causas por secuestro de menores y sustracción de identidad. que continuarían según su estado, dado que no se encontraban limitadas por las normas de impunidad (cf. CIDH, Informe del 29/2/2000, caso 12.059, párrafo 17, puntos 1 y 2). La normativa a la que se hizo referencia nunca se dictó.

[12] En efecto, en ciudades tales como Jujuy, La Plata, Bahía Blanca o Mar del Plata, siguen sustanciándose hoy en día audiencias de los *juicios por la verdad* a las que concurren personas, mayormente testigos, que

3.3. Medidas de reparación, restitución y difusión del pasado conflictivo

3.3.1. Ley 22052. Cinematografía y libertad de expresión

Esta ley, proyectada por el Poder Ejecutivo, se publicó en el *Boletín Oficial* el 21 de marzo de 1984. Integró el primer grupo de proyectos —junto con los correspondientes a las leyes 23040, 23049 y 23077, antes mencionadas— que el gobierno democrático envió al Congreso inmediatamente después de haber asumido.

Esta norma, a través de su artículo 1.º, derogó el decreto-ley 18019, el cual había creado el Ente de Calificación Cinematográfica. Este organismo, entre el 1.º de enero de 1969 y diciembre de 1983, prohibió más de 720 películas —en función del contenido de sus argumentos—, además de haber "sugerido" el recorte de los guiones y modificado el reparto de los actores en otras tantas.[13]

3.3.2. Ley 23059. Nacionalidad

El proyecto que dio origen a esta norma también integró ese primer conjunto de proyectos enviado en diciembre de 1983 por el Poder Ejecutivo al Congreso. Su trascendencia como medida de reparación consiste en que esta ley declaró la invalidez de las leyes de facto 21795 y 21610, a través de las cuales se habían dispuesto los motivos de pérdida o cancelación de la nacionalidad argentina.

La ley 21795 expresamente disponía la pérdida de la ciudadanía de los argentinos nativos cuando, entre otros motivos, se violaba "la lealtad debida a la República, a su Constitución y a sus leyes" o bien cuando se integraban o se habían integrado "en el país o en el extranjero, grupos o entidades que por su doctrina o acción [abogaran], [hicieran] pública exteriorización o [llevaran] a la práctica, el empleo ilegal de la fuerza o la negación de los principios, derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional y, en general […] que hayan realizado actividades de tal naturaleza, en el país

---

brindan su testimonio sobre circunstancias relacionadas con la desaparición de personas y la identificación de represores.

[13] Actualmente se registra en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (expediente 6360-D-2006) un proyecto tendente a establecer el 9 de marzo de cada año como día nacional de la libertad de expresión, en conmemoración de la fecha en que fue sancionada la ley 23052, que derogó la ley 18019 y con ella la censura cinematográfica en la República Argentina (‹http//:www.hcdn.gov.ar›).

o en el extranjero".[14] La ley 21610, por su parte, regló la cuestión de la ciudadanía por naturalización durante la dictadura, modificando la ley 346.[15]

La ley 23059 estipuló que "la nacionalidad argentina nativa es perpetua e irrenunciable".[16]

3.3.3. Ley 23043. Indemnización a ex presos políticos

Esta norma, sancionada el 27 de noviembre de 1991, otorgó un beneficio económico a las personas que durante el estado de sitio y antes del 10 de diciembre de 1983 hubieran estado detenidas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional[17] o a las que en condición de civiles hubieran sido privadas de su libertad por tribunales militares.[18] El beneficio asignado es el equivalente a la remuneración diaria que percibe el personal civil de la administración pública nacional de categoría superior del escalafón por cada día que duró la detención del ex preso político.[19]

En rigor, esta ley vino a convalidar el decreto 70/91 que el Poder Ejecutivo había sancionado diez meses antes —en medio de una serie de audiencias que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encontraba fijando con motivo de varias denuncias contra el Estado argentino que habían realizado víctimas perdidosas en sus demandas ante los tribunales—. Esta ley, no obstante, extendió el beneficio que otorgaba el decreto. En efecto, el decreto no contemplaba el supuesto de personas detenidas por disposición de tribunales militares y también requería, para la concesión

[14] Artículos 5, incisos *j* y 12.

[15] En los fundamentos de esta norma, suscritos por Julio A. Gómez y Albano E. Harguindeguy, expresamente se dijo que, si bien la ley 346 (1869) requería una reforma integral, se introducían algunos cambios que permitían "dotar al Estado con otro instrumento más para asegurar la vigencia de la seguridad nacional, erradicando la subversión, y las causas que favorecen su existencia, conforme a lo previsto en el punto 2.3 del acta que fijó el propósito y los objetivos básicos del proceso de reorganización nacional […] La naturalización implica incorporar los extranjeros al cuerpo político de la Nación, por lo cual el Estado debe extremar sus recaudos para evitar que se infiltren en su seno elementos indeseables cuya conducta pueda atentar contra los principios fundamentales sobre los cuales descansa su organización".

[16] Artículo 6. El artículo 7, por su parte, establece que "La pérdida de los derechos políticos para los argentinos naturalizados implica la pérdida de la nacionalidad adquirida, que es irrecuperable".

[17] El artículo 23 de la Constitución Nacional otorga al presidente de la Nación la facultad de detener personas durante el estado de sitio. A su vez, establece a favor de las personas detenidas la opción de salir del país. Esta opción fue negada en la gran mayoría de los casos durante la dictadura militar.

[18] Artículo 2.

[19] Artículo 4. En los casos de muerte del cautivo el beneficio concluye en el momento de la muerte, pero se le agrega una suma equivalente a la correspondiente para un supuesto de 5 (cinco) años de detención. Para los casos de lesiones gravísimas, el beneficio es igual al del supuesto de muerte, reducida en un treinta por ciento (30%). La resolución del Ministerio del Interior que reglamentó este beneficio —que data de momentos en un peso argentino tenía un valor equivalente a un dólar estadounidense— dispuso que se pagaría pesos 74,66 por cada día de detención.

del beneficio, haber interpuesto con anterioridad una demanda judicial (aspecto no exigido por la ley 23043).

De acuerdo con este contexto normativo, las personas que habían sufrido detenciones clandestinas —esto es, que no habían estado puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional ni detenidas por orden de tribunales militares— no eran alcanzadas por este beneficio. Sin embargo, pocos meses después de la promulgación de esta ley se dictó el decreto 1023/92, que extendió el beneficio indemnizatorio a este grupo de personas.

Posteriormente, el beneficio también alcanzó a las personas que habían tenido una orden de detención a disposición del Poder Ejecutivo Nacional y habían optado por salir del país. En el marco de esta extensión, se equipararon los días de permanencia en el exterior a los días de detención. De igual manera, también fueron indemnizados los extranjeros expulsados del país (en este supuesto, los días de vigencia de la orden de expulsión se igualaron a días de detención).[20]

A su vez, y luego de un vaivén jurisprudencial, la CSJN terminó reconociendo el derecho a esta indemnización de aquellas personas que, si bien se exiliaron, nunca utilizaron la "opción para salir del país", dado que no pesaba sobre ellas orden de detención concreta a disposición del Poder Ejecutivo Nacional.[21]

Finalmente, el año pasado —y tras un fallo de la CSJN en sentido contrario—,[22] el Poder Ejecutivo Nacional también decidió indemnizar a los testigos de Jehová (objetores de conciencia) por los días de detención sufridos por haberse negado a cumplir con el servicio militar obligatorio de entonces.

---

[20] Algún cuestionamiento sobre la razonabilidad de esta última medida en Marcelo Sancinetti y Marcelo Ferrante: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 374.

[21] En la causa *Yofre de Vaca Narvaja s/ Ministerio del Interior*, del 14 de octubre de 2004, la CSJN —con remisión al dictamen del entonces procurador fiscal— revocó la sentencia de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que confirmaba la resolución del Ministerio del Interior que le negaba el beneficio de la ley 23043 a Susana Yofre de Vaca Narvaja. Esta persona había optado por exiliarse de acuerdo con su propia valoración de la situación imperante en aquella época y sin que mediara orden de detención del PEN. Como fundamento de su postura, el representante del Ministerio Público dijo que correspondía situar la situación en análisis de las contempladas por la ley 23043, "en tanto las condiciones en las que la actora tuvo que permanecer y luego abandonar el país —sobre las que no existen controversias— demuestran que su decisión de ampararse, primero, bajo la bandera de una nación amiga, y emigrar después, lejos de ser considerada como voluntaria o libremente adoptada, fue la única y desesperada alternativa que tuvo para salvar su vida ante la amenaza del propio Estado o de organizaciones paralelas o, cuanto menos, de recuperar su libertad pues [...] considero que al momento de su decisión de extrañarse, ya sufría la mengua de tal derecho básico" (punto VI).

[22] Caso *Arcuri, Gabriel Alejandro s/ Ministerio del Interior*, del 21 de junio de 2000. Para así concluir, la Corte dijo que la condena sufrida por negarse a cumplir con el servicio militar obligatorio tenía sustento en la ley 17531, que no fue dictada por las autoridades de facto, sino promulgada en 1967 (considerando 8).

3.3.4. Ley 24411, de beneficio a las personas ausentes por desaparición forzada y a las fallecidas por el accionar de las fuerzas armadas

Esta norma se sancionó el 7 de diciembre de 1994. El benefició económico que estatuyó se extiende a los derechohabientes de las personas que al momento de la sanción de la ley se encontraban en situación de desaparición forzada —entendida esta como la privación de la libertad personal seguida por la desaparición de la víctima, o el alojamiento en lugares clandestinos de detención, o la privación bajo cualquier otra forma del derecho a la jurisdicción—. El beneficio acordado es una suma equivalente a 100 veces la remuneración mensual de los agentes nivel A del escalafón para el personal civil de la administración pública nacional (aprobado por el decreto 993/91).[23]

La ley les reconoce igual beneficio a los derechohabientes de toda persona que haya fallecido como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, de seguridad o de cualquier otro grupo paramilitar con anterioridad al 10 de diciembre de 1983.[24]

El plazo de 180 días desde la entrada en vigencia de la ley que el artículo 7 había estipulado para solicitar el beneficio, bajo apercibimiento de caducidad, fue posteriormente ampliado a cinco años por el artículo 1 de la ley 24499.

3.3.5. Ley 24321. Ausencia por desaparición forzada

Esta norma, promulgada el 8 de junio de 1994, consagró la posibilidad de declarar judicialmente la ausencia por desaparición forzada de toda persona que hasta el 10 de diciembre de 1983 hubiera desaparecido involuntariamente del lugar de su domicilio o residencia, sin que se tenga noticia de su paradero.[25] La posibilidad de solicitar esta declaración fue dejada en manos de todo aquel que tuviera un interés legítimo subordinado a la persona del ausente.[26]

La ley asimiló expresamente los efectos civiles de la declaración de ausencia por desaparición forzada a los prescritos por la ley 14394 para la ausencia con presunción de fallecimiento.

---

[23] Artículo 1. Suma que ascendía a 224.000 pesos (en esos momentos un peso argentino tenía un valor equivalente a un dólar estadounidense).
[24] Artículo 2.
[25] Artículo 1.
[26] Artículo 3.

3.3.6. Localización y restitución de la identidad de niños sustraídos en el marco de la represión ilegal

Una circunstancia que distingue el plan represivo llevado adelante por las autoridades del gobierno de facto fue la apropiación de niños secuestrados junto con sus padres y de niños nacidos en maternidades clandestinas durante el cautiverio de sus madres en centros de detención.

Una de las primeras medidas adoptadas para la localización de niños apropiados durante la dictadura —además de la CONADEP, ya mencionada— fue la creación del Banco Nacional de Datos Genéticos, que tuvo por objeto la obtención y el almacenamiento de información genética que facilitara la determinación y el esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación.[27] Las funciones del banco de datos son: a) organizar, poner en funcionamiento y custodiar un archivo de datos genéticos; b) producir informes y dictámenes técnicos y realizar pericias genéticas a requerimiento judicial; c) realizar y promover estudios e investigaciones relativas a su objeto.[28] Todo familiar consanguíneo de niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio tiene derecho a solicitar y obtener los servicios del Banco Nacional de Datos Genéticos.[29]

En 1992 se creó la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI). Su labor, llevada adelante junto con la organización no gubernamental Abuelas de Plaza de Mayo, está orientada a la búsqueda y localización de niños desaparecidos durante la última dictadura militar, mediante acciones en el campo de la justicia y en el de la investigación genética.[30]

A su vez, en la actualidad, el Estado nacional destina parte de presupuesto anual[31] a Abuelas de Plaza de Mayo, organización que tiene por objeto "localizar y restituir a sus

---

[27] Artículo 1 de la ley 23511 (*Boletín Oficial* del 10.7.1987). El mismo artículo estipula que el banco funcionará en el servicio de inmunología del Hospital Carlos A. Durand, dependiente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, bajo responsabilidad y dirección técnica del jefe de dicha unidad, y prestará sus servicios en forma gratuita.

[28] Artículo 2 de la ley 23511.

[29] Artículo 5 de la ley 23511.

[30] El objetivo de origen de la Comisión —la búsqueda y localización de niños desaparecidos durante la última dictadura militar— se vio rápidamente superado ante las denuncias sobre sustracción, tráfico de menores, despojo a madres en situaciones límite y adultos con su identidad vulnerada. El objetivo inicial se amplió por ser el único ámbito del Estado Nacional especializado y dedicado a la temática de garantizar el derecho a la identidad (‹http//:www.conadi.jus.gov.ar/home_fl.html›).

[31] En el año 2007 fueron destinados, con carácter no reintegrable, $ 1.410.000, tal como surge del artículo 81 de la ley 26198. A través del mismo artículo de la ley se destinó, con el mismo carácter, $ 1.680.000 a *Madres de Plaza de Mayo* —organización no gubernamental cuyo objetivo comprende, entre otras cosas, lograr esclarecer el destino de las personas desaparecidas, el castigo de los responsables y superar el pasado represivo— (‹http//:www.madres.org/index.asp›).

legítimas familias todos los niños secuestrados desaparecidos por la represión política, y crear las condiciones para que nunca más se repita tan terrible violación de los derechos de los niños".[32]

3.3.7. Archivos y espacios para la memoria

Con el objeto de obtener, analizar y preservar información, testimonios y documentos sobre el quebrantamiento de los derechos humanos durante el último gobierno de facto se creó, en el ámbito de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el Archivo Nacional de la Memoria.[33]

Existen, además, diversos sitios establecidos para recordar los hechos sucedidos durante el terrorismo de Estado. Entre ellos puede mencionarse el Parque de la Memoria, establecido por ley aprobada el 21 de julio de 1998 por la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se trata de un predio de varias hectáreas donde se encuentran instaladas obras de arte y, desde noviembre de 2007, el Monumento a las Víctimas del Terrorismo de Estado.[34]

A su vez, puede destacarse la sanción de la ley 1412, de agosto de 2004, mediante la cual la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobó un convenio a través del cual el Estado nacional y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires convinieron que el predio de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), lugar donde funcionó uno de los mayores centros clandestinos de detención, sea un "espacio para la memoria y para la promoción y defensa de los derechos humanos".[35]

En uno de los considerandos del convenio se dice:

> […] el destino que se asigne al predio y a los edificios de la ESMA formará parte del proceso de restitución simbólica de los nombres y de las tumbas que les fueran negados a las víctimas, contribuyendo a la reconstrucción de la memoria histórica de los argentinos, para

---

32 Véase ‹http//:www.abuelas.org.ar/historia.htm›.

33 Según decreto del Poder Ejecutivo Nacional n.º 1259, del 16 de diciembre de 2003. En el octavo considerando de este decreto se dice que "existen valiosos antecedentes representados en nuestro país, entre otros, por las experiencias de recuperación de la memoria histórica realizadas mediante la Comisión Provincial de la Memoria de la Provincia de Buenos Aires desde su creación por ley provincial n.º 12483 el 13 de julio de 2000, el Museo de la Memoria dependiente de la Secretaría de Cultura de la Ciudad de Rosario, creado por ordenanza n.º 6506 el 26 de febrero de 1998, o la Mansión Seré en la Municipalidad de Morón, Provincia de Buenos Aires" (cf. ‹http://www.derhuman.jus.gov.ar/anm/›).

34 Cf. ‹http://www.parquedelamemoria.org.ar/home/index.htm›.

35 Cláusula Primera del Convenio 8/04, del 24 de marzo de 2004.

> que el compromiso con la vida y el respeto irrestricto de los derechos humanos sean valores fundantes de una nueva sociedad justa y solidaria.

Otra medida de carácter similar es aquella a través de la cual el Ministerio de Defensa de la Nación instruyó al Jefe del Estado Mayor General de la Armada para que disponga lo necesario a fin de posibilitar la puesta en funcionamiento de un sitio de homenaje y recordación en el recinto de la Base Aeronaval Almirante Marcos Zar, donde el 22 de agosto de 1972 fueron asesinados 16 presos políticos y otros tres fueron heridos de gravedad —hecho conocido como la *masacre de Trelew*—.[36] En las consideraciones de la resolución mediante la cual de adoptó esta decisión se dijo:

> […] frente a las graves violaciones a los derechos humanos, el derecho a obtener reparación entraña medidas individuales y medidas de alcance general y colectivo. En este último sentido, surge la obligación estatal de diseñar una política pública que contribuya a la construcción de la memoria social sobre lo ocurrido. Estas iniciativas, de carácter simbólico, deben poner el énfasis en el reconocimiento de lo ocurrido y en el homenaje a las víctimas (cf. Documento ONU E/CN.4/Sub.2/1993/8).[37]

3.4. Medidas legislativas para la preparación de los juicios y para afianzar valores menospreciados por la dictadura

Dentro del primer conjunto de medidas adoptado por el Estado argentino tras el regreso del régimen democrático corresponde ubicar la sanción de la ley impugnatoria de condenas de tribunales militares (ley 23042),[38] la ley modificatoria del Código de Justicia Militar (ley 23049),[39] la ley modificatoria del cómputo de penas para quienes

---

36 Resolución n.º 420/2007.

37 Véase en ‹http://www.mindef.gov.ar/ddhh_resoluciones.html›.

38 Mediante la sanción de esta ley se dispuso que todas las condenas, aun aquellas con sentencia firme, dictadas por tribunales militares respecto de civiles, podían ser impugnadas conforme a las normas del Código de Procedimientos en Materia Penal.

39 El artículo 10 de esta ley dejó expresamente en manos del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, mediante el procedimiento sumario del Código de Justicia Militar, el conocimiento de los delitos que le "resulten imputables al personal militar de las Fuerzas Armadas, y al personal de las Fuerzas de seguridad, policial y penitenciado bajo control operacional de las Fuerzas Armadas y que actuó desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo". La ley también estipuló que "cumplidos seis meses de la iniciación de las actuaciones, el Consejo Supremo dentro de los cinco das siguientes informará a la Cámara Federal los motivos que hayan impedido su conclusión". En el último párrafo del mismo artículo se previó que "si la Cámara advirtiese una demora injustificada o negligencia en la tramitación del juicio asumirá el conocimiento del proceso cualquiera sea el estado en que se encuentren los autos".

hubiesen estado detenidos, con sentencia firme o no, durante el período dictatorial (ley 23070),[40] la ley de defensa de la democracia (ley 23077)[41] y la ley que agravó la pena del delito de tortura —equiparándola a la del homicidio simple— (ley 23097).

A su vez, con fecha 19 de octubre del año 1984, se promulgó la ley de hábeas corpus (ley 23098). La ley estipula que tendrá lugar el procedimiento de hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique la limitación o la amenaza de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente o el agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad. También se prevé el procedimiento de hábeas corpus en los casos de limitación de la libertad dispuesta con motivo del estado de sitio (artículo 23 de la Constitución Nacional), y en tal caso se estipula que este tenderá a comprobar, en el caso concreto, la legitimidad del estado de sitio, la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio, la agravación ilegítima de las condiciones de privación de la libertad y el efectivo ejercicio del derecho de opción a salir del territorio argentino (dispuesto en la última parte del artículo 23 de la Constitución Nacional). La denuncia de hábeas corpus puede ser interpuesta por la persona que afirme encontrarse en las condiciones previstas en los párrafos precedentes o por cualquier otra en su favor.

3.5. Relevancia de los mecanismos utilizados de frente a la CPI

Si bien la República Argentina es parte del ECPI, los hechos a los que se refiere este informe son anteriores a la entrada en vigor de ese tratado y, por lo tanto, ajenos a

---

[40] Específicamente, la ley estipuló que en el lapso en que se desarrolló el gobierno de facto, y a todos los efectos legales, se computará por cada dos días de prisión, reclusión o prisión preventiva, tres de prisión, reclusión o prisión preventiva (artículo 1).

[41] Como puede inferirse de su nombre, esta ley estuvo orientada a afirmar el valor de la democracia. Entre sus prescripciones se destacan la modificación de la expresión *rebelión* por la de *atentados al orden constitucional y a la vida democrática* del acápite del capítulo I del título X del libro II del Código Penal (artículo 5), el agravamiento de la escala penal de esta figura (artículo 6), la creación del tipo penal del artículo 227 *bis* del Código penal, que expresamente establece que "[s]erán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, con la disminución del artículo 46, los miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional o las provincias que consintieran la consumación de los hechos descritos en el artículo 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes" (artículo 8) y la suspensión del curso de la acción penal correspondiente a los delitos de atentado contra el orden constitucional hasta el restablecimiento de tal orden (artículo 9). Una visión crítica de la eficacia de esta norma en relación con el objetivo perseguido a través de su sanción en Marcelo Sancinetti en *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires: Lerner, 1988, pp. 19-20).

la competencia temporal de la CPI. De este modo, los mecanismos utilizados a fin de no perseguir los crímenes cometidos en ningún caso podrían activar la intervención de ese tribunal penal internacional.

4. Impacto de los mecanismos utilizados

No se cuenta con investigaciones empíricas acerca del impacto de los mecanismos empleados sobre la reconciliación y la pacificación de la sociedad y sobre la construcción democrática y el Estado de derecho.

Solo pueden mencionarse sondeos de opinión que han sido divulgados, los que han revelado un apoyo mayoritario al juzgamiento de los hechos.

5. Evaluación final

Tal como antes afirmamos, no se cuenta con estudios publicados que hayan medido empíricamente el impacto de los mecanismos utilizados desde el Estado para superar el pasado conflictivo. Es probable que ello pueda analizarse mejor a medida que los hechos queden más lejos en el tiempo y, quizás, por las próximas generaciones, que podrán contar con una perspectiva menos involucrada con el conflicto o bien con las medidas tendientes a superarlo.

Por nuestra parte consideramos que, si algún grado de algidez existe en la sociedad en torno a las medidas penales que actualmente adopta el Estado argentino frente a los hechos de la última dictadura, seguramente no ocurre lo mismo respecto de las medidas estatales tendientes a la reparación, restitución, difusión o preservación del recuerdo de los hechos del pasado.

Por otra parte, no encontramos buenos motivos para creer que exista un vínculo excluyente entre justicia y paz. La idea de una relación de tensión entre esos dos valores en el caso argentino parece responder, en una primera etapa, a la amenaza latente

que representaba el poder que aún detentaban los actores involucrados en la represión ilegal. Actualmente esa amenaza ya no existe como un riesgo para el sistema democrático, aunque sí ha habido, esporádicamente, actos violentos de resistencia a los juicios, como amenazas a testigos, abogados y funcionarios vinculados a los procesos judiciales e, incluso, la desaparición de un testigo.[42] Estos eventos, sin embargo, no han logrado reavivar la sensación de una antinomia entre justicia y paz. Hoy en día, la idea de una tensión entre justicia y paz parece más vinculada a intentos de mantener la situación de impunidad que a una descripción fidedigna del actual estado de cosas.

[42] Se trata de Jorge Julio López, desaparecido el 18 de septiembre de 2006 en la ciudad de La Plata, precisamente el día en el que se leyó el veredicto de un juicio por crímenes de la dictadura en el que López había declarado como testigo.

BOLIVIA

Elizabeth Santalla Vargas

SUMARIO

El periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1964 y el 10 de octubre de 1982, fecha de reinstauración de la democracia, fue oficialmente catalogado como uno de violencia política cometida por agentes de gobiernos inconstitucionales. Dicho periodo estuvo marcado por el autoritarismo militar, los golpes de Estado y gobiernos de facto, cuyas secuelas fueron no solo la inestabilidad política sino la comisión de graves violaciones a los derechos humanos. Las reacciones a ese pasado conflictivo se dieron tanto desde el ámbito no penal como desde el penal, con características peculiares. En el primer caso, se creó la primera *comisión de la verdad* de Latinoamérica para la situación específica de la desaparición forzada de personas, la cual se disolvió sin haber producido un informe final sobre su investigación. Después de más de dos décadas se dio curso al resarcimiento a las víctimas (o sus herederos) de las violaciones a los derechos humanos. En el segundo caso, se sustanció y concluyó con sentencia condenatoria un histórico juicio de responsabilidades contra un ex dictador por graves violaciones a los derechos humanos. La reacción penal solo alcanzó a la dictadura de García Meza, dejando en la impunidad, en consecuencia, la mayor parte del periodo en cuestión. Tanto la falta de investigación como la exclusión del proceso penal de los otros regímenes responsables de violaciones a los derechos humanos, si se hubieran suscitado después de la entrada en vigor del ECPI, activarían la jurisdicción complementaria de la CPI.

1. Introducción

¿De qué manera Bolivia ha encarado las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por regímenes de facto, vale decir, antes del restablecimiento de la democracia? Esta es la pregunta general que orienta el presente informe. En consecuencia, el periodo de *statu quo* a considerar para el análisis comprende el periodo del 4 de noviembre de 1964 al 10 de octubre de 1982,[1] oficialmente catalogado como de *violencia política* cometida por:

> […] agentes de Gobiernos Inconstitucionales, que violaron y conculcaron los derechos humanos y las garantías consagradas en la Constitución Política del Estado y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Estado boliviano.[2]

El golpe de Estado de 1964 imprimió la mutación de un gobierno civil a otro detentado casi exclusivamente por militares y, así, el trance de la democracia al autoritarismo militar.[3]

> De los 18 años que median entre noviembre de 1964 y octubre de 1982, fecha de la definitiva reapertura democrática, solo por un año y tres meses Bolivia tuvo tres presidentes civiles y solo cuatro años de gobiernos democráticos. Fue una época protagonizada por el ejército como fuente y protagonista del poder político.[4]

Entre los sucesos de violencia que resaltan de los primeros años de este periodo, cabe mencionar a la denominada *masacre de San Juan* (en razón al tradicional festejo de San Juan), de fines de junio de 1967. Los trabajadores mineros habían decidido reunirse en el campamento minero conocido como Siglo XX para discutir sobre su situación salarial y su postura ante el emergente movimiento guerrillero. Sin embargo, fueron

---

1 Cabe resaltar que fue en este periodo que se gestó la Constitución Política del Estado de 1967. Paradójicamente, esta fue prácticamente ignorada por los gobiernos de facto y, a la vez, constituyó el cimiento legal para la recuperación de la democracia en 1982. Véase al respecto Carlos de Mesa Gisbert: "Bajo el signo de las Fuerzas Armadas", en, J. de Mesa Figueroa, T. Gisbert, C. de Mesa Gisbert: *Historia de Bolivia*, La Paz: Gisbert, 2007, p. 511.

2 Artículo 1 (Objeto) de la ley n.º 2640, Resarcimiento Excepcional a Víctimas de la Violencia Política en Periodos de Gobiernos Inconstitucionales, del 11 de marzo del 2004.

3 De Mesa: o. cit. (nota *supra* 1), pp. 511-512.

4 De Mesa: o. cit. (nota *supra* 1).

fuertemente atacados por el ejército, que dejó un saldo de 27 mineros muertos —aunque datos no oficiales reportan cifras mayores de muertos y heridos—. La erradicación de un "grave foco subversivo" fue el pretexto alegado por el gobierno para justificar su accionar.[5]

En 1971 se produjo otro golpe de Estado cuyos principales enfrentamientos tuvieron lugar en la ciudad de Santa Cruz. Tras el golpe asumió la presidencia el general Hugo Bánzer Suárez (quien se mantendría en el gobierno hasta 1978), cuyo régimen fue particularmente represivo de los universitarios de La Paz y Santa Cruz, quienes habían ofrecido constante resistencia. Así, se reportaron 98 muertos y 560 heridos.[6] Posteriormente, se clausuraron las universidades (entre 1971 y fines de 1972), habiéndose fusilado a varios estudiantes cruceños en agosto de 1971.

El régimen de Bánzer se caracterizó por ejercer prácticas de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como por la desaparición forzada de personas, y tuvo un alto número de presos políticos y de exiliados.[7] Paradójicamente, durante este régimen se dictaron una serie de instrumentos jurídicos que se constituyeron el cimiento del sistema legal boliviano. En particular, se reformaron los códigos del siglo XIX y se aprobaron los nuevos códigos en materia civil, penal, de familia y de comercio (conocidos como *códigos Bánzer*).

En 1974, con la anulación de la vigencia de los partidos políticos de oposición, se abrió el periodo dictatorial de Bánzer, que contó con el respaldo de las fuerzas armadas.[8] Esta dictadura fue parte del sistema llamado Operación Cóndor, que vinculó a las dictaduras de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, catalogada no solo como una comunidad de inteligencia sino como una organización criminal de represión de los opositores.[9]

La caída de Bánzer dio paso al periodo de mayor inestabilidad política de la historia de Bolivia.

En ese período contamos nueve gobiernos (ocho presidentes y una junta militar). De ellos siete fueron de facto y solo dos constitucionales, además cuatro de esos nueve se

---

5 Ibídem, p. 517.
6 Ibídem, pp. 526-527.
7 Ibídem, pp. 528-529.
8 Ibídem, p. 534.
9 Véase CEDOIN: "Pinochet y el Plan Cóndor. ¿Y si todo fuera cierto?", *Informe R*, año 18, n.° 378, noviembre-diciembre de 1998.

cuentan entre los diez más breves de toda nuestra historia. Eso implica un promedio de un gobierno cada cinco meses y medio.[10]

Al inicio de la legislatura de 1979, el parlamentario del PS-1[11] Marcelo Quiroga Santa Cruz, quien más tarde sería asesinado, inició un juicio de responsabilidades contra el ex presidente Bánzer, tanto por delitos económicos como por violación de libertades fundamentales. El juicio quedó en principio archivado y luego olvidado, en gran parte debido al éxito electoral que Bánzer obtuvo en las elecciones de 1979 con su nuevo partido (ADN)[12] fundado en enero de ese año.[13]

La historia de este periodo particularmente marcado por los golpes de Estado continuó con el de 1979, que representó un ataque indiscriminado contra civiles desarmados y que cobró casi un centenar de muertos y quinientos heridos.[14] Las secuelas de violencia y de criminalidad del golpe se expandieron durante los primeros meses de 1980, no solo por los militares más reaccionarios sino también por civiles que los secundaban, y se tradujeron en la eliminación de personas con posiciones progresistas. Así, el 22 de marzo fue asesinado, después de ser torturado, el sacerdote, periodista y crítico de cine Luis Espinal. El 2 de junio una avioneta que trasladaba al candidato vicepresidencial Jaime Paz Zamora y a cuatro dirigentes del partido UDP[15] se precipitó en circunstancias no esclarecidas y murieron todos sus ocupantes a excepción de Paz Zamora, quien sufrió graves quemaduras. Posteriormente, en un preludio a las elecciones, una manifestación de la UDP en la ciudad de La Paz fue atacada con una granada de mano, lo que dejó un saldo de dos muertos y trece heridos.[16]

Dieciocho días después de celebradas las elecciones de 1980, el 17 de julio de 1980, se produjo el golpe de Luis García Meza, que contó con el apoyo de asesores extranjeros y que no solo derivó en el derrocamiento de un gobierno constitucional, sino también en el cierre del Congreso Nacional y en la renovación total del Poder Judicial. La Central Obrera Boliviana fue asaltada por paramilitares camuflados en ambulancias, quienes asesinaron, entre otros dirigentes políticos, a Marcelo Quiroga Santa Cruz. Se detuvo a decenas de jefes políticos y sindicales, así como a los miembros del gabinete,

---

10 De Mesa: o. cit. (nota *supra* 1), p. 537.
11 Partido Socialista 1.
12 Acción Democrática Nacionalista.
13 Asombrosamente, entre 1997 y 2001, Bánzer ocuparía nuevamente la Presidencia de la República por voto popular y amparado en una amplia coalición de gobierno constituida por los partidos políticos más influyentes de entonces. De Mesa: o. cit. (nota *supra* 1), pp. 542, 588.
14 Ibídem, p. 544.
15 Unidad Democrática Popular.
16 De Mesa: o. cit. (nota *supra* 1), p. 545.

y se obligó a la presidenta, Lidia Gueiler Tejada (la primera mujer que accedió a la presidencia del país), a renunciar. Se determinó censura total de la prensa y se atacó a los mineros que aún ofrecían resistencia, también con un saldo de varios muertos.[17]

El gobierno de García Meza (1980-1981) es considerado el más nefasto en la historia boliviana, caracterizado por el abuso irrestricto de poder que amedrentaba a la población civil, coartando las libertades fundamentales y desconociendo los derechos civiles y políticos, el amparo a la creciente industria ilegal del narcotráfico y fuertes hechos de corrupción. El 15 de enero de 1981, ante la noticia de la reunión clandestina del MIR,[18] por órdenes del entonces ministro del Interior, Arce Gómez, un operativo de aniquilación se desplazó a la calle Harrington de La Paz (lugar de la reunión) y dio muerte a ocho de los nueve dirigentes políticos que se encontraban presentes. El hecho es conocido como la *masacre de la calle Harrington.* Los excesos de esta dictadura desembocaron en el repudio incluso dentro de las Fuerzas Armadas, las cuales generaron distintos motines en regiones del país que forzaron la renuncia de García Meza.[19]

El periodo en cuestión está marcado por una de las secuencias más frecuentes de transición a la democracia, esto es, una dictadura militar que se disuelve a sí misma por la fuerza y da lugar a una democracia multipartito.[20] Después de varios regímenes transitorios, el 5 de octubre de 1982 es elegido en el Parlamento, por mayoría absoluta, Hernán Siles Suazo, con quien se inicia "[…] una democracia universal regida por la Constitución que apenas si tenía precedentes en nuestra historia".[21]

Durante el periodo objeto de análisis puede evidenciarse una práctica relativamente constante —aunque correspondiente a distintos regímenes— de recurrir al uso de la fuerza armada —desproporcionada— para reprimir movimientos y hasta instancias consideradas de amenaza subversiva, cual fue el caso de la *masacre de San Juan.* Asimismo, se advierte una línea de política estatal de *eliminación* de personas y grupos de personas progresistas consideradas una amenaza para la estabilidad de las dictaduras, que se tradujo en *operativos de aniquilación,* como la *masacre de la calle Harrington.* Esa línea de conducta está también marcada por prácticas de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como por la desaparición forzada de personas, la persecución (particularmente por opiniones políticas) y la deportación. La supresión de las libertades

---

17 Ibídem, p. 546.
18 Movimiento de Izquierda Revolucionario.
19 De Mesa: o. cit. (nota *supra* 1), pp. 547-550.
20 Stanley Cohen: "State Crimes of Previous Regimes. Knowledge, Accountability, and the Policing of the Past", en *Human Rights: Critical Concepts in Political Science*, vol. 3, 2008, pp. 175-176.
21 De Mesa: o. cit. (nota *supra* 1), p. 552.

fundamentales y la conculcación de varios derechos civiles y políticos complementan esa línea de conducta.

Desde una perspectiva criminológica, los crímenes descritos y su contexto de comisión apuntan al concepto de *delincuencia de Estado* y, desde la óptica del derecho penal internacional, reflejan una *macrocriminalidad política*[22] o criminalidad fortalecida por el Estado contra sus propios ciudadanos.[23] Tales conductas implicaron, principalmente, limitaciones a la libertad personal, violaciones a la integridad corporal y al derecho a la vida; en definitiva, graves violaciones a los derechos humanos, principalmente en las formas de homicidios dolosos masivos (comúnmente denominados *masacres*), desapariciones forzadas, torturas, persecuciones, deportaciones y detenciones arbitrarias, que pueden reputarse como crímenes de lesa humanidad en el sentido de haber sido parte de líneas de conducta que implicaron la comisión múltiple de tales crímenes contra la población civil, de conformidad con las mencionadas políticas estatales.[24] La manera como las conductas en cuestión fueron calificadas por los mecanismos empleados para la "superación" de tan nefasto pasado es objeto de análisis en el punto 3.

2. Mecanismos de reacción ante el pasado conflictivo

La reacción ante el pasado conflictivo sintetizado en el punto precedente se ha abordado tanto desde el ámbito no penal como del penal. En el primer caso, se creó una comisión de investigación y búsqueda de los desaparecidos[25] (Comisión Nacional de

[22] "[C]omportamientos conformes con el sistema y acordes con la situación, dentro de la estructura de una organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectivo". Jäger, citado por Kai Ambos: *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 1999, p. 50.

[23] Ibídem.

[24] Artículo 7 (2) ECPI. La definición del Estatuto de Roma se aplica aquí como una referencia normativa solamente, toda vez que constituye normativa *a posteriori*, al margen de la discusión sobre si resulta ser o no codificación que plasma o recoge el derecho consuetudinario en lo que concierne a los crímenes del derecho internacional.

[25] Cabe mencionar que en el 2003 se creó el Consejo Interinstitucional para el Esclarecimiento de Desapariciones Forzadas, integrado por el ministro de la Presidencia o su representante, los viceministros de Relaciones Exteriores y Culto, de Justicia, de Régimen Interior y de Defensa, y tres representantes de la Asociación de Detenidos Desaparecidos y Mártires por la Liberación Nacional, con las atribuciones de promover la aprobación de una Convención Internacional sobre Desapariciones Forzadas, efectuar el seguimiento a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, gestionar cooperación técnica y procesar información para el descubrimiento de los restos de personas víctimas de desaparición forzada. (DS n.° 27089 de 18.6.2003, DS n.° 27309 de 9.1.2004 y DS n.° 27556 de 4.6.2004).

Investigación de Desaparecidos Forzados).[26] Después de más de dos décadas se aprobó oficialmente el resarcimiento a las víctimas, para lo cual se creó una Comisión Nacional para el Resarcimiento a Víctimas de Violencia Política (CONREVIP).[27] En el ámbito penal tuvo lugar el histórico juicio de responsabilidades contra el ex dictador Luis García Meza y sus más cercanos colaboradores, que se comenta más adelante. Asimismo, cabe mencionar el caso *Trujillo Oroza,* que alcanzó sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[28] contra el Estado boliviano —el que reconoció la responsabilidad por, entre otros, violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, al debido proceso, a la prohibición de tortura— y que esencialmente involucró la desaparición forzada de personas.[29]

3. Análisis de los mecanismos utilizados

3.1. ¿Comisiones de la verdad?

La primera medida adoptada para afrontar el pasado conflictivo se remonta a la época de reinstauración de la democracia, vale decir, al régimen de Siles Suazo. Se tradujo en la creación de una Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos Forzados[30] con el mandato específico, aunque limitado, de investigar y esclarecer la situación de las personas desaparecidas (artículo 2). Estuvo conformada por nueve comisionados (un representante del Poder Ejecutivo, de las Comisiones de Derechos Humanos de las Cámaras de Diputados y Senadores, de la Iglesia Católica, de las Fuerzas Armadas, de la Central Obrera Boliviana, de la Asamblea Permanente de la Comisión de Derechos Humanos, de la Cruz Roja Boliviana y de la Prensa).[31] La presidencia la ocupó el

---

26 Creada mediante DS n.° 19241, de 28.10.1982.

27 Ley n.° 2640, Resarcimiento Excepcional a Víctimas de la Violencia Política en Periodos de Gobiernos Inconstitucionales, de 11 de marzo de 2004.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia.* Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C, n.° 64.

29 Véase Elizabeth Santalla Vargas: "Informe Bolivia", en K. Ambos y E. Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España.* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 105-106.

30 Creada mediante ley n.° 2640 (nota *supra* 27).

31 Artículo 1.

representante del Poder Ejecutivo y las vicepresidencias estuvieron a cargo de los representantes del Poder Legislativo (artículo 3).

Se reportaron 155 casos de desaparición forzada de personas ocurridos entre 1967 y 1982, es decir, correspondientes a los regímenes de Bánzer y García Meza. Si bien se identificaron los restos de algunos desaparecidos, los casos no fueron objeto de mayor investigación. La Comisión fue disuelta en 1984, antes de que emitiera su informe final,[32] no obstante haberse prorrogado su mandato, inicialmente previsto por 90 días a partir de la fecha de su constitución (artículo 2).

Curiosamente, esa fue la primera *comisión de la verdad* en Latinoamérica[33] y la única que *no* produjo un informe final —aunque, *stricto sensu,* no se trató propiamente de una *comisión de la verdad* si se tiene en cuenta que estas comisiones no suelen enfocarse en eventos específicos, sino que más bien tienen como fin la reconstrucción del cuadro general de las violaciones a los derechos humanos acaecidas en determinado periodo—.[34] Como se mencionó, el mandato de la comisión se limitó al análisis, la investigación y la determinación de la situación de los desaparecidos, aunque el tipo de violaciones a los derechos humanos cometidas durante el periodo en cuestión superó sobradamente la situación específica de la desaparición forzada de personas y, curiosamente, la criminalización de dicha conducta no existió en el ordenamiento jurídico interno hasta el 2006.[35] Es más, la creación de la Comisión no se perfiló con miras a la preparación o sustitución de la persecución penal, sino solo al esclarecimiento de la suerte de los desaparecidos, objetivo que se logró incipientemente y no concluyó con un informe que consignara la investigación, núcleo de su mandato.

En consecuencia, uno de los principales aspectos críticos, si no el mayor, está referido al limitado mandato de la Comisión, que no dio lugar a una amplia investigación sobre todas las formas de violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el periodo en cuestión. Sin embargo, cabe reconocer que, al no haberse emitido un informe final, el alcance del mandato resulta superfluo.

No menos importante es la posibilidad que la Comisión tenga de funcionar con imparcialidad y de buena fe, aspecto estrechamente vinculado a su composición. En este

---

32 Priscilla Hayner: "Fifteen Truth Commissions, 1974 to 1994: A Comparative Study", en *Human Rights Quarterly*, 16 (4), 1994, pp. 613-614. También, Comisión Andina de Juristas*: Comisión de la Verdad - Comisiones no oficiales en América Latina*, en ‹http://www.cajpe.org.pe/rij/cverdad/bo.htm#_ftnt3› (9.2.2008).

33 Hayner: o. cit. (nota *supra* 32).

34 Ibídem, p. 604.

35 Al respecto, Elizabeth Santalla Vargas: "Informe Bolivia", en Ambos et al. (eds.): *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, p. 70.

sentido, si entre sus miembros se encuentran representantes de los sucesos cuestionados —cual fue el caso de las Fuerzas Armadas y de la Central Obrera Boliviana—, al margen del posible equilibrio que pudiera argumentarse, cabe preguntarse hasta qué punto podía existir una expectativa real de imparcialidad. De igual manera, el hecho de que la Comisión estuviera integrada por representantes del nuevo gobierno no contribuía a una imagen de neutralidad; al contrario, corría el riesgo de que fuera catalogada como una medida política más que tendente a encarar el pasado de violaciones a los derechos humanos. No es casual, por tanto, que las comisiones con mayor impacto estuvieran integradas por personalidades notables, con pericia en distintas áreas de relevancia, credibilidad y diversidad de visiones políticas.[36]

Por otro lado, cabe mencionar que el Comité Impulsor del Juicio de Responsabilidades contra García Meza, que se comenta en el punto siguiente, ha sido considerado por algunos autores como una comisión de la verdad no oficial, "no creada por mandato legal, sino por imperativo ético de las fuerzas progresistas de la sociedad boliviana",[37] pese a que su labor se centró en la recopilación de evidencia y en el impulso procesal del juicio.

3.2. Juicio de responsabilidades (*impeachment proceedings*)

Otra de las peculiaridades que emanan del caso boliviano se refiere al hecho de que, a pesar de no haberse contado con un informe final de la comisión de la verdad, García Meza fue uno de los dictadores latinoamericanos condenados y presos por sus delitos.[38] Aunque cabe reconocer que la decisión de perseguir penalmente responde más bien al contexto político,[39] testimonio de lo cual constituye precisamente el caso boliviano.

En ese contexto político, cabe resaltar que, si bien la Comisión Nacional de Desaparecidos investigó las graves violaciones a los derechos humanos cometidas tanto en el gobierno de Bánzer como en el de García Meza, solo este último caso logró consenso respecto a la necesidad de persecución penal. Esa falta de voluntad para extender la acción penal a todos los regímenes en los que habían ocurrido tales violaciones parece

---

36 Al respecto, Hayner: o. cit. (nota *supra* 32), p. 654.

37 Esteban Cuya: "Las Comisiones de la Verdad en América Latina", p. 28, en ‹http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html› (21.5.2008).

38 Asimismo, el ex general Waldo Bernal Pereira fue detenido para cumplir con la pena de presidio emanada también del mencionado juicio de responsabilidades. De Mesa: o. cit. (nota *supra* 1), p. 583.

39 Hayner: o. cit. (nota *supra* 32), p. 605.

corresponder al hecho de que tanto el Poder Judicial como los líderes de los partidos políticos eran esencialmente los mismos que habían actuado durante las dictaduras militares. Así, en 1986 el Congreso decidió excluir del proceso las conductas ocurridas antes del golpe de García Meza.[40]

En efecto, en 1986 el Congreso dio inicio al juicio de responsabilidades contra el ex dictador Luis García Meza y sus colaboradores. Cabe mencionar que, años después, a solicitud de las ONG bolivianas, el Tribunal Permanente de los Pueblos contra la Impunidad de los Crímenes de Lesa Humanidad solicitó sesionar en Bolivia en julio de 1990 con relación al caso. El gobierno no solo se negó a autorizar dicha sesión, argumentando que solo la Corte Suprema tenía la jurisdicción para juzgar a ex mandatarios por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sino que además amenazó con deportar a los miembros del Tribunal[41] en caso de que intentaran ingresar al país. En vista de la posición del gobierno, el Tribunal sesionó en Bogotá en abril de 1991, y condenó *moralmente* a Bánzer, Natusch Busch y García Meza, inhabilitándolos *moralmente* para asumir funciones de gobierno en Bolivia o en cualquier otro país.[42] El carácter simbólico de tal medida se refleja precisamente en el hecho de que Bánzer retomaría el gobierno en términos constitucionales.

El juicio de responsabilidades se sustanció en la Corte Suprema de Justicia, ante la que compareció García Meza, quien luego se dio a la fuga cuando el Congreso ordenó detenerlo por su supuesta implicación en los robos del diario del Che Guevara. El juicio prosiguió en rebeldía y concluyó con la condena, en abril de 1993,[43] a la pena máxima del ordenamiento interno —30 años de presidio sin derecho a indulto— tanto a García Meza como a Arce Gómez (quien había sido su ministro del Interior, Migración y Justicia). Posteriormente, el 11 de marzo de 1994, García Meza fue hallado y capturado en São Paulo y luego extraditado por Brasil. Llegó a Bolivia el 15 de marzo de 1995 y fue encarcelado, cumpliendo la sentencia de 1993.[44]

El juicio se sustanció por una serie de delitos que involucraban desde violaciones a los derechos humanos hasta delitos de carácter económico y de corrupción. Por el objeto de este informe, interesa aquí referirse solo someramente a la primera categoría.

---

40 Cuya: o. cit. (nota *supra* 37), p. 25.

41 El Tribunal estaba compuesto por, *inter alia*, el premio Nobel de la Paz Adolfo Pérez Esquivel, de Argentina, la abogada chilena Fabiola Letelier y el sacerdote colombiano Javier Giraldo. Ibídem.

42 Ibídem.

43 CSJ, *Sentencia pronunciada en los juicios de responsabilidad seguidos por el Ministerio Público y coadyuvantes contra Luis García Meza y sus colaboradores*, 21 de abril de 1993.

44 De Mesa: o. cit. (nota *supra* 1), pp. 564, 583.

El delito de mayor envergadura por el que se imputó y condenó a García Meza y a Arce Gómez fue el de genocidio, en relación con la denominada *masacre de la calle Harrington,* basado en la tipificación del genocidio del artículo 138 del CP. En consecuencia, se dispuso la pena de 20 años de presidio con 500 días multa para ambos (pena máxima que contempla el tipo hasta la fecha).[45] El mencionado artículo reza:

> El que con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico o religioso, diere muerte o causare lesiones a los miembros del grupo, o los sometiere a condiciones de inhumana subsistencia, o les impusiere medidas destinadas a impedir su reproducción, o realizare con violencia el desplazamiento de niños o adultos hacia otros grupos, será sancionado con presidio de diez a veinte años.
>
> En la misma sanción incurrirán el o los autores, u otros culpables directos o indirectos de masacres sangrientas en el país.
>
> Si el o los culpables fueren autoridades o funcionarios públicos, la pena será agravada con multa de cien a quinientos días.[46]

De la recopilación y el análisis de las pruebas presentadas, la CSJ concluyó que existieron "planes operativos de exterminio de la alta dirección del MIR en organismos de seguridad del Estado, en cuya *colaboración participaba* el propio Gral. García Meza",[47] de uno de los cuales resultaron las muertes de la calle Harrington de La Paz. El análisis de la relación entre el derecho aplicable y los hechos, sin desconocer la importancia de la recopilación y la descripción de las pruebas presentadas —en particular, de los testimonios de testigos claves, como los miembros de inteligencia del Estado Mayor—, resulta prácticamente inexistente en la sentencia. Esencialmente, los hechos son catalogados como "la destrucción de un grupo de políticos e intelectuales",[48] categoría que es asumida *ipso facto* como una forma de genocidio, pese a que ni el tipo penal ni el derecho

---

[45] Para una crítica respecto a la pena del tipo *vis-à-vis* la pena máxima del ordenamiento interno, véase Santalla: o. cit. (nota *supra* 26), p. 87. Véase también Elizabeth Santalla Vargas: "Informe Bolivia", en Kai Ambos et al. (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 122.

[46] Código Penal, texto ordenado según ley n.° 1768 de Modificaciones al Código Penal, 1997 (énfasis añadido).

[47] CSJ, nota *supra* 43, grupo n.° 3, *Genocidio en la calle Harrington*, segundo considerando (énfasis añadido).

[48] Ibídem, último párrafo.

internacional en su formulación actual los contemplan como grupos protegidos, sino solo a los grupos nacionales, étnicos, religiosos (y raciales).[49]

La incorporación en el tipo de genocidio de la llamada *masacre sangrienta* parecería en todo caso haber sido el eslabón entre los hechos y el derecho. Sin embargo, aspectos tales como los elementos constitutivos de dicho supuesto de hecho que determinen su contenido y, en su caso, su vinculación con los elementos constitutivos del genocidio no fueron motivo de discusión en la sentencia. Tales cuestionamientos solo se suscitaron recientemente a raíz del recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad interpuesto por un diputado que demandó la inconstitucionalidad de, entre otros, el artículo 138, segundo párrafo, del CP sobre *masacres sangrientas.*[50]

3.3. Reparación

En el marco de reparación económica, como inicialmente se indicó, la Ley de Resarcimiento Excepcional a Víctimas de la Violencia Política en Periodos de Gobiernos Inconstitucionales[51] calificó tibiamente el periodo dominado por regímenes de facto y dictaduras como uno de "violencia política". Sin embargo, la enumeración de las conductas materia de resarcimiento —a saber: "detención y prisión arbitraria, tortura, exilio o destierro, lesiones e incapacidad calificadas, muerte en el país o en el exterior por razones de violencia política, desaparición forzada y [persecución] por razones político sindicales" (artículo 4)— constituye un reconocimiento implícito de que dicha violencia representó en realidad graves violaciones del derecho nacional e internacional. Tal conclusión queda reforzada por la afirmación explícita de la ley en cuanto a la violación y conculcación de derechos humanos, de las garantías constitucionales y de aquellas previstas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 1).

Los parámetros para la interpretación de los hechos resarcibles mencionados quedan poco claros. El decreto supremo[52] que reglamenta la ley establece que, para ser elegible al resarcimiento, habrá de demostrarse haber sufrido persecución, violencia o daño

---

[49] Sobre la omisión del grupo racial en la tipificación, véase Santalla: o. cit. (nota *supra* 29), p. 86, e ídem: o. cit. (nota *supra* 45), pp. 121-122.

[50] TC, *Sentencia constitucional 0034/2006*, de 10 de mayo de 2006, II.3.2. Para un análisis de la sentencia, véase Elizabeth Santalla Vargas: "Informe Bolivia", en Kai Ambos et al. (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 75-81.

[51] Ley n.º 2640 (nota *supra* 27).

[52] DS n.º 28015, de 22.2.2005, Reglamento a la ley n.º 2640 - Ley de Resarcimiento Excepcional a Víctimas de la Violencia Polaca en Períodos de Gobiernos Inconstitucionales (énfasis añadido), parcialmente modificado por el DS n.º 29214, de 2.8.2007.

político (artículo 2.I.*a*). Relacionando la ley con el decreto supremo, podría entenderse que las conductas delictivas previstas en la ley produjeron como resultado persecución, violencia o daño político. Sin embargo, tal interpretación resulta conflictiva ante el supuesto de que, por ejemplo, la detención y prisión arbitraria no se hyan efectuado con violencia. Por otro lado, no se define qué ha de entenderse por *daño político* ni por persecución, dado que en este último caso la ley indica: "[p]erseguido por razones político sindicales, *conforme a Reglamento*" (artículo 4.I.*g*).

El resarcimiento conferido por la ley comprende el periodo del 4 de noviembre de 1964 al 10 de octubre de 1982 (artículo 2).[53] Es decir, a diferencia de la reacción penal, la reacción no penal no se ha limitado al caso de la dictadura de García Meza, lo cual denota una paradoja por cuanto las reparaciones implican un trasfondo de reconocimiento de la comisión de delitos.[54]

El monto máximo, a pagarse con carácter excepcional y definitivo, corresponde a 300 salarios mínimos nacionales,[55] y se establecen categorías de cómputo. A estos efectos, la verificación de la comisión de tortura, lesiones e incapacidades calificadas respecto a la víctima constituye agravante (artículo 7). El mencionado resarcimiento es cubierto en un 20% con fondos del Tesoro General de la Nación y en un 80% con donaciones del sector privado o extranjero y contribuciones de organismos internacionales (artículo 16.*a*, *b*). Fuera del resarcimiento económico, la ley prevé la atención médica gratuita a las víctimas que no cuentan con seguro de salud y los gastos de sepelio para las víctimas no afiliadas al seguro social (artículos 6 y 9, respectivamente), así como la concesión de "honores públicos" por el Congreso Nacional (artículo 5).

La Comisión Nacional para el Resarcimiento a Víctimas de la Violencia Política (CONREVIP) es la instancia interinstitucional de derecho público encargada de conocer, calificar y decidir sobre las solicitudes de resarcimiento (artículo 11). Está integrada por un representante de los ministerios de Justicia y de Hacienda, dos representantes de las comisiones de Derechos Humanos del Poder Legislativo, un representante de la Conferencia Episcopal Boliviana y uno de la Central Obrera Boliviana (artículo 12 modificado).[56] En caso de que la Comisión emita una resolución por la que descalifique

---

[53] Tanto el artículo 2 de la ley como el artículo 1 del DS 28015, que reglamenta la ley, fueron impugnados. El TC, en sentencia constitucional 0074/2006, declaró *constitucionales* los mencionados artículos referentes al límite temporal de resarcimiento.

[54] En este sentido, Pierre Hazan: "Measuring the Impact of Punishment and Foregiveness: a Framework for Evaluating Transitional Justice", en *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 861, 2006, p. 44.

[55] Al 21de mayo de 2008, el salario mínimo nacional es de 567 bolivianos mensuales.

[56] Ley n.º 3449, de 21 de julio de 2006 (que modifica la composición de la CONREVIP).

al peticionario, este tiene un plazo de diez días para interponer una solicitud de reconsideración, solo si cuenta con nuevos elementos o pruebas para efectos de la calificación (artículo 20). La decisión que al respecto asuma la CONREVIP causa estado. Esto significa que el recurso es resuelto por el mismo órgano que dictó la resolución en primera instancia, es decir, la propia Comisión, sin que exista ulterior recurso en la vía administrativa. En consecuencia, la existencia de un *recurso efectivo* queda en tela de juicio, no solo por lo anterior, sino también porque, al requerirse la presentación de nuevos elementos, se impide el cuestionamiento de la valoración de los hechos y de la prueba inicialmente aportada por los peticionarios.[57] Dicha situación riñe con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha señalado que las garantías del debido proceso deben respetarse en todo procedimiento que involucre la determinación de derechos de la persona,[58] y una de tales garantías es el derecho de petición —cuyo contenido alcanza la petición de revisión de una solicitud denegada— por un ente diferente e independiente de aquel que adoptó la decisión en primera instancia.[59]

Otra de las peculiaridades que presenta la ley es la definición de la desaparición forzada de personas en sus disposiciones finales. Como se observó en informes anteriores, dicha disposición —al no tratarse de una ley penal— puede entenderse solo como una definición para efectos de la calificación de elegibilidad del resarcimiento, a diferencia de una tipificación propiamente dicha.[60]

3.4. Relación hipotética con la jurisdicción complementaria de la CPI

En virtud del periodo de análisis objeto del presente informe (1964-1982), las conductas descritas y analizadas en él caen fuera de la competencia *ratione temporis* de la CPI (artículo 11.1 ECPI). Sin embargo, la oportunidad es propicia para analizar, con carácter hipotético, ciertos aspectos que plantean los mecanismos y la manera como

---

57 En el mismo sentido, con relación a la determinación de la condición de refugiado en Bolivia, véase Juan Ignacio Mondelli: "Los estándares internacionales de protección y el nuevo decreto supremo sobre refugiados: avances y retrocesos en el nuevo marco normativo interno", en *Derechos Humanos y Acción Defensorial: Derechos Indígenas*, n.° 1, Defensor del Pueblo, 2006, pp. 220-221.

58 Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Yatama*, sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, n.° 127, párrafos 145 ss.; caso del *Tribunal Constitucional v. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, n.° 71, párrafo 69; y *Garantías judiciales en estados de emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A, n.° 9, párrafo 27. Jurisprudencia citada por Mondelli: o. cit., p. 221.

59 En este sentido, Mondelli: o. cit. (nota *supra* 57).

60 Véase Santalla: o. cit. (nota *supra* 45), p. 125.

fueron empleados para encarar el pasado *vis-à-vis* el principio de complementariedad de la CPI.

El principio en cuestión, cimiento del ECPI, implica la actuación de la CPI con carácter complementario a las jurisdicciones nacionales, cuando estas no pueden genuinamente o no quieren investigar y/o juzgar los crímenes de competencia de la CPI (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y, eventualmente, el crimen de agresión). De los dieciocho años que comprenden el periodo objeto de análisis (1964-1982), la existencia de investigación y persecución penal por la jurisdicción boliviana se evidencia solo con relación a dos años finales, 1980-1981.

La activación de la jurisdicción complementaria de la CPI queda esencialmente delineada por el artículo 17 del ECPI, que establece las reglas sobre la admisibilidad de los procedimientos ante la CPI. "[N]o es una disposición jurisdiccional *stricto sensu,* sino que *presupone* la existencia de la jurisdicción […], la cual puede ser *ejercida* si el caso es admisible".[61] Bajo el primer supuesto, artículo 17.1.*a* del ECPI, el asunto es admisible cuando el estado de la jurisdicción —en este caso, Bolivia— no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, o realmente no puede hacerlo (incapacidad genuina). Si bien el requisito de la investigación no se satisface necesariamente con una investigación penal, a efectos de valorar si la constitución de una comisión de la verdad (y su labor) puede satisfacerlo ha de considerase el tipo, el objeto y la finalidad de la investigación.[62] Aunque la Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos Forzados tenía carácter estatal, aspecto relevante si se entiende que el deber de investigar (y perseguir) corresponde al Estado,[63] el limitado mandato que se le atribuyó excluye la posibilidad de que el objetivo último de dicha investigación fuera la persecución penal.[64] Es más, habiéndose disuelto sin emitir un informe final —por incapacidad genuina o falta de voluntad (aspectos que resultan difíciles de evaluar sin contar con mayor información al respecto)—, puede considerarse que la Comisión *no* produjo una investigación sistemática de los hechos y circunstancias de los casos. Vale decir, estuvo lejos de satisfacer el requisito del artículo 17.1.*a* del ECPI de que exista una investigación, lo que da lugar a una hipotética activación de la complementariedad de la CPI.

---

61 Kai Ambos: *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá: Temis, 2008, p. 129.
62 Ibídem, pp. 135-136.
63 Ibídem, p. 136.
64 "[…] investigaciones de naturaleza general sobre hechos pasados que no individualizan responsabilidad y, por consiguiente, que no pueden servir de base para una persecución o adjudicación penal no satisfacen el requisito de que exista una investigación del artículo 17". Ibídem, p. 137.

Bajo el segundo supuesto, artículo 17.1.*b,* un asunto es admisible cuando, habiendo sido ya investigado, se decide no incoar acción penal, decisión que se adopta por falta de voluntad o incapacidad genuina de llevar adelante el enjuiciamiento. La decisión que adoptó el Congreso en 1986 respecto a limitar el alcance del juicio de responsabilidades a la dictadura de García Meza podría reputarse dentro de dicho supuesto por *falta de voluntad*. En efecto, si se considera que la Comisión Nacional de Desaparecidos investigó los casos de desaparecidos forzados también del régimen de Bánzer y que, aparentemente, la decisión del Congreso respondió a una decisión política, en la que los "jueces" eran a la vez partes interesadas en el asunto (varios de los congresistas habían sido seguidores de Bánzer), la mencionada decisión se encuadraría en la primera hipótesis del artículo 17.2.*a,* que establece los criterios de interpretación de la falta de voluntad. Vale decir, que "la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte", lo que implica una manipulación política de "un sistema judicial en funcionamiento para generar la impunidad de autores poderosos e influyentes".[65] Sin embargo, en coherencia con la conclusión adoptada respecto a la inexistencia de investigación, la inexistencia de enjuiciamiento en el caso Bánzer constituiría un caso de admisibilidad para la CPI conforme al artículo 17.1.*a.* En todo caso, cualquiera sea la interpretación que se adopte, el caso habría dado lugar a la activación de la jurisdicción complementaria de la CPI.

4. Impacto de los mecanismos utilizados

No se cuenta al presente con investigaciones *empíricas* que denoten el impacto que los mecanismos abordados tuvieron sobre la reconciliación y pacificación de la sociedad boliviana y sobre la construcción democrática y el Estado de derecho.

No obstante, cabe mencionar la apreciación de terceros con relación al impacto de la reacción penal. En este sentido, se rescata la aparente "influencia traumática" que el juicio de responsabilidades contra García Meza habría tenido en el proceso de transformación de la mentalidad militar y sus actitudes con relación al Estado de derecho. Sin embargo, se reconoce también la injerencia de otros factores en dicho proceso de

[65] Ibídem, p. 140.

cambio, como la nueva doctrina de defensa y seguridad nacional impulsada por los Estados Unidos y el continuo proceso de capacitación en derechos humanos y áreas conexas que se inició dentro de las fuerzas armadas.[66]

Por otro lado, cabe rescatar que el juicio de responsabilidades puso en la palestra el cuestionamiento sobre la manera de encarar la relación institucional con las fuerzas armadas, en una perspectiva tendente no solo a buscar la superación del pasado, sino también la prevención del retorno a los regímenes de facto.[67] En ese paradigma de construcción de nuevas relaciones institucionales fue necesario hacer hincapié en la responsabilidad penal individual que constituyó el objeto del juicio de responsabilidades, a fin de desmitificar una aparente estigmatización genérica de las fuerzas armadas.[68] Dicha vinculación institucional se fundó en la sustitución de un liderazgo político por una suerte de aparente control civil democrático, que en la práctica no logró "crear condiciones para una efectiva integración de las Fuerzas Armadas al Estado de Derecho".[69]

Habiéndose dejado de lado la persecución penal de las violaciones a los derechos humanos correspondientes a otros regímenes dictatoriales (en particular el caso Bánzer), "la superación del pasado fue parcial y desde esta perspectiva se puede decir que la transición democrática fue incompleta".[70]

5. Evaluación final

La manera de encarar el pasado conflictivo en el caso boliviano es, como puede advertirse de las secciones anteriores, particularmente peculiar con relación a los procesos tradicionales de la justicia de transición. Ello se advierte del hecho de *no* haber contado con un informe final de la comisión de investigación, de haberse sustanciado y concluido un importante proceso penal en contra de un ex dictador y de darse lugar al resarcimiento después de varias décadas de restaurada la democracia.

---

66 René Antonio Mayorga: *Democracia, seguridad ciudadana e instituciones del orden público*, en ‹http://www.seguridadidl.org.pe/biblioteca/informes/democracia.pdf› (21.5.2008).

67 Juan Ramón Quintana: *Gobernabilidad democrática y fuerzas armadas en Bolivia*, p. 9, en ‹http://larc.sdsu.edu/humanrights/rr/Bolivia/GobDem.pdf› (21.5.2008).

68 Ibídem.

69 Ibídem, p. 10.

70 Ibídem, p. 9.

Es, desde luego, loable que el juicio de responsabilidades instaurado contra García Meza se llevara adelante por el Estado de la territorialidad (donde se cometieron las conductas), concluyera con sentencia (condenatoria) y que esta llegara a cumplirse (en actual cumplimiento). No menos importante resulta la persecución penal por las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en dicho régimen. Sin embargo, la categorización —jurídica— de acontecimientos tan graves como los ocurridos como genocidio, aunque probablemente contribuye a apaciguar la razonable sed de justicia, en particular de las víctimas o familiares de ellas, y satisface el reproche público general de condena, contribuye también a alimentar una concepción popular falsa y debilita las posibilidades de desmitificarla desde la jurisprudencia, de precisar el contenido de los delitos del derecho internacional y de identificar los vacíos normativos en ese sentido. Surge entonces la pregunta de hasta qué punto un proceso de reconciliación basado en tales construcciones tiene cimientos firmes. A ello se suma la marcada selectividad de la acción penal, que se tradujo en la impunidad de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en otros regímenes de facto y desembocó en una parcial superación del pasado, cuya paradoja subyace en el reciente reconocimiento de reparación económica también por aquellos periodos que fueron excluidos en la reacción penal.

BRASIL

IBCCRIM – Maria Thereza Rocha de Assis Moura,
Marcos Alexandre Coelho Zilli
e Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich

RESUMO

O regime militar, inaugurado com o golpe de 1964, fixou um longo período de restrições às liberdades civis, o qual somente teve fim em janeiro de 1985 com a eleição do primeiro presidente civil, em duas décadas. A repressão à luta armada atingiu o ápice nos anos de 1969 a 1974, período escancaradamente ditatorial, em que se multiplicaram as detenções ilegais, os desaparecimentos forçados, as torturas e as execuções sumárias.

A transição política foi lenta e gradual. A Lei de Anistia, promulgada em 1979, foi alvo de uma interpretação ampla, beneficiando, assim, os agentes de Estado, responsáveis pelos abusos cometidos. Isso explica, em parte, a ausência de medidas de caráter penal.

As medidas de natureza não penal, por sua vez, tardaram a ser implementadas. Somente com a Lei 9.140/1995 é que se firmou a responsabilidade do Estado brasileiro pelos desaparecimentos políticos. A mesma lei instituiu uma comissão especial dirigida ao exame de outros casos de desaparecidos políticos, além daqueles oficialmente declarados. O trabalho final foi consolidado no livro *Direito à Memória e à Verdade*, da Secretaria Nacional de Direitos Humanos da Presidência da República e publicado em 2007.

Em agosto de 2001, foi instalada, pelo Ministério da Justiça, a Comissão de Anistia, cujo objetivo é o de examinar, em caráter administrativo, os pedidos de indenização em favor daqueles que foram impedidos de exercer atividade

econômica em razão de perseguição política, desde a queda do Estado-Novo, em 1946, até a promulgação da CR, em outubro de 1988.

Recentemente, os debates sobre a punição dos agentes de Estado, responsáveis pelos crimes cometidos durante o regime militar, retomaram a agenda, havendo uma expectativa de que a questão seja levada à decisão do STF, a exemplo de outros países sul-americanos.

1. Introdução

Ao longo do século XX, o Brasil enfrentou dois períodos marcadamente autoritários. O primeiro deles, denominado de Estado Novo,[1] caracterizou-se por uma ditadura pessoal centrada na figura populista de Getúlio Vargas. Já o regime militar, que se instaurou com o golpe de 1964,[2] afastou-se dos padrões comuns da América Latina das ditaduras pessoais para estabelecer um regime hierarquicamente controlado pela própria organização militar. De qualquer modo, seja em um quanto no outro, a supressão das liberdades individuais e as perseguições políticas constituíram a tônica. Estas, no entanto, assumiram proporções maiores durante o regime militar, especialmente após 1968

---

[1] Arquitetado como um Estado autoritário no plano político e modernizador no plano econômico, o Estado Novo foi resultado de um golpe militar praticado no dia 10 de novembro de 1937, mesma data em que foi promulgada uma nova Constituição elaborada por Francisco Campos. Para maiores detalhes, ver: FAUSTO, Boris. *História do Brasil.* 6. ed., São Paulo Universidade de São Paulo, 1999, pp. 364-394.

[2] Uma perfeita compreensão do golpe de 1964 e dos eventos que lhe sucederam exige um exame profundo dos motivos que lhe deram causa, especialmente do contexto político construído após o fim do Estado Novo, merecendo destaque o papel desempenhado pela UDN, partido político que, por vários anos, aglutinou as forças contrárias ao "getulismo" e às práticas populistas. As limitações do trabalho, todavia, impedem um exame mais pormenorizado da temática histórica, razão pela qual são indicadas, sem qualquer pretensão de esgotá-las, as seguintes referências bibliográficas: Andrade, Regis de Castro. *Perspectivas no Estudo do Populismo Brasileiro*, Encontros com a Civilização Brasileira, n. 7, 1979, pp. 41-86; Arinos, Afonso. *História e teoria dos partidos políticos no Brasil.* 2. ed., São Paulo: Alfa-Ômega, 1974; Benevides, Maria Victoria de Mesquita. *A UDN e o udenismo. Ambigüidades do liberalismo econômico brasileiro (1945-1965).* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981; Castro, Celso; D'Araújo, Maria Celina (org.). *Dossiê Geisel*. Rio de Janeiro: FGV, 2002; Dreifuss, René. *1964: a conquista do Estado.* Petrópolis: Vozes, 1981; FAUSTO, Boris. *História do Brásil.* 6. ed., São Paulo Universidade de São Paulo, 1999; Gaspari, Elio. *A ditadura envergonhada.* 4 reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2002; Jaguaribe, Helio. "A renúncia do Presidente Quadros", in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 1, n. 1, novembro de 1961; Marconi, Paulo. *A censura política na imprensa brasileira: 1968-1978.* São Paulo: Global, 1980; Pedreira, Fernando. *O Brasil político.* São Paulo: Difel, 1975; Rollemberg, Denise. In. Ferreira, Jorge; Delgado, Lucilia de Almeida Neves (org.). *Esquerdas revolucionária e luta armada.* O tempo da ditadura: regime militar e movimentos sociais em fins do século XX. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 45-91; Skidmore, Thomas E. *Uma história do Brasil.* 4. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2003.

quando o país mergulhou, verdadeiramente, em um regime ditatorial. É, portanto, sobre este período que o trabalho será dirigido.

As eleições presidenciais de 1960 consagraram a figura quixotesca de Jânio Quadros. Inicialmente lançado por um minúsculo partido, Jânio conseguiu o apoio da UDN[3] alcançando uma maciça vitória, após uma campanha populista e desprovida de conteúdo programático.[4] Para vice-presidente foi eleito João Goulart, herdeiro político de Getúlio Vargas e candidato de outra chapa, fato que as leis eleitorais da época permitiam. Seu curto governo, no entanto, foi um fracasso descontentando, desde logo, os políticos conservadores da UDN, em razão das demonstrações de aproximação com os países comunistas.

Sete meses após a posse, Jânio surpreende a todos renunciando à presidência. A versão mais acatada encara no ato uma frustrada tentativa de obtenção de maiores poderes com o conseqüente enfraquecimento do Congresso.[5] Não foi o que se verificou. O Congresso aceitou a renúncia[6] e o país deixado sem liderança, pois, o Vice-Presidente, João Goulart, encontrava-se em viagem oficial à China. A renúncia, na verdade, levou o país à maior crise política de sua história. João Goulart era visto com desconfiança por ser populista e desejoso de consagrar os comunistas. Daí a aversão por parte dos setores mais conservadores, em especial a UDN[7] e os militares. O veto de sua posse anunciado pelos três ministros militares encontrou, no entanto, forte reação o que levou a uma

---

[3] Este apoio político da UDN é explicado por Maria Benevides: "Pela primeira vez, igualmente, os políticos udenistas resistem à sedução golpista e apostam nas instituições da legalidade. A tática inovadora revela a face conciliatória do partido, que pretende reunir os anseios populares às esperanças elitistas, confiantes na conquista do poder pelas vias democráticas." (*A UDN*..., op. cit., p. 107).

[4] Como anota Hélio Jaguaribe: "A ambiguidade da eleição do Sr. Jânio Quadros consistiu numa disparidade das interpretações a respeito do sentido de sua candidatura e dos prognósticos sobre seu futuro governo, que carreou a seu favor forças contraditórias entre si e as levou a somar votos que se repeliam mutuamente" (op. cit., p. 302).

[5] "A hipótese explicativa mais provável combina os dados de uma personalidade instável com um cálculo político equivocado. Segundo essa hipótese, Jânio esperava obter com uma espécie de 'tentativa de renúncia' maior soma de poderes para governar livrando-se até certo ponto do Congresso e dos partidos" (Boris Fausto, *História*..., op. cit., p. 442).

[6] "O Congresso (maioria PSD/PTB) aceita imediatamente a carta de renúncia, a 25 de agosto. A inexistência de reações populares ou do 'dispositivo militar' frustram totalmente as expectativas do presidente que veria malograda sua suposta estratégia de renúncia, como golpe ou como contragolpe" (Benevides, *A UDN*..., pp. 117-118).

[7] A UDN retoma, então, o seu velho estilo político prática, qual seja: o golpismo. Nesse sentido, observa Benevides: "Golpismo redivivo, por um lado, e ataques de ordem pessoal ao governo, por outro, reeditam, na ação política da UDN, o padrão de oposição violenta, característica do período getulista. Desta vez, a denúncia da 'inoperância e perfídia' seria associada, em graus de crescente radicalização, às denúncias de infiltração comunista. O antigetulismo (Goulart é visto como o herdeiro de Getúlio, em todos os aspectos de sua política social, da política econômica com intervenção estatal e do nacionalismo) e o anticomunismo (encarnado na oposição a todos os movimentos sociais e à política externa independente) corporificam a luta udenista. Para a UDN, as forças do mal estavam soltas. Sua missão, o exorcismo; seu objetivo a defesa da propriedade contra a ação do Estado; sua bandeira, a manutenção da ordem cristã e ocidental." *(A UDN*...op. cit., p. 119).

campanha denominada de "legalista".[8] Na iminência de uma guerra civil, uma engenhosa articulação política permitiu sua posse com poderes sensivelmente diminuídos em um sistema parlamentarista de governo.

O presidencialismo foi restabelecido no início de 1963, após uma consagradora vitória obtida em um plebiscito. Tal não impediu que o governo de João Goulart agonizasse. A bem da verdade, este período foi pautado pelo confronto de forças antagônicas reveladoras dos intensos movimentos sociais aos quais a política populista não mais era capaz de dar uma solução satisfatória.[9] Com efeito, no plano econômico, o país estava polarizado pelos debates entre marxistas e estatistas de um lado e pelos liberais do outro. Externamente, o sucesso da revolução cubana em 1959 tornava o Brasil um alvo natural para o triunfo dos ideais comunistas. Por outro lado, a política externa norte-americana, sob a presidência de Jonh Kennedy, estava igualmente determinada a impedir um avanço comunista no continente. No plano interno, as forças políticas também estavam polarizadas. À esquerda, reuniram-se além dos comunistas, variados nacionalistas radicais que, por sua vez, haviam atraído estudantes universitários. À direita estavam os tradicionais detentores da riqueza cuja voz principal era a UDN, mas, que ampliava o seu apoio junto aos setores conservadores mais moderados.[10] No seio militar, por sua vez, cresciam os atos de insubordinação.[11]

Em outubro de 1963, sob o pretexto de restabelecer a ordem, João Goulart propôs ao Congresso a decretação do estado de sítio por trinta dias no que fracassou. A tentativa, todavia, aumentou as suspeitas de que pretendia aplicar um golpe. No início de 1964, deu uma clara guinada à esquerda optando por concretizar as reformas de base por intermédio de decretos, independentemente da ação do Congresso. Para tanto, resolveu anunciar as medidas em diversos comícios que pretendiam reunir grandes massas.[12]

---

8 Liderada pelo então governador do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola que, inclusive era cunhado de Goulart e pelo Comandante do III Exército.

9 Como observa Regis de Castro Andrade: "O mosaico de conflitos sociais no início dos anos 60 revelou mais claramente o caráter populista do regime Goulart do que a liderança unificadora da classe trabalhadora. Mais uma vez, a dimensão política do movimento popular foi removida com sucesso da esfera de antagonismo de classe e absorvida pelo Estado. Desta vez, o custo para o bloco populista foi muito alto, pois as massas requeriam não a satisfação de vagas aspirações, mas compromisso do governo com um vasto programa de reformas. Este, no entanto, não podia se apresentar como a organização suprema dos trabalhadores brasileiros sem ser forçado, pela esquerda, a atender suas reivindicações e sem se desprender imediatamente da tênue legitimidade que ainda proclamava ter com as classes dominantes. Envolvido nesta contradição insuperável – ser comprometido com um programa que levaria inevitavelmente à confrontação de classe ou ter de prosseguir na representação da Nação unificada – o governo nem liderou os trabalhadores, nem apaziguou a direita." (*Perspectivas*… op. cit., pp. 41-86).

10 Skidmore, Thomas. *Uma história*…, op. cit., pp. 211/213.

11 Destaca-se aqui a revolta de sargentos e cabos da Aeronáutica e da Marinha, ocorrida em Brasília contra a decisão do STF que confirmou a impossibilidade de eleição dos sargentos.

12 O primeiro deles foi realizado no Rio de Janeiro e reuniu 150 mil pessoas. Na oportunidade, assinou dois decretos. O primeiro desapropriava algumas refinarias de petróleo e o segundo declarava sujeitas à desapropriação

Como reação, os setores conservadores organizaram em São Paulo, no dia 19 de março, uma marcha que reuniu 500 mil pessoas.[13] O clímax aproximava-se.[14]

Assim é que em 31 de março e 1º de abril, unidades militares tomaram prédios governamentais tanto em Brasília quanto no Rio. A alardeada resistência não se concretizou. João Goulart refugiou-se no Rio Grande do Sul onde gozava de relativo apoio. Mesmo assim, as tropas ali sediadas não lhe deram sustentabilidade. Encaminhou-se, então, para São Borja no interior do estado de onde rumou para Montividéu no Uruguai.[15] Antes mesmo de abandonar o país, e contrariamente ao previsto pela Constituição Federal, a presidência foi declarada vaga tendo sido dada posse ao deputado Ranieri Mazzilli. Na noite do dia 2 o governo norte-americano reconheceu o novo governo mediante telegrama remetido pelo presidente Lyndon Johson.[16]

O movimento de 1964 apresentou-se à nação como defensor da legalidade e do combate ao comunismo. Almejava restaurar a democracia sendo, portanto, temporário. A busca pela legitimação, uma preocupação renitente nos vários governos militares que se sucederam, foi contornada pelo uso dos chamados Atos Institucionais. Eram instrumentos jurídicos fundados na idéia de que o movimento tinha um caráter revolucionário e, como tal, seria expressão do poder constituinte originário tal como a vontade popular o era. A "revolução" e a "legitimidade" por ela invocada estão sintetizados no primeiro de uma série de Atos que se seguiram ao longo do regime militar.[17]

---

algumas áreas subutilizadas. Anunciou, outrossim, a elaboração de um plano para uma reforma urbana.

[13] Conhecida como Marcha da Família com Deus pela Liberdade.

[14] Como anota Elio Gaspari, os dias imediatamente anteriores ao golpe indicavam um conflito iminente entre forças opostas. "Havia dois golpes em marcha. O de Jango viria amparado no "dispositivo militar' e nas bases sindicais, que cairiam sobre o Congresso, obrigando-o a aprovar um pacote de reformas e a mudança das regras do jogo da sucessão presidencial […]. Se o golpe de Jango se destinava a mantê-lo no poder, o outro destinava-se a pô-lo para fora. A árvore do regime estava caindo, tratava-se de empurrá-la para a direita ou para a esquerda". (*A ditadura…* op. cit., pp. 51-52) Boris Fausto, por sua vez, observa que os últimos meses do governo Goulart foram marcados por um crescente descrédito de que a solução poderia ser fundada pela via democrática. "A direita ganhou os conservadores moderados para sua tese: só uma revolução purificaria a democracia, pondo fim à luta de classes, ao poder dos sindicatos e aos perigos do comunismo". (*História*…, op. cit., p. 458).

[15] Gaspari, Elio. *A ditadura*…, op. cit., p. 112-115.

[16] A facilidade com que o golpe foi materializado é reveladora do apoio que obteve de certos segmentos civis. Estudos recentes procuram não qualificá-lo de exclusivamente militar, mas sim, de um "golpe civil-militar" em face do respaldo que encontrou em parte expressiva da sociedade. (René Dreifuss. *1964*…, op. cit.) Aparentemente, a UDN sagrou-se vitoriosa. Incapaz de alçar ao poder pelas vias democráticas, obteve sucesso por via da intervenção militar. Na verdade, João Goulart equivocou-se em suas análises políticas, sobretudo no que se referia às forças militares. É o que observa Boris Fausto: "é certo que a maioria da oficialidade preferiria, ao longo dos anos, não quebrar a ordem constitucional, mas havia outros princípios mais importantes para a instituição militar: a manutenção da ordem social, o respeito à hierarquia, o controle do comunismo. Quebrados esses princípios, a ordem se transformava em desordem, e a desordem justificava a intervenção" (*História*…, op. cit., p. 461).

[17] Como observa Paulo Bonavides: "a chamada Revolução de 1964, do ponto de vista da legitimidade revolucionária do poder constituinte, se acha inteiramente contida no Ato Institucional de 9 de abril daquele

Durante o regime militar, que a partir de então formalmente se instaurou, "sucederam-se períodos de maior ou menor racionalidade no trato das questões políticas. Foram duas décadas de avanços e recuos, ou, como se dizia na época de "aberturas" e "endurecimentos". De 1964 a 1967 o presidente Castelo Branco procurou exercer uma ditadura temporária. De 1967 a 1968 o marechal Costa e Silva tentou governar dentro de um sistema constitucional, e de 1968 a 1974 o país esteve sob um regime escancaradamente ditatorial. De 1974 a 1979, debaixo da mesma ditadura, dela começou-se a sair".[18] Estes avanços e retrocessos refletem, na verdade, uma constante dialética existente nas próprias fileiras militares e que dirigiu o jogo de forças nos anos que se seguiram. De um lado figuravam os "moderados", sendo Castelo Branco um de seus representantes.[19] Do outro os representantes da "linha dura", adeptos de medidas autoritárias por considerarem as únicas capazes de combater o avanço da esquerda. Sem dúvida, os momentos mais dramáticos do regime foram produzidos quando a balança pendeu para os últimos.

Em março de 1967, tomou posse o general Costa e Silva, com ampla simpatia da linha-dura e dos nacionalistas.[20] E seu governo não os decepcionou. Afinal, foi sensível o recrudescimento das liberdades civis. Mas, foi também o período em que os grupos de esquerda deram início às ações de luta armada.[21]

Em fins de agosto e princípio de setembro, o deputado Marcio Moreira Alves pronunciou uma série de discursos denunciando a brutalidade policial, a tortura de

---

ano, feito para vigorar até 31 de janeiro de 1966, quando um novo presidente deveria assumir. Como poder constituinte originário, o movimento se consubstanciou naquele Ato, emanado de uma vontade soberana, oriunda da situação de fato que as armas insurretas produziram no País". O primeiro dos Atos, embora tivesse mantido a Constituição de 1946, promulgada em um contexto de redemocratização, bem como o sistema partidário, ampliou os poderes do Executivo concedendo ao presidente o poder para cassar parlamentares e direitos políticos pelo prazo de dez anos. No dia 11 de abril, o general Humberto de Alencar Castelo Branco foi eleito presidente pelo Congresso Nacional para cumprir, a princípio, o mandato que restaria a João Goulart.

18 Gaspari, Elio. *A ditadura*…, op. cit., p. 129.

19 Mesmo sendo expoente da linha moderada, Castelo Branco prorrogou, por emenda constitucional, o seu mandato até março de 1967, adiando a eleição presidencial para novembro de 1966. Era o tempo necessário para que as medidas de impacto econômico surtissem efeito. A estratégia política de Castelo Branco foi posta a prova nas eleições estaduais de 1965 tendo o governo perdido em dois importantes estados (Guanabara e Minas Gerais). O resultado enfureceu os militares radicais para os quais a sustentação política do regime corria risco. Sob pressão, Castelo baixou o AI-2, a 27 de outubro de 1965. Os partidos políticos existentes foram extintos, no que foi a expressão máxima do insucesso do ideal golpista da UDN. Implantou-se um sistema bipartidário. De um lado a ARENA, partido da situação e do outro o MDB que reunia a oposição. Foi consagrada a eleição indireta para presidente e vice pelo Congresso Nacional, em sessão pública e voto nominal. A intervenção do Poder Executivo no processo legislativo foi ampliada com os decretos-leis. Como anota Paulo Bonavides, o AI-2 consagrou a usurpação constante do verdadeiro poder constituinte originário pelo regime militar. (*Direito*…, op. cit., p. 166).

20 Fausto, Boris. *História*…, op. cit., p. 476.

21 Destas, uma das mais ousadas foi o assassinato do capitão do Exército americano Charles Chandler, em outubro daquele ano, promovida pela VPR, formada, principalmente, por marxistas, dissidentes do PCB, que discordavam de sua linha de não confrontação direta com o regime.

presos políticos, sugerindo, inclusive, que as esposas dos militares boicotassem seus maridos até que a repressão fosse suspensa. As manifestações causaram profunda indignação nas Forças Armadas tendo os três Ministros Militares exigido a sua punição pelo Congresso.[22] A despeito da maioria governamental, o pedido foi rejeitado por expressiva maioria no dia 12 de dezembro. A reação foi imediata. Na manhã seguinte, o presidente convocou os membros do Conselho de Segurança Nacional e informou-os do novo Ato Institucional que recebeu a adesão de todos, a exceção do vice-presidente, Pedro Aleixo. Na noite daquele mesmo dia foi promulgado o AI-5 que colocou o Congresso em recesso por tempo indeterminado, suspendeu a garantia do *habeas corpus* aos réus acusados de crimes contra a segurança nacional e estabeleceu a censura aos meios de comunicação.[23] O regime militar inaugurava, assim, uma fase escancaradamente ditatorial.[24]

O governo Médici[25] é comumente associado ao sucesso das políticas econômicas.[26] Mas, foi também nele que a luta armada foi desmantelada graças, em parte, à eficiência do aparato estatal repressivo que, para tanto, valeu-se do constante recurso às prisões ilegais, ao desaparecimento forçado de pessoas e ao emprego de torturas.[27]

---

22 Skidmore, Thomas. Thomas. *Brasil*..., op. cit., p. 162.

23 Para um estudo mais detalhado sobre a censura política nos meios de comunicação, ver: MARCONI, Paulo. *A censura*..., op. cit.

24 Como observa Boris Fausto, o "AI-5 foi o instrumento de uma revolução dentro da revolução ou, se quiserem, de uma contra-revolução dentro da contra-revolução. Ao contrário dos atos anteriores, não tinha prazo de vigência e não era, pois, uma medida excepcional transitória. Ele durou até o início de 1979" (*História*..., op. cit., p. 480).

25 Em agosto de 1969, vítima de um derrame, Costa e Silva foi afastado do poder e substituído por uma Junta Militar formada pelos três Ministros das Forças Armadas. A regra constitucional que apontava o vice-presidente como o substituto foi simplesmente derrogada com a edição de mais um ato institucional, o AI-12. Foi nesse período que a luta armada executou a sua ação mais ousada. Integrantes da ALN e do MR-8 seqüestraram o embaixador dos Estados Unidos, Charles Burke Elbrick, e exigiram a libertação de quinze presos políticos, bem como a divulgação de um manifesto pelos meios de comunicação. A Junta Militar cedeu às exigências e os presos libertados foram transportados para o México. Para tanto, foi baixado o AI-13 que instituiu a pena de banimento do território brasileiro de todo aquele que fosse considerado perigoso à segurança nacional. Além disso, e na esteira da lógica do pensamento militar, foi editado o AI-14 em que foi estabelecida a pena de morte para os casos de guerra externa, psicológica adversa, revolucionária ou subversiva. Diante da impossibilidade de recuperação de Costa e Silva, a Junta Militar declarou vagos os cargos de presidente e vice, o que fez uma vez mais pela via do ato institucional (AI-16). As eleições, pelo Congresso Nacional, foram marcadas para o dia 15 de outubro de 1969. O novo mandato começaria no dia 30 do mesmo mês e terminaria a 15 de março de 1974 tendo sido exercido pelo general Emílio Garrastazu Médici.

26 Chamado de "Milagre Brasileiro" o período foi de extraordinário crescimento econômico a taxas médias anuais de 11,2%. Este crescimento, que se fez sentir em vários setores da economia e, sobretudo, com o aumento das taxas formais de emprego, somado à censura e à propaganda oficial, foi um importante fator para a alta popularidade do presidente e à esmagadora vitória política da ARENA nas eleições legislativas de 1970.

27 Mas, o insucesso da luta armada também se deve à incapacidade da guerrilha em sensibilizar a opinião pública quanto ao sentido do que se denominou de "resistência". Em sua grande maioria, os grupos extremistas eram formados por jovens universitários cujo discurso intelectualizado não alcançava a população. É o que destaca Denise Rollemberg, Esquerdas..., op. cit., p. 71: "No entanto, a razão da derrota este menos na ação da repressão e mais no abismo existente entre as escolhas da sociedade e o meio – o enfrentamento armado – e o fim – a revolução – daquela luta. A realidade contradizia a tese do voluntarismo da ação de vanguarda, o

A ascensão de Geisel foi possível graças a um engenhoso movimento dos grupos militares castelistas que, desde o governo Costa e Silva, haviam sido alijados do poder. O seu governo foi marcado pela abertura por ele próprio qualificada de "lenta, gradual e segura". A vasta experiência adquirida em uma ortodoxa carreira militar e em postos-chave como o de presidente da Petrobrás e de ministro do STM reforçaram o ideal da transitoriedade do regime. Para tanto, Geisel demonstrou habilidade no trato com os grupos militares radicais ao mesmo tempo em que abria os canais de diálogo com os representantes da sociedade civil que ansiavam pela redemocratização.

Fato bastante ilustrativo desta maneira de proceder foi o convite feito a Samuel Huntington, cientista político, para a discussão de um estudo de sua autoria intitulado "Métodos de Descompressão Política" e que havia sido elaborado, um ano antes, a pedido do governo Médici.[28] O trabalho estimulou o debate sobre o tema culminando com a elaboração de importante trabalho de autoria de Wanderley Guilherme dos Santos.[29] Em linhas gerais a idéia era semelhante. Os avanços rumo à liberalização deveriam ser moderados, evitando-se os perigos do recrudescimento do regime autoritário. Para tanto, seria indispensável o apoio da oposição, assim como dos setores militares mais radicais que deveriam ser convencidos da segurança do processo. Por sua vez, as medidas de liberalização obedeceriam uma ordem que, necessariamente, deveria iniciar pelo fim à censura culminando com a reorganização político-partidária.[30] Não há base suficiente que revele a adoção desses estudos científicos. Fato é que Geisel alterna medidas de

---

foquismo, sustentado na reconstrução da vitória cubana, uma lenda e uma fórmula para legitimá-la nos países que não contavam com a mobilização social".

28 Segundo Skidmore, o estudo apontava para os riscos que deveriam ser evitados no processo de relaxamento dos controles exercidos em um sistema autoritário (*Brasil…*, op. cit., pp. 322-324).

29 *Estratégias de descompressão política.* Brasília: Instituto de Pesquisas, Estudos e Assessoria do Congresso, 1973.

30 Skidmore, Thomas. *Brasil*…, op. cit., p. 325. No entanto, um dos principais desafios era o de desmantelar o aparato administrativo-repressivo estruturado ao longo dos anos e que era francamente dominado pelos oficiais da linha-dura. Dentre estes o mais representativo era o DOI-CODI. Ao longo do governo Geisel, pelo menos dois incidentes foram extremamente ilustrativos do grau de descontrole atingido pela repressão. O primeiro deles foi a morte do jornalista Vladmir Herzog, em 25 de outubro de 1975, por ocasião de sua prisão nas dependências do DOI-CODI e oficialmente divulgada como suicídio. Meses após o incidente repete-se, agora com a morte do trabalhador Manoel Fiel Filho do sindicato dos metalúrgicos e que também foi divulgada como suicídio. A reação do presidente foi um duro golpe para os militares da linha dura: a demissão sumária do general responsável pelo II Exército. O ato, que em um primeiro momento, poderia ser interpretado como um apego aos direitos humanos, na verdade refletia as necessidades de restabelecer a hierarquia militar e de reforçar a autoridade do presidente. Para um estudo do caso Herzog, ver: JORDÃO, Fernando. *Dossiê Herzog: prisão, tortura e morte no Brasil.* São Paulo: Global, 1979 e MORAES, Mário Sérgio de. *O ocaso da ditadura.* Caso Herzog. São Paulo: Barcarolla, 2006. Sobre o sindicalista Manoel Filho, ver: LUPPI, Carlos Alberto. *Manoel Fiel Filho: quem vai pagar por este crime?* São Paulo: Escrita, 1980.

abertura com outras de força até que em outubro de 1978, o Congresso aprova a EC n. 11 que põe fim AI-5.[31]

Em março de 1979, o general João Batista de Figueiredo, ex-chefe do SNI no governo Geisel, assume a presidência. O seu governo foi marcado pela tentativa de composição de interesses aparentemente colidentes: a abertura política e o aprofundamento da crise econômica.[32] Em agosto do mesmo ano, após ser aprovada pelo Congresso Nacional, a Lei de Anistia foi promulgada. Além de anistiar os autores de crimes políticos, permitindo, assim, o retorno daqueles que haviam sido exilados, as interpretações que prevaleceram levaram à consagração da impunidade dos responsáveis pela prática de torturas, prisões ilegais e desaparecimentos forçados.[33]

Em 1983, iniciou-se uma campanha nacional em favor das eleições diretas para presidente. A emenda à constituição, todavia, não foi aprovada pelo Congresso e a batalha sucessória voltou-se, uma vez mais, para o Colégio Eleitoral. A oposição, em torno da chamada Aliança Democrática, lançou a chapa Tancredo Neves para presidência e José Sarney para vice que sagrou-se vitoriosa em 15 de janeiro de 1985.[34]

Como mencionado, os crimes cometidos pelo regime militar relacionam-se com os atos de repressão à luta armada que emergiu lentamente após o golpe de 1964. A guerrilha surge em razão da dissidência daqueles que discordavam da política de não confrontação adotada pelo PCB, estruturando, assim, grupos de ação próprios.[35] Em

---

[31] Fausto, Boris. *História*..., op. cit., pp. 493-494.

[32] Na tentativa de minar a força da oposição e postergar o processo de transição, o governo Figueiredo aprovou, em dezembro de 1979, a Nova Lei Orgânica dos Partidos, colocando fim ao sistema bipartidário. As forças políticas do governo foram mantidas sob a mesma bandeira: o PDS. Já a oposição pulverizou-se em diferentes partidos: PMDB, PTB, PDT e PT. Em novembro de 1982, após vários anos desde 1965, a população elegeu novos governadores. No Congresso, o PDS saiu-se vitorioso, mas perdeu a eleição em importantes estados: São Paulo, Minas Gerais, Paraná e Rio de Janeiro.

[33] Na tentativa de minar a força da oposição e postergar o processo de transição, o governo Figueiredo aprovara, em dezembro de 1979, a Nova Lei Orgânica dos Partidos, colocando fim ao sistema bipartidário. As forças políticas do governo foram mantidas sob a mesma bandeira: o PDS. Já a oposição pulverizou-se em diferentes partidos: PMDB, PTB, PDT e PT. Em novembro de 1982, após vários anos desde 1965, a população elegeu novos governadores. No Congresso, o PDS saiu-se vitorioso, mas perdeu a eleição em importantes estados: São Paulo, Minas Gerais, Paraná e Rio de Janeiro.

[34] Tancredo e Sarney obtiveram 480 votos no Colégio Eleitoral contra 180 dados a Paulo Maluf. Ver: Fausto, Boris. *História*..., op. cit., p. 512.

[35] Dentre estas deserções, sem dúvida a mais célebre foi a de Carlos Marighela que, em 1966, renunciou ao seu posto na comissão executiva daquele partido, viajando, no ano seguinte para Havana onde participa da Assembléia da Organização Latino-Americana de Solidariedade (OLAS) que tenta estruturar um plano de ação revolucionária no continente. No mesmo ano, funda a ALN. Marighela, que esteve em Cuba entre junho e dezembro de 1967, tornou-se, então, o principal teórico da "resistência armada" no Brasil. Nos anos que se seguiram, militantes foram enviados à Cuba para o treinamento integrando os chamados "Exércitos da ALN" Para um estudo mais detalhado, ver: FREI BETTO. *Batismo de sangue: os dominicanos e a morte de Carlos Marighela.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

1968, é constituído o PCBR.[36] O ano de 1969 é marcado, principalmente, pela deserção do Capitão do Exército, Carlos Lamarca que passou a compor as fileiras da VPR. A VPR participou e orquestrou diversas ações de impacto dentre as quais o atentado ao cônsul dos Estados Unidos em Porto Alegre (abril de 1970) e o seqüestro do embaixador da Alemanha Ocidental no Rio de Janeiro (junho de 1970) e que resultou na libertação de 40 presos políticos.[37]

Os seqüestros de importantes diplomatas foram, sem dúvida, as ações mais espetaculares promovidas pela guerrilha urbana. Com eles pretendia-se revelar a fragilidade do regime militar e ao mesmo tempo divulgar a ação da "resistência". As vítimas, por sua vez, eram escolhidas em razão da representatividade econômica de seus países. A mensagem, no entanto, pouco alcançou a opinião pública. O fato é que as reações foram brutais. O governo militar foi se aparelhando e fez largo uso das prisões ilegais, dos desaparecimentos forçados[38] e, sobretudo, da tortura como forma de obter a identificação dos integrantes das organizações e de conhecer o seu funcionamento. Aliás, os diversos métodos de tortura e a freqüência com que foram empregados levaram a sua institucionalização com a inclusão na formação curricular dos militares como uma espécie de método científico.[39]

Foi no campo dessas repressões que Marighela foi denunciado a assassinado em novembro de 1969. Seu sucessor, Joaquim Câmara Ferreira, foi capturado e torturado até a morte em outubro de 1970.[40] Mario Alves do PCBR foi morto em um quartel da Polícia do Exército em janeiro de 1970.[41] Stuart Jones, líder do MR-8, foi capturado em

---

36 O principal dirigente foi Mario Alves.

37 Syrks, Alfredo. *Os carbonários: memórias da guerrilha perdida.* São Paulo: Global, 1980, pp. 176-195.

38 Uma listagem de 125 desaparecidos políticos desde o golpe de 1964 pode ser consultada no livro *Brasil: nunca mais*, pp. 292-293.

39 É o que restou assentado na pesquisa *Brasil: nunca mais* e que resultou na obra de mesmo nome: "Do abuso cometido pelos interrogadores sobre o preso, tortura no Brasil passou, com o Regime Militar, à condição de 'método científico' incluído em currículos de formação de militares. O ensino deste método de arrancar confissões e informações não era menos teórico. Era prático, com pessoas realmente torturadas, servindo de cobaias neste macabro aprendizado" (op. cit., p. 32). Na mesma obra são expostos como os principais métodos de tortura: o "pau de arara" (barra de ferro que é atravessada entre os punhos amarrados e a dobra do joelho, ficando o corpo colocado entre duas mesas pendurado a cerca de 20 a 30 centímetros do chão), choque elétrico (normalmente dado por descarga nas partes sexuais, ouvidos, dentes, línguas e dedos), "pimentinha" (máquina que dava uma voltagem de 100 volts), afogamento (método complementar ao "pau de arara" em que um tubo de borracha é introduzido na boca do torturado), "cadeira do dragão" (cadeira elétrica) e "geladeira" (ambiente fechado onde a temperatura era mantida baixa ficando o torturado nu) entre outros.

40 Skidmore, Thomas. *Brasil*..., op. cit., p. 241.

41 Nesse sentido: *Brasil: nunca mais.* Op. cit., p. 97: "Mario Alves foi trucidado numa seqüência de torturas que incluíram a raspagem de sua pele com uma escova de aço e o suplício medieval do empalamento, sem que até hoje o Regime Militar tenha admitido essa morte, ocorrida no quartel da Polícia do Exército, na rua Barão de Mesquita, no Rio, em janeiro de 1970.

maio de 1971 e morreu na cadeia após ser violentamente torturado. Lamarca, que após a desestruturação da VPR, ingressou no MR-8, foi morto no interior da Bahia no início de setembro daquele mesmo ano.[42] Já em 1972, totalmente desarticulada, a guerrilha urbana entrou em colapso.

A resistência, todavia, não se limitou às cidades. Com efeito, inspirados nos ideais da Revolução Chinesa, um grupo de 70 integrantes do PCdoB[43] estruturou organizou "Guerrilha do Araguaia",[44] com atuação entre os anos de 1972 e 1974. Ao movimento, juntaram-se camponeses, em número indeterminado, vivendo todos em pequenas comunidades na mata.[45] Inspirada na Revolução Chinesa, a guerrilha adotou a estratégia de guerra popular prolongada, começando pela zona rural para, então, alcançar a área urbana, realizando o chamado "cerco das cidades pelo campo". Para tanto, era indispensável a conquista gradativa da confiança da população local através de ensinamentos de métodos produtivos de cultivo do solo e de cuidados com a saúde.

As primeiras operações militares realizadas objetivaram apenas colher informações sobre a região.[46] As informações sobre a existência do movimento organizado pelo PCdoB, no entanto, somente foram consignadas no Relatório Especial de Informações 2/12.[47] Entre os últimos dias de março e os primeiros de abril de 1972, iniciou-se a chamada primeira campanha militar de combate à guerrilha e que envolveu cerca de dois

---

42 Skidmore, Thomas. *Brasil*..., op. cit., pp. 242-243.

43 Dentre as quais pouco mais de 70% era formado por estudantes, médicos, professores, advogados, comerciantes e bancários, de classe média; cerca de 20% era formado por camponeses recrutados na própria região e por volta de 10% de operários.

44 O rio Araguaia nasce nas proximidades da divisa entre Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul até chegar ao município de Xambioá, hoje estado de Tocantins.O encontro do rio Araguaia com o rio Tocantins se dá na divisa dos estados do Pará, Maranhão e Tocantins, formando a imagem de uma ave em perfil, a qual inspirou o nome para a região de Bico do Papagaio, local onde se desenvolveu a chamada Guerrilha do Araguaia. Para um estudo detalhado da guerrilha, ver: PORTELA, Fernando. *Guerra de guerrilhas no Brasil*. São Paulo: Global: 1979.

45 O total da população local, à época, é estimado em 20 mil pessoas. O primeiro integrante, Osvaldo Orlando da Costa, chegou à região em 1966. Já em 1972, as quase 70 pessoas, com idade média de 30 anos. Ver, para tanto: GORENDER, Jacob. *Combate nas Trevas*. 6 ed., São Paulo: Ática, 2003, p. 234.

46 Com efeito, a localização geográfica propícia e o isolamento econômico da área não passaram despercebidos às Forças Armadas. Em novembro de 1970, foi desencadeada a "Operação Carajás", consistente em simular manobra conjunta de contraguerrilha na região, com o objetivo de inibir a presença de opositores ao regime militar. Naquela ocasião, foram lançadas bombas, pára-quedistas saltaram na floresta e helicópteros sobrevoaram a área. Em agosto de 1971, foi a vez da "Operação Mesopatamia", realizada pelo Exército, com a finalidade de colher informações e de prender subversivos na divisa do Maranhão com o estado de Goiás. O relatório final desta inserção já dava conta da presença de militantes na área. Na verdade, o relatório fez alusão à pessoa conhecida por "Juca", e que, em realidade, tratava-se de João Carlos Haas Sobrinho, médico que criou o primeiro hospital no município de Porto Franco, Maranhão, transferindo-se, entre 1967 e 1969 para a região da guerrilha.

47 Encaminhado pelo tenente-coronel Arnaldo Bastos de Carvalho Braga, em 20 de março de 1972, ao ministro do Exército, Orlando Geisel, o qual dava conta da "Operação Axixá", destinada a elaborar o mapeamento dos guerrilheiros.

mil homens.[48] Acuados, os guerrilheiros refugiaram-se na mata, tendo sido capturados os primeiros militantes,[49] os quais foram mantidos com vida.

O primeiro confronto entre militares e guerrilheiros ocorreu em 8 de maio do mesmo ano. Pouco tempo depois, em uma emboscada, o militante Bérgson Gurjão Farias, conhecidos como "Jorge", e mais quatro companheiros, foram alvejados por tiros de metralhadoras disparados pelo Exército. Naquela oportunidade, Bérgson caiu ferido. Seu corpo nunca foi encontrado, tornando-se o primeiro desaparecido da Guerrilha do Araguaia. Nessa primeira empreitada, foram mortos ainda pelo menos dois camponeses.[50]

Em setembro de 1972, após curto período de redução da atividade militar na área, o Exército retomou a ação militar contra os guerrilheiros, desta vez com uma operação de maior envergadura, denominada "Operação Papagaio', que contou com um contingente estimado entre 3 e 5 mil soldados.[51] Os resultados obtidos nesta segunda campanha, segundo relatório das Forças Armadas, davam conta da identificação de 55 guerrilheiros, dos quais 12 foram mortos, 6 foram presos e outros 37 fugitivos.[52]

Durante o período aproximado de um ano, os sobreviventes da guerrilha não sofreram novos ataques.[53] Nesse ínterim, agentes das Forças Armadas, disfarçados, atuaram em silêncio na região, mantendo contato direto com a população.[54] A última expedição

---

48 Na região do baixo-Araguaia, concentrando-se em Marabá e Xambioá, suas cidades-quartel.

49 Dentre os quais José Genoino Neto que, na época, havia sido vice-presidente da UNE e se elegeria mais tarde deputado federal por várias legislaturas.

50 Lourival Paulino, barqueiro, preso em 18 de maio, levado à delegacia, foi torturado e morto ao terceiro dia; e Juarez Rodrigues Coelho, camponês, teria cometido suicídio em 14 de agosto, segundo o Relatório da Operação Papagaio.

51 Sob o comando do general Olavo Viana Moog, chefe do Comando Militar do Planalto.

52 No mesmo relatório constatou-se que os guerrilheiros estavam com armamento precário e especulou-se que estariam à espera de armamento oriundo da China comunista. O relatório revelou, ainda, a decisão do Estado-Maior do Exército em promover a retirada das tropas, o que indicava uma mudança de estratégia para a adoção de uma operação de inteligência preparatória para a terceira e definitiva empreitada que viria no ano de 1973.

53 Àquela altura, os militantes do PCdoB já não mais escondiam as suas identidades e, aos poucos, inseriam-se na vida das pequenas comunidades para divulgar a sua causa, saindo, pois, de seus esconderijos na mata. Durante o período aproximado de um ano, os sobreviventes da guerrilha não sofreram novos ataques das Forças Armadas, passando a desenvolver trabalho político junto às comunidades camponesas, consistente em um conjunto de propostas de cunho democrático, visando ao desenvolvimento da região. criaram a União pela Liberdade e pelos Direitos do Povo (ULDP), cujo programa consistia num conjunto de 27 pontos que propunham erradicação da violência policial, distribuição de terras, eleições livres para prefeitos e para comitês populares locais, respeito às terras indígenas, proteção à mulher, reflorestamento de áreas devastadas.

54 Tratava-se da "Operação Sucuri", cujo contingente era composto por 21 civis, 7 oficiais, 9 sargentos e 16 soldados. Disfarçaram-se como funcionários da saúde, no combate e erradicação da malária e montaram uma empresa de fachada, denominada Agropecuária Araguaia, para transitar livremente como seus empregados. Os militares da aeronáutica disfarçaram-se de empregados de uma falsa mineradora, chamada DDP. Havia ainda os que se identificavam como funcionários do INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, com capacidade de viabilizar a legalização de terras. Em outubro de 1972, o CIE já possuía um mapa

foi desencadeada em 7 de outubro de 1973. Batizada de "Operação Marajoara" contou com um número estimado de 250 a 750 militares,[55] tendo o controle ficado à cargo da própria Presidência da República.[56] Àquela altura havia 56 guerrilheiros na região,[57] utilizando-se do mesmo armamento obsoleto de que dispunham no início dos combates. Com início da campanha, reiniciaram-se os atentados contra os moradores da região, com prisões ilegais, espancamentos, humilhações e tortura.[58] Ao mesmo tempo, os acampamentos dos guerrilheiros foram identificados e sistematicamente atacados por pelotões especialmente treinados. Os mortos eram retirados do local por helicópteros, fotografados e identificados por oficiais de informações, as impressões digitais eram retiradas e os corpos eram enterrados em lugares diferentes da mata.[59] Na manhã de natal de 1973, os dois principais líderes da guerrilha foram mortos em seu acampamento, com mais dois guerrilheiros. Àquela altura já se computavam 47 desaparecidos. Em janeiro de 1974, restavam cerca de 25 guerrilheiros isolados na região. Sem comida e sem munição foram paulatinamente presos e executados, até que em 25 de outubro do mesmo ano se deu a última morte conhecida, a da guerrilheira Walquíria Afonso Costa.

---

detalhado que incluía uma lista de 400 pessoas que, supostamente colaborariam com os militantes do PCdoB, em sua maioria também identificados.

55 Além daqueles que já se encontravam no local, treinados para o combate direto contra os guerrilheiros na floresta.

56 Na cadeia do comando e das decisões de repressão da Guerrilha encontravam-se, em ordem decrescente, o Presidente da República, o Ministro do Exército, Orlando Geisel, e o seu Chefe de Gabinete, Milton Tavares de Souza. Este último ocupava também o posto de chefe do CIE entre 1969 e 1974.

57 Segundo o relatório elaborado por Ângelo Arroyo, alto dirigente do PCdoB, constante do Dossiê da CEMDP. *Brasil. Direito à verdade e à memória: Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos.* Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, p. 199.

58 Segundo o relato do jornalista Fernando Portela, descrito pelo Dossiê da CEMDP, muitos foram torturados pelo simples fato de terem mantido algum tipo de contato com os guerrilheiros, ou mesmo por terem expressado comentários positivos ou complacentes sobre os "jovens paulistas", como eram conhecidos os revolucionários, e seus ideais contrários ao governo. Naquela época, firmou o jornalista, "qualquer sinal de simpatia por eles era visto como um perigoso ato de contestação ao regime, tão perigoso quanto pegar em armas". Dossiê, p. 199.

59 O Dossiê da CEMDP dá conta de que constam informações de que corpos teriam sido desenterrados e queimados, outros atirados nos rios da região. As famílias das vítimas contestam a versão de que todos os corpos tenham sido incinerados, pois algumas ossadas foram retiradas da reserva dos índios Suruis, estando sob análise laboratorial e pelo menos um corpo, o de Maria Lúcia Petit, foi descoberto e identificado.

2. Mecanismos de superação do passado

Como exposto, na seqüência do processo de "abertura" deflagrado pelo regime militar, foi promulgada, no governo Figueiredo, a Lei nº 6.683/79 (Lei da Anistia) em favor de todos aqueles responsáveis pela prática de crimes políticos ou a ele conexos, cometidos no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.[60] A interpretação que acabou prevalecendo foi ampla, beneficiando, assim, todos os agentes do Estado, autores de torturas, homicídiose seqüestros.[61] Resulta daí a ausência, até o momento, de qualquer medida de natureza penal.[62] Dessa forma, prevaleceram no Brasil os chamados mecanismos alternativos de superação do passado reunidos, fundamentalmente, no trabalho desenvolvido por duas comissões especiais: a de Mortos e de Desaparecidos Políticos e a da Anistia.

---

[60] É o que dispõe o art. 1°: É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, *cometeram crimes políticos ou conexos com estes*, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). *§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política* (grifo nosso).

[61] Reale Jr., Miguel. *A Comissão Especial de Reconhecimento dos Mortos e Desaparecidos Políticos.* In: TELES, Janaína (org.) Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade? São Paulo: Humanitas, 2001. Em sentido contrário posicionou-se Dalmo de Abreu Dallari para quem "os torturadores homicidas, aqueles que mataram suas vítimas, nunca foram anistiados, não podendo se esconder atrás da Lei da Anistia para fugir à punição. A própria Constituição impedia que eles fossem anistiados". Para este autor, a Constituição de 1967, vigente à época da publicação da Lei n° 6.683/79, estabelecia em seu art. 153 a competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida, não podendo pois, para ele, ser suprimida a sua competência constitucional por uma lei ordinária. Aduz ainda que os crimes praticados pelos algozes do regime militar são autônomos relativamente aos crimes políticos praticados por seus superiores. Dallari, Dalmo de Abreu. *Crimes sem anistia.* In: Teles, Janaína (org.) Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade? São Paulo: Humanitas, 2001.

[62] O relatório brasileiro publicado pela FKA, em 2003, justificou a ausência de precedentes jurisprudenciais no Brasil sobre os crimes praticados no período de ditadura militar em razão da concessão da anistia: "Com relação aos crimes cometidos no período do regime militar, hipóteses que hoje seriam consideradas delitos contra a humanidade, diante da anistia constitucional concedida pela Lei n° 6.683, de 28 de agosto de 1979, tais delitos acabaram restando sem punição, por ter se operado a extinção da punibilidade por força da anistia. Em conclusão, pode-se dizer que não há precedentes no Brasil de julgamentos" (Moura, Maria Thereza Rocha de Assis *et al. Informe Nacional Brasil.* In: Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel (editores) Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y Espana. Uruguay: Konrad Adenauer, 2003).

3. Análise dos mecanismos utilizados

3.1. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos

A resistência do regime militar em reconhecer a situação jurídica dos desaparecidos políticos somente foi solucionada muitos anos depois com a publicação da Lei n. 9.140/95.[63] Constituiu ela o marco jurídico para o reconhecimento da responsabilidade do Estado Brasileiro pelo assassinato dos opositores políticos no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Para tanto, apresentou uma lista, não exaustiva, de 136 nomes de desaparecidos,[64] os quais foram reconhecidos como mortos. Posteriormente, foi alterada pela Lei n. 10.536/2002, que estendeu o lapso temporal até 5 de outubro de 1988, data da promulgação da nova Constituição.

Mas, a Lei n. 9.140/95 foi mais além ao criar a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), incumbindo-lhe da tarefa de solucionar outros casos de desaparecimentos e mortes, com o objetivo de proceder à indenização das respectivas famílias. A sua atribuição foi ampliada pela Lei n. 10.875/2004,[65] para abranger também os casos de suicídios decorrentes de seqüelas psicológicas resultantes de atos de tortura praticados por agentes públicos.

Os trabalhos da comissão, que tiveram início no dia 8 de janeiro de 1996, podem ser divididos em duas etapas. A primeira, encerrada em 2006, consistiu em analisar, investigar e julgar os processos relativos aos 339 casos de mortos e desaparecidos apresentados para a sua decisão, somados aos 135 outros nomes, constantes da Lei n. 9.140/95. O resultado está consolidado no livro-relatório editado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, sob o sugestivo título "Direito à Memória e à Verdade". Já a segunda etapa, em que se encontra atualmente, consiste na coleta de amostra de sangue dos parentes consangüíneos dos desaparecidos ou mortos cujos corpos nunca foram entregues aos familiares, a fim de criar um banco de dados de perfis genéticos para posterior comparação e identificação com certeza científica dos restos mortais que ainda venham a ser localizados, bem como de ossadas já separadas para exame.[66]

---

63 Em 4 de dezembro de 1995.

64 Posteriormente, comprovada a morte natural de uma das pessoas listadas, o seu nome foi excluído da lista, restando 135 nomes.

65 De 1º de junho.

66 Disponível em ‹http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/›. Acesso em 20 de novembro de 2007.

A formação do acervo probatório para julgamento dos vários requerimentos apresentados foi difícil especialmente por conta da legislação federal que impõe o sigilo absoluto sobre determinados documentos.[67] Dessa forma, os integrantes da Comissão valeram-se de alguns arquivos estaduais abertos, de livros dos cemitérios clandestinos, dos documentos do STM e também de prova testemunhal. De qualquer modo, a Comissão reputou atingido o principal objetivo que era o de "oferecer condições para uma virada de página nessa trágica história recente da vida política nacional. E isso nunca será possível com falsos chamados ao esquecimento, e sim com a mais ampla elucidação de tudo o que se passou".[68]

3.2. Comissão de Anistia

Instalada pelo Ministério da Justiça no dia 28 de agosto de 2001, a Comissão de Anistia foi criada pela Medida Provisória n.º 2.151. Tem por objetivo o exame e o julgamento, em caráter administrativo, dos pedidos de indenização formulados por aqueles que foram impedidos de exercer atividades econômicas por motivação exclusivamente política entre 18 de setembro de 1946 até 5 de outubro de 1988. Engloba, assim, o período posterior à queda do Estado Novo até a promulgação da atual Constituição.

---

[67] Muito embora a CF assegure a todo cidadão o acesso a documentos mantidos por organismos públicos (art. 5º, XIV e XXXII e 216, IV § 2º), o direito à informação é restringido pelo ordenamento infraconstitucional. Com efeito, a Lei de Arquivos (Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991) fixou os prazos máximos de sigilo aplicáveis aos órgãos públicos, quais sejam: 30 anos, prorrogáveis uma única vez por igual período, para os documentos que afetem a segurança da sociedade e do Estado; e 100 anos, para aqueles que afetem a intimidade da pessoa. A responsabilidade pela política nacional de arquivos foi atribuída a um Conselho vinculado ao Arquivo Nacional e integrado por instituições arquivísticas e acadêmicas, públicas e privadas. O Decreto n. 4.553, de 27 de dezembro de 2002, disciplinou a tramitação, a guarda e a publicidade de documentos sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da administração pública federal, fixando gradações (ultra-secretos, secretos, confidenciais e reservados) e prazos de classificação para cada categoria (50, 30, 20 e 10 anos, respectivamente). O período de confidencialidade atribuído aos documentos ultra-secretos poderia "ser renovado indefinidamente, de acordo com o interesse da sociedade e do Estado" (art. 7º, § 1º), ficando as demais categorias sujeitas a prorrogações, uma única vez, por idêntico período.
A Medida Provisória n. 228 de 9 de dezembro de 2004 estabeleceu algumas modificações em relação ao direito de acesso aos documentos, regulamentadas pelo Decreto n. 5.301, de mesma data. Com efeito, além de instituir, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, uma Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas, diminuiu os prazos de restrição dos documentos ultra-secretos, secretos, confidenciais e reservados para 30, 20, 10 e 5 anos, respectivamente, com uma única prorrogação por idêntico período.
Finalmente, a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005 reafirmou a disposição de atribuir à Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas o poder de administrar os documentos considerados ultra-secretos e de "manter a permanência da ressalva ao acesso *pelo tempo que estipular*". Assim, foi atribuída novamente a possibilidade de sigilo absoluto, e por prazo indeterminado, aos documentos cujo conteúdo fosse considerado de interesse nacional, atribuindo a uma comissão, formada apenas por membros do poder executivo, poder de decisão sobre eventual possibilidade de divulgação dos conteúdos dos documentos.

[68] *Direito à memória e à verdade*, p. 47.

É composta por quinze conselheiros que analisam o requerimento formulado diretamente pelo interessado ou por seus dependentes.[69] A reparação econômica, prevista na Lei nº 10.559/2002, deve ser concedida mediante portaria do Ministério da Justiça, após parecer favorável da Comissão. A indenização poderá ser paga em prestação única, correspondente a 30 salários mínimos por ano de perseguição política, respeitado o limite de R$ 100 mil, ou em prestações mensais, permanentes e continuadas, correspondente à remuneração relativa ao posto, cargo, graduação ou emprego que o anistiando ocuparia caso não houvesse sido impedido por conta da perseguição política, observado o limite do teto da remuneração do servidor público federal.

Até 2007, foram autuados 60.347 processos, dos quais 12.710 foram indeferidos e 24.560 deferidos em um total de 37.270 apreciados.[70] Em prestação única já foram pagos R$ 124.854.439,00.[71] Foi justamente o alto valor pago que levou o MPF a oferecer representação ao TCU, objetivando um maior controle quanto à regularidade das indenizações concedidas. De acordo com o MPF, as prestações mensais deveriam ter como limite máximo a diferença entre o que o anistiado perceberia, caso não tivesse sido vitimado pela perseguição política, e o que efetivamente passou a receber em outras atividades. A representação foi conhecida e julgada procedente[72] tendo o TCU determinado a suspensão dos pagamentos relacionados com as irregularidades apuradas.

Mas, para além das questões indenizatórias, a Comissão estuda promover a "Caravana da Anistia" e, assim, percorrer todos os estados brasileiros até 2010, divulgando o conhecimento histórico sobre o período e mobilizando a sociedade sobre o tema.

---

[69] O qual deve vir instruído com a prova da atividade profissional exercida à época dos fatos, a prova do afastamento por motivação exclusivamente política e a prova do tempo que durou a "punição" ou comprovação de que a mesma perdura, bem como a impossibilidade de retorno às atividades normais.

[70] ‹http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ20BF8FDBITEMIDDB66A11972EE4432A7654440E32B2B6CPTBRNN.htm›. Acesso em 20.05.2008.

[71] O que equivale a US$ 75.669.356,00.

[72] Por intermédio do Acórdão 86/2005 - TCU - 1ª Câmara, constante da Relação 9/2005 (Ata 23/2005 - Plenário, sessão ordinária de 22/6/2005), de relatoria do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti.

4. Análise dos mecanismos utilizados

Não há dados concretos que permitam um exame quanto aos efeitos das medidas alternativas adotadas. Na verdade, foi a excessiva demora do Estado brasileiro na adoção de providências que levou as vítimas e os seus familiares a buscar outros meios para o reconhecimento das ofensas aos direitos fundamentais.

Não foram outros os motivos que levaram os familiares das vítimas da Guerrilha do Araguaia, já em 1982, a ajuizar ação perante a Justiça Federal do Distrito Federal[73] a fim de obter as informações sobre os fatos ocorridos durante os combates das Forças Armadas com os guerrilheiros. A decisão de primeira instância, somente proferida em 20 de julho de 2003, determinou, além da quebra de sigilo das informações oficiais sobre a guerrilha, que a União informasse a localização dos restos mortais dos envolvidos e fornecesse o traslado e o sepultamento das ossadas. Para tanto, foi fixado o prazo de 120 dias para que a União indicasse o local do sepultamento, sob pena de multa diária de R$ 10 mil reais. Houve recurso por parte da União sob argumento de que a sentença havia extrapolado o âmbito do pedido inicial. A União, todavia, reconheceu o direito dos requerentes a terem restituídos os restos mortais de seus parentes, tendo sido criada, por força desta decisão, uma comissão interministerial para auxiliar os familiares.[74]

Em sede recursal, o TRF manteve a sentença de primeiro grau e determinou a realização da audiência para a quebra do sigilo e para a entrega das informações.[75]

---

73 O número do processo de origem é 820024682-5/DF; o número da Apelação interposta perante o TRF da 1ª Região é AC 2003.01.00.041033-5 e o número do REsp, proposto perante o STJ é 873.371.

74 Comissão interministerial, criada por meio do Decreto 4.850, de 02 de outubro de 2003, composta pelos ministros Marcio Thomaz Bastos (Justiça), José Dirceu (Casa Civil), Nilmário Miranda (Direitos Humanos), José Viegas (Defesa) e Álvaro Ribeiro da Costa (AGU). O relatório final desta comissão foi entregue em 28 de março de 2007 ao Presidente da República sugerindo ao chefe do executivo a desclassificação de qualquer grau de sigilo sobre qualquer documento público referente à Guerrilha do Araguaia, a realização de novas diligências à área para realização de pesquisa e levantamento de dados sobre as mortes e desaparecimentos, bem como a revisão da legislação relativa ao tema de acesso e sigilo de informações e documentos públicos. Disponível em: ‹http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/.arquivos/Palestra_2k70327_Rel_Com_Interministerial›. Acesso em 10 nov. 2007.

75 Vale destacar alguns fragmentos da decisão do TRF, ao julgar o recurso de apelação interposto pela União:

"XIV - Procedência do pedido. Determinação à Ré (União Federal) para cumprimento das exigências de indicação de local dos restos mortais das vítimas, promovendo-lhes sepultamento condigno com informações necessárias à lavratura da Certidão de Óbito, e dados outros referentes à investigação dos fatos, sob pena de multa cominatória diária.

"XV - A sentença recorrida não contrariou a norma do artigo 460 do CPC, pois não concedera aos autores algo diverso do que lhe fora pedido (*extra petita*), nem condenou a União Federal em quantidade superior ao que se lhe pedira (*ultra petita*), mas ao ordenar "a quebra de sigilo das informações militares, relativas a todas

Inconformada, a Advocacia Geral da União interpôs REsp. ao STJ,[76] sob a alegação de ter o TRF violado o art. 575, inciso II, do CPC, o qual determina que a execução fundada em título judicial deve ser processada pelo juiz que decidiu a causa em primeiro grau. O STJ deu provimento ao REsp., determinando o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau. Atualmente, o processo encontra-se sobrestado no TRF, não havendo, pois, trânsito em julgado da decisão.[77]

Ainda no campo das ações promovidas pelas vítimas do regime militar e por seus familiares merece ser destacada, por conta de seu ineditismo, o ajuizamento de ação declaratória de ocorrência de danos morais e à integridade física, em que figuram no pólo ativo a família Teles[78] e no pólo passivo Carlos Alberto Brilhante Ustra.[79] Pretendem os autores, "ver reconhecida e publicada a relação de autoria dos atos agnominiosos que foram praticados contra a sua dignidade de cidadãos." E completam: "É essa satisfação de ordem moral que os Autores esperam, confiantemente, do Poder Judiciário de um Estado Democrático de Direito". A referida ação tem por objeto, portanto, a obtenção

---

as operações realizadas no combate à Guerrilha do Araguaia e outras medidas correlatas", assim o fizera de forma instrumental, para obtenção imediata das informações necessárias ao atendimento do pleito legítimo dos autores, até então sonegadas pelos prepostos da União.

"XVI - A sentença recorrida, na espécie dos autos, não é de natureza condenatória, nem ressarcitiva, mas, de natureza mandamental, pois a pretensão dos autores tem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, de tolerar e de entrega de coisa pelos agentes administrativos da União promovida, devendo o Poder Judiciário, para a efetivação dessa tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, agir, de ofício ou a requerimento, determinando as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão e remoção de pessoas e coisas, dentre outras, requisitando-se força policial, se for o caso (CPC, arts. 461, §§ 5º e 6º e 461-A, § 2º, com a redação determinada pela Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002).

"XVII - Apelação e remessa oficial desprovidas, determinando-se audiência de instalação dos trabalhos judiciais de quebra dos arquivos da Guerrilha do Araguaia, para a entrega das informações requisitadas nos comandos da sentença mandamental, que, ora, se confirma, para a integral satisfação do legítimo pleito dos autores e total cumprimento do julgado, convertendo-se o feito, se for o caso, em segredo de justiça, a partir daquele ato. XVIII - Apelação desprovida. Sentença confirmada." (AC 2003.01.00.041033-5/DF; APELAÇÃO CIVEL. Rel. Desembargador Federal Souza Prudente. Sexta Turma. 14/12/2004 DJ p. 11).

76 Resp. n. 873.371- DF (2006/0161788-4). Rel. Min. Teori Albino Zavascki. 26.06.2007. DJ: 20/09/2007.

77 Informações disponíveis em ‹http://www.stj.gov.br› e ‹http://www.trf1.gov.br/›. Acesso em 02 fev. 2008.

78 Processo 583.00.2005.202853-5/000000-000 – n. de ordem 1978/2005, movido por César Augusto Teles,(pai), Maria Amélia de Almeida Teles (mãe), Edson Luis de Almeida Teles (filho), Janaina de Almeida Teles (filha) e Criméia Alice Schmidt de Almeida (irmã de Maria Amélia, ex-guerrilheira do Araguaia, mulher de Maurício Grabois), todos co-autores da ação.

79 Carlos Alberto Brilhante Ustra é coronel reformado do Exército Brasileiro. Comandou de setembro de 1970 a janeiro de 1974, o DOI-Codi de São Paulo, órgão de repressão aos grupos armados de esquerda revolucionária envolvidos na luta contra o regime e na tentativa de implantação de um Estado comunista totalitário no Brasil. Houve 502 denúncias de torturas referentes a esse período. Brilhante Ustra é autor do livro "A Verdade Sufocada - A história que a esquerda não quer que o Brasil conheça" em que narra, segundo sua ótica, as estratégias usadas pela esquerda para esconder seus crimes cometidos durante ações armadas com táticas terroristas e só trazer à tona os crimes dos militares. Disponível em ‹http://pt.wikipedia.org›. Acesso em 15 fev. 2008.

de uma tutela jurisdicional que declare a ocorrência de danos morais e à integridade física provocados pelo réu contra os autores, durante as sessões de tortura executadas quando de suas prisões na cidade de São Paulo nos anos de 1972 e 1973 dentre eles, inclusive, duas crianças, Edson e Janaina, filhos de César e Maria Amélia que, à época, contavam, respectivamente, com 4 e 5 anos de idade.[80]

As alegações preliminares apresentadas pelo réu de incompetência absoluta do juízo, de ilegitimidade passiva *ad causam,* de falta de interesse processual por impropriedade da ação interposta e de prescrição do direito, foram rejeitadas pelo Juízo,[81] encontrando-se o processo, atualmente, em fase de oitiva de testemunhas.[82]

No plano internacional, a validade da Lei da Anistia foi posta em exame por força de petição apresentada pela seção brasileira do CEJIL e a Human Rights Watch/Américas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 7 de agosto de 1996, visando à responsabilização internacional do Estado brasileiro por violação aos Direitos Humanos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

---

80 Em carta publicada pelo Observatório da Imprensa, Edson Teles fez o seguinte relato: "Fui preso, aos 4 anos de idade, em minha casa. Assistia ao Vila Sésamo, programa infantil de qualidade rara se comparado aos dias atuais. Fui interrompido pelos agentes do Sr. Ustra, diga-se do DOI-Codi, que à nossa casa invadiram com suas metralhadoras e palavras ofensivas. Estávamos eu, minha irmã de 5 anos e minha tia, grávida de 8 meses. [...] Colocaram-nos no camburão e nos levaram ao "escritório" deste cidadão que hoje tem endereço, salário do Estado e dá-se ao ato provocativo de escrever livros versando sobre parte das mais horríveis na história do Brasil. Lembro-me, ainda no camburão, de ter brincado com uma daquelas armas que, por pura incompetência, haviam deixado ao meu lado e eles "caindo em cima" para tentar arrancá-la de mim, como se eu fosse o terrorista. [...] Nas dependências deste então órgão público/estatal pude ver minha mãe e meu pai em tortura. Após ser assim recebido pelo Ustra (ele em pessoa, não é uma entidade, uma alucinação, é este homem que hoje se diz vítima), fui levado a um lugar onde, através de uma janelinha, a voz materna, que meus ouvidos estavam acostumados a escutar, me chamava. [...] Porém, quando eu olhava, não podia reconhecer aquele rosto verde/arroxeado/ensangüentado pelas torturas que o oficial do Exército brasileiro, Carlos Alberto Brilhante Ustra, havia infligido à minha mãe. Era ela, mas eu não a reconhecia. Esta cena eu não esqueço, não porque arquiteto uma vingança imaginária contra o Ustra. Ela não é uma informação da qual disponho, mas uma marca que talvez só por meio da terapia de meu depoimento público possa acalmar, deslocar para espaços periféricos de minha memória. Reitero meu desejo de vê-lo, o torturador Ustra, no banco dos réus respondendo por seus crimes. Se assim for permitido, serei a primeira testemunha de acusação". Disponível em ‹http://oglobo.globo.com/pais/mat/2006/11/08/286567412.asp›. Acesso em 12 jan. 2008.

81 O despacho saneador constante dos autos traz a seguinte redação: "As preliminares devem ser rejeitadas. O deslocamento da competência para a Justiça Federal dependeria de iniciativa do Procurador-Geral da República, do que não se tem notícia nestes autos, razão pela qual a competência é da Justiça Estadual. Não há no ordenamento jurídico norma que impeça a vítima da atuação de agente estatal de propor ação contra este, fundada em responsabilidade subjetiva, ao invés de demandar contra o Estado. Portanto, o agente, nessa hipótese, é parte passiva legítima. A via eleita – ação declaratória – é adequada, pois se volta à declaração de existência de relação jurídica. Outrossim, a lei de anistia refere-se apenas a crimes, não a demandas de natureza civil. Outrossim, ação declaratória – especialmente no caso destes autos, em que estão em causa direitos da personalidade e direitos humanos -, é imprescritível. Destarte, rejeito todas as preliminares. [...] A controvérsia consiste em saber se o réu praticou os atos que lhe são imputados na petição inicial. Para sua solução, defiro a produção de prova oral e documental." DOE – Edição 27/09/2006.

82 Andamento processual disponível no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: ‹http://www.tj.sp. gov.br›. Acesso em 15 fev. 2008.

A acusação feita contra o Estado brasileiro refere-se aos desaparecimentos de membros da Guerrilha do Araguaia entre 1972 e 1975, quando cerca de 21 pessoas foram presumivelmente mortas durante as operações militares ocorridas na região do Araguaia. A petição alega violação aos artigos 3º (direito à personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (integridade pessoal), 7º (direito à liberdade pessoal), 8º (direito de acesso à justiça), 12 (liberdade de consciência e de religião), 13 (liberdade de pensamento e de expressão), e 25 (direito de ser ouvido em prazo razoável) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos[83] tendo sido admitida pela Comissão Interamericana.[84]

[83] O relatório de admissibilidade da petição na OEA elenca as alegações dos peticionários: a) ao conduzir as operações militares entre 1972 e 1975 o Estado foi responsável pelo desaparecimento das vítimas e violou os artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e à integridade da pessoa), XXV (direito de proteção contra a prisão arbitrária) e XXVI (direito a processo regular) da Declaração; igualmente, a persistência da incerteza sobre o paradeiro destas vítimas constitui uma violação continuada, que por sua vez implica violação do artigo 4° da Convenção, que entrou em vigor para o Brasil em 25 de setembro de 1992; b) na medida em que o Estado falhou em apresentar informações sobre as pessoas desaparecidas, e permitir o esclarecimento dos eventos o Estado violou o direito à verdade (artigos 8, 13 e 25 da Convenção); c) ao não determinar as responsabilidades penais dos indivíduos autores das violações, o Estado violou os artigos 6 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial); d) com relação à impossibilidade de localizar os corpos para dar-lhes um enterro condigno, os peticionários alegam igualmente a violação do artigo 12 (liberdade de consciência e religião); e) as indenizações realizadas e diligências efetuadas para localizar e identificar os corpos de guerrilheiros, medidas adotadas em virtude da Lei n.° 9140 de 1995, não elidem a responsabilidade do Estado de investigar as circunstâncias nas quais ocorreram os desaparecimentos e punir os agentes responsáveis, razão pela qual tanto a Lei de Anistia quanto a referida Lei n.° 9140/95 constituem uma forma independente de violação da Convenção, em seus artigos 8 e 25; f) com relação a todos os direitos da Convenção supostamente violados, alega-se igualmente violação independente do artigo 1(1) da Convenção Americana, pela qual os Estados partes comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela previstos e garantir seu livre e pleno exercício a todas as pessoas, sem discriminação alguma.

[84] Foram os seguintes os argumentos: a) entendeu a Comissão que a despeito dos fatos descritos terem ocorridos a partir de 1972, quando o Brasil ainda não havia ratificado a Convenção Americana, o país já era membro da OEA, estando, pois, sujeito à jurisdição da Comissão, o que ensejou a competência para o exame das violações aos arts. I, XXV e XXVI da Declaração Americana, além do fato de se tratarem de violações continuadas, fato este que embasou a competência para analisar as violações aos arts. 1 (1), 4, 8, 12, 13 e 25 da Convenção Americana; b) A competência *ratione loci* não foi contestada por não haver qualquer divergência relativamente ao local em que os atos foram praticados. Da mesma forma, as competências passiva e ativa *ratione personae* encontram-se devidamente previstas no art. 44 da Convenção Americana, não tendo sido suscitada qualquer controvérsia a esse respeito; c) Relativamente à exigência do esgotamento dos recursos internos, como requisito de admissibilidade da petição, entendeu a Comissão que o processo judicial em tramitação no Brasil desde o ano de 1982, com a interposição de inúmeros recursos por parte da União, sem que tivesse sido proferida, após 18 anos, sequer sentença de mérito em primeira instância justificam a aplicação do art. 46 (2) (c) da Convenção para dispensar o esgotamento dos recursos internos; d) A Comissão também considerou cumprida a exigência de inexistência de ação idêntica em outro órgão ou jurisdição internacional, prevista no art. 46 (c) da Convenção Americana de Direitos Humanos; e) Entendeu ainda a Comissão tratar-se de análise de mérito a alegação de que o Estado não promoveu a reparação adequada às violações alegadas, esclarecendo que, caso sejam comprovadas, configurarão violações aos arts. I, XXV, XXVI da Declaração Americana, bem como aos arts. 1 (1), 4, 8, 12, 13 e 25 da Convenção Americana, afastando a possibilidade de aplicação do art. 47(b) que dispõe como inadmissível a petição de cujos fatos narrados não ensejem violação aos direitos humanos garantidos por este tratado internacional; f) O processo encontra-se em fase de apreciação de mérito junto à Comissão Interamericana. Caso a Comissão entenda que os avanços internos não foram suficientes para satisfazer a demanda, poderá emitir relatório com recomendações a serem cumpridas pelo Brasil, sob pena de o caso ser encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos; g) O último relatório apresentado pelo Governo brasileiro àquela Comissão, em 07 de maio de 2007, informou sobre as

5. Exame crítico das medidas adotadas: a ausência de medidas punitivas

A transição brasileira rumo à consolidação democrática foi lenta e gradual tal como havia sido desenhada pelo governo Geisel nos idos de 1974. Iniciada com sua posse em 15 de março daquele mesmo ano, o seu ritmo ficou ao sabor e à vontade dos militares. Nem mesmo o primeiro governo civil pós-regime, iniciado em 1985, pode ser apontado como o termo final deste processo a despeito de sua importante e inegável simbologia. É que na verdade, a transição somente se completou em 15 de março de 1990 com a posse de Fernando Collor de Mello na primeira eleição direta à presidência em trinta anos.

Com efeito, após o fracasso da campanha pelas eleições diretas em 1984, parte da oposição articulou-se com setores dissidentes do governo militar, o que foi decisivo para a vitória da candidatura de Tancredo Neves e de José Sarney no Colégio Eleitoral. Ocorre que Tancredo faleceu antes de tomar posse, tendo Sarney, legítimo representante das forças políticas que apoiaram aquele regime, assumido a Presidência da República. Mas além deste aspecto, o fato é que os militares não ficaram alijados completamente do poder nos anos que se seguiram. Como apontam Linz e Stepan,[85] "as condições restritivas impostas pelo regime militar hierárquico, ao deixar o poder, afetaram não apenas as origens do novo governo civil, mas também o seu desempenho. Em toda uma gama de assuntos de importância, o governo civil, na melhor das hipóteses, compartilhava a soberania com os militares. […] Em diversas ocasiões, os militares tomaram, unilateralmente, a decisão de enviar ou não tropas para debelar greves. Oficiais da ativa continuavam no controle do Serviço Nacional de Inteligência. Nenhum dos controvertidos programas nucleares brasileiros foi discutido no Congresso. Os militares tiveram uma atuação de peso na imposição de limites à reforma agrária."

Reinava, por outro lado, relativo receio de recrudescimento no processo de "redemocratização". De fato, a radicalização dos movimentos de esquerda nos idos de 1968

---

medidas adotadas pelo Estado, em andamento, dentre as quais a criação do Banco de DNA dos familiares dos mortos e desaparecidos e a repetição de diligências na região do Araguaia para localizar restos mortais.

[85] *A transição e consolidação da democracia. A experiência do sul da Europa e da América do Sul*. Trad. Patrícia Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 205. Para uma análise do período de transição ver: STEPAN, Alfred. *Os militares: da abertura à Nova República.* 4. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

e 1969, longe de fragilizar as bases do regime militar, alimentou o autoritarismo atrasando, por vários anos, o processo de "abertura" idealizado por Castelo Branco. Foram experiências dolorosas e amargas sobre as quais os principais atores políticos não queriam ver repetida. Mais consciente do que inconsciente, este sentimento de "conciliação" generalizou-se. Prova disso se reflete em parte da literatura que foi produzida e que galgou a condição de senso comum no trato de um passado recente sem que a ferida fosse enfrentada diretamente.[86] É o que observa Denise Rollemberg: "no final da década de 1970 e início de 1980, no momento em que a ditadura ia chegando ao fim, num processo sob controle dos que a implantaram, parecia bem mais 'pertinente' uma recuperação do passado recente que não colocasse o dedo na ferida, não abordasse as relações de identidade ou apoio ou omissão ou colaboração de parte expressiva da sociedade com o regime. A tragédia da luta armada, a tragédia do seu isolamento, não rimava com a conciliação. Sob a égide da 'resistência' seria construída a memória daqueles anos. […] Era o momento de volta, mas de volta para construir o futuro e não para reencontrar o passado. O reencontro de 1979 e dos anos seguintes criou um fosse entre o passado e o futuro, como se para fazer esta fosse preciso esquecer aquele.[87]" Mais adiante conclui a autora: "de tão bem recebidas, as versões conciliadoras acabaram prevalecendo não somente em relação às outras versões de esquerdas, mas também em relação às versões dos militares sobre o combate à guerrilha.[88]"

Estão postos, portanto, os principais ingredientes para o excessivo prolongamento da transição brasileira: os militares sempre tiveram o controle do poder ditando o ritmo da "abertura". Paralelamente às "concessões" em prol dos interesses da sociedade civil, outras medidas de controle eram tomadas em atenção aos desejos da "linha-dura". Não houve, portanto, um rompimento brusco do regime autoritário para o democrático. E nesse ponto, a consolidação de um senso comum "conciliátório" foi importante para a instalação do primeiro governo civil em décadas. Dessa forma, parte da oposição, consciente dos riscos de eventuais retrocessos, aderiu ao jogo, apresentando candidatura própria ao Colégio Eleitoral e que, na verdade, era produto de uma conciliação com setores dissidentes que até então haviam apoiado o regime militar e dele tinham se beneficiado. Porém, mesmo durante o primeiro governo civil, os militares continuaram exercendo importante influência nos círculos do poder. Por outro lado, no plano jurídico,

---

86 Exemplo bastante ilustrativo do sucesso desta visão conciliatória é a obra de Fernando Gabeira, *O que é isto companheiro?* Rio de Janeiro: Codecri, 1980.

87 Op. cit., pp. 76-77.

88 Idem.

a transposição do passado somente foi ultimada em 1988 com a promulgação de uma nova constituição, marcadamente liberal.

Nesse cenário, a eleição direta de 1989 e o governo que lhe seguiu poderia ter sido fundamental para que o passado fosse enfrentado em diferentes bases. Mas assim não o foi. Os militares, é certo, ainda exerciam grande influência. De outro, o fracasso econômico e os escândalos políticos tomaram a agenda de todo o mandato de Fernando Collor de Mello, fragilizando a crença da opinião pública na supremacia dos valores democráticos. Prova desta percepção fez-se sentir em diferentes pesquisas de opinião realizadas por institutos especializados. Em 1988, por exemplo, 46% dos entrevistados considerou que a situação geral do país era melhor durante o regime militar contra apenas 17% que apontou para a chamada "Nova República".[89] Em 1992, por outro lado, apenas 42% da população reputou a democracia preferível a qualquer outra forma de governo.[90] Em suma, os valores democráticos não estavam ainda consolidados na população. E o que era pior: vigorava uma espécie de saudosismo do regime militar.

Não havia, portanto, um clima favorável para qualquer discussão sobre a validade da Lei de Anistia ou mesmo para a responsabilização dos militares pelos crimes praticados, até mesmo porque o Governo Collor enfrentou uma aguda crise de autoridade e de legitimidade após a divulgação de sucessivos escândalos de corrupção e que conduziram a um delicado processo de *impeachment*. E mesmo durante o mandato de Itamar Franco, as energias foram concentradas para a estabilização econômica e política do país. Somente há poucos anos, com a superação de muitos dos graves problemas econômicos, é que alguns temas voltaram à tona, restritos, contudo, a um pequeno círculo acadêmico. Não há, de fato, uma sensibilização nacional para a questão.

Atualmente questões como a propalada possibilidade de extradição ao governo italiano de onze policiais e militares brasileiros[91] envolvidos na operação clandestina de

---

[89] Dados do Ibope de abril de 1988. Lamounier, Bolívar; Marques, Alexandre H. "A democracia brasileira no final da 'década perdida', in. Lamounier, Bolívar. *Ouvindo o Brasil: Uma análise da opinião pública brasileira hoje*. São Paulo: Sumaré, 1992, p. 149.

[90] Pesquisa feita pelo Instituto Datafolha em fevereiro de 1992. (Juan Linz e Alfred Stepan. *A transição*..., op. cit., p. 209).

[91] Octávio de Medeiros, ex-ministro do Serviço Nacional de Informações (SNI), os coronéis Carlos Alberto Ponzi e Luís Macksen de Castro e os generais Euclydes de Oliveira Figueiredo Filho (irmão do ex-presidente Figueiredo) e Henrique Domingues, Agnello de Araújo Britto (ex-superintendente da Polícia Federal do Rio de Janeiro), Edmundo Murgel (ex-secretário de Segurança do Rio), Antônio Bandeira (ex-comandante do 3º Exército), João Leivas Job (ex-secretário de Segurança do Rio Grande do Sul), Átila Rohrsetzer (ex-diretor da Divisão Central de Informação) e o ex-delegado gaúcho Marco Aurélio da Silva Reis. Notícia disponível em ‹http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac107373,0.htm›. Acesso em 15 fev. 2008.

repressão a atividades subversivas batizado de Operação Condor,[92] não encontrou coro unânime nos formadores de opinião.[93] Por outro lado, e a despeito da não apresentação de pedido formal de extradição dos acusados, as primeiras manifestações das autoridades brasileiras acerca do tema permitem antever o delineamento jurídico que será dado. Com efeito, ao ser questionado sobre a questão, o Ministro da Justiça, Tarso Genro, declarou que a Constituição Federal impede a extradição de brasileiros, devendo o seu despacho dirigir-se no sentido do cumprimento do ditame constitucional.[94] No mesmo sentido manifestou-se o ministro do STF, Marco Aurélio Mello, ao ressaltar que a não extradição de brasileiros natos é "regra constitucional inafastável".[95]

5. Conclusões

O cenário da segunda metade do século XX revela um país polarizado pelos debates travados entre marxistas e liberais e a presença forte nos discursos políticos dos paradigmas antagônicos criados na Guerra Fria, entre o mundo ocidental capitalista e

---

[92] A operação uniu os organismos de repressão do Brasil, Chile, Argentina, Uruguai, Paraguai e Bolívia nas atividades de perseguição e assassinato dos opositores dos regimes militares instalados nesses países.

[93] Bastante representativo dessa postura é o editorial publicado pela Folha de São Paulo em 29 de dezembro de 2007, sob o título "Moral, justiça e política", do qual destaca-se o seguinte trecho: "Ponderados os ganhos e as perdas para o sistema democrático, percebeu-se que haveria avanço ao ignorar as responsabilidades individuais de quem tenha cometido crimes por motivação política no período. Foi um preço a pagar, como acontece em toda negociação desse gênero. As vítimas do regime, vale lembrar, não poderiam considerar-se, na maioria dos casos, militantes da democracia. Alguns mataram inocentes em nome de um ideal que, quando realizado, nenhum respeito aos direitos humanos manifestou. Condenar moralmente os envolvidos na Operação Condor, e reconhecer seus abjetos pormenores, é iniciativa relevante do ponto de vista da educação democrática do continente. Mas, também nos interesses do sistema democrático brasileiro, seria erro grave romper o pacto político na Lei da Anistia e ignorar a legislação sobre extradição e prescrição de crimes. Sem complacência, mas com serenidade: é desse modo que cabe encarar o problema. O domínio da lei é o que diferencia as democracias das ditaduras." Em sentido contrário, o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção Rio de Janeiro (OAB-RJ), Wadih Damous, defendeu que o governo brasileiro conduza sua própria investigação sobre os brasileiros que tiveram ordem de prisão pedida pela Justiça italiana por conta de sua suposta participação na Operação Condor. Na avaliação de Damous, "o Brasil, infelizmente, renunciou a averiguar o próprio passado". Mas diz que "é de se esperar, agora, que o governo brasileiro conduza a sua própria investigação e puna os culpados. Torturas e assassinatos políticos são crimes imprescritíveis e não devem dar causa a surtos de nacionalismo extemporâneos", afirma. Notícia disponível em ‹http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac101585,0.htm›. Acesso em 15 fev 2008.

[94] Notícia disponível em ‹http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI2176479-EI5030,00.html›. Acesso em 15 fev. 2008.

[95] Notícia disponível em: ‹http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI2176182-EI306,00.html›. Acesso em 15 fev. 2008.

o ideal socialista enraizado no Leste Europeu e infiltrado nas Américas, notadamente, a partir da revolução cubana de 1959.

O temor dos "perigos do comunismo" aliado aos fatores econômicos desfavoráveis e às insatisfatórias tentativas de controle político do país por parte dos grupos articulados em torno da UDN foram as principais causas que levaram ao golpe civil-militar de 1964, que se deu sem maiores transtornos e com o apoio da direita conservadora e moderada.

A partir de 1964, portanto, sob o manto da legalidade, artificialmente elaborada por meio de sucessivos atos institucionais, o regime militar procurava se justificar como revolucionário e, por necessidade de coerência, de caráter provisório. Contudo, daí sucederam-se duas décadas de avanços e recuos, ou, como se dizia na época, de "aberturas" e "endurecimentos", tendo como ponto culminante a edição do AI-5, primeiro ato de caráter não provisório, que revelou a face mais autoritária do regime militar.

Durante o período de ditadura militar, todas as tentativas de "resistência armada" foram devidamente sufocadas e expurgadas, até porque não ganharam a anuência da população, alijada do processo pelo controle da informação e pela mitigação e supressão dos direitos civis e políticos. A Guerrilha do Araguaia, movimento de luta armada de maior envergadura ocorrido no Brasil durante o regime militar, foi exterminado em pouco mais de dois anos de reiteradas incursões militares na área de sua concentração.

Cuidadosamente articulada, a transição brasileira rumo à consolidação democrática foi lenta e gradual conforme a vontade dos militares, iniciando-se lentamente em 1974, sendo que nem mesmo o primeiro governo civil pós-regime, iniciado em 1985, pode ser apontado como o termo final deste processo, o qual somente se completou, em verdade, em 1990, com a primeira eleição direta à presidência em trinta anos. Durante o longo período de transição, os militares sempre tiveram grande influência e poder em todas as decisões políticas importantes do país.

Por outro lado, no plano jurídico, a transposição do passado começou com a publicação da Lei de Anistia, em 1979, a qual terminou por ser interpretada de forma favorável aos agentes do Estado que atuaram violentamente durante o período de ditadura, e somente foi ultimada em 1988 com a promulgação de uma nova constituição, marcadamente liberal.

Ocorre que a concentração de esforços para estabilizar a economia do país e a crença no espírito conciliatório que animou o retorno da democracia acabaram por deslocar para um plano inferior as necessárias medidas para confrontar o passado. Nesse

cenário, reflete-se clara a demora na tomada das providências de elucidação dos crimes praticados contra civis, bem como a devida reparação das vítimas do regime militar e de seus familiares.

A insuficiente declaração de ausência dos desaparecidos durante o regime militar somente foi parcialmente sanada com a publicação da Lei 9.140/95, em que o Estado reconheceu a responsabilidade pelas mortes dos desaparecidos por ela elencados, abrindo a possibilidade de novos reconhecimentos com a criação da Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos. Ocorre que a ausência de resposta do Estado quanto à localização das pessoas mortas pelo regime militar, não suprida pela referida legislação, impulsionou o ajuizamento de ações perante a Justiça Federal. A demora nas decisões levou, ainda, a utilização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mediante o expediente de ações.

Instaurou-se, assim, no Brasil, o sigilo das informações sobre muitos dos desaparecidos durante o regime militar. A resposta do Estado, por sua vez, além de demorada, tem sido reputada pelas vítimas e por seus familiares como insuficiente e insatisfatória A transição extremamente prolongada aliada à necessidade de superação de graves problemas econômicos desarticulou a opinião pública em torno do assunto. É por isso que se afirma ter a Lei de Anistia, ainda que em razão de outros fatores, atingido, de certo modo, o seu objetivo.

De qualquer modo, os debates, que ainda estão concentrados no plano acadêmico, estão ganhando força, sobretudo após a articulação de outros governos cujos nacionais foram vítimas de crimes cometidos no Brasil e na América Latina nos regimes ditatoriais. Se estas medidas serão suficientes para ampliar o debate em torno dos efeitos da Lei de Anistia é uma questão por demais difícil de ser respondida. Um novo consenso, em reais bases, deverá ser articulado. Espera-se, ao menos o resguardo do direito à memória. É o legado indispensável às novas gerações.

Bibliografia

Andrade, Régis de Castro. "Perspectivas no Estudo do Populismo Brasileiro", *Encontros com a Civilização Brasileira,* n. 7, 1979, pp. 41-86.

Arinos, Afonso. *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*. 2. ed., São Paulo: Alfa-Ômega, 1974.

Arquidiocese de São Paulo. *Brasil: nunca mais*. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

Benevides, Maria Victoria de Mesquita. *A UDN e o udenismo. Ambigüidades do liberalismo econômico brasileiro (1945-1965)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

Bobbio, Norberto. *Dicionário de política*. 12. ed., trad. João Ferreira, Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed, São Paulo: Malheiros, 2005.

Castro, Celso; D'Araújo, Maria Celina (org.). *Dossiê Geisel*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Brasil, Direito à Memória e à Verdade,* Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.

Dallari, Dalmo de Abreu. *Crimes sem anistia.* In: Janaína Teles (org.). *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?* São Paulo: Humanitas, 2001.

Dreifuss, René. *1964: a conquista do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1981.

Fausto, Boris. *História do Brasil*. 6. ed., São Paulo Universidade de São Paulo, 1999.

Fico, Carlos. "Espionagem, polícia política, censura e propaganda: os pilares básicos da repressão". Jorge Ferreira, Lucilia de Almeida Neves Delgado (org.). *O Brasil republicano. O tempo da ditadura. Regime militar e os movimentos sociais do século XX*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 169-205.

Gabeira, Fernando. *O que é isto companheiro?* Rio de Janeiro: Codecri, 1980.

Gaspari, Elio. *A ditadura envergonhada*. 4 reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

— *A ditadura Encurralada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

Gorender, Jacob. *Combate nas Trevas*. 6. ed., São Paulo: Ática, 2003.

Jaguaribe, Helio. "A renúncia do Presidente Quadros", in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 1, n. 1, novembro de 1961, pp. 272-311.

Jordão, Fernando. *Dossiê Herzog: prisão, tortura e morte no Brasil*. São Paulo: Global, 1979.

Lamounier, Bolívar; Marques, Alexandre H. "A democracia brasileira no final da 'década perdida'". In: Bolívar Lamounier. *Ouvindo o Brasil: Uma análise da opinião pública brasileira hoje*. São Paulo: Sumaré, 1992.

Linz, Juan J.; Stepan, Alfred. *A transição e consolidação da democracia. A experiência do sul da Europa e da América do Sul*. Trad. Patrícia Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

Luppi, Carlos Alberto. *Manoel Fiel Filho: quem vai pagar por este crime?* São Paulo: Escrita, 1980.

Marconi, Paulo. *A censura política na imprensa brasileira: 1968-1978*. São Paulo: Global, 1980.

Moraes, Mário Sérgio de. *O ocaso da ditadura*. Caso Herzog. São Paulo: Barcarolla, 2006.

Moura, Maria Thereza Rocha de Assis *et al*. *Informe Nacional Brasil*. In: Kai Ambos, Ezequiel Malarino (eds.). *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España.* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003.

Pedreira, Fernando. *O Brasil político*. São Paulo: DIFEL, 1975.

Portela, Fernando. *Guerra de guerrilhas no Brasil*. São Paulo: Global: 1979

Reale Jr., Miguel. *A Comissão Especial de Reconhecimento dos Mortos e Desaparecidos Políticos*. In: Janaína Teles (org.). *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?* São Paulo: Humanitas, 2001.

Rollemberg, Denise. In: Jorge Ferreira, Lucilia de Almeida Neves Delgado (org.). *Esquerdas revolucionária e luta armada. O tempo da ditadura: regime militar e movimentos sociais em fins do século XX.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 45-91.

Santos, Wanderley Guilherme dos. *Estratégias de descompressão política*. Brasília: Instituto de Pesquisas, Estudos e Assessoria do Congresso, 1973.

Skidmore, Thomas E. *Uma história do Brasil*. 4. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2003.

— *Brasil: de Castelo a Tancredo*. 8. ed., Rio de Janeiro, 1988.

Stepan, Alfred. *Os militares: da abertura à Nova República*. 4. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

Syrks, Alfredo. *Os carbonários: memórias da guerrilha perdida*. São Paulo: Global, 1980.

CHILE

*José Luis Guzmán Dalbora**

SUMARIO

La justicia de transición en Chile se ha servido de mecanismos de verdad y reparación, paralelamente a los juicios penales. Tales mecanismos se han revelado fructuosos en el proceso de recomposición del Estado de derecho y en la formación de una mentalidad democrática y respetuosa de los derechos fundamentales, sobre todo en los órganos que dieron sustento al régimen de gobierno que perpetró graves fechorías contra estos últimos entre 1973 y 1990. El autor pasa revista a las comisiones creadas y tareas emprendidas oficialmente tras el término del régimen militar, destacando la seriedad de su prosecución, como también que, lamentablemente, esta no ha conseguido hacer surgir las reformas constitucionales y legales que requiere el fortalecimiento del Estado de derecho en el país. Concluye con una recomendación de prudencia a la hora de evaluar los procesos de justicia de transición, cuyo éxito o fracaso en un país determinado no son señas de que deba ocurrir otro tanto en otras comunidades nacionales, pues cada realidad, histórica y política, es diferente.

* El autor agradece a don Sebastián Cabezas Chamorro, miembro del Seminario de Derecho Penal en la Universidad de Valparaíso, la colaboración que le prestó en la búsqueda de los proyectos legislativos nombrados en el texto.

1. Introducción

Una especial dificultad se presenta para quien quiera que acometa la tarea de ofrecer una descripción general del conflicto que vivió el país en 1973-1990 bajo el régimen militar encabezado por Augusto Pinochet Ugarte.

Por cierto, tal dificultad no radica en dar cuenta de las fechorías perpetradas por servidores directos o colaboradores oficiosos del régimen, como tampoco en lo que respecta a su número y naturaleza jurídica. En efecto, y como tenemos escrito en otro lugar,[1] la persecución y el exterminio políticos instaurados durante la satrapía castrense,[2] especialmente en el período más cruel, desde septiembre de 1973 hasta finales de 1976, se tradujeron en un crecido número de secuestros de personas consideradas como enemigos del gobierno, seguidos de la tortura y, a menudo, el asesinato del detenido, además de allanamientos de morada, asociaciones ilícitas, amenazas extorsivas, falsedades documentales, reproducción ilegal o supresión de expedientes judiciales, etcétera, e incluso homicidios cometidos para encubrir el hecho principal. Ciñéndonos nada más que a los crímenes a cuya ensambladura general se abocaron las comisiones y los organismos oficiales creados después del hundimiento del régimen, o sea, secuestros, asesinatos, homicidios y aplicación de tormentos a detenidos, resulta que tres mil ciento setenta y ocho personas fueron víctimas de desapariciones forzadas, perdiendo la vida durante el cautiverio, y veintisiete mil doscientas cincuenta y cinco cayeron detenidas por motivos políticos, pero pudieron sobrevivir a la irrogación de diversas formas de tormento por sus captores.[3]

---

[1] Véase nuestro informe sobre la jurisprudencia chilena en materia de crímenes internacionales, contenido en el volumen *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 131-158.

[2] Minuciosamente documentados en el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, 2 vols., Santiago de Chile, 1991, y en el *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, Santiago de Chile, 2005.

[3] Datos establecidos por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, en su informe citado en la nota precedente, t. II, especialmente p. 883, y la Corporación Nacional de Reconciliación y Reparación, en su *Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política*, Santiago de Chile, 1996, cf. p. 565, que complementó la cifra de personas muertas o desaparecidas después de haber sido privadas de su libertad, registrada un lustro antes por la Comisión. En cuanto a los torturados que libraron con vida el trance, véase el *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, cit., pp. 471 ss. En pp. 177 y 205 se consigna que más del 94% de quienes sufrieron prisión política afirman haber sido atormentados por agentes del aparato estatal.

El problema concierne más bien al contexto político, social y cultural que propició la perpetración de esos crímenes, luego desarrollados como parte de una estrategia organizada de destrucción de grupos humanos tildados como enemigos y de amedrentamiento de la población en general, espectro sin precedente alguno que quepa rastrear con éxito en la historia del país. Es precisamente lo inédito del fenómeno aquello que torna asaz compleja su explicación, por no mencionar las encontradas opiniones que todavía subsisten acerca de las causas reales del golpe de Estado de 11 de septiembre de 1973, fecha a partir de la cual lo que había sido un agudo conflicto político, por momentos violento y de tendencia apocalíptica, desembocaría en la despiadada persecución de una de las facciones hasta ese momento en liza, merced al empleo sistemático de medios criminales. Entrambos elementos gravitaron en la metodología que utilizarían las comisiones y organismos a que antes se hizo referencia, para acometer la tarea de contribuir a un esclarecimiento global de los más graves atentados cometidos contra las personas en sus bienes jurídicos de mayor significación. Así, la constatación de que "las violaciones de derechos humanos ocurridas a partir del 11 de septiembre de 1973 tenían un carácter único en cuanto a su gravedad, sistematización y número, y por el hecho de no haber sido reconocidas por el Estado ni conocidas debidamente por la opinión pública", tampoco fue obstáculo para que dichas entidades abordaran las condiciones políticas, jurídicas y sociales presentes a esa fecha, que en su concepto guardaban una "relación indisoluble" con lo ocurrido después e hicieron "más que probable que se dieran las violaciones de los derechos humanos".[4]

Puesto que no hemos de reproducir aquí pormenorizadamente los resultados alcanzados por esas entidades, y tanto menos arrogarnos competencias de que carecemos —las del historiador—,[5] nuestro interés se cifrará en lo de veras importante para el

---

[4] *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, cit., t. I, pp. 19 y 20, aunque allí mismo se subraya a renglón seguido: "aun cuando ciertas circunstancias hagan más probable la comisión de ciertos hechos, o debiliten las defensas institucionales y sociales que contribuyen a prevenir que ellos se cometan, en ningún caso justifican ni excusan, en medida alguna, que se violen normas legales y éticas de carácter absoluto" (ibídem. La aclaración se repite varias veces a lo largo del informe; por ejemplo, en p. 33). Lo propio puede leerse en el *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, cit., cf. p. 161.

[5] La bibliografía especializada sobre el período en cuestión no es todo lo cuantiosa que cabría suponer, y, en todo caso, la proximidad de los hechos complica su reconstrucción imparcial, amén de una genuina comprensión histórica (fenómeno observado de antiguo: "Il momento in cui si lavora a rovesciare un sistema, non è il più adatto a farne imparzialmente la storia", escribió Alessandro Manzoni en la *Storia della colonna infame. Con una nota di Leonardo Sciascia*, Palermo: Sellerio, 5.ª ed., 1995, p. 50). Como sea, son de nombrar algunos títulos: Barros: *La Junta militar. Pinochet y la Constitución de 1980.* Santiago de Chile: Sudamericana, 2005; Cavallo: *La historia oculta del régimen militar,* Santiago de Chile: Grijalbo Mondadori, 2001 (libro escrito por un periodista, mas de extraordinario rigor); Correa Sutil y otros: *Historia del siglo xx chileno. Balance paradojal*, Santiago de Chile: Sudamericana, 2001; Illanes: *La batalla de la memoria. Ensayos históricos de nuestro siglo*, Santiago de Chile: Planeta, 2002; Izquierdo Fernández: *Historia de Chile*, 3 vols., Santiago de Chile: Andrés

presente informe. No ya la crisis política y social que preparó, acompañó y alimentó la instauración del gobierno militar, sino solo los elementos de variado orden que circundaron la ocurrencia de los crímenes cometidos a la sazón, su ulterior ocultamiento y los efectos de todo ello en las víctimas. Por lo demás, los términos que asumirían el papel de palabras de orden en el quindenio siguiente, con miras a un ajuste de cuentas y, a la vez, reobrar sobre las lacerantes consecuencias de un pasado de siniestra memoria, convergen casi sin excepción en esas atrocidades: *verdad, reparación, justicia*. Verdad, en cuanto a arrojar luz sobre hechos que durante luengos años fueron objeto de franca negación o minimización deliberada por el aparato estatal; reparar, en el sentido de conceder una compensación moral y económica a víctimas que habían quedado en el anonimato oficial, como también a sus deudos, por los estragos de toda índole que sufrieron en sus existencias; justicia, por modo de perseguir criminal y civilmente las responsabilidades del caso, lo cual no había sucedido o resultó infructuoso hasta 1991. Solo la voz *reconciliación*, también invocada con frecuencia desde aquel lance, escapa a estas coordenadas. Pero ello es explicable, ya que acordar ánimos desunidos es algo que excede con mucho las posibilidades de la justicia penal, y, contemplado como el hecho psíquico que es, parece dudoso que se haya dado alguna vez a lo largo de la historia de la humanidad, amén de que supone, como requisitos imprescindibles, un arrepentimiento y un olvido que el Estado no puede imponer sin degenerar en tiranía. Por su indudable trasfondo moral, es más, religioso, hay que dejarla, pues, completamente fuera de nuestra consideración.[6]

En 1973 se vivía una encontrada polarización ideológica, con posturas intransigentes y algunas proclives al enfrentamiento armado como solución de la crisis, que era tanto política como social. Esta condición entraba en franca pugna con la trayectoria democrática del país y la vocación de convivencia que había imperado en él. Sin embargo,

---

Bello, 1989-1990; Salazar Vergara y Pinto Vallejos: *Historia contemporánea de Chile*, 5 vols., Santiago de Chile: LOM, 1999; Urzúa Valenzuela: *Historia política de Chile y su régimen electoral (desde 1810 a 1992)*, Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1992; Valdivia Ortiz de Zárate: *El golpe después del golpe.* Leigh *versus* Pinochet. *Chile 1960-1980*, Santiago de Chile: LOM, 2003, y Vial Correa: *Historia de Chile (1891-1973)*, 6 vols., Santiago de Chile: Zig-Zag, 4.ª ed., 2001.

6 Lo mismo piensa un reconocido historiador. Junto con destacar que "la idea de 'reconciliación' nos remite a una lógica religiosa", la de "arrepentimiento, penitencia y, en última instancia, conversión", añade que ningún conflicto habido en la historia, incluyendo los protagonizados por el totalitarismo europeo promediando el siglo XX, fue seguido de procesos que aportaran justicia y olvido. Siendo, por lo demás, "propio del totalitarismo querer olvidar", concluye, a mi entender con razón, que, "para que sea verdaderamente útil y enriquecedor, al pasado hay que permanentemente invocarlo, emplazarlo, cuestionarlo, darle contenido". Jocelyn-Holt Letelier: "Ni reconciliación, ni olvido", en *Encuentro académico sobre reconciliación y democracia*, Santiago de Chile: Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, 1995, pp. 25-29.
Acerca de la reconciliación como "coexistencia no letal" o "armonía social" (o sea, en definitiva, como orden jurídico, que es ya muy otra cosa), cf. Ambos: *El marco jurídico de la justicia de transición. Especial referencia al caso colombiano*, Bogotá: Temis, 2008, pp. 16-17.

lo mismo dentro de la coalición de partidos que sustentaba el gobierno del presidente Salvador Allende Gossens, que en la barricada opuesta, la de la oposición, terminaron por predominar sectores que veían en el adversario un enemigo y desarrollaron una mentalidad propincua a anularle mediante la fuerza.[7]

Sobre estos elementos se construyó la represión llevada a cabo inmediatamente después por el régimen militar. Las fuerzas armadas, que nutrían un antiguo anticomunismo, reforzaron esa propensión con la denominada *doctrina de la seguridad nacional,* en otras palabras, la justificación y los procedimientos de una guerra sin límites jurídicos ni escrúpulos de conciencia contra la subversión marxista, según una fraseología que venía siendo inculcada a la oficialidad en los Estados Unidos de Norteamérica tras el triunfo de la revolución cubana. Se comprenderá que, en tales circunstancias, no eran de suponer miramientos en el trato de los grupos derrotados con el *Putsch* de septiembre de 1973, una derrota en toda la línea, ya que el nuevo gobierno se hizo del completo control del país en el arco de veinticuatro horas, con escasa o nula resistencia armada.

A semejante condicionamiento ideológico son de añadir factores jurídicos y sociales, que posibilitaron la comisión masiva de crímenes contra los vencidos.[8] El régimen militar se enseñoreó de y concentró todos los Poderes del Estado, incluido el constituyente, desde el primer momento y durante todo el arco de su existencia. Proscribió o suspendió a los partidos políticos, disolvió el Parlamento, empasteló o censuró la prensa, declaró en interinato a todos los funcionarios públicos, controló los sindicatos, intervino las Universidades. A estas medidas, orientadas a acallar cualquier atisbo de oposición a sus designios y procedimientos, hicieron escolta otras, de propaganda, con las que se buscó difundir en la comunidad la representación de la realidad de la guerra subversiva y crear entre los ciudadanos un ambiente favorable a la adopción de medidas draconianas en contra de los sujetos que la desarrollaban, motejados como traidores y enemigos de la patria.[9] Por cierto, ninguna de las víctimas de tales medidas recibió el amparo del

---

7 "Presentada así, en ambos extremos, la figura del enemigo político como despreciable, su aniquilamiento físico parecía justiciero, si no necesario, y no pocas veces se llamó a él abiertamente". *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, cit., t. I, p. 38.

8 Como también contra individuos sin vinculación política alguna, en especial durante los meses (septiembre a diciembre de 1973) en que la persecución fue generalizada, como un rastrillo, o, si se prefiere, no selectiva. De hecho, el número más elevado de víctimas lo componen personas de las que no se conoce militancia política, y entre estas, fueron mayoría absoluta obreros y campesinos. Véanse el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, cit., t. I, pp. 885 y 887, y el *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, cit., p. 179. De este proceder arbitrario podrían extraerse interesantes conclusiones en cuanto a la real formación de los cuerpos armados en el trato con personas indefensas y, yendo más allá, a una subterránea "justicia de clases"; pero tal tarea, desde luego, sobrepasa con largueza nuestro limitado propósito.

9 *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, cit., cf. pp. 162-163.

Poder Judicial, el único al que no se había extendido el guante interventor, comenzando por la Corte Suprema, que apoyó decididamente a las nuevas autoridades, restó validez o importancia a las diversas acusaciones o denuncias sobre lo que estaba pasando en el país, premió a los jueces colaboradores con el gobierno y, en cambio, hostigó a los pocos magistrados que tuvieron el coraje de proceder con independencia, o lo que es igual, de cumplir su función.[10]

Esto aparte, los crímenes sobrevendrían en medio de la desinformación, indiferencia e incluso tolerancia de la sociedad, a menudo cohonestados con la suposición de que detenidos, muertos, exiliados, etcétera, se habían hecho merecedores de su suerte porque tenían planeado matar a sus oponentes; muestra visible de la debilidad de las convicciones chilenas en materia de derechos fundamentales y del poco arraigo cultural de la garantía básica, esto es, "que toda persona debe ser respetada en sus derechos humanos, en especial aquellos más esenciales, cualquiera que sea el cargo que se le impute o el daño que supuestamente haya causado".[11]

En resumen: poder total, percepción del que disiente como hostil, perversión del ordenamiento jurídico y silencio en el espectro social, ministran el contexto en que ocurrirían los hechos criminosos de cuya reparación y sanción entra a ocuparse el país una vez retomada su marcha democrática.

2. Mecanismos de superación del pasado conflictivo

Urge advertir que cuando hablamos de la *superación de un pasado conflictivo* entendemos referirnos tan solo al enjuiciamiento penal de los crímenes perpetrados en su decurso y a la reparación extrajudicial de víctimas o deudos por parte del Estado. Superar significa en castellano vencer obstáculos o dificultades, como también rebasar

[10] El oscuro papel cumplido por el Poder Judicial quedó profusamente ilustrado en el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, cit., t. I, pp. 95-104, y el *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, cit., pp. 171-177.

[11] *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, cit., t. I, p. 442. La única excepción a este sombrío cuadro la proporciona la actitud de las iglesias, que prestaron apoyo y protección a los perseguidos y a sus familiares mientras imperó el régimen militar, haciendo caso omiso de las represalias, aun homicidas, que afectarían a algunos sacerdotes.

los que se ofrezcan en una progresión o itinerario. Nada de esto tiene que ver con la llamada *reconciliación*, que hemos excluido de nuestro interés.

Aun con esta advertencia, empero, el nombre propuesto no es todo lo preciso que sería de desear para la caracterización del objeto de este epígrafe. Como lo pasado designa un tiempo y unos sucesos que ya no pertenecen al momento presente, en otras palabras, hechos que se dejó atrás, predicar de ellos unos mecanismos de superación carece, en verdad, de todo sentido. Se superan problemas o desafíos actuales, no cuestiones periclitadas. A menos que, es claro, ese pretérito no sea lo que aparenta, que persista todavía en sus efectos como una pieza sin resolver, ora en la vida de uno o más individuos, ora en el entramado de ideas y demás rasgos que distinguen a una comunidad. En este último orden de consideraciones, no faltan motivos para sustentar que aquello que el país no ha superado, ni conseguirá vencer mientras persista la falta de una disposición seria y desapasionada a discutir a fondo sobre el argumento, es el conflicto político y el antiguo desgarro social que culminaron en el quiebre de 1973, una ruptura cuyas huellas se perciben con toda su pujanza en la estructura política y en vastos e importantes segmentos del ordenamiento jurídico, como trasunto del aniquilamiento de cierto programa ideológico a manos de otro, seguido de una compleja urdimbre concebida para que el primero, y nada que se le parezca, pueda siquiera alzar su cerviz.

Sin embargo, dado que la aplicación de los preceptos penales, al igual que la de las disposiciones civiles y administrativas que nos incumben, tiene como presupuesto la realización de actos antijurídicos sobre los cuales el derecho ordena reobrar, actos que pertenecen por definición al pasado —el empleo de cualesquiera sanciones, homogéneas o heterogéneas respecto del deber vulnerado, demanda la ocurrencia del hecho condicionante, que yace antaño—, podemos emplear la equívoca expresión, siempre que con ella se aluda a la sanción jurídica de conductas que jalonaron un pretérito cuya envergadura arrolladora se demostró capaz de sobrepujar los diques opuestos por el derecho positivo contra la barbarie y su afición por el *vacuum iuris*. En este preciso ámbito se inscriben los mecanismos empleados por el Estado chileno en pos de *superar* el pasado, a saber, una reacción penal y otra de naturaleza civil y administrativa.

En cuanto a la primera, desde la instalación de los gobiernos democráticos se dejó en claro que la reconstrucción general de los crímenes, la identificación de sus víctimas, la reparación de los daños sufridos por estas y las medidas por adoptar para mantener fresco el recuerdo de las atrocidades e impedir su repetición tenían que correr a las parejas y en modo alguno serían óbice de la persecución de las responsabilidades penales.

Los entes instituidos con fines de verdad y reparación no debían atribuirse funciones propias de los tribunales de justicia, pronunciarse sobre la responsabilidad que pudiese caber a personas determinadas por los hechos de que tomasen conocimiento, ni interferir en procesos pendientes de fallo. Es más, en sus estatutos legales y reglamentarios se dijo que, de recibir antecedentes relativos a actos delictivos, debían ponerlos sin más a disposición de los tribunales competentes.[12] De ahí que el Estado de Chile no consideró siquiera la posibilidad de representar una parodia de justicia penal, en otras palabras, servirse del aparato jurisdiccional con el fin de establecer hechos, pero no declarar el derecho aplicable a ellos.[13] No es solamente que semejante opción contradiría las exigencias constitucionales sobre el *ius dicere* y, en su inédita estampa, tampoco habría sido comprendida por los jueces encargados de escenificar la dramatización, sino que, antes que apaciguarlo, habría exacerbado el clima social y anulado los inveterados reclamos de las organizaciones que representan a las víctimas, aparte que entre las nuevas autoridades, incluidos algunos presidentes de la República, se cuentan personas que sufrieron en carne propia los estragos de que se habla aquí. De ahí, también, que tampoco cobró realidad una política de premios para reducir responsabilidades criminales so capuz de facilitar el hallazgo de los cuerpos de los detenidos-desaparecidos.[14]

---

[12] Artículos 2.° del decreto supremo número 355, de 25 de abril de 1990, que estableció la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación; 4.° de la ley número 19123, de 8 de febrero de 1992, ídem, la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, y 3.° del decreto supremo número 1040, de 26 de septiembre de 2003, ídem, la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura.

[13] Obsérvese, empero, que desde 1995 el Parlamento ha conocido tres proyectos de ley orientados, ya a extender la aplicación del decreto-ley 2191, de 19 de abril de 1978 (cuyo artículo 1.° concedió amnistía a *"todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores, hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas")* mediante una interpretación auténtica posterior, con el objeto de impedir la prosecución de las investigaciones en los procesos pendientes y sobreseerlos de inmediato, ya a conceder una nueva amnistía a los autores de delitos cometidos entre esa fecha y marzo de 1990, época del término del régimen militar. Con solo una excepción, dichos proyectos fueron presentados por parlamentarios adictos al último. Pueden consultarse en los *Boletines* números 1622-07, 1632-07 y 1657-07 de la Cámara de Diputados. Todos fueron retirados.
Se opuso a ellos un proyecto gubernamental, hoy archivado, con el que se buscó asegurar que la "amnistía al revés" del régimen pudiese significar plazos para llevar a término las investigaciones de los delitos correspondientes y frustrar así el establecimiento de la verdad individual respecto de lo ocurrido con los detenidos-desaparecidos. Véase el *Boletín* número 3983-07. Y es verdad que durante algún tiempo tales procesos arriesgaron convertirse en meros "juicios de la verdad", seguidos de la aplicación mecánica de la amnistía. Sin embargo, la jurisprudencia, sobre todo la de los tribunales superiores, desde 1998 ha denegado en la gran mayoría de las causas dar vigencia al cuestionado decreto-ley, por considerarlo incompatible con las obligaciones internacionales del Estado de Chile en materia de crímenes de guerra. Semejante inteligencia no deja espacio para pseudojuicios sobre la verdad. Nos explayamos al respecto en nuestro informe citado *supra*, nota 1.

[14] Con todo, un proyecto senatorial de 2005 quiso reducir a diez años las penas impuestas o por imponer a agentes del Estado que se hicieron reos de delitos contra la vida, la salud individual y la libertad ambulatoria entre marzo de 1978 y marzo de 1990 (o sea, de nuevo el período no cubierto por la autoamnistía de 1978), remitiéndoselas condicionalmente a los condenados septuagenarios o valetudinarios. Fue rechazado.

Esto aparte, no se han perseguido en el país crímenes internacionales en el estricto sentido del término. Los numerosos procesos que han tenido lugar fueron o son substanciados subsumiendo los hechos en delitos comunes, dada la falta de casi todos los tipos existentes en el derecho externo. Sin embargo, en no pocos casos tales delitos comunes han sido examinados por la jurisprudencia bajo la óptica de los crímenes internacionales que los amadrigarían, de contar el país con una tipificación satisfactoria, acudiendo directamente a las normas supraestatales que vienen a cuento. El punto de arranque de los fallos, que forman hoy un conjunto relativamente nutrido, ha sido siempre el mismo, a saber, el problema de la aplicabilidad o inaplicabilidad del decreto ley 2191, de 19 de abril de 1978,[15] así como del instituto de la prescripción de la acción penal a los dolorosos casos de los llamados *detenidos-desaparecidos*, muchos de los cuales se remontan a las primeras semanas del gobierno militar. Esta línea interpretativa ha acabado por reconocer que el derecho internacional penal de hoy interdice al legislador el uso de medios jurídicos que comporten la impunidad de las más graves ofensas contra derechos fundamentales del individuo, y a los jueces, aplicarlos.[16]

En lo que concierne a la dimensión administrativa del asunto, el país no emprendió, mejor dicho, no pudo acometer una política de depuración del aparato público para excluir de su seno a representantes y adherentes más o menos destacados del régimen militar. Reserva hecha del cambio habido en 1990 en las supremas autoridades políticas y, por ende, en ministerios, subsecretarías, jefaturas de servicios, etcétera, el engranaje estatal continuó operando como antes, incluyendo a funcionarios que fueron nombrados por el gobierno anterior en consideración a la simpatía ideológica con este o, a lo sumo, porque no se les conocía aversión a él, para cuyo efecto el régimen militar dispuso de amplísimas atribuciones: basta pensar que apenas un día después de instalarse en el poder, declaró en condición de interinato a todos los funcionarios públicos, con la consiguiente facultad de remover arbitrariamente de su cargo a quienquiera que sea.[17] Ahora bien, el mantenimiento en sus puestos de los empleados designados entonces obedece a

---

15 Cuyo contenido esencial hemos trascrito *supra*, nota 13.

16 Véase nuestro informe citado *supra*, nota, 1, donde hacemos constar, sin embargo, que en esas resoluciones es palmaria la tendencia a examinar los delitos comunes que entran en consideración como si fuesen crímenes contra el derecho de gentes, una cabeza de Jano muy peligrosa para la legalidad penal.

17 Decretos-leyes números 2 y 22, de septiembre de 1973. Complementó esta maniobra de poder total el decreto-ley número 98, de 26 de octubre de 1973, que declaró en reorganización todos los servicios públicos, salvo la Contraloría General de la República y el Poder Judicial. La última excepción perdería el estatuto que la atuvo a la anterior garantía de inamovilidad de los órganos correspondientes, con dos decretos leyes de diciembre del mismo año, cuando la Corte Suprema adquirió la facultad de remover a voluntad a jueces y funcionarios, sin informarles siquiera los cargos usados para expulsarlos.

varias razones. Primero, porque en 1990 se restableció la normalidad del ordenamiento administrativo de la función pública y, con ella, la inamovilidad de los funcionarios, derecho que debía amparar a todos quienes la sirven; segundo, a que el régimen militar nunca sustentó una ideología precisa, como no fuera la *doctrina de la seguridad nacional,* que abocetamos antes, de contenido vago, proyección efímera y cuyas borrosas matrices no parecen haberse adueñado de la Administración civil del Estado, y, en fin, a un factor institucional muy importante, esto es, que la transición a la democracia estuvo presidida por una congerie de cerrojos constitucionales y legales, impuestos por el régimen militar y a los que se plegó la oposición triunfante en 1990, que imposibilitaron juicios de cuentas y otros controles *a posteriori* sobre irregularidades en el manejo del erario, permitieron a conspicuos miembros civiles y militares de aquel tomar participación activa en la vida política del país —como dirigentes de partidos, senadores, diputados, alcaldes, etcétera—, y al antiguo jerarca del régimen conservar nada menos que la jefatura de las fuerzas armadas, cargo que dejó tras algunos años para asumir la dignidad de senador de la República.[18] Si todo esto pone en sospecha los méritos materiales de la democracia chilena y las bondades de su Estado de derecho, no puede decirse otro tanto sobre la ausencia de una política de desarme y desmovilización luego del cese del gobierno dictatorial, por la sencilla razón de que era innecesaria: la oposición armada a este jamás contó con medios personales y materiales suficientes como para amagarle seriamente, y lo medular de sus fracciones, muy diezmadas en los primeros años de la represión política, abandonó hacia 1987 el recurso de las armas como estrategia para recuperar la soberanía del pueblo.[19]

Los mecanismos administrativos y civiles han corrido por otro camino, el de reconstruir la imagen global de los crímenes perpetrados por miembros y servidores del aparato estatal,[20] identificar a sus víctimas, reparar los daños que ellas o sus allegados sufrieron y precaver la ocurrencia de una tragedia de esta índole en el futuro. Fue la tarea

[18] De hecho, solo con su salida de la cabeza de las fuerzas armadas fue factible a los gobiernos democráticos producir alguna selección en los mandos superiores, especialmente del ejército, mas por la vía ordinaria del proceso de calificaciones y ascensos del personal; en otras palabras, ateniéndose rigurosamente al derecho administrativo que rige el servicio castrense. No hubo, pues, una auténtica purga ideológica dentro de tales cuerpos.

[19] Nos referimos en particular al Movimiento de Izquierda Revolucionario y el Frente Patriótico Manuel Rodríguez, que se dividieron internamente en la disyuntiva de continuar o no con la vía armada. Por lo demás, las únicas operaciones de importancia desarrolladas por el FPMR, el internamiento de armas luego acopiadas en Carrizal Bajo, pequeño puerto de pescadores situado en la costa meridional del desierto de Atacama, y un intento de matar a Pinochet Ugarte, fracasaron estrepitosamente en 1986.

[20] Aunque también de los hechos ocurridos en la resistencia armada contra el régimen militar, siempre que esta hubiese cobrado vidas o producido lesionados en la milicia o la policía uniformada.

encomendada a tres organismos: la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, y la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. De ellos, sus actividades y rendimiento nos ocupamos a continuación.

3. Análisis de los mecanismos utilizados

3.1. Comisiones de la verdad y reparación

La primera en orden cronológico fue la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada mediante el decreto supremo n.º 55, de 25 de abril de 1990, es decir, antes de cumplirse dos meses desde la asunción del primer gobierno posdictatorial.

De la celeridad de su aparición, así como del breve término en que debía acometer una ingente labor, da cuenta la Exposición de motivos del decreto en palabra. El país requería esclarecer, en su ocurrencia, dimensiones y víctimas, las más graves violaciones a los derechos fundamentales ocurridas entre septiembre de 1973 y marzo de 1990, porque "solo sobre la base de la verdad será posible satisfacer las exigencias elementales de la justicia y crear las condiciones indispensables para alcanzar una efectiva reconciliación nacional", conocimiento que, una vez logrado, "rehabilitará en el concepto público la dignidad de las víctimas, facilitará a sus familiares y deudos la posibilidad de honrarlas como corresponde y permitirá reparar en alguna medida el daño causado". Ahora bien, como las atribuciones de la Comisión no debían interferir con las propias de los tribunales de justicia, y considerando que la tarea de estos en el enjuiciamiento de los casos singulares no consentiría una apreciación de conjunto sobre lo que sucedió en ese período de la historia del país, se estimó prioritario ponerla en funcionamiento y plantearle cortos plazos para su actividad. "La demora en la formación de un serio concepto colectivo al respecto —prosigue la Exposición de motivos— es factor de perturbación de la convivencia nacional y conspira contra el anhelo de reencuentro pacífico entre los chilenos". Se trataba, pues, de conseguir un "pronto y efectivo esclarecimiento de esa verdad".

La rapidez que hubo que imprimir al proceso definió también la competencia general del órgano. En la dicción del decreto, quedó circunscrita a los casos de

detenidos-desaparecidos, ejecutados y torturados con resultado de muerte (artículo 1.º); expresado en el lenguaje jurídico-penal, secuestros seguidos del homicidio del secuestrado, condenas capitales impuestas por consejos de guerra y tormento de detenidos, mas solo si el atormentado perdió la vida. Tal fue el sentido que se confirió, con interpretación auténtica contextual, a la frase "las más graves violaciones de los derechos humanos", y a ese entendimiento se atuvo la Comisión. En consecuencia, esta no extendió sus investigaciones a los casos de simple tortura, porque se los sabía asaz numerosos y su estudio habría demorado considerablemente un informe que debía quedar preparado y presentado dentro de seis meses. El ámbito de la tortura sin homicidio del torturado restaría como un desafío pendiente, del que se hizo cargo otra Comisión, muy posterior. Como incumbencias específicas, la nuestra debía establecer el cuadro más completo posible de los hechos, sus antecedentes y circunstancias de comisión; reunir los datos que permitiesen identificar a las víctimas y determinar su suerte; recomendar medidas de reparación y reivindicación,[21] y sugerir medidas legales y administrativas con que prevenir la sobrevenida de sucesos análogos en el futuro (artículo 1.º).

Las atribuciones del organismo quedaron configuradas por su naturaleza. La Comisión fue nombrada por el Ejecutivo, pero se la dotó de independencia frente a todos los Poderes del Estado. Es más, la Presidencia de la República intervino solo dos veces, al nombrar a sus integrantes[22] —cuyos nombres y trayectoria ofrecían garantías de competencia, objetividad e imparcialidad— y al recibir el informe final. Todas las autoridades y servicios de la Administración tuvieron el deber de prestarle la colaboración que ella les pidiese directamente, incluida la exhibición de los documentos que requiriese y el acceso a los lugares que estimase necesario visitar (artículo 4.º); en cambio, la consecución de los antecedentes y las declaraciones de particulares (víctimas, sus representantes, sucesores, familiares, testigos, victimarios, etcétera) dependía de la voluntad de las personas convocadas o citadas. En los mismos términos se pudo solicitar, recibir y evaluar las informaciones poseídas por organizaciones nacionales o internacionales de derechos humanos y otras entidades vinculadas al tema. En síntesis, la que describimos fue una comisión administrativa carente de la facultad de imperio.

Pari passu que se proveía de una organización interna para cumplir su cometido, la Comisión convocó a cada uno de los familiares de las víctimas a inscribir sus casos en un registro y solicitar una audiencia para ser escuchados. Además, recabó informes de

[21] En el sentido de rehabilitar póstumamente a las víctimas.
[22] Ocho en total. Figuran en el artículo 3.º del decreto.

organizaciones de derechos humanos, sindicatos, partidos políticos, colegios profesionales, iglesias, embajadas, consulados y otras reparticiones públicas, así como de las fuerzas armadas y de orden. El objeto de tales gestiones era contrastar con otras fuentes, muy disímiles entre sí, las declaraciones de los deudos —que en el ínterin iban siendo recogidas en todo el territorio nacional por abogados y otros profesionales que no tenían conocimiento previo de los hechos—, por modo de validar los datos recopilados, calificarlos y pronunciarse fundadamente sobre cada situación singular. Si "impresionante resultó la confianza que los familiares depositaban en este organismo", ya que, "para muchos de ellos, este era el primer acto que realizaba el Estado de Chile para conocer y acoger sus situaciones",[23] resulta en cambio chocante la actitud de las fuerzas armadas, teniendo en mérito que las piezas ya reunidas indicaban sin ambages la participación de personal uniformado en la perpetración de los crímenes. No es que ejército, marina, fuerza aérea y policía dejasen de responder formalmente los oficios de la Comisión, sino que el contenido de las respuestas indicaba más o menos lacónicamente que no disponían de los antecedentes que se les habían pedido, que esos elementos, de haber existido alguna vez, fueron en su momento incinerados con arreglo a la ley y que, en todo caso, no se podía informar sobre organismos de inteligencia ni de las plantas y grados del personal en servicio. Por lo demás, los miembros activos de los cuerpos armados declinaron en general prestar declaración.

Pese a estas y otras dificultades, la Comisión sacó adelante su misión dentro de los términos previstos, siguiendo una metodología muy rigurosa. La decisión individual sobre cada evento pasó por varias etapas, en un calendario prefijado. Los informes preparados por los abogados en los hechos a su cargo empiezan a presentarse a la Comisión a finales de octubre de 1990. Esta, que había dirigido todo el proceso, examinó centenares de casos, y los decidió en conciencia sobre la base de un nutrido conjunto de elementos.[24] Con ello se obtuvo no solo pruebas contrastadas sobre cada situación en particular, sino una visión panorámica de todo el período de persecución política, sus etapas, los organismos que las protagonizaron, sus métodos, etcétera. En la gran mayoría de los casos (2.279) pudo llegar a la convicción de que se estaba ante graves violaciones a los derechos fundamentales; los demás (642) fueron declarados como "sin convicción". El

[23] *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, cit., t. I, p. 6.

[24] Declaraciones de familiares de las víctimas, de testigos directos de los hechos, de agentes o ex agentes del Estado, incluidos los militares en retiro que depusieron voluntariamente, informes de prensa, peritajes y opiniones de expertos, visitas directas a los lugares donde ocurrieron los hechos, documentación reunida por organismos de derechos humanos y documentos oficiales procurados por distintas reparticiones públicas, expedientes judiciales, respuestas a oficios, etcétera.

informe final enumera y resume meticulosamente unos y otros, con mención precisa de las víctimas, los padecimientos que sufrieron y las circunstancias de su desaparición o muerte. Puesto que el decreto fundacional le prohibió pronunciarse sobre la responsabilidad que pudiera corresponder a personas determinadas, el informe se abstuvo de revelar la identidad de aquellas cuyos nombres aparecieron en el curso de la investigación. También en acatamiento a su estatuto, envió a los tribunales los antecedentes que parecían idóneos para indagar el paradero de detenidos-desaparecidos, así como todo lo que pudiese resultar útil, novedoso o relevante para las investigaciones judiciales, sin que en ello importasen consideraciones relativas a la posible prescripción de la acción penal o la aplicación de la amnistía de 1978.[25] El informe contiene un grueso número de propuestas de reparación; pero de ellas se dirá más adelante.

La Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación es, en buena medida, la continuadora de la anterior. Sin embargo, hay entre ambas una pareja de diferencias de fondo. Por una parte, el propio nombre de esta, donde ya no luce la palabra *verdad,* indica de alguna manera el logro de ciertos objetivos y, a la vez, la necesidad de materializar otros, bien significados con el término *reparación.* Por otra, esta segunda entidad fue establecida mediante una ley,[26] dato importante, en cuanto denota la participación del Congreso y, en consecuencia, de la totalidad de los órganos legiferantes en la empresa de reparar a las víctimas de la violencia política,[27] y revela el impacto causado por el informe de la primera comisión, el cual pudo herir incluso a los grupos propincuos al régimen militar, que contaban con una considerable representación parlamentaria. De la intervención de los cuerpos legisladores brinda un ejemplo adicional la integración del Consejo Superior de la Corporación, presidido por un consejero designado por el presidente de la República y compuesto por otros seis nombrados por el Ejecutivo, previo acuerdo del Senado.[28]

Este servicio público descentralizado, sometido a la supervisión de la Presidencia de la República y configurado para tener una existencia legal de veinticuatro meses (artículos 1.º y 16),[29] tuvo como competencia general concluir el proceso de declaración

---

[25] En estas comunicaciones a tribunales se omitió la identidad de las personas que quisieron declarar bajo reserva absoluta ante la Comisión.

[26] Lleva el número 19123 y se publicó en el *Diario Oficial* de 8 de febrero de 1992.

[27] Fin al cual se dedica lo neurálgico de las disposiciones de la ley, con diversos mecanismos de reparación en la forma de pensiones, becas, beneficios médicos, etcétera, de los que trataremos en breve.

[28] Artículo 7.º de la ley n.º 19123. El nombramiento se sancionó con el decreto supremo número 540, publicado en el *Diario Oficial* de 7 de agosto de 1992.

[29] La ley n.º 19358, de 29 de diciembre de 1994, prorrogó la existencia de la Corporación hasta el día 31 de diciembre de 1995, plazo extendido por la ley n.º 19441, de 23 de enero de 1996, hasta el 31 de diciembre de 1996.

oficial de la calidad de víctimas en las personas que perdieron la vida en el marco de la violencia política desatada durante el régimen militar, así como coordinar, ejecutar y promover las recomendaciones contenidas en el informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Sabemos ya que en un número no indiferente de los casos conocidos por esta, ella no pudo formarse la convicción necesaria acerca de su realidad, al margen de aquellos de los que no tuvo noticia y que serían presentados directamente a la Corporación. La misión esencial y prioritaria del organismo, pues, sería continuar y completar el reconocimiento estatal de las víctimas que murieron o desaparecieron entre 1973 y 1990. Como atribuciones específicas, el estatuto legal le encomendó promover la reparación del daño moral de las víctimas y otorgar asistencia social y legal a sus familiares; apoyar el proceso de determinación del paradero y de las circunstancias en que desaparecieron y perecieron los detenidos, y formular proposiciones para la consolidación de una cultura de respeto de los derechos fundamentales en el país (artículo 2). Como su predecesora, no podía arrogarse atribuciones jurisdiccionales, interferir en los procesos pendientes ni pronunciarse sobre la eventual responsabilidad de persona alguna (artículo 4.º), nueva demostración de cómo el Estado de Chile nunca concibió las tareas de verdad y reparación como un entorpecimiento y tanto menos cual un subrogado de la justicia penal. Es más, significativamente, el artículo 6.º de la ley en comentario declaró el hallazgo de los desaparecidos, la localización de los cuerpos de los ejecutados y el establecimiento de las circunstancias de su desaparición o muerte como "un derecho inalienable de los familiares de las víctimas y de la sociedad chilena".

Es fácil comprender que la Corporación, depositaria de todos los antecedentes reunidos por la Comisión, aplicase a su cometido principal idéntica metodología de trabajo, para cuya materialización contó con una pequeña planta de funcionarios y profesionales, y con la colaboración de los servicios públicos (artículo 3.º).[30] El universo total de casos conocidos y resueltos, que asciende a dos mil ciento ochenta y ocho, arrojó finalmente un número de ochocientas noventa y nueve denuncias acogidas, de las que se dio inmediata comunicación a los órganos pertinentes de la Administración, para que los familiares de las víctimas pudiesen disfrutar de los derechos y prestaciones regulados

[30] Merece la pena consignar que la principal orientación impartida por el Consejo Superior de la Corporación a los abogados investigadores consistía en esmerarse por reunir todos los antecedentes de cada caso, tanto los favorables a la denuncia como aquellos que pudieran desvirtuar su contenido. Véase el *Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política*, cit., p. 26. El procedimiento concreto para la tramitación de las solicitudes sobre los casos que había que investigar y calificar fue regulado por un reglamento interno, elaborado por el Consejo Superior y publicado en el *Diario Oficial* el 15 de julio de 1992.

en la misma ley. El proceso de calificación concluyó en febrero de 1994, a dos años de la creación de la entidad, luego de lo cual se elaboró el grueso informe final. Con este culmina el afán emprendido a principios de los años noventa en orden a reconstruir la realidad de lo que sucedió a quienes desaparecieron o murieron por obra del régimen militar, y dar amparo y compensación a los deudos.

Quedó pendiente, empero, el gigantesco espectro de las víctimas de la tortura, asunto que sería abordado durante la década siguiente. En agosto de 2003 el presidente de la República dio a conocer una propuesta gubernamental intitulada *No hay mañana sin ayer*, cuyo propósito era proseguir la senda de "sanar las heridas producidas por las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990". Pues bien, una de las medidas que consultó el texto sugería crear una comisión encargada de identificar a las personas que sufrieron prisión por motivos políticos y tortura.

La directriz ganó forma el propio año, con el establecimiento de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. Dado que la iniciativa había tardado mucho tiempo, y acaso porque se preveían resistencias en los personeros que aún defendían obra y maniobras del régimen militar,[31] la vía normativa que se eligió fue la misma ensayada trece años antes, o sea, el decreto supremo. Este lleva el número 1.040, y se publicó el 11 de noviembre de 2003. Su autor expone allí que "cualquier intento de solución del problema de los derechos humanos en Chile obliga a dar una mirada global a las violaciones de los derechos esenciales de la persona humana y a reconocer a las víctimas de dichas violaciones", muchas de las cuales "no han sido hasta la fecha reconocidas en su carácter de víctimas de la represión ni han recibido reparación alguna por parte del Estado". Con estas palabras, que patentizan cómo el problema seguía vivo y doliente, y la mira puesta en "avanzar en forma efectiva por el camino de la reconciliación y el reencuentro", surge la Comisión en el papel de órgano asesor de la Presidencia de la República, con ocho miembros designados por esta en el mismo decreto de creación y un breve plazo —seis meses— para cumplir su labor, a cuyo vencimiento quedaría automáticamente disuelta.

---

[31] Frescas estaban en la memoria la detención en Inglaterra del hombre que encabezó el régimen, las circunstancias de su regreso a Chile y los encendidos debates que levantaron en el país entrambos hechos, disputas en las que no estuvo ausente la sempiterna alegación, muy cara a las fuerzas armadas, de las causas que habrían conferido justificación al golpe de Estado de 1973, presentadas en términos de cohonestar más o menos veladamente los crímenes que se sucedieron desde ese momento.

La Comisión nace con el objeto exclusivo de determinar quiénes fueron las personas que sufrieron privación de la libertad y torturas por razones políticas a manos de agentes del Estado o individuos a su servicio. De esta competencia general se excluyó a los detenidos en manifestaciones públicas —muy frecuentes y de gran convocatoria en las diversas jornadas de protesta que jalonaron los años 1983-1989— como responsables de delitos comunes y condenados por los tribunales ordinarios de Justicia (artículo 1.º). Le correspondió, asimismo, proponer al presidente de la República las condiciones, características, formas y modos de unas "medidas de reparación austeras y simbólicas" para las personas reconocidas como prisioneros políticos o torturados (artículo 2.º). Al igual que sus antecesoras, tampoco esta podía asumir funciones jurisdiccionales ni pronunciarse sobre responsabilidades legales, pero sí realizar todas las actuaciones necesarias para cumplimentar el mandato —en lo que contaría con la colaboración de todo el aparato público—, logrado el cual debía emitir un informe al jefe del Ejecutivo con las conclusiones a que hubiese arribado "según el recto criterio y conciencia de sus miembros" (artículos 3.º, 5.º y 7.º).

El concepto de tormento, solo esbozado en el estatuto de la entidad, lo extrajo esta de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de la Organización de las Naciones Unidas, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, documentos ratificados por Chile en 1988. Si tal concepto, ausente de definición en la legislación interna, era capital para precisar la competencia del órgano, otro tanto sucedía con el de detención arbitraria o ilegal, por la que se entendió no solo la realizada sin fundamento jurídico alguno, sino también las ejecutadas en contravención al derecho internacional de los derechos fundamentales, prolongadas indebidamente o mantenidas sin respetar derechos básicos de todo detenido. Disquisiciones más finas llevó a cabo la Comisión a propósito de la relegación, empleada a gran escala por el régimen dictatorial a través de la judicatura castrense, en los primeros años de su instalación, y mediante meros decretos administrativos a partir de 1980.[32]

La metodología de trabajo discurrió por rumbos ya transitados. La Comisión recibió las denuncias siguiendo un formulario preestablecido, investigó con la ayuda de personal letrado los casos, entrevistó a miles de personas y solicitó informes a numerosas entidades; además, oyó el parecer de expertos, recibió visitas de autoridades de gobierno y desarrolló una nutrida campaña de difusión. La investigación misma abarcó todo el

[32] *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, cit., cf. pp. 23-28.

país, incluso el extranjero, vista la residencia en otros Estados de algunos denunciantes. Las entrevistas tenían como propósito, amén de adquirir el testimonio y la documentación correspondiente, reconocer el dolor sufrido por las víctimas, lo que "puede constituir en sí mismo un factor de reparación", y "solemnizar la responsabilidad del Estado chileno".[33] Parte no menor de la validación de los datos era la respuesta de las fuerzas armadas y la policía, a las que se pidió enlistar los recintos de detención que estuvieron bajo su dependencia, los nombres de quienes fueron recluidos allí o en las mazmorras de la policía política del régimen,[34] y los programas sobre formación en derechos fundamentales que estuviesen impartiendo o diseñando en la educación del personal. Si bien a menudo se adujo en las respuestas la falta de antecedentes o documentación oficial sobre los lugares de detención, muchos de estos fueron declarados por la policía de investigaciones, la marina de guerra y el ejército, con señalamiento de los que pertenecieron a la policía política, pero no del personal que los sirvió y menos de los reclusos. Sea de ello lo que fuere, la Comisión constató en su informe cómo algunos cuerpos armados habían acogido en el ínterin la crítica social que mereció su actuación en el pasado reciente del país, reconociendo que ciertas conductas de miembros de sus filas habían traspasado los principios rectores de dichas instituciones, y la búsqueda en todos de medios con que recuperar una formación moral que evite la repetición de esos hechos.[35]

El número de personas a que se declaró víctimas de prisión política o tortura, casi veintiocho mil, guarismo mayor que las más pesimistas previsiones originales, es sencillamente escalofriante. Aún más estremecedor, si cabe, es que casi todos los detenidos fueron atormentados con métodos, cuidadosamente reproducidos en el informe de la Comisión,[36] cuya brutalidad o refinada barbarie sobrecoge al lector hasta el punto de obligarlo a reiteradas pausas para recobrar la presencia de ánimo y poder concluir la reseña.[37] Sobre todo, el informe llega a la conclusión de que la aplicación de tormentos, lejos de poder atribuirse a simples actos individuales, respondió desde un principio, y

---

33 Ídem, p. 40.

34 La Dirección de Inteligencia Nacional y la Central Nacional de Informaciones, a las que se destinó en su hora personal de los distintos cuerpos armados.

35 *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, cit., cf. p. 67.

36 Ídem, cf. pp. 225-257: golpizas reiteradas, lesiones corporales deliberadas, colgamientos, posiciones corporales forzadas, aplicación de corriente eléctrica, simulacros de fusilamiento, vejámenes de todo tipo, violencias sexuales, presenciar el tormento o la ejecución de otros detenidos, asfixias, privación del sueño, etcétera.

37 Los fines de la tortura quedan también explícitos en el informe: sonsacar información del detenido y escarmentarlo, como también a cualquier otro que pretendiese insinuar una oposición al régimen, merced al terror. El "ritual aleccionador" fue en todo caso la tónica predominante. Ídem, cf. p. 178.

en cada una de las etapas del régimen militar, a una política de Estado, deliberada, sistemática e impulsada desde las más altas esferas del gobierno.[38]

También este documento consulta un vasto espectro de propuestas de reparación, de las que diremos por separado.

3.2. Propuestas y medidas concretas de reparación

Tanto la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación como la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura dieron cima a sus informes con un conjunto de propuestas de reparación, reconciliación y prevención. No todas, ni siquiera la mayoría, se han incorporado formalmente al ordenamiento jurídico. Las leyes aprobadas hasta el momento tratan del asunto más urgente, la reparación de las víctimas y sus familias. En cambio, no se divisan aún las modificaciones que demanda el ordenamiento jurídico para adecuarlo al derecho internacional de los derechos fundamentales, imprimir en el entero aparato público las valoraciones resultantes y sancionar convenientemente los atentados más graves contra los bienes jurídicos respectivos.

En lo que viene expondremos un resumen de tales propuestas y la cristalización de algunas en reformas legales.

Tras un minucioso repaso de la estela de trastornos familiares y sociales de los crímenes, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación formuló un dúplice universo de proposiciones. El primero versa de la reparación y reivindicación de las víctimas, sugiriéndose para ello: a) restablecer públicamente el buen nombre de los caídos a través de monumentos, parques recordatorios y otros proyectos de reparación simbólica; b) resolver legalmente los problemas jurídicos (civiles, de seguridad social, etcétera) que ocasiona a sus familias la desaparición de personas cuya muerte no se ha podido determinar; c) instituir una pensión vitalicia de reparación para los deudos, con el solo mérito de que el causante figure en la lista de víctimas reconocidas en el informe; d) disponer un programa especial en el sistema de salud pública, que consienta la atención gratuita y, sobre todo, especializada de los allegados de las víctimas que hubiesen experimentado traumas físicos o psíquicos a raíz de la pérdida de sus seres queridos; e) la organización de becas de estudio y la condonación de deudas educacionales para los hijos de las víctimas,

[38] Ídem, cf. en particular pp. 178, 204 y 498. En la primera se añade que la entidad estatal, para ejecutar su política, "movilizó personal y recursos de diversos organismos públicos, y dictó decretos leyes y luego leyes que ampararon tales conductas represivas. Y en esto contó con el apoyo, explícito algunas veces y casi siempre implícito, del único Poder del Estado que no fue parte integrante de ese régimen: la judicatura".

de manera que estos puedan comenzar o concluir gratuitamente estudios universitarios o técnicos; f) conceder un cupo o ponderación especiales a los familiares dentro de los programas sociales de vivienda; g) la remisión de ciertas deudas de seguridad social, tributarias, educacionales y habitacionales, y h) liberar a los hijos de las víctimas de la obligación legal de cumplir el servicio militar. El segundo grupo de recomendaciones se orienta, en la dicción del informe, a la "prevención de violaciones a los derechos humanos". Aquí comparece un amplio abanico de enmiendas al ordenamiento jurídico, basadas en la constatación de que la verdadera causa de la tragedia vivida por el país fue "la insuficiencia de una cultura nacional de respeto" a los derechos fundamentales,[39] y ordenadas en cinco grandes directrices: adecuación del derecho interno al internacional de los derechos fundamentales; existencia de un Poder Judicial que sea efectivo garante de los derechos esenciales de las personas; funcionamiento respetuoso de estos por parte de los cuerpos armados; creación de una institución orientada a promover y proteger esos derechos, y reformas constitucionales, penales y procesal penales que los tutelen de mejor manera. Como propuestas concretas en cada uno de tales aspectos, figuran allí, entre otras: a) la ratificación de los tratados internacionales aún pendientes de sanción, y la real implementación de otros, como el relativo al genocidio; b) una formación jurídica de los jueces que infunda en ellos la preferencia por interpretaciones teleológicas y neutralice su papel tradicional de ejecutores mecánicos de la ley; c) garantizar la independencia externa e interna de los jueces a través de un sistema de nombramientos confiado a un órgano autónomo de los Poderes Ejecutivo y Judicial;[40] d) reducir a su ámbito propio la competencia de los tribunales militares; e) garantizar debidamente los derechos y la defensa del imputado en el proceso penal; f) incorporar en los programas de instrucción del personal armado una formación en derechos fundamentales y derecho internacional humanitario, y g) convertir en delito la actual falta de coacciones, penar con una sanción proporcionada los crímenes contra la libertad individual cometidos por empleados públicos, aumentar la punición de la tortura, reformar las disposiciones penales de contenido político, introducir como delito la desaparición forzada de personas, y declarar interrumpida la prescripción de los maleficios que atenten contra intereses básicos del individuo, "mientras subsistan situaciones de hecho que impidan o

---

[39] *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, cit., t. II, pp. 838-839.

[40] En otras palabras, un consejo superior de la magistratura, medida considerada urgente en el informe, pero vivamente resistida por la Corte Suprema cuando el gobierno la planteó —con suma prudencia, rayana en la timidez— durante los años noventa. No se ha vuelto a poner sobre el tapete de la discusión pública este medio con que extraer una vieja cuña estacada en el corazón del Estado de derecho.

dificulten seriamente el ejercicio de las acciones legales".[41] En fin, significativa para nuestro propósito resulta la apreciación del informe sobre los requerimientos de la justicia como medida de prevención, a saber, que "un elemento indispensable para obtener la reconciliación nacional y evitar así la repetición de los hechos acaecidos, sería el ejercicio completo, por parte del Estado, de sus funciones punitivas".[42] Se descartó, pues, una vía única de verdad y reparación, confirmándose la doble proyectada desde los albores de la recuperación democrática: una vía penal, a cargo de los tribunales de justicia, y otra restauradora, a la que están llamados el plexo del Estado y la entera sociedad civil.

La ley 19123, o sea, la misma que instituyó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, se hizo eco de las medidas del primer tipo. Por lo pronto, estableció una pensión vitalicia de reparación en beneficio de determinados familiares de las personas declaradas como víctimas en el informe de 1990, así como las que agregaría la Corporación en su tarea de complemento de esa nómina.[43] Al 31 de diciembre de 1995 percibían la pensión cuatro mil ochocientas ochenta y seis personas; su valor, incrementado por el artículo 2.º de la ley 19980, de 9 de noviembre de 2004, es superior al de otras pensiones pagadas por el sistema de seguridad social. Los mismos beneficiarios recibieron por una sola vez una bonificación compensatoria equivalente a doce meses de la pensión vitalicia (artículo 23 de la ley 19123). En la asistencia médica, se dispuso la gratuidad de ciertas prestaciones financiadas por el Fondo Nacional de Salud.[44] En el plano educacional, los hijos de los causantes, hasta cumplir treinta y cinco años de edad, reciben el pago total de los aranceles y matrículas para cursar estudios superiores o técnicos en universidades, institutos y centros de formación estatales o reconocidos por

---

41 *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, cit., t. II, p. 860. Excelente planteamiento, del que discrepamos solo en que la prescripción de la acción penal debe entenderse *suspensa* en tales casos. Como muchos otros del informe, tampoco este se ha incorporado al derecho interno, ni mediante una ley, ni a través de interpretaciones de la jurisprudencia —pese a que el régimen vernáculo de la prescripción penal no se opone a dicho entendimiento—, otra muestra ostensible de la debilidad del Estado de derecho en Chile nada menos que en la producción del derecho legislado y su aplicación por los tribunales. Véase Guzmán Dalbora: "Crímenes internacionales y prescripción", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik: *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 103-115; también en portugués, *"Crimes internacionais e prescrição"*, en Kai Ambos y Carlos Eduardo Adriano Japiassú (orgs.): *Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e desafios*, Río de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 185-197.

42 *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, cit., t. II, p. 868.

43 Se trata del cónyuge sobreviviente; la madre o, a falta de esta, el padre del causante; la madre o el padre de los hijos no matrimoniales que dejó el último, y sus hijos menores de 25 años o discapacitados de cualquiera edad (artículo 20).

44 El sistema público de salud organizó en 1990 y mantiene todavía un programa especial para la atención de los afectados por la violencia política, que contempla la terapia y la cura no solo de los familiares de detenidos-desaparecidos, sino también de ex prisioneros políticos, antiguos exiliados, torturados y otros. Cf. el *Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política*, cit., p. 601.

el Estado, apoyo precedido por un subsidio mensual mientras sigan estudios secundarios (artículos 29-31).[45] Asimismo, todos estos jóvenes quedaron liberados del deber de prestar el servicio militar, si así lo solicitan directamente a las reparticiones de reclutamiento o a través de la Corporación (artículo 32). La ley 19980 otorgó a los hijos de las víctimas que no estuviesen gozando de la pensión de reparación un significativo bono para el mismo efecto; facultó al Ejecutivo para conceder doscientas pensiones de gracia a favor de los familiares del causante que no tuvieren la calidad de beneficiarios de pensiones de reparación y para quienes hicieron vida marital con la víctima sin estar casados ni haber tenido hijos con ella, y ordenó consultar en el presupuesto del Ministerio del Interior los fondos que este debe destinar al financiamiento de memoriales y otros sitios que recuerden a los muertos.[46] Como puede apreciarse, la labor de reparación del Estado chileno ha sido concreta, considerable y sostenida.

A su turno, las propuestas de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, también sustentadas en una exposición de sus secuelas en las víctimas, amén de en una reflexión sobre los fundamentos jurídicos, especialmente de derecho internacional, y las diversas funciones de la reparación —en lo que se que consideró la experiencia al respecto de Alemania, Estados Unidos de Norteamérica, Argentina, Brasil, Guatemala, Perú y Sudáfrica—,[47] se decantan por un tríplice orden de medidas, en los aspectos individual, colectivo e institucional. Las formas de reparación individual no difieren de las recomendadas y materializadas para los asesinados por la satrapía militar, salvo que esta Comisión, sopesando la imposibilidad de reabrir los procesos judiciales en cuyo marco ocurrirían ataques contra los derechos de los imputados, plantea la necesidad de eliminar los antecedentes penales de estos, rehabilitarlos en sus derechos civiles y políticos, y anular las órdenes de detención que estuvieren aún vigentes en su contra, todo lo cual contribuye al estado de marginación social en que se tradujo la aplicación de tormentos. Muy interesantes se presentan las medidas simbólicas y colectivas cuyo objeto es evitar una nueva arremetida de la inhumanidad. Allí se mienta una serie de exigencias para los poderes legiferantes, como la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, "y su incorporación a la legislación nacional", y de la

[45] El plazo de duración de estos beneficios fue extendido por la ley 19980 (artículo 1.º).

[46] Monumentos de este tipo venían siendo edificados y mantenidos desde anterior data, con emplazamiento en parques, plazas, universidades públicas, etcétera. El más conocido y de mayor valor simbólico se levanta en el Cementerio General de Santiago de Chile, en la forma de un muro cuya lápida lleva inscrito el nombre de todas las personas cuyas vidas segó la represión política.

[47] "Las reparaciones en los procesos de transición a la democracia cumplen no solo una función individual respecto de la víctima que debe ser reparada, sino también poseen importantes dimensiones sociales, históricas y preventivas", reza en página 519 del informe.

Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad; la reforma de la judicatura castrense, de los procedimientos policiales y judiciales, de los estados de excepción constitucional, y otros. Con fines de reencuentro, se propone el reconocimiento público de esta negra página de la historia del país por las instituciones del Estado y todo individuo responsable o interpelado por los hechos descritos en el informe, y fijar una fecha de conmemoración que refuerce el compromiso común con los derechos fundamentales; en pos del aprendizaje colectivo de la funesta experiencia, se recomienda declarar monumentos públicos los principales centros de tortura. Por mor de la brevedad, hacemos gracia al lector de detallar las medidas institucionales.[48]

Las propuestas de reparación individual hallaron presto eco en la ley 19992, de 24 de diciembre de 2004. Su eje consiste en una pensión vitalicia que favorece a las víctimas directas nombradas como prisioneros políticos y torturados en el informe, y un bono único para los menores que nacieron durante la prisión de sus progenitores o fueron detenidos con estos (artículos 1.º y 5.º). Para unos y otros se declara el derecho de recibir del Estado apoyo técnico y rehabilitación en las lesiones físicas que les irrogaron cautiverio o tormento, garantizándose la continuidad gratuita de los estudios escolares o superiores que debieron interrumpir por el mismo motivo (artículos 11-13).

3.3. Relevancia de los mecanismos utilizados frente a la Corte Penal Internacional

Escuetos seremos en este acápite. Chile sigue sin ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Ni siquiera se avizora el momento en que ello pueda finalmente ocurrir. Las causas del rezago están ligadas al estado inconcluso de la transición política del país[49] y a las deficiencias que acusa todavía su Estado de derecho. Las recomendaciones más importantes que surgieron durante la progresión no se han transformado en innovaciones concretas. Del divorcio entre el ordenamiento interno y el internacional en la tutela de superlativos bienes del individuo, es prueba la falta de implementación

[48] Son solo dos: la creación de un instituto nacional de derechos humanos y el resguardo legal de la confidencialidad de la información que recopiló la Comisión. De hecho, todos los documentos, testimonios y antecedentes que se le aportaron fueron declarados secretos, incluso ante la magistratura judicial, por el artículo 15 de la ley 19992, de que se habla seguidamente en el texto.

[49] Nos extendemos sobre ello en nuestro estudio "Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación en Chile del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 171-195.

de algunos tratados, como el relativo al genocidio.[50] La jurisdicción penal militar permanece en una condición de intolerable hipertrofia. El sistema de nombramiento, promoción y calificación de los jueces es esencialmente el mismo que regía en 1973, y sigue tendiendo insidias así a la independencia externa del Poder Judicial como, en especial, a la autonomía de cada órgano dentro de la judicatura.[51] La reforma total al proceso penal, que entró en vigencia gradualmente desde el año 2000, viene siendo descalabrada en su orientación garantista por una plétora de modificaciones cuya inspiración nace de la desconfianza hacia el imputado, el voraz apetito de la "defensa social" y un estilo autoritario de concebir la relación entre el individuo y la función estatal de defensa del derecho. El grupo de los delitos contra la seguridad del Estado, el régimen penal del terrorismo y del control de armas dejan mucho que desear,[52] en una disciplina que en gran proporción sigue anclada a los arrestos normativos de la dictadura y su nota preferencia por abroquelar a los agentes públicos ante la sospecha de posibles excesos. El privilegio de la *potentior personæ* explica asimismo que las detenciones ilegales perpetradas por funcionarios merezcan una pena menor que el delito de secuestro.

Como sea, los mecanismos de verdad y reparación que caracterizaron el proceso de transición no son resortes que hubiesen activado la jurisdicción subsidiaria de la Corte Penal Internacional, de formar parte Chile del grupo de Estados que han ratificado e implementado el Estatuto de Roma. Ninguno de ellos se gestó ni aplicó con el propósito de reemplazar las tareas propiamente jurisdiccionales; es más, la imagen global resultante de los informes de 1990 y 2004, pero también datos específicos sobre crímenes en particular, han tenido resonancia en recientes fallos de los tribunales, incluso como parte de la prueba de los hechos que allí se condena.[53] Tampoco esos medios

[50] En cambio, sí se adecuó la legislación interna a la definición internacional de la tortura, con la reforma al artículo 150 del Código Penal y la introducción de dos disposiciones nuevas, los artículos 150 A y 150 B, obra de la ley 19567, de 1.º de julio de 1998.

[51] No dejó de mencionar el defecto la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile en su declaración de 14 de diciembre de 2004, a propósito del *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, cuyo punto 3 reza: "La experiencia pasada, útil para los magistrados de hoy, permite tener conciencia acerca de la necesidad de, por una parte, fortalecer la independencia del juez, en todos los ámbitos, en el momento de ejercer la función jurisdiccional, y, por otro, de utilizar con firmeza las facultades que la Constitución y las leyes nos entregan, en especial las facultades conservadoras. Estas, junto a los demás instrumentos jurídicos puestos a nuestra disposición, nos permitirán velar por el irrestricto respeto de las garantías fundamentales de las personas y ejercer un control oportuno y riguroso de la acción estatal frente a los individuos".

[52] Salvo que contemos como excepciones la ley 19029, de 23 de enero de 1991, que modificó disposiciones del Código de Justicia Militar y redujo ligeramente las penas (la de muerte por el presidio perpetuo) de delitos contra la seguridad del Estado, y la ley 19047, de 14 de febrero de 1991, con su alicorta reforma de las leyes sobre seguridad del Estado y de control de armas, y los códigos Penal y de Justicia Militar.

[53] Por ejemplo, en la causa sobre el secuestro de la joven Diana Arón Svigilsky, ocurrido en noviembre de 1974, según el fallo del ministro de fuero, de 14 de mayo de 2004, apartado I, considerando 1.º, letra *d*, número 10. Véase la cita de pie de página número 10 de nuestro trabajo citado *supra*, nota 1.

han rematado en la aprobación de subterfugios con que liberar de responsabilidad a los autores de los crímenes.[54]

4. Impacto de estos mecanismos

Es en extremo difícil medir los efectos que surtieron las medidas de reparación individual en víctimas y deudos, porque ello pertenece al foro íntimo de los afectados. Depende del modo en que cada personalidad es capaz de convertir el dolor sufrido en una oportunidad de crecimiento interior, o, a la inversa, de la inviabilidad de generar tal transformación, cuando la herida deviene llaga y semillero de sentimientos crónicos de abandono, minusvalía o trauma existencial, el poder pronunciarse al respecto, lo cual, por cierto, escapa completamente a nuestras posibilidades. Solo es factible consignar que la política estatal de reparación ha sido seria, real y constante, con unos objetivos bien definidos en la salud, educación y vida externa de los interesados, que representan, por lo demás, campos hacia los que pueden dirigirse con pretensiones de éxito las regulaciones jurídicas de un Estado que repara porque se sanciona a sí mismo.

No menos complejo resulta aquilatar las consecuencias de las medidas en la pacificación de la sociedad, la reconstrucción democrática y la defensa del Estado de derecho, en parte, por las contrapuestas reacciones que suscitaron los informes y actividad de los primeros órganos de reparación, y en parte por lo trabajoso e imperfecto del proceso de incorporar al derecho interno las reformas recomendadas para precaver sucesos análogos e infundir una más viva cultura de respeto de los derechos fundamentales en el Estado y la sociedad civil.

---

[54] El deber de reserva ordenado por la ley 19687, que citamos *infra*, nota 66, extendió indirectamente a los miembros de las fuerzas armadas que recibieron información ajena sobre los detenidos-desaparecidos, la causa de justificación que ampara a quienes tienen parejo deber, por su estado, profesión o función legal, de las penas del delito de obstrucción de la justicia, previsto a la sazón contra el que, requerido a ello, rehusase proporcionar a los tribunales antecedentes que conozca u obren en su poder y que permitan establecer la existencia de un delito o la participación punible en él (artículo 269 *bis* del Código Penal). Esta figura delictuosa fue radicalmente reformada el 14 de noviembre de 2005 por la ley 20074, luego de lo cual el tipo de la obstrucción de la justicia dejó de abarcar conductas de no colaboración con ella. En todo caso, la eximente tampoco cubría hipótesis de autoría o participación en los crímenes que interesan. Su sentido político-criminal era alentar la colaboración con la Administración de Justicia que pudiese provenir de los cuerpos armados. Caducó con el cumplimiento del breve término contemplado para reunir la información.

Con todo, algunos datos firmes existen sobre el particular. Estos atestiguan que el proceso de recomposición democrática en Chile ha sido, en términos generales, exitoso, y que a él prestaron un positivo aporte los informes que examinamos en el apartado precedente. Pero esos mismos elementos indican, además, que Chile dista mucho todavía de haber hecho tesoro normativo de la horrible vivencia del pasado y, por ende, de poseer un Estado de derecho a la altura de los tiempos.

El *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* fue sumamente resistido por dos piezas claves en el proceso de recuperación democrática: las fuerzas armadas y —por inaudito que pueda sonar— el Poder Judicial. Como es de suponer, el ataque frontal provino del ejército, aún liderado por el antiguo déspota. En el documento intitulado *El ejército, la verdad y la reconciliación*, que Augusto Pinochet Ugarte presentó el 27 de marzo de 1991 al Consejo de Seguridad Nacional, se condensa un rechazo completo de la tarea cumplida por la Comisión y del llamado público del presidente de la República a todos los chilenos en orden a "aceptar la verdad expuesta en el Informe y a ajustar su conducta a ese reconocimiento".[55] El texto debuta haciendo presente que este cuerpo armado expresó desde un principio sus aprensiones ante la actuación práctica de la Comisión y sus eventuales consecuencias. Despliega a renglón seguido una defensa del régimen militar que se repite como monserga a lo largo de todos sus acápites. Sobre todo, acusa a la Comisión de un "desconocimiento imperdonable de las reales causas que motivaron la restauración nacional emprendida a partir del 11 de septiembre de 1973"; de haberse arrogado atribuciones jurisdiccionales, constatando unilateral y parcialmente hechos e indicando sus responsables, y de ignorar que el "pronunciamiento militar" significó un uso legítimo de la fuerza que, "por su propia naturaleza […], puede afectar la vida de las personas o su integridad física". En momento alguno aparece aquí una admisión siquiera tácita de los crímenes, disimulados como "presuntas violaciones de los derechos humanos", y sí, en cambio, la inequívoca amenaza de que cualquier intento de revivir proyectos análogos al del gobierno derrocado por los militares implicará un nuevo golpe de Estado y más represión.[56] Va de suyo que el ejército no aceptó

[55] Este y otros documentos que citaremos en la presente sección pueden ser cómodamente consultados en el formato electrónico de la revista *Estudios Públicos* de Santiago de Chile, disponible en ‹http://www.cepchile.cl›.

[56] Prescindiendo del espantoso castellano en que está escrita, la conminación es clarísima: "Se requiere que 'nunca más' se pretenda en Chile poner en práctica un proyecto político de la naturaleza y alcances del que presentó el de la Unidad Popular. De lo contrario, será imposible impedir la experiencia que el legítimo empleo de la fuerza por sus propias características conlleva o hace difícil evitar".

Ahorramos al lector los cuantiosos *sic* que requeriría una trascripción celosa del párrafo. Pero no podemos menos que destacar que el empleo de la fuerza a que allí se alude no solo careció de legitimidad, sino que es

responsabilidad alguna en los hechos "no probados" del informe, que rechazó cualquier forma de reparación o reivindicación hacia las víctimas —llamadas allí, una y otra vez, "terroristas" y "elementos negativos para una sana convivencia entre los chilenos"—, que se opuso a liberar del servicio militar a los hijos de los caídos, que descartó toda reforma a la jurisdicción castrense, la modificación de los planes de estudio en la formación de aspirantes a oficiales y suboficiales, etcétera. Parecida en la forma, aunque algo menos dura en el fondo, fue la respuesta de otras ramas de las fuerzas armadas, a las que seguía gobernando a la sazón, como comandante en jefe, el individuo nombrado.[57] Dos meses más tarde, el 13 de mayo, se conocería la respuesta del pleno de ministros de la Corte Suprema de Justicia al oficio presidencial que le comunicó el contenido del informe. Si alguna duda pudo dejar este respecto del papel que cumplió el Poder Judicial durante el gobierno castrense, especialmente sobre la actitud claudicante de no pocos jueces de los tribunales superiores, la reacción de los últimos no hace sino confirmar, *malgré elle*, las apreciaciones de la Comisión. Estamos ante una extensa invectiva, cuyo pórtico brama contra una entidad "que carece totalmente de la más mínima [*sic*] facultad" para enjuiciar a los tribunales, "pero que en su afán de divulgar una absurda crítica no trepida en violentar el ámbito de sus atribuciones". La defensa corporativa de los supremos ministros ataca las "afirmaciones teñidas de pasión política y que se sustentan mayoritariamente en apreciaciones subjetivas",[58] enumera algunas dificultades que arrostraron los jueces para administrar justicia durante la dictadura, abjura de la posibilidad de revivir dudosos procesos fenecidos entonces y de dar a la amnistía sancionada por el régimen una "interpretación más del sabor de las corrientes políticas de los autores del Informe", y, perdida ya toda compostura, concluye apostrofando el juicio de la Comisión como "apasionado, temerario y tendencioso, producto de una investigación irregular y de probables

constitutivo del delito de rebelión, el que describe y pena de antiguo el artículo 121 del Código Penal. Delito contra la seguridad del Estado perpetraron también quienes aceptaron cargos o empleos de los sublevados (artículo 135). Una peculiaridad de la transición chilena a la democracia es que ninguna de estas fechorías ha sido siquiera denunciada.

[57] En particular, la armada —de tradición asaz conservadora y a la que cupo una activa participación en los crímenes en palabra— manifestó su desacuerdo con las medidas de reparación y reivindicación de las víctimas, por contradictoria con "los conceptos de reconciliación, perdón y olvido que deberían caracterizar esta etapa del proceso histórico chileno", y las reformas propuestas a la formación moral de su personal, que consideró "manifiestamente ofensivas". El informe de la marina de guerra fue presentado oficialmente el mismo día que el del ejército.

[58] Nada de esto es efectivo. El informe en pasaje alguno incursiona en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, prueba de lo cual es que jamás individualiza eventuales responsables, emplea un tono siempre comedido a la hora de referirse a importantes instituciones del país, y en cada una de sus páginas hace gala de una imparcialidad sumamente rara en trances tan difíciles. Esa objetividad la lleva al extremo —que no podemos compartir, como quedó consignado *supra*, nota 56— de no querer calificar jurídicamente el golpe de Estado de 1973.

prejuicios políticos, que termina por colocar a los jueces en un plano de responsabilidad casi a la par con los propios autores de los abusos contra los derechos humanos".

Este lamentable estado de cosas, que deja de manifiesto la fragilidad de la democracia chilena en esos años inciertos, se templa gradualmente durante la década de los noventa. El alejamiento de los mandos superiores de las fuerzas armadas de personajes claves del gobierno militar, incluido su sempiterno comandante en jefe, hecho que posibilitó la ascensión de oficiales que tenían una visión distinta del problema pendiente de derechos fundamentales, sobre todo la cuestión de los detenidos-desaparecidos, y la resonancia que en la jurisprudencia empiezan a adquirir las normas internacionales en materia de crímenes contra la humanidad,[59] persuadieron a las nuevas autoridades militares de que ya no era posible continuar negando lo ocurrido y oponerse a todo intento de resolverlo. A parecidas conclusiones arribarían los partidos políticos de derechas, que comienzan a tomar distancia de las tropelías del régimen castrense. Estas y otras condiciones permitieron al gobierno convocar a una Mesa de Diálogo, la que funcionó entre agosto de 1999 y junio de 2000 con el designio de contribuir a la determinación del paradero de las víctimas[60] y al reconocimiento de las responsabilidades políticas y morales en el quiebre de la convivencia nacional y la vulneración de básicas garantías de los ciudadanos. La Mesa, a que se restó la agrupación de familiares de las víctimas y algunas colectividades políticas de izquierda, argumentando que con ella se "buscaba frenar la creciente acción de los tribunales de justicia en casos de derechos humanos y obtener el retorno de Augusto Pinochet a Chile",[61] y a cuyo itinerario puso en serio peligro el regreso en marzo de 2000 del sujeto detenido en Londres, la recepción que le brindaron los compañeros de armas y su posterior desafuero por los tribunales chilenos, no corresponde exactamente a un encuentro directo entre víctimas y victimarios,[62] pero representó una iniciativa inédita en la aproximación de posturas hasta ese momento inconciliables. Durante sus sesiones, el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación,* que entretanto principió a surtir un efecto saludable entre los nuevos

---

[59] Acerca del cambio de rumbo de la jurisprudencia, al que no fueron ajenos los resultados que consignaron los informes examinados en estas páginas, remitimos nuevamente a nuestra contribución citada *supra*, nota 1.

[60] El número de aquellas cuya suerte no se podía establecer ascendía a mil.

[61] Como consigna José Zalaquett, uno de los integrantes del cónclave, en su ensayo "La Mesa de Diálogo sobre derechos humanos y el proceso de transición política en Chile", en *Estudios Públicos*, cit., n.° 79, 2000, p. 14.

[62] Formaron parte de ella altos oficiales en representación de sus comandantes en jefe, miembros del gobierno, abogados vinculados a las causas judiciales por estos crímenes y la defensa de los intereses de las víctimas, miembros de entidades religiosas o morales y algunos profesionales expertos en el tema.

comandantes de las fuerzas armadas,[63] tuvo señalada gravitación, hasta el punto que los miembros militares de la Mesa no cuestionaron la verdad de los hechos narrados en él.[64] Es cierto que el acuerdo final deja un regusto de ambigüedad, por falta de una admisión directa de la responsabilidad de los órganos castrenses en los delitos y del empleo de medios criminosos como política de Estado;[65] pero no lo son menos el indiscutible impacto del informe de 1990, el reconocimiento oficial de atropellos sistemáticamente negados hasta ese punto y las proposiciones contenidas en el Acuerdo para dar con los despojos mortales de las víctimas, en modalidades y plazos que suponían el compromiso activo de las fuerzas armadas. Del suceso de la Mesa da cuenta la rápida aprobación como ley de la República de dichas recomendaciones.[66]

Una ulterior demostración de que los problemas de que versamos no se pueden confiar al olvido ni cabe disiparlos por el mero transcurso del tiempo la suministran las reacciones al *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura.* Son de muy otro tenor que las que recibió su homólogo en los pródromos de la democracia reconquistada. El del comandante en jefe del ejército declara el abandono de la institución de las concepciones que la impregnaron durante la guerra fría —"una visión que condujo a la comprensión de la política desde una perspectiva que consideraba enemigos a los que eran solo adversarios y a la reducción del respeto a las personas, su dignidad y sus derechos"—; que ni siquiera semejante contexto puede excusar las violaciones a los derechos humanos cometidas en el país; que el ejército ha prohijado los principios y valores de la

---

63 El de la marina de guerra reconocería abiertamente, en agosto de 2000, la situación de los detenidos-desaparecidos y la necesidad de emprender un esfuerzo especial para determinar su suerte.

64 Zalaquett: o. cit., cf. pp. 20-21.

65 Una ambigüedad deliberada se observa ya en la calificación de "los hechos del 11 de septiembre de 1973, sobre los cuales los chilenos sostienen, legítimamente, distintas opiniones". Esta es una pieza más en el mosaico que ha impedido juzgar el punto de partida de los crímenes enjuiciados por los tribunales chilenos, o sea, el delito a que nos referimos *supra*, nota 56. "Sin embargo —prosigue el Acuerdo—, hay otros hechos sobre los cuales no cabe otra actitud que el rechazo y la condena, así como la firme decisión de no permitir que se repitan. Nos referimos a las graves violaciones a los derechos humanos en que incurrieron agentes de organizaciones del Estado durante el gobierno militar".

66 Ley n.° 19687, de 6 de julio de 2000. Su artículo único impuso el deber de reserva a los integrantes de las fuerzas armadas y ministros de culto de entidades religiosas, sobre los nombres y otros datos que permitan identificar a quienes les proporcionen informaciones conducentes a establecer el paradero y destino de los detenidos-desaparecidos, castigando como delito su revelación, comunicación o divulgación. Las informaciones recogidas por tales personas debían ser entregadas al presidente de la República dentro del plazo de seis meses. Al cabo, empero, no se obtuvo mucho, y lo que se logró provino de testimonios confiados principalmente a entidades religiosas.

Otra recomendación de la Mesa de Diálogo iba dirigida a la Corte Suprema de Justicia, para que esta designase ministros abocados especialmente al conocimiento de las causas a que dieran lugar las informaciones que remitiese el presidente de la República. También este aspecto se puso en práctica durante los meses sucesivos, y ha conducido al hallazgo de algunas osamentas que podrían corresponder a víctimas de la violencia política.

democracia y del respeto a tales derechos, adoptando "la dura pero irreversible decisión de asumir las responsabilidades que, como institución, le cabe en los hechos punibles y moralmente inaceptables del pasado", y condoliéndose por los sufrimientos de las víctimas de una política "que no se condice con la doctrina preferente e histórica de la institución". Tras registrar el carácter "impactante y conmovedor" de la lectura del informe, la armada reconoce las masivas violaciones a los derechos y dignidad de personas inocentes, en los cuales participaron miembros de sus filas, admitiendo, además, que en la cadena jerárquica hubo mandos "que autorizaron o simplemente permitieron que en los recintos de detención a su cargo ocurrieran tan lamentables hechos". Respuestas similares provinieron de la policía de Carabineros y de la aviación de guerra, que juzgaron el informe como un "verdadero avance en el proceso de reconciliación nacional", repudian la participación de personal uniformado en los crímenes y reiteran el compromiso institucional de que situaciones de esta naturaleza no ocurran más. Llama poderosamente la atención que las declaraciones asumen la forma de comunicados públicos, con el evidente objetivo de llegar a todo el país y no solamente a las autoridades de gobierno.[67] Tampoco la Corte Suprema pudo esta vez substraerse al reconocimiento de "la gravedad de esos sucesos y sus dolorosas secuelas", y dejó "constancia pública de su consternación ante dichas situaciones", aunque mantuvo el rechazo a los reproches formulados en el informe contra la actuación de los magistrados mientras caían cabezas, se masacraban cuerpos y deformaban vidas enteras, "ya que no existen antecedentes fidedignos ni es verosímil sostener que distinguidos magistrados se hayan podido concertar con terceros para permitir detenciones ilegítimas, torturas, secuestros y muertes".[68]

Lo último nos deja de bruces ante un asunto en que las comisiones de la verdad y reparación no pudieron tener éxito, o sea, el conjunto de reformas que necesita el ordenamiento jurídico chileno para robustecer su Estado de derecho. Mas de ello hemos dicho dos palabras en la sección precedente.

---

[67] Datan de noviembre de 2004, salvo la de la aviación, fechada el 1.º de diciembre.

[68] Por cierto que una connivencia criminal de ciertos jueces con los autores está y siempre estuvo fuera de la discusión. El informe apunta más bien hacia la responsabilidad ministerial y el temple moral que era dable esperar de todos ellos en situaciones límite, no frente a casos ordinarios de la rutina judicial.

5. Evaluación final

Si los mecanismos de verdad y reparación no se demostraron capaces de generar reformas jurídicas de envergadura en el fortalecimiento del Estado de derecho, consiguieron, en cambio, avances considerables en la percepción de la opinión pública, la actitud de los partidos políticos y la disposición de las fuerzas armadas frente a los crímenes en cuestión. Hechos negados antaño y desconocidos en sus dimensiones se incorporaron como un acervo indiscutible al debate colectivo, con la voluntad, expresada por todas las partes involucradas, de impedir a todo trance su repetición en otras generaciones. Por este camino ha ganado ciertamente el Estado de derecho. Un pasaje del acuerdo final de la Mesa de Diálogo, cuya importancia fue un tanto preterida por otros de más palpitante actualidad, reafirma como "condición del Estado de derecho que el ejercicio de la fuerza quede entregado exclusivamente a los órganos competentes en un sistema democrático", repudia la violencia como método de acción política y declara "indispensable desterrar y rechazar, de manera categórica, cualquier forma de acceso al poder por vías distintas de las democráticas". Yace aquí una condena expresa de los golpes de Estado, firmada por los más altos representantes de las instituciones castrenses, algo que era inimaginable en 1990.

Esos mecanismos han sido fructuosos también en los juicios penales por los crímenes. Dejemos de lado el hecho de que nunca una sentencia o una batería de sentencias judiciales podría procurar el horizonte de cogniciones suministrado por comisiones de verdad y reparación, ya que la tarea supera con mucho los deberes y posibilidades de un juez. Es igualmente exacto que los procesos afinados o en curso no comprenden la totalidad de los delitos —un desafío acaso de imposible consecución, atendidas las limitadas condiciones del Poder Judicial, cuya estructura no está pensada para una avalancha de causas en extremo complejas—, e incluso que algunos se substrajeron desde un principio al ojo de la persecución penal, como los asesinatos judiciales cometidos por consejos de guerra en las postrimerías de 1973.[69] Pero sería injusto desconocer que aquel conjunto de perspectivas ha de haber remecido a muchos jueces y, de cualquier

[69] Chile no es el único ejemplo de esta incuria. España proporciona uno mayúsculo, porque allí, a diferencia de Chile, sencillamente no se persiguió a malhechor alguno, tampoco los delitos cometidos bajo la apariencia de procesos judiciales por tribunales militares o especiales, como informa últimamente Muñoz Conde: "Abrechen, aber wie? Die rechtliche Transformation europäische Diktaturen nach 1945: Der Fall Spanien", en *Journal der Juristische Zeitgeschichte*, Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007, cuaderno 2, pp. (41-48) 41.

forma, sirvió de estímulo a los procesos pendientes, contribuyendo a la recta conclusión de algunos de ellos.[70]

No caeremos en la ingenuidad de generalizar las conclusiones que pueden extraerse del caso de Chile a otros contextos políticos, sociales y jurídicos. A la pregunta de si se pueden satisfacer las exigencias de paz social y de recomposición del Estado de derecho con recursos penales, extrapunitivos o con ambos simultáneamente, no es hacedero dar una respuesta categórica, que en ello va de por medio una miríada de factores sumamente heterogéneos, máxime en los países que cargan con un pasado y atraviesan un *presente* de conflictos.[71] Suponer que la pena es efecto ineludible del delito y, por ende, que ha de seguirlo como su consecuencia *lógica* responde a un hegelianismo trasnochado, que pasa por alto que exigencias superiores del mismo ordenamiento jurídico y, sobre todo, requerimientos individuales y sociales —como el imperativo de precaver nuevos y gravísimos crímenes que ahonden el desgarro social de la comunidad— pueden hacer prescindible un castigo que contradiría aquellas y estos si la ley se empecina en irrogarlo a ultranza.[72] La experiencia chilena muestra solo que la adopción de los dos mecanismos era indicada, la única que cabía elegir entre las posibles, y ha probado sus bondades en el enjuiciamiento de los delitos, la reparación de las víctimas y la delicada restauración de la convivencia bajo el imperio del derecho.

---

[70] La valoración de los informes de la verdad en la reconstrucción de los crímenes perpetrados por el aparato dictatorial ha sido lisonjera allende el país. Cual "historia exitosa", e incluso "caso modelo en Latinoamérica" califican el proceso Ruth Fuchs y Detlef Nolte: "Vergangenheitspolitik in Chile, Argentinien und Uruguay", en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, suplemento del semanario *Das Parlament*, n.º 42, 16 de octubre de 2006, pp. (18-24) 24.

[71] "Toda transición es diferente y requiere tomar en consideración las circunstancias concretas de la situación concreta". Ambos: o. cit., p. 22.

[72] Esto lo puso de relieve tempranamente Georg Jellinek, en su magnífica conferencia "Absolutes und relatives Utrecht", que data de 1879, luego recopilada en sus *Ausgewählte Schriften und Reden*, 2 vols., Berlín: O. Häring, 1911, t. I, pp. 151-163. En efecto, "ya no resulta posible derivar lógicamente la pena del delito. Antes bien, hay que mirar afuera e imponerse de los efectos característicos que el injusto produce en la sociedad […] No una investigación lógico-abstracta, sino una concreta investigación filosófico-histórica es la única que está en condiciones de resolver satisfactoriamente y en todos sus aspectos la pregunta por las consecuencias del injusto" (pp. 161 y 162).

Bibliografía

Ambos, Kai: *El marco jurídico de la justicia de transición. Especial referencia al caso colombiano,* Bogotá: Temis, 2008.

Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 2 vols., Santiago de Chile, 1991.

Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, Santiago de Chile, 2005.

Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política, Santiago de Chile, 1996.

Fuchs, Ruth, y Detlef Nolte: "Vergangenheitspolitik in Chile, Argentinien und Uruguay, en Aus Politik und Zeitgeschichte", suplemento del semanario *Das Parlament*, n.º 42, 16 de octubre de 2006, pp. 18-24.

Guzmán Dalbora, José Luis: "Crímenes internacionales y prescripción", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 103-115; también en portugués, "Crimes internacionais e prescrição", en Kai Ambos y Carlos Eduardo Adriano Japiassú (orgs.): *Tribunal penal internacional. Possibilidades e desafios,* Río de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 185-197.

— "Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación en Chile del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 171-195.

— "Jurisprudencia chilena sobre Derecho penal internacional", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008.

Jellinek, Georg: "Absolutes und relatives Utrecht", en *Ausgewählte Schriften und Reden,* 2 vols., Berlín: O. Häring, 1911, t. I, pp. 151-163.

Jocelyn-Holt Letelier, Alfredo: "Ni reconciliación, ni olvido", en *Encuentro académico sobre reconciliación y democracia,* Santiago de Chile: Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, 1995, pp. 25-29.

Muñoz Conde, Francisco: "Abrechen, aber wie? Die rechtliche Transformation europäische Diktaturen nach 1945: Der Fall Spanien", en *Journal der Juristische Zeitgeschichte*, Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007, cuaderno 2, pp. 41-48.

Zalaquett, José: "La Mesa de Diálogo sobre derechos humanos y el proceso de transición política en Chile", en *Estudios Públicos*, n.º 79, Santiago de Chile, 2000.

COLOMBIA

Alejandro Aponte Cardona

SUMARIO

El presente informe no constituye directamente un trabajo especializado, teórico sobre justicia transicional; más bien se ocupa del análisis de los mecanismos utilizados, en el caso colombiano, en el contexto de la posible desmovilización de actores armados inmersos en una situación de conflictividad extrema. Por esa razón, no se trata tanto de mecanismos ideados en función de la "superación del pasado", sino de mecanismos que pretenden resolver hechos críticos de un presente conflictivo. Así, el estudio se detiene en el análisis de los aspectos más conflictivos de un caso heterodoxo de justicia transicional, donde las tensiones entre la búsqueda probable de la paz y el grado de justicia posible, penal y constitucional, o las tensiones entre la paz posible y los grados de verdad y reparación auténtica de las víctimas, llegan a límites extremos y complejos. El texto no se restringe a la mera reseña de dichos mecanismos ni al trabajo institucional en función de ellos, sino que ahonda en las concepciones filosóficas y sociológicas que subyacen a los esfuerzos ideados, los cuales pueden considerarse mecanismos de justicia transicional en un sentido más heterodoxo de este concepto.

Presentación

El presente informe se ha basado en una reseña de numerosos documentos y de normas que pueden ser concebidas en el horizonte de la justicia transicional. No constituye en ningún caso una reflexión teórica o un estudio académico sobre el tema de la justicia transicional, ni se ocupa con profundidad de aspectos ligados a ella, no solo de carácter jurídico, sino sociológico o filosófico, como es el caso del perdón, de la reconciliación, de la paz posible a través de los diversos mecanismos evaluados, etcétera. Estos aspectos se comentan, pero no se abordan en el marco de un estudio especializado en ellos. Más bien, y a la manera de un informe, se ha procurado hacer una presentación más o menos exhaustiva y detallada de los numerosos mecanismos de superación de un presente conflictivo, ideados hoy en una coyuntura rica y compleja, ya que los hechos para *superar,* o respecto de los cuales debería operar una *transición,* son de ocurrencia diaria y simultánea a la configuración y aplicación de dichos mecanismos. Ello le otorga especificidad al caso colombiano y en esto consisten los aportes de dicho caso a la discusión internacional.

Como en todos los informes, se respeta el índice general previsto por los coordinadores del Grupo, al mismo tiempo que se introducen las especificidades propias del país. Hay que aclarar, además, que durante la redacción final del informe, en el mes de mayo y luego de la reunión del Grupo de Estudios en la ciudad de Valparaíso, al final del mes de marzo, tuvo lugar un hecho que ha sido concebido por numerosos observadores en el país e internacionalmente como un golpe decisivo a la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, central en nuestro análisis y, en todo caso, como un golpe certero a muchos mecanismos concebidos en el contexto de la justicia transicional. Se trata de la extradición por parte del gobierno de 13 jefes paramilitares y un mero narcotraficante a los Estados Unidos, en mayo del 2008. Por esa razón, en este informe se deja abierto, de manera fundamental, un interrogante muy grande en función del resultado final de dichos mecanismos. Es de esperar que, como todas las veces, el país y su comunidad jurídica y social salgan de esta coyuntura, la ley se siga aplicando y se pueda lograr de alguna manera un nivel aceptable de verdad y de reparación. Hay que dejar constancia, en todo caso, de este hecho fundamental.

1. Introducción

Tal como se estableció en la presentación y primera parte del primer informe escrito por el autor al Grupo de Estudios, sobre persecución penal de crímenes internacionales, y tal como se ha repetido en los diversos informes posteriores, es la dinámica de la relación entre la guerra y la política, la guerra y el derecho —en últimas, la dinámica misma de la guerra—, la que les da el verdadero contenido a estatutos normativos, como es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y otras normatividades propias del derecho penal internacional en el derecho interno; también es la dinámica de la guerra la que le da contenido específico a la aplicación de la jurisprudencia sobre crímenes internacionales, y lo es, tanto más y desde luego, en el caso de los mecanismos de justicia transicional que se apliquen en el país. Precisamente ellos han sido concebidos en el horizonte de un conflicto degradado, que produce inmensos costos económicos y sociales y que, sobre todo, produce hoy toda suerte de acciones contra civiles inocentes, contra ciudadanos inermes, que produce diariamente delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. Ese es el contexto general con base en el cual se ha redactado el presente informe.

En Colombia se han utilizado numerosos mecanismos, tanto en el contexto de la denominada *superación del pasado* como en el contexto, más coherente, de posible *superación de un presente conflictivo*. Las amnistías, los indultos, el uso del derecho de gentes como mecanismo regulador de las confrontaciones armadas, los delitos de rebelión y de sedición como base del delito político —amnistiable e indultable por esencia—, han sido figuras ligadas a numerosos procesos de paz y a numerosos intentos de superación de pasados conflictivos o de presentes que continúan o se perpetúan. No corresponde en este informe hacer alusión a los numerosos procesos anteriores al actual, en los cuales, por regla general, las figuras se han utilizado como mecanismos de incorporación de actores armados —las guerrillas por tradición— a la vida nacional. Se concentrará en un hecho más actual, ligado al desarme, la desmovilización y el castigo posible a miembros de grupos denominados por tradición como *grupos armados de autodefensa* o *grupos paramilitares.*

Debe entenderse, para una ubicación histórica consistente, que las diversas guerrillas que han existido en Colombia, cuando han estado involucradas en procesos de

paz, han sido objeto de figuras como las amnistías o los indultos, con el propósito de ser incorporadas a la vida civil. También, aunque de manera excepcional, actores como el narcotráfico han sido objeto, si bien no de amnistías o indultos directamente, sí de modelos de justicia penal que, desde el punto de vista del derecho comparado, pueden ser concebidos como *derecho penal premiado*, como es el caso por ejemplo de la denominada Ley de Sometimiento a la Justicia, una ley especial que durante los años noventa pretendió conceder beneficios especiales a narcotraficantes y, con ellos, a miembros de grupos paramilitares de entonces, con el propósito de desmantelar sus máquinas de guerra.

Esta normatividad especial bajo la cual se entregaron, en su momento, capos como Pablo Escobar y otros de diversos carteles, puede ser concebida, en perspectiva, como un antecedente de la hoy denominada Ley de Justicia y Paz, alrededor de la cual girará en gran medida este informe. Por tradición, los mecanismos de superación del pasado o de incorporación de actores armados ilegales a la vida civil habían sido aplicados solo a las guerrillas; se reconocía un carácter político de su acción, sus miembros eran considerados delincuentes políticos y, en consecuencia, a diferencia de los delincuentes comunes, el Estado podía entrar en diálogo con ellas —siempre en el horizonte, digamos, de aquella figura concebida por Gustav Radbruch como el *Überzeugunstäter* o *delincuente por convicción.*

Mientras tanto, otros actores, como el narcotráfico o miembros de grupos paramilitares, no habían sido concebidos en el horizonte del delito político y, por esa razón, con ellos no se entraba en procesos de negociación, por lo menos, *por encima de la mesa* (con el delincuente político se negocia por encima de la mesa y con los delincuentes comunes, ligados al conflicto, se negocia *por debajo de la mesa*). Valga aquí introducir una diferencia que, por lo menos desde el punto de vista metodológico puede servir para observar la diferencia que históricamente ha existido entre los actores del conflicto. Esta diferenciación la hace Johan Huizinga en un libro clásico, el *Homo Ludens,* en el cual diferencia entre el *enemigo del juego* y el *falso jugador.*[1]

El enemigo del juego es aquel que, por principio, está fuera del juego económico, político y jurídico; sería, digamos, el delincuente político; mientras que el falso jugador es aquel que, si bien amenaza el juego en general, no se opone a él, sino que busca una mejor posición dentro de él, usando desde luego la violencia, el crimen y toda suerte de métodos ilegales. Hoy, no obstante, tanto desde el punto de vista fáctico y del comportamiento de los actores como desde el punto de vista normativo, estas diferencias son

[1] Johan Huizinng: *Homo Ludens. Vom Ursprung der Kultur im Spiel,* Hamburgo, 1997, p. 20.

tenues, no existen más en la realidad cotidiana. Pero la discusión sobre el carácter de los autores sigue siendo fundamental: por primera vez en la historia del país, por lo menos de una manera sistemática y masiva, miembros de grupos paramilitares, ligados además —como lo están las guerrillas— al narcotráfico, han sido considerados, por lo menos en la decisión política del Ejecutivo, como delincuentes políticos; sus acciones han sido concebidas como parte del delito de sedición, que no presupone la pretensión de sustituir un régimen, sino de interrumpir su normal funcionamiento. El artículo 71 original de la Ley de Justicia y Paz daba ese carácter a los nuevos actores ligados a la violencia crónica del país. No obstante, el sistema judicial del país —primero el juez constitucional y luego el juez penal, a través de la Sala Penal de la Corte— ha negado este carácter de manera sistemática.[2]

Se trata de un debate supremamente complejo, que ha creado enemistad entre las ramas del poder público y una injerencia manifiesta y dañina del Poder Ejecutivo sobre el Poder Judicial: la clásica categoría desarrollada por la criminología, el denominado *poder de definición,* se juega todos los días en este escenario; su valor connotativo, su valor explicativo es hoy más que nunca fundamental. En el país existe una disputa entre el sistema judicial y el Poder Ejecutivo en cuanto se refiere al carácter que se debe otorgar a los diversos actores de la guerra, particularmente, en el caso que nos ocupa, a los sujetos actuales de la Ley de Justicia y Paz. Es un tema fundamental, que se liga a la tradición de Colombia. Además, es un tema fundamental relacionado con la aplicación de normas que constituyen crímenes internacionales, ya que la negación del carácter de combatiente, por ejemplo, a uno de los actores, niega el conflicto armado y niega, en consecuencia, la comisión de crímenes de guerra: todo sería cuestión de mera criminalidad o de mero terrorismo. No obstante, puede decirse que hoy existe en el país la convicción —por lo menos en el sistema judicial, que es el que aplica las normas— de que sí existe el conflicto, que en su seno se generan crímenes de guerra y que estos pueden ser, y lo son, objeto de concurso con crímenes de lesa humanidad o genocidio, cuando sea el caso.

Debe decirse que existe un avance significativo, no solo desde el punto de vista de la tradición del país, de aplicación de mecanismos para acotar o mermar los efectos de la guerra a otros actores, sino un avance significativo en relación con la aplicación y

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión del 11 de julio del 2007. Radicado n.º 26945, MM. PP. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca. En esta sentencia y haciendo acopio de toda la tradición jurídica de Colombia, la Sala Penal se negó a asimilar el delito de concierto para delinquir al delito de sedición, delito político por principio.

consolidación de fórmulas propias de la actualmente denominada *justicia transicional.*[3] Hoy en día, alrededor de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz y como contrapeso a los beneficios que ella trae para criminales de lesa humanidad y criminales de guerra, se desarrollan numerosos mecanismos de dicha forma especial de "justicia" —que no es tan solo jurídica, desde luego—, que se ligan a la triada instalada en el discurso y en la práctica, de *verdad, justicia y reparación.*

Se trata, por supuesto, de un tema que divide a la comunidad jurídica y política. De un lado están quienes expresan su escepticismo, muy natural por lo demás, respecto del hecho de que exista hoy una auténtica justicia transicional en el país. Títulos de textos que abordan la complejidad del caso colombiano así lo denotan: "¿Justicia transicional sin transición?", es uno de ellos.[4] La respuesta a esta pregunta se dirige a los efectos reales que en la dinámica diaria de la democracia pueden tener figuras auténticas de justicia transicional y si estas tienen o no lugar en el país. Para otros, en cambio, hoy se vive un proceso auténtico de justicia transicional. Un hecho debe ser enfatizado en este escrito y en esta dirección: para la Corte Constitucional y para el sistema penal en conjunto, se trata, en el caso de la Ley de Justicia y Paz y de sus efectos, de una ley especial con procedimientos especiales y figuras propias de la justicia transicional. De entrada y para llenar vacíos legales, con el propósito de resolver dilemas en su aplicación, la Sala Penal, por ejemplo, en numerosas ocasiones hace referencia al hecho de que se trata de una ley en el horizonte de la justicia transicional.

La Corte Constitucional, por su parte, en la intervención masiva que tuvo en la ley, la ajustó en función de la dinámica de justicia transicional, interviniendo una y otra vez en los artículos referidos a los derechos de las víctimas.[5] Así lo ha entendido también y desde luego la Fiscalía, actor hoy de primer orden en la aplicación práctica de la ley. Se trata de un hecho fundamental para un informe como este, ya que en el discurso y en la práctica de los operadores está presente el hecho de que la ley se inscribe en esta lógica de justicia transicional, así como también diversos mecanismos de lo que se denomina DDR (desarme, desmovilización y reintegración), diversas fórmulas de reparación y mecanismos dispuestos en la lógica de la reconciliación.

---

[3] Es un texto muy importante sobre el tema y con referencias permanentes al caso colombiano, Kai Ambos utiliza mejor el concepto de *justicia en sociedades en transición*, para sociedades que se encuentran viviendo situaciones de conflicto o de posconflicto. Aquella expresión está incluida en el concepto más genérico de *justicia de transición.* Kai Ambos: *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá: Temis, 2008, p. 2.

[4] Rodrigo Uprimny (ed.): *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, 2006.

[5] Ser trata de la sentencia n.º C-370 del 2006, que será comentada posteriormente.

No obstante y para matizar conclusiones radicales, se debe siempre tener en cuenta que se trata de un caso muy heterodoxo, que no se está viviendo en el país un proceso de superación del pasado concebido de una manera convencional, que no es justicia transicional concebida de una manera tradicional como tránsito efectivo hacia un régimen democrático, como superación de regímenes masivos de violación de derechos humanos; se trata, sin duda, de mecanismos complejos de desmovilización de actores, de búsqueda de incorporarlos a la vida civil, de neutralización de máquinas de guerra, con ajustes interesantes en favor de las víctimas, del conocimiento de la verdad, de la búsqueda de reparación no solo económica sino moral. Por eso, una posición intermedia podría concluir que se trata hoy, en el país, de un proceso complejo con fórmulas y mecanismos de justicia transicional, mas no en sí de un proceso de justicia transicional.[6] En cualquier caso, todas las posiciones generan polémica y discusión. Para este informe se estudian las figuras con naturalidad y sin prejuicios, ya que en la estructura hay espacio, en el contexto de una discusión sobre justicia transicional, para el caso colombiano, heterodoxo por naturaleza; antes que fórmulas de superación del pasado, se trata de mecanismos de neutralización de dinámicas horrendas de presentes conflictivos; más que tramitación del pasado, se trata de enfrentar un presente perpetuo de violencia sin límites, de degradación del conflicto armado, de comisión de toda suerte de crímenes internacionales.

2. Mecanismos de superación del pasado o de un presente conflictivo

Como se ha dicho, en el país se han aplicado, por tradición, numerosos mecanismos para superar presentes azarosos o pasados extremadamente violentos. No hay espacio en este informe para dar cuenta de ellos; por eso el texto se detendrá en el mecanismo más actual, que es la denominada Ley de Justicia y Paz, al mismo tiempo que hará las referencias necesarias a otros procesos, como es el caso de la aplicación del

[6] Esta es, por ejemplo, una conclusión de uno de los autores que, desde el punto de vista del derecho comparado, más han trabajado el tema, y que hace parte del International Centre for Transitional Justice (ICTJ), Pablo de Greiff, director de la unidad de investigación con sede en Nueva York. Esta conclusión fue expresada en el contexto del Congreso Internacional sobre Justicia Transicional, *El legado de la verdad: impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina*, celebrado en Bogotá en junio del 2007, con el patrocinio del ICTJ.

derecho penal nacional, siempre y cuando —y ello ameritaría una discusión— se pueda comprobar que la aplicación del nuevo Código Penal, por ejemplo, en lo referente a los crímenes internacionales, constituye un aporte a la superación de un presente conflictivo. También se hará referencia a diversos mecanismos más allá de aquellos propios de la ley en cuestión.

En el caso del derecho penal, se trataría de una discusión sobre los fines de la pena, sobre el *leit motiv* del estatuto de Roma —la lucha contra la impunidad—, sobre si ello es un aporte a la paz, etcétera. No es un tema pacífico, pero sí se puede concluir y en gracia de discusión, que las decisiones que toma el sistema judicial relacionadas con los crímenes internacionales sí constituyen un aporte a la posible paz y un aporte a la consolidación de mecanismos de superación de conflictos ligados a prácticas sistemáticas de violación de derechos humanos o de las leyes de la guerra. Ello puede argumentarse a partir de decisiones que tuvieron ocurrencia en el año 2007, posteriores al informe presentado por el autor sobre el impacto de la jurisprudencia nacional, por ejemplo; es el caso de diversas decisiones que ha tomado la justicia penal respecto de homicidios en persona protegida. En el informe se citan los avances en esta dirección.[7] Pero debe hacerse relación al hecho de que, especialmente desde el año 2007, se ha incrementado en las instituciones la conciencia de proteger cada vez más al ciudadano inerme contra los efectos del conflicto armado interno.[8] Es el caso también, por ejemplo, del propio Ministerio de Justicia. Como un hecho absolutamente novedoso en el país, este Ministerio, a través de la directiva n.º 10, del 6 de junio del 2007, relacionada con la "reiteración de obligaciones para las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y

[7] "Colombia", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, pp. 159 ss.

[8] Un caso fallado en el mes de abril del 2004, puede ilustrar lo dicho. En un pequeño municipio del departamento de Antioquia, un civil desarmado, mientras iba camino a su casa, fue interceptado por varios soldados, quienes lo condujeron a un puente denominado La Hondita, donde lo asesinaron. Luego, le pusieron una escopeta "hechiza" y una granada de fragmentación, con el fin de hacer parecer el hecho como un "positivo", con el cual pretendían obtener un permiso que se otorga por acciones en combate (5 días de licencia). La Fiscalía 35 delegada ante la Unidad Segunda de Derechos Humanos, en resolución de acusación del 20 de febrero del 2007, imputó a los procesados el cargo de homicidio en persona protegida (artículo 135, Código Penal). En audiencia preparatoria, los sindicados aceptaron el delito. El fallo resaltó la tipicidad de la conducta prevista en el artículo 135 del CP, ya que, según el acervo probatorio, la víctima era un campesino con problemas de adicción a la marihuana y alguna deficiencia mental, pero se comprobó que no pertenecía a ningún grupo armado. Además, se comprobó la modificación improvisada de la escena del crimen, puesto que le pusieron al occiso unas botas de talla 42, cuando no calzaba ese número, entre otras pruebas. El juzgado, en el mes de septiembre del 2007, condenó a los dos soldados a 16 años y 8 meses de prisión y al superior jerárquico a 20 años. Se cita el caso porque es un avance de la justicia penal ordinaria en casos que normalmente llegarían a la justicia penal militar, y es un avance en el sentido de evitar consecuencias de la modificación de la escena del crimen y de imputar, correctamente, un tipo penal tan importante. El castigar hechos como estos puede contribuir, si bien no a una pacificación, por lo menos a evitar una mayor degradación de la guerra.

evitar homicidios en persona protegida", enfatiza de manera general y clara las directrices que deben seguir las fuerzas armadas para evitar la comisión de estos homicidios. De la misma forma y ahondando en los alcances de la directiva reseñada, el Ministerio ha emitido la directiva n.º 19, del 2 de noviembre del 2007, con el objetivo de "impartir instrucciones adicionales para garantizar el efectivo cumplimiento de la directiva n.º 10 del 2007 y prevenir homicidios en persona protegida".

Ello, desde luego, no es suficiente ni mucho menos; expresa empero políticas inéditas en las fuerzas armadas y tiene el efecto interesante de reconocer la existencia del conflicto armado y de evitar que en su contexto se generen consecuencias contra la ley y el derecho. Al mismo tiempo, supone la exigencia de que la directriz se acompañe de la voluntad férrea de no modificar, por ejemplo, la escena del crimen: este es uno de los aspectos más problemáticos para la aplicación de las normas que nos competen; los civiles muertos se hacen pasar por guerrilleros o combatientes y el caso pasa a la justicia penal militar como hecho ocurrido en combate. Hoy en día las instituciones, en desarrollo de estas directrices del ejército y las fuerzas armadas, trabajan en la elaboración de mecanismos y de protocolos de acción, consensuados, en los que no se tolere la desinstitucionalización de la función penal, es decir, en evitar que la guerra se lleve a los estrados judiciales, para evitar que lo que se logra contra el enemigo en la guerra se traslade a la justicia penal como continuación de la guerra por medios civiles. Lo expuesto indica, además, que la Ley de Justicia y Paz —pese a la importancia que tiene para este informe en concreto— es apenas uno de los mecanismos en funcionamiento referentes a la persecución penal posible de crímenes internacionales. Pero su persecución efectiva involucra a todo el sistema penal judicial en conjunto.

2.1. El denominado *derecho penal diferencial*

Es en el llamado *derecho penal diferencial* por los codirectores del Grupo de Estudios donde podría hoy concentrarse más la reacción penal en el contexto de fórmulas de justicia transicional. Y de ello se ocupará este informe. Es en la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, en el trabajo de los denominados *jueces especializados* —a quienes corresponde en general el juzgamiento de crímenes internacionales— y en la Sala Penal de la Corte Suprema donde se han dado los grandes debates y donde se ha avanzado al respecto; la Ley de Justicia y Paz apenas se encuentra en la etapa extremadamente difícil y dispendiosa de las denominadas *versiones libres;*

todavía no hay sentencias en firme y apenas unas pocas imputaciones hechas por los fiscales. Además, y como se aclaró, el destino de la ley, luego de la extradición de los más importantes jefes paramilitares, está en entredicho, por lo menos en su versión o alcances iniciales. Por este hecho, debe tenerse en cuenta el informe presentado por el autor en el año 2007. No obstante, y como desarrollo de ese derecho penal diferencial, es menester ocuparse de la Ley de Justicia y Paz y de aquellos hechos relevantes que se suscitan alrededor de ella. Los orígenes de la ley están documentados por el autor en textos anteriores elaborados para el Grupo de Estudios, a los que remite.[9]

Más adelante, y en desarrollo del índice previsto, se hará una exposición de aquellos aspectos más importantes de la Ley de Justicia y Paz y se continuará con el desarrollo de dicho índice. Debe anotarse que, si bien en el proyecto se solicita adelantar en esta primera parte una mera reseña informativa, es necesario desde el principio ahondar en aspectos de la ley, ya que se trata de información que se requiere para el desarrollo de todo el informe. Se adelanta entonces una narración, sin subtítulos, tal como se pide en el proyecto elaborado por los codirectores del Grupo. Se aclara, además, que para evitar repeticiones innecesarias y en razón de que existe una profusa información que es posible ubicar en la red y en material impreso, se citarán aquellos documentos más importantes para los efectos del informe.

En esta sección y respeto de la denominada *reacción cuasipenal,* debe decirse que no ha existido en el país un ejercicio como los *juicios de verdad* en la Argentina.

2.2. Los hechos del Palacio de Justicia de 1985

En relación con la denominada *reacción no penal,* no ha habido en el país una comisión de verdad a la manera como ha existido, por ejemplo, en el Perú, pero sí ha tenido lugar una experiencia ligada a un hecho especialmente grave y vergonzoso: el incendio del Palacio de Justicia en 1985 y la muerte de magistrados de la Sala Penal de la Corte, de personas inocentes y de desaparecidos que hoy son objeto de investigación por la Fiscalía General de la Nación, luego de dos décadas de absoluta impunidad. Se trata de la pequeña comisión de verdad instituida para ilustrar o investigar, con las limitaciones

[9] Véase, al respecto, Alejandro Aponte: "Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del 'proyecto de alternatividad penal' en el caso colombiano", en Kai Ambos et al.: *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 117-150, y "El Estatuto de Roma y los límites del derecho penal en escenarios de alta conflictividad: el caso colombiano", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 197-226.

correspondientes, los hechos de Palacio. Fue conformada en el año 2005 por tres ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia, cuyo informe se reseñará en el apartado 3.

También, respecto de este ítem, existen procesos en curso de reparación; el informe se detendrá en el mandato y la acción de la denominada Comisión de Reconciliación. Hay también experiencias de *depuración,* no tanto de *purgas,* que serán reseñadas —y muy ligadas a políticas de violación masiva de derechos humanos—, así como procesos especialmente complejos e interesantes de desarme, desmovilización y reintegración (DDR).

3. Análisis de los mecanismos utilizados

3.1. Reacciones penales diferenciales: la Ley de Justicia y Paz

La Ley de Justicia y Paz fue expedida en junio del 2005, luego de intensos debates en el Congreso de la República, de intentos previos del Ejecutivo —como el conocido *proyecto de alternatividad penal* del 2003, con base en el cual la rebaja de penas y la sustitución de estas por penas alternativas era total, como en los posteriores proyectos, todos modificados sobre todo a partir de la presión internacional—. Puede decirse, de manera general, que la Ley de Justicia y Paz fue producto de una gran presión de la comunidad internacional para que esta se ajustara a estándares internacionales mínimos y a presupuestos mínimos de verdad, justicia y reparación. Este componente no estaba explícito y era muy débil en los proyectos anteriores a la ley; esta se fue modificando a partir de intensos debates y sufrió una modificación —*modulación*—, en términos del nuevo constitucionalismo, por la Corte Constitucional, que intervino radicalmente en ella. Se dice entonces y de manera sintética que la Ley de Justicia y Paz, "se encuentra dirigida fundamentalmente a establecer un procedimiento que permita la reincorporación a la sociedad y la reconciliación de los miembros de grupos armados al margen de la ley que hayan cometido delitos que no necesariamente deben ser políticos o conexos con estos, siempre que medie una contribución efectiva a la consecución de la paz nacional y se garanticen los derechos de las victimas a la verdad, la justicia y la reparación".[10]

[10] Hernando Barreto Ardila: "La Ley de Justicia y Paz frente a la Corte Penal Internacional", en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas* ("Memorias. XXVIII Jornadas

Más tarde se han expedido numerosos decretos, algunos de ellos muy criticados por contrariar los presupuestos de la sentencia de la Corte, y se encuentra, hasta el mes de mayo del 2008 (fecha de redacción del presente informe), en una fase clave, que son las *versiones libres,* audiencias orales en las cuales los denominados *versionados* —paramilitares que se han sometido a la ley— confiesan o narran lo sucedido. Se trata de jornadas, muchas de ellas extenuantes, en las cuales se le ha relatado al país lo más oscuro de una etapa horrenda de comisión sistemática de toda suerte de crímenes, de atentados contra los mínimos de dignidad de personas inocentes, de oscuras complicidades entre actores ilegales y toda clase de funcionarios, de colaboraciones con multinacionales o empresas extranjeras que estuvieron involucradas en los crímenes; en fin, en las versiones se ha constatado que se trató, por años, de una verdadera privatización del Estado en amplias regiones del país y de una sustitución de este por agentes privados y criminales.

Como se anotó al comienzo, la ley se aplica hoy a estas versiones; apenas están comenzando a producirse las primeras imputaciones y se espera que en el transcurso del año se pase a la etapa de juzgamiento o de actuación de los jueces. A partir del mes de enero del 2008 se ha comenzado a fortalecer más a la Fiscalía que, con cerca de 25 fiscales que laboran en tres sedes principales, ha tenido que enfrentar un número descomunal de hechos narrados, con jornadas de trabajo agotadoras y con presencia de las víctimas —en salas dispuestas aparte de la sala de audiencia— y situaciones humanamente terribles de las víctimas frente los victimarios. Un solo versionado ha confesado más de cien delitos, uno solo ha confesado decenas de muertos, torturados, desaparecidos; se trata de un ejercicio inédito en la historia del país. El número de fiscales se va a aumentar considerablemente. Más adelante se ampliará lo relacionado con aspectos centrales de la ley.

Debe anotarse que, como antecedente de esta ley y con efectos sobre la catalogación del carácter de los actores incursos en un proceso de paz, se expidió la Ley de Indulto (ley 782 del 2002), con base en la cual se permite la amnistía o el indulto a particulares pertenecientes a grupos armados, pero únicamente respecto de delitos políticos y conexos (concierto para delinquir simple, porte ilegal de armas, utilización ilegal de uniformes e insignias, instigación a delinquir). Se entenderá por qué, en este sentido, es tan importante la discusión en el país sobre el delito político: si su alcance llega hasta los grupos paramilitares, por vía directa, un número enorme de estos artículos —entiéndase en principio los soldados rasos o llamados *patrulleros*— serían indultados. A ello se ha

Internacionales de Derecho Penal: Derecho penal supranacional"): Bogotá: Universidad Externado de Colombia, vol. XXVII, n.º 81, mayo-agosto 2006, p. 55.

opuesto la Sala Penal de la Corte, en decisiones que han generado enfrentamientos agrios con el Poder Ejecutivo.

Con la promulgación de las dos normatividades reseñadas se ha buscado, en principio y sobre todo en los capítulos sobre verdad, justicia y reparación, dar cumplimiento a los estándares internacionales en materia de justicia transicional. En este sentido se intenta, por ejemplo, adelantar tipos de reparación que van más allá de la simple reparación indemnizatoria y buscan incluir reparaciones de orden simbólico, restaurativo, de rehabilitación, de satisfacción y el establecimiento de garantías de no repetición. El área de reparación está a cargo en primera medida de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), presidida por el vicepresidente de la República, y cuenta además con la participación y colaboración los diferentes estamentos del Estado, tales como la Procuraduría de la Nación, la Defensoría del Pueblo, además de miembros reconocidos de la sociedad civil. A su vez, la Comisión cuenta con la cooperación de diferentes organizaciones de víctimas y ONG que buscan respaldar la misión de reparación de la Ley de Justicia y Paz.

Debido a la gravedad de los delitos cobijados por la ley, es claro que el Estado, en cumplimiento de los estándares propios en materia de verdad, justicia y reparación, está en la obligación y con el derecho de investigar los hechos y crímenes cometidos por los grupos armados al margen de la ley, a la vez que sancionar a aquellos culpables y buscar la eficaz reparación de las víctimas. Es por ello que, como justificación, se ha dicho:

> Los beneficios otorgados a los miembros de las Autodefensas son razonables, mínimos en relación al beneficio logrado por la institucionalidad democrática con el desmonte de estas maquinarias de muerte, y plenamente justificables en el marco del proceso de paz.[11]

3.1.1. Esquema procesal de la Ley de Justicia y Paz

Es importante, desde el punto de vista del derecho comparado, indicar las etapas básicas del proceso concebido por la ley. Antes se adelantarán algunas consideraciones generales, una vez que se ha hecho referencia previa a textos elaborados por el autor del informe en los cuales se consigan los orígenes de la ley.

La pena alternativa, que presupone la aplicación y el acceso a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, oscila entre un mínimo de cinco años y un máximo de ocho. De esta

[11] Alto comisionado para la Paz: "Balance de un proceso", en *Simposio de evaluación y balance: Dos años Ley de Justicia y Paz*, Bogotá: Universidad Santo Tomás, 25 de julio del 2007.

manera, para poder ser beneficiario existen varias posibilidades de ingreso que buscan a su vez cumplir con diferentes estándares internacionales en materia de delitos no indultables. Como primera medida, existe la posibilidad de acceder por medio de la desmovilización colectiva de un bloque o grupo armado al margen de la ley. Para ello se requiere el desmantelamiento del grupo, la entrega de armas y secuestrados, y la ubicación de las fosas comunes en las cuales yacen personas desaparecidas. Se debe entregar, además, a los menores que trabajaban en las filas de combate o hacían parte del grupo. (El delito de reclutamiento forzoso, regulado en la legislación penal interna como delito contra el DIH, es un hecho especialmente sensible que viene siendo seguido de manera especial por los fiscales de justicia y paz.)

En segunda medida, se permite acceder a los beneficios de la normatividad mencionada en caso de una desmovilización individual. Tal presupuesto trae como condición la divulgación específica de información conducente al eficaz desmantelamiento del grupo o bloque al cual pertenecía la persona que voluntariamente colabora con la paz y busca desmovilizarse.

Por último, la tercera posibilidad de acceso a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz implica la existencia de acuerdos humanitarios con grupos armados al margen de la ley, en cuyo caso el presidente de la república indicará las condiciones de sometimiento a un procedimiento especial tal como la Ley de Justicia y Paz.

Es importante establecer que en ningún caso la ley cobija delitos cometidos por aquellas personas pertenecientes a los grupos armados al margen de la ley anteriores a su pertenencia a estos o posteriores al proceso de desmovilización. Igualmente, al otorgar tales beneficios suspende o condiciona los procesos de extradición respecto de aquellas personas pedidas en extradición o sometidas a la jurisdicción de tribunales internacionales. (Este ha sido un punto crítico y se trata de una diferencia sustancial entre Europa y Estados Unidos, por sintetizarlo gráficamente: mientras para los Estados Unidos el problema central es el del delito de narcotráfico cometido por desmovilizados y, por ello, la presión al Estado colombiano por extraditar a dichos actores, para Europa el énfasis está más en función de los crímenes internacionales. Para el informe es una distinción relevante, tal como se verá más adelante.)

Adicionalmente, en ningún caso, bajo las condiciones de elegibilidad, ya sea por medio de la desmovilización colectiva o individual, puede existir la intención o el propósito del tráfico de drogas o la búsqueda del enriquecimiento ilícito.

En desarrollo del proceso de la Ley de Justicia y Paz, los desmovilizados postulados deberán rendir una versión libre, tal como se dicho, y en esta diligencia deberán entregar

información respecto de su pertenecía al grupo y las actividades desarrolladas dentro de él. Incluso, deberán confesar todos los delitos cometidos por ellos o que estén en su conocimiento. Si de alguna forma omiten un delito, o no aceptan los cargos imputados por la Fiscalía, se procederá a un proceso ordinario respecto de tal situación, dando lugar a una ruptura de la unidad procesal. (Ello siempre y cuando la Fiscalía misma halle la comisión del delito.) Si se llegaran a confesar delitos indultables bajo la ley 782 del 2002, tales delitos podrán acceder a los beneficios de la ley, sin perjuicio de los beneficios otorgados por los demás delitos confesados y que están cobijados bajo la Ley de Justicia y Paz.[12]

3.1.2. Etapas procesales de la Ley de Justicia y Paz

La Ley de Justicia y Paz basó su esquema procesal en el sistema penal acusatorio, que rige en Colombia a partir del 31 de agosto del 2004, por medio de la ley 906. De esta ley toma especialmente los principios de celeridad y oralidad en las actuaciones, con el fin de que no se convierta en un proceso dilatado, sino que se garantice la protección de las víctimas y la reparación de sus derechos. Además, de hecho la ley fue concebida en principio ajustada a un proceso más abreviado que el ordinario. Lo que ha sucedido es que, por diferentes razones, las versiones libres han durado un tiempo que no estaba calculado. Hay versiones que se han prolongado más de un año, es decir, se inicia una de ellas y continúa en diferentes eventos, durante varios meses. Ello ha llevado hoy a pensar en la necesidad de adelantar imputaciones parciales cuando haya certeza de delitos y que estos hayan sido claramente confesados. Es un tema de gran discusión y seguramente será la única salida posible para producir resultados efectivos.

El marco de Justicia y Paz está compuesto por una ruta jurídica que comprende, desde un punto de vista general, dos etapas: 1) una etapa en la que participa como autoridad pública competente el Gobierno nacional y como sujeto particular el desmovilizado, ya sea en el marco de una desmovilización colectiva o individual, y 2) una etapa judicial en la que participan como autoridades públicas competentes la Fiscalía General de la Nación (Unidad de Justicia y Paz), los magistrados de control de garantías y los magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial asignados para conocer de

[12] Uno de los fines más importantes del proceso de la Ley de Justicia y Paz es la reconstrucción de la verdad, que en colaboración y cooperación de los beneficiados por la ley deberán rendir en sus versiones libres. Así, si en dado caso se omitieran de manera intencional ciertas conductas y delitos cometidos durante la pertenencia al grupo del beneficiado por la ley, los beneficios podrán ser removidos o, dependiendo del caso, el juez de ejecución y penas podrá aumentar en un 20% la pena impuesta.

los procesos de Justicia y Paz, y como sujetos particulares el postulado y las víctimas de delitos cometidos por los miembros de los grupos armados al margen de la ley.

En lo atinente a la segunda etapa que se menciona (etapa judicial), ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que dicha fase se divide a su vez en dos etapas.[13]

a. Preprocesal: Fiscalía General de la Nación.
   - Ciclo preliminar: desde el arribo a la lista de postulados a la Fiscalía hasta la recepción de la versión libre, pasando por la formulación de la imputación, hasta la formulación de cargos.
   - Ciclo de investigación: desde la versión libre, pasando por la imputación y hasta la formulación de cargos ante el magistrado de control de garantías.

b. Procesal: Salas de Justicia y Paz, Tribunales de Distrito Judicial
   - Juzgamiento: a partir del momento en que queda en firme el control de legalidad de la formulación de cargos ante la Sala de Justicia y Paz, hasta el fallo.

3.1.3. Sentencia de la Corte Constitucional n.º C-370 del 2006

Mediante la sentencia n.º C-370 del 2006, la Corte Constitucional adelantó un proceso de adecuación exhaustiva de la Ley de Justicia y Paz a los estándares internacionales en materia de justicia transicional, principalmente respecto de temas como verdad, justicia y reparación. El análisis de la Corte consistió en el estudio de pronunciamientos de diferentes instrumentos internacionales respecto de los estándares internacionales, tales como los informes y observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para Colombia, decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, provisiones de la Convención Americana de Derechos Humanos, los principios Joinet para la protección y promoción de los derechos humanos en la lucha contra la impunidad de las Naciones Unidas, entre otros. De manera sintética en consideración a los límites del informe, se reseñarán los siguientes aspectos centrales de la providencia. El principio fundante es el siguiente:

[13] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión del 27 de agosto del 2007 radicado n.º 27873, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

> El hecho de que un Estado atraviese por difíciles circunstancias que dificulten la consecución de la paz, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que es el caso de Colombia, no lo liberan de sus obligaciones en materia de justicia, verdad, reparación y no repetición, que emanan de la Convención Americana de Derechos Humanos.[14]

Al analizar los acercamientos internacionales en materia de justicia transicional, para la Corte fue importante tener en cuenta que:

> […] dentro de este panorama de evolución hacia la protección internacional de los derechos humanos, la comunidad de las naciones ha puesto su atención sobre aquellos Estados en que se adelantan procesos de transición hacia la democracia o de restablecimiento de la paz interna y consolidación de los principios del estado de derecho. La comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar estos objetivos sociales de paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social. La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado "justicia transicional" o "justicia de transición", pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción.[15]

En desarrollo del análisis del cargo anterior, la Corte resolvió:

> […] debe sostenerse que según la Constitución, los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley a quienes se aplique la ley 975 de 2005, responden con su propio patrimonio para indemnizar a las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueren condenados.[16]

Adicionalmente, aclaró la Corte:

---

[14] Corte Constitucional, sentencia n.º C-370 del 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, párrafo 4.5.8.

[15] Ibídem, párrafo 4.2.2.

[16] Ibídem, párrafos 6.2.4.1.13, 6.2.4.1.16.

> […] si los beneficiarios de la ley deben responder con su propio patrimonio por los daños producidos, lo cierto es que no existe ninguna razón para impedir que las medidas cautelares puedan recaer sobre sus bienes lícitos. En efecto, esta prohibición lo que hace es disminuir la efectividad de la acción estatal encaminada al logro de la reparación integral de las víctimas. Por estas razones, la Corte procederá a declarar inexequibles las expresiones "de procedencia ilícita" del numeral 4 del artículo 13 y "de procedencia ilícita que hayan sido entregados" del inciso segundo del artículo 18 de la Ley demandada.[17]

Aparte de aspectos fundamentales desarrollados por la sentencia, como el hecho de que el desmovilizado debe responder también con sus propios bienes y no solo con bienes ilícitos, y de aspectos fundamentales relacionados con los derechos de las víctimas, la Corte Suprema de Justicia, en consonancia con la decisión reseñada, ha establecido que "los procesos de paz, sea de diálogo o de desmovilización, incluyen formas de reincorporación a la vida civil", para lo cual las leyes 782 del 2002 y/o 975 del 2005 (Ley de Justicia y Paz) prevén instrumentos judiciales específicos tendientes a reconocer beneficios jurídicos relacionados con esas situaciones. Se trata de mecanismos excepcionales, propios de modelos de justicia de transición que reconocen "una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación".[18]

Ahora bien, es importante establecer que esta no implica de ninguna manera una amnistía o indulto, pues las consecuencias de su aplicación no son las propias de los procesos mencionados. Adicionalmente, los delitos sobre los cuales recae la competencia de la ley son aquellos referidos a crímenes de guerra, de lesa humanidad, el narcotráfico y el terrorismo, lo cual indica, de antemano, que se trata de delitos no amnistiables ni indultables por su misma naturaleza, trascendencia e importancia en el marco internacional. Es una conclusión compartida por estudiosos del caso colombiano como Kai Ambos, que no concibe la ley en cuestión como una amnistía. No obstante, aprovecha este hecho para proponer un modelo de ponderación con un examen de proporcionalidad, a fin de establecer cuándo una ley puede ser o no concebida como amnistía y cuáles son sus alcances.[19]

---

[17] Ibídem, párrafo 6.2.4.1.20.

[18] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 26954, de 11 de julio del 2007 MM. PP. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

[19] El autor hace referencia, a propósito del modelo propuesto, a amnistías absolutas y condicionales. Dice, a propósito del caso colombiano: "La ley 975 no es una ley de impunidad 'primitiva' o absoluta como las leyes del Cono Sur en su momento". Kai Ambos: op. cit., p. 176.

3.2. Extradición y Ley de Justicia y Paz: el derecho es absorbido por la política

En la semana inmediatamente siguiente a la reunión del Grupo de Estudios Latinoamericanos del mes de abril del 2008, tuvo lugar un hecho muy importante que refleja los mayores dilemas que surgen de la aplicación práctica de la Ley de Justicia y Paz. Uno de los jefes paramilitares, que se dice comandó en su momento un ejército de más de seis mil hombres y que desde un principio generó serias dudas acerca de su acatamiento de las condiciones mínimas de la ley, fue hallado responsable, según el Poder Ejecutivo, de seguir delinquiendo desde la cárcel y, sobre todo, de seguir traficando con drogas, hecho que desde un principio fue denunciado por la comunidad jurídica. Así, y agotando todas las instancias previstas, se ordenó su extradición a los Estados Unidos. Debe aclararse que la extradición ha sido desde el principio un tema muy crítico en relación con el proceso de desmovilización de las autodefensas o grupos paramilitares. En Colombia, al momento final de la extradición, luego de un concepto de la Sala Penal de la Corte que no es obligatorio, corresponde al Poder Ejecutivo, con plena discreción, decidir si se extradita o no una persona. De hecho, en el gobierno actual se han extraditado cientos de personas a los Estados Unidos; el Ejecutivo ha tenido en sus manos el poder de extraditar a los desmovilizados solicitados por Estados Unidos y les ha indicado que deben asumir con seriedad el proceso de Justicia y Paz o de lo contrario serán extraditados. Este es el caso del desmovilizado jefe paramilitar nombrado con el alias de *Macaco.*

Pero esta decisión del Ejecutivo abrió una discusión muy interesante que se relaciona directamente con nuestro tema. Apenas se anunció la decisión, surgió la gran pregunta acerca de los derechos de las víctimas ligadas a los hechos generados por el paramilitar. Se cuestionó inmediatamente el hecho de que, si este jefe fuese enviado a los Estados Unidos, toda su confesión quedaría truncada, las víctimas no conocerían la verdad de miles de hechos ocurridos y respecto de muchos de los cuales en las versiones libres ya adelantadas esta persona había prometido dar cuenta y ofrecer información. Se cuestionó, además, el hecho de que las víctimas no serían reparadas efectivamente, ya que el jefe iría a afrontar otros procesos en América del Norte y quedaría truncado el proceso de Justicia y Paz. Esta reacción inicial, comandada por organizaciones de víctimas, ha sido apoyada por el procurador general de la nación, por los jueces y por el fiscal general de la nación, que el 10 de abril

anunció la necesidad de juzgar primero a los jefes militares en Colombia. Pero la decisión más importante fue la tomada respecto de otro caso similar de solicitud de extradición, por la Sala Penal de la Corte, en audiencia pública el 10 de abril del 2008.

En este caso, y en este momento como posición de la Sala, los magistrados dispusieron que, antes de que un sujeto de la Ley de Justicia y Paz fuera extraditado, incluso después de su concepto favorable, tenía que cumplir con los compromisos adquiridos y someterse efectivamente a la Ley de Justicia y Paz. La Sala, además, al avocar el estudio del caso, introdujo todo su fundamento en función de la justicia transicional. Así, en consecuencia, anunció que antes que el cumplimiento de un tratado, articulado en especial a delitos de narcotráfico, debían prevalecer los derechos de las víctimas, textualmente, el derecho a la verdad —o a la información, tal como lo ha expuesto lúcidamente Daniel Pastor— y el derecho a la reparación.[20]

Es una decisión que tiene lugar por primera vez en la historia del país y que ha sido jalonada por la Ley de Justicia y Paz y por el contexto transicional en el cual ella es concebida por las instituciones. (El Ejecutivo se ha quedado solo en esta decisión.)[21] Es de agregar, además —y ello es muy importante—, que las organizaciones de víctimas, muy activas en este proceso y también en un hecho inédito en el país, interpusieron en la semana del 10 de abril del 2008 un recurso de tutela —el recurso de amparo colombiano— contra la decisión del Poder Ejecutivo de extraditar al jefe paramilitar. La juez que dio curso a la acción de tutela, en este caso, perteneciente a un alto tribunal, decidió, como medida cautelar, que la extradición debía suspenderse hasta tanto hubiese decisión de fondo sobre la tutela.

La respuesta del Ejecutivo no se hizo esperar: reprochó al sistema judicial esta decisión y fue adelantando las bases para un decreto reglamentario que le diera la posibilidad de excluir directamente a un desmovilizado de la Ley de Justicia y Paz y de arrebatárselo, por decirlo así, al sistema judicial. En efecto, uno de los temas más interesantes relacionados con la aplicación de la ley es el de la exclusión de un sujeto del proceso de Justicia y Paz; sobre todo, el tema de la exclusión por reincidencia, es decir, por comisión de delitos durante el proceso de Justicia y Paz. Desde el principio, en la configuración de la ley se discutió acerca de la gran injerencia del Poder Ejecutivo en su desarrollo: el

[20] En una idea muy suscitadora de Daniel Pastor, cuando hace referencia a la necesidad de relativizar, por las consecuencias de un manejo arbitrario y acomodado a intereses políticos de la noción de verdad, el denominado derecho a la verdad, y de hacer referencia, mejor, a un derecho a la información. Véase, al respecto, el texto "¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina", en *Jueces para la Democracia*, n.º 59, julio del 2007, p. 95 ss.

[21] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia n.º 29472 del 10 de abril del 2008, M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

gobierno pasa un listado de quienes se someten a la ley, de modo que desde el principio interviene de manera muy marcada en la evaluación de los requisitos de elegibilidad; pero, no bien el desmovilizado entra al proceso de Justicia y Paz, ya *pertenece,* por decirlo así, al sistema judicial —a la Fiscalía y a los magistrados de Justicia y Paz—. Por lo tanto, si el gobierno tiene pruebas de que un desmovilizado está delinquiendo desde la cárcel y no cumple los compromisos, no puede excluirlo del proceso, sino que debe dar conocimiento a la Fiscalía y esta debe promover lo que puede llamarse un *incidente* o una *diligencia de exclusión* ante los magistrados de Justicia y Paz. Solo así puede, luego, hablarse de extradición, y ahora, con la nueva decisión de la Sala Penal de la Corte, dicha extradición no debe darse sino hasta que, en función de la verdad (información) y de la reparación efectiva de las víctimas, se culmine el proceso de Justicia y Paz.

3.2.1. Las jugadas políticas contra el derecho y contra las expectativas sociales

No obstante todo lo anterior, a finales de abril, el tribunal que tenía a su cargo la revisión final de la acción de tutela la negó a los grupos de víctimas, indicando que no era un mecanismo idóneo para suspender la extradición. En este contexto se produjo un hecho absolutamente sorpresivo y que ha colocado al gobierno en la situación más compleja en cuento al acatamiento de las reglas de juego que él mismo ha establecido en relación con la aplicación de la Ley de Justicia y Paz.

En efecto, el martes 13 de mayo el país entero amaneció sorprendido con la noticia de que el gobierno, sin anunciar nada y tal como lo ha hecho en diversas ocasiones, casi clandestinamente, extraditó a los Estados Unidos a 13 jefes paramilitares, a los más importantes, y a un narcotraficante raso. Varias cuestiones importantes pueden ser reseñadas en este caso. La primera: la semana anterior al hecho el gobierno dictó un decreto reglamentario, contrario a la lógica con la que se ha actuado en Justicia y Paz, que establece que, si un desmovilizado llegara a delinquir pero estuviera ya dentro de la ley, solo el sistema judicial, la Fiscalía y los tribunales de Justicia y Paz pueden excluirlo, nunca el Poder Ejecutivo directamente. No obstante, el gobierno, aprovechando la confusión creada en torno a las decisiones sobre extradición y, sobre todo, aprovechando la tendencia hacia una decisión final sobre la acción de tutela, en el sentido de que esta era improcedente como mecanismo para suspender la extradición —potestativa al final para el Ejecutivo—, dictó el decreto n.º 1364 del 25 de abril del 2008, en el cual se atribuía la posibilidad directa de *excluir* a un

desmovilizado de la Ley de Justicia y Paz. Así, antes de que dicho decreto fuese sometido a cualquier control de legalidad, el gobierno extraditó directamente a los jefes paramilitares, de tal forma que se aprovechó el tiempo en que un decreto está amparado de presunción de legalidad, independientemente de que está viciado, para enviar a los jefes paramilitares (independientemente del destino del decreto, estos jefes ya no serán devueltos del país del Norte). Se discute hoy el hecho de que con el decreto no se *excluye* directamente a la persona, sino que se la *retira* del listado inicial de portadores del beneficio posible, por portarse mal, pero esto es en realidad un juego de palabras. En la práctica, el Ejecutivo sí excluyó a los paramilitares y lo seguirá haciendo de facto, según sus propias declaraciones.

Como consecuencia, queda en vilo el hecho de que los jefes paramilitares puedan en el país seguir diciendo la verdad, seguir informando sobre fosas comunes, seguir comunicando a las víctimas dónde están sus familiares. Ciertamente, más allá de que pudieran algunos seguir delinquiendo, los procesos en Colombia se van a cerrar. Y una de las cosas más graves y que puede dar luces sobre la jugada política del gobierno es que estos jefes fueron los que iniciaron el escándalo de la parapolítica, en la medida en que ellos desvelaron las conexiones entre políticos y paramilitares. Así, la Sala Penal de la Corte se queda ahora sin testigos de excepción para seguir investigando a los políticos que, como la comunidad internacional sabe, en su mayoría están ligados al presidente Uribe directamente, es decir, hacen parte de las coaliciones uribistas. Habría que ver con quiénes más la Corte puede contar como testigos, ya que realmente los jefes paramilitares eran los que más información tenían.

3.2.2. La primacía del delito de narcotráfico sobre delitos de lesa humanidad: contravía en la persecución penal nacional de crímenes internacionales

Un asunto de gran interés par un análisis de derecho comparado —y sobre el cual el autor de este escrito ha insistido en varios de los trabajos publicados hasta ahora a instancia del Grupo— es que con estas extradiciones el delito de narcotráfico prima sobre los crímenes internacionales. El Estado colombiano deja de investigar y juzgar delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra al privilegiar un tratado, criticado por gran parte de la comunidad jurídica, basado exclusivamente en el narcotráfico. Por eso, algún columnista de opinión hacía referencia al hecho de que el gobierno había preferido la revelación de rutas del narcotráfico a la revelación de fosas comunes, es

decir, dio preferencia absoluta a un delito común por sobre delitos de lesa humanidad. Además, desde luego, con esto se demuestra —y es grave frente a la Corte Penal Internacional— que Colombia, por lo menos con este gobierno, no es capaz de juzgar a estos grandes criminales en el propio país. Es decir, es una manifestación de colapso, de incapacidad de la justicia: si se tiene que enviar a otro país a un grupo de individuos ligados a la comisión de crímenes internacionales, que se agregan a una lista de más de 750 personas que, increíblemente han sido enviados en este gobierno, la conclusión elemental es que no hay capacidad de investigación y juzgamiento. O, peor aún, una vez que lo han sido, el sistema penitenciario se ve imposibilitado —sobre todo por la corrupción rampante— de someterlos efectivamente al cumplimiento de la sanción penal.

En relación con la imposible persecución final de crímenes internacionales ligados a los jefes, se ha dicho que el gobierno colombiano habría negociado con el embajador norteamericano para que los bienes de los paramilitares extraditados fueran remitidos en todo caso a Colombia y que los jefes pudieran ser eventualmente juzgados en ese país también por delitos de lesa humanidad. Pero esto no ha sucedido nunca y debe tenerse en cuenta que los jueces norteamericanos son independientes y no pueden ser obligados a nada distinto de lo que ellos consideren que deben hacer. Además, se trata apenas de una "sugerencia". (Ya se ha criticado en Colombia el hecho, por ejemplo, de que las multas ordenadas contra empresas multinacionales norteamericanas por patrocinar directamente grupos paramilitares no han sido pagadas a la sociedad colombiana, sino que se han quedado en Estados Unidos.) En cualquier caso, en los cargos que ya se han formulado a los extraditados no aparece ninguno ligado a crímenes internacionales. Debe agregarse que los fiscales colombianos intentarán viajar a los Estados Unidos y allí continuar con las versiones de los paramilitares. No obstante, el propio fiscal general ha dicho que se trata de un proceso complejo, lleno de dificultades técnicas y de todo tipo. Para la Fiscalía, los extraditados siguen vinculados a la distancia al proceso de justicia y paz.

Las víctimas han dicho que no habrá ni verdad, ni justicia, ni reparación. El gobierno ha dicho que se trata de un "castigo ejemplar" para narcotraficantes. Pero el presidente sabía que lo eran y de hecho las autodefensas como las guerrillas actúan con el combustible del narcotráfico. Además —y esto ha sido denunciado por numerosos analistas—, desde hace meses el gobierno sabía de la continuación en la comisión de delitos de varios de los jefes paramilitares. Por eso la pregunta ha sido: ¿Por qué se reacciona de

esta manera ahora? ¿Cuál es la coyuntura que ha propiciado esto? Un hecho cierto surge de esta pregunta: en la guerra, es la decisión política acerca del carácter del enemigo la que prima; el enemigo es el que la decisión política establece, independientemente de sus actos y en razón de las circunstancias políticas.

3.3. Los límites del derecho en escenarios de extrema conflictividad

3.3.1. ¿Se puede incorporar la violencia masiva y degradada al lenguaje civil del derecho?

Más allá de los narrado, que tiene que ver con las argucias y las pequeñeces de juegos políticos de gobernantes, es necesario pensar el problema de cualquier transición posible, de cualquier opción de persecución penal de crímenes internacionales, en el contexto más general de las posibilidades que tiene el derecho mismo frente a situaciones de conflicto tan generalizadas y degradadas. Para ello, el autor se servirá de una reflexión iniciada por Walter Benjamin en el sigo pasado. Se aclara, además, que esta reflexión acompaña, necesariamente, toda la narración posterior del informe.

Debe iniciarse con una aclaración: es preciso tener en cuenta aspectos que no son propios de uno u otro sistema normativo, sino que corresponden o se relacionan con el derecho como totalidad, con el derecho pensado no con relación a este u otro fin, sino pensado como totalidad.

3.3.2. La violencia pura y sus relaciones con el derecho

Como se ha dicho, con aportes conceptuales de Walter Benjamin y, además, de Carl Schmitt se acompaña esta reflexión que, desde luego, apenas se puede esbozar aquí, pero que el autor ya ha trabajado de manera detallada en otros escritos.[22] Para Benjamin, en un texto fundamental de 1921 titulado *Para una crítica de la violencia,* en el cual analiza, entre otros diversos y complejos temas, las relaciones entre el derecho y la violencia, existe una *violencia pura* que está situada por fuera del derecho. (Este texto que fue leído, según hoy lo constatan filólogos y autores en general, y contestado probablemente, aunque en forma críptica, por Carl Schmitt.) Esta forma de violencia es llamada también

[22] El autor se remite aquí a su libro: *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo* (Bogotá, 2006), capítulo III A y, sobre el decisionismo de Carl Schmitt, capítulo I A, III.

por Benjamin *violencia divina,* en contraposición a la *violencia mítica,* que está directamente relacionada con lo jurídico. Así, "la violencia mítica es violencia sangrienta sobre la vida desnuda en nombre de la violencia; la pura violencia divina es violencia sobre toda vida en nombre de lo viviente. La primera exige sacrificios, la segunda los adopta". Por eso y además, esta violencia, "cae por fuera del derecho".[23]

En las relaciones entre derecho y violencia existe, además, una violencia fundante del derecho (*rechtssetzende Gewalt*) y una violencia que sostiene o que mantiene el derecho (*rechtserhaltende Gewalt*). No obstante y adentrándose en las penumbras del texto (alusión que no tiene desde luego un sentido peyorativo, sino que resalta el hecho de que Benjamin dice más desde las entrelíneas que en las frases concretas), hay una violencia pura —con este nombre debe resaltarse este tipo de violencia primaria, primitiva— que estaría por fuera del derecho. Con mucha lucidez, Agamben se refiere, con esta alusión de la *reine Gewalt* (violencia pura) a una *zona anómica* presente en comunidades humanas.[24] La pregunta es, en consecuencia, ¿qué se hace con dicha zona anómica?, ¿puede el derecho absolverla siquiera mínimamente?

Aquella violencia primitiva, latente, amenazante, hace que en las relaciones entre derecho y violencia aparezca una zona gris, oscura, una especie de *indecibilidad,* como concibe el autor italiano. En ello, además, hay una coincidencia con aportes notables a la discusión planteada por Benjamin del filósofo francés Jacques Derrida.[25]

Es aquí donde se presenta una disputa entre Schmitt y Benjamin: mientras que el primero busca conservar en el derecho, a través del estado de excepción y de la decisión que sobre él se toma, esta violencia, esta zona anómica amenazante, en Benjamin parecería que conserva su estatuto por fuera del derecho; allí se hace indecible, allí yace por fuera del derecho. En la magistral consecuencia que extrae Benjamin al final de su ensayo, aunque se está ocupando más de la amenaza que la violencia que se necesita para preservar el derecho representa para el derecho mismo, hay algo de esta indecibilidad e incapacidad del derecho para abordar la violencia pura: hay algo que "está podrido en el derecho", dice Benjamin; el derecho, todo derecho, en su acción de resolver la violencia en su seno, no solo no lo logra, sino que puede y consigue reproducirla con mayor

[23] Walter Benjamin: "Zur Kritik der Gewalt", en ídem: *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Frankfurt: Suhrkamp, 1965, p. 6.

[24] Con datos históricos, Agamben reconstruye, aunque brevemente, la imbricación —no siempre explícita, pero clara en algunas citas epistolares de Carl Schmitt— entre Benjamin y Carl Schmitt, en torno de este problema de qué hacer con aquella violencia primaria y latente socialmente. Giorgio Agamben: *Stato di Eccezione*, Turín: Bollati, 2004, pp. 68-70.

[25] Jacques Derrida, en un texto extraordinario, debate paso a paso con Walter Benjamin a partir de su texto sobre la violencia. El texto se intitula: *Gesetzkraft. Die mystische Grund der Autorität* (Fráncfort, 1991).

vehemencia. (La sociología criminal, desde mitad del siglo XX, se ocupará de este problema.) Así, mientras que para Schmitt en el estado de excepción se da el esfuerzo por incorporar la violencia pura al derecho, en Benjamin esta aparece por fuera del derecho. Es en la disputa por la zona anómica que se enfrentan las dos posibilidades o, mejor, una sola, que es la de Carl Schmitt.[26]

Benjamin, asentado en un escepticismo lúcido y casi metafísico, concibe, frente al hecho de que la violencia pura sea destructiva, lo siguiente:

> En este sentido es lícito llamar destructiva a tal violencia; pero lo es solo relativamente, en relación con los bienes, con el derecho, con la vida y similares, y nunca absolutamente en relación con el espíritu de lo viviente.[27]

La lucidez consiste en observar, implacablemente, que la violencia pura, la violencia desnuda, es connatural; pertenece al espíritu mismo de todo lo que vive, se confunde con él y está más allá de este u aquel otro bien que sea por violencia eventualmente destruido. De aquí se deriva una de las conclusiones más lúcidas que en torno del papel social de la violencia se haya escrito:

> La violencia divina, que es insignia y sello, nunca instrumento de sacra ejecución, es la violencia que gobierna.[28]

3.3.3. La violencia pura y la banalización del mal

Si tomamos el caso colombiano, podemos continuar subrayando lo siguiente: las narraciones de los llamados *versionados* de Justicia y Paz, muchas veces enredadas en detalles cínicos y rodeadas de contexto prosaico donde las muertes por decenas se suman en un ejercicio propio de *banalización del mal* —para seguir citando siempre a Hannah Arendt—, corresponden a esa violencia pura, a esa violencia masiva, primitiva, situada por principio por fuera de un lenguaje civil, con pretensiones de racionalidad

---

[26] La secuencia argumentativa de Schmitt se puede observar en su texto *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (Berlin, 1993).

[27] Walter Benjamin: op. cit., p. 60.

[28] La violencia divina, es decir, la "violencia pura" es insignia y sello, en la medida en que es inherente a la condición humana misma, es previa a toda regulación, no es instrumento; en ella no interviene el derecho para regularla, para juzgarla, es el "espíritu de lo viviente". Por eso: gobierna. No es casual que el autor de este informe haga más adelante alusión a Schopenhauer. Ahondando en lo críptico del texto de Benjamin, se puede encontrar en él ese pesimismo o escepticismo de la voluntad incesante como esencia de todo lo viviente.

como es el lenguaje jurídico. Es una violencia que cubre una inmensa zona anómica, una inmensa zona gris, y la pregunta es, siguiendo a nuestros dos autores enfrentados, si es posible o no integrarla al derecho. En el contexto en que se mueve este informe, la pregunta es: ¿puede el derecho, no solo desde luego el mero derecho penal, abordar, en ejercicios de transición, esta violencia como acción humana desenfrenada, masiva, permanente, *pura* en el sentido más primitivo, y colocarla en las fronteras del derecho? ¿Puede reconducirla? ¿Puede trabajarla en función de una paz o de una seguridad futura, libre de su amenaza?

3.3.4. ¿Puede el estado de excepción captar la violencia más primitiva?

Si volvemos a Schmitt, en la emergencia, en el estado de excepción, una violencia tal podría ser reconducida en el derecho. (Hay que anotar que Carl Schmitt está pensando en el verdadero caos, en aquel que no da sentido al derecho, en aquel cercano a toda negación del derecho y no, mucho menos, en cualquier emergencia que puede ser abordada con medios policivos o administrativos.) De esta forma, siendo la Ley de Justicia y Paz y los mecanismos derivados de ella una ley paralela, excepcional, independientemente de que no haya sido expedida en virtud de la excepción, podría pensarse que la ley y dichos mecanismos que hoy deben ser concebidos más en la lógica de las políticas públicas, de auténticas reparaciones a las víctimas, de su integración real a la sociedad hostil a ella, pueden ser una gran máquina de asimilación de dicha violencia. En la decisión sobre la Ley de Justicia y Paz yacería la forma en la cual la violencia pura del paramilitarismo entraría en el derecho. Pero, si se piensa más con Benjamin, el derecho, todo derecho, no puede en su seno albergar una violencia de este tipo; está más allá del derecho, es indecible —la indecibilidad puede expresar, de alguna forma, el *carácter divino* que Benjamin le asigna a la violencia pura—, para él mismo, para su racionalidad precaria. La zona anómica es, por esencia, una zona en la cual "se sitúa la acción humana por fuera de la norma jurídica".[29]

Si ello es así, todo el andamiaje creado en Colombia inevitablemente llegaría a un fracaso, incluso si este se da por partes o no se expresa necesariamente en un colapso institucional o social (en el país todas las crisis se superan por principio: hay modos en que socialmente siempre se estabilizan expectativas mínimas. La pregunta será siempre

[29] Agamben: op. cit., p. 78.

la misma: ¿por cuánto tiempo? Incluso en relación con una paraestatalidad y pensado con Luhmann, se podría preguntar: ¿puede ser el terror una forma de estabilización de expectativas sociales? y ¿cuánto puede ello durar?).

Cuando se observa a un solo jefe paramilitar narrar cientos de crímenes frente a funcionarios que valientemente toman nota de ello, cuando se observa no solo la crudeza de la acción humana por fuera del derecho sino su carácter masivo y constante, si se observa que un solo hecho narrado se desgrana en cientos de ellos, y todo se reconduce en el limitado lenguaje del derecho penal y en la acción limitada de la justicia penal, la sensación es de impotencia real. Se trata, en la práctica, de un aparato de justicia que debe investigar y juzgar a un paraestado completo; miles de acciones cometidas contra todo derecho por actores ligados a dinámicas paraestatales masivas.

Es una impotencia, desde luego, compensada con un esfuerzo inusitado de los operadores de la justicia colombiana y de ciertas autoridades administrativas que desean llevar a cabo un proceso de reparación y compensación moral de las víctimas. Quedaría, no obstante, una reflexión necesaria: si el derecho penal y todo el orden jurídico es, por esencia, limitado para dar cuenta de semejante violencia endémica, es posible abrir un marco de expectativas mínimas, expresado en auténticos pactos sociales renovados, en verdaderos pactos fundacionales, casi de un nuevo o nuevos derechos, de un auténtico ejercicio social de reconstrucción profunda de bases mínimas de convivencia. De otra manera es imposible.

Pero el panorama no es muy alentador. Un solo ejemplo: un Congreso de la República absolutamente ilegítimo, cooptado en un porcentaje tan alto por grupos ilegales ligados a esta lógica de violencia endémica y que durante el mes de abril ha discutido sobre una posible reforma que no es sustancial, que parece pervivir en privilegios de corruptela, no brinda muchas esperanzas; es uno de los focos donde se traba cualquier expectativa de justicia transicional y no se ve ninguna acción seria de renovación institucional. Es uno de los grandes focos donde pervive cobardemente la violencia derivada de la gran corrupción que todos debemos pagar y mantener; esta es otra violencia endémica que se reproduce en zonas anómicas sin esperanza. En todo caso, la idea de nuevos pactos, de alianzas verdaderas, es una pequeña apuesta frente al escepticismo natural y con bases estructurales que acompaña el proceso colombiano. Una vez que se ha hecho este planteamiento de fondo, que necesariamente acompaña a toda la reflexión, se continuará con la reseña de los mecanismos de justicia transicional, siguiendo el índice previsto.

3.4. Comisiones de verdad y de reconciliación

3.4.1. Comisión de la Verdad del Palacio de Justicia

3.4.1.1. Historia y composición

La historia y la composición están descritas de la siguiente manera:

> Veintiún años después del Holocausto provocado en el Palacio de Justicia de Bogotá, sede principal de la Rama Jurisdiccional del Poder Público en Colombia, la Comisión de la Verdad fue creada en noviembre de 2005, por la Corte Suprema de Justicia, para tratar de esclarecer lo entonces acaecido.[30]

De esta manera, y tras la misión encomendada por la misma Corte Suprema de Justicia a los comisionados, todos ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia, se dio comienzo a la investigación profunda de los acontecimientos que tuvieron lugar el día de la toma del Palacio de Justicia por el grupo guerrillero de aquel entonces, el M-19.

Los comisionados actúan "sin jurisdicción alguna" dado que hoy en día, y tras la asignación de la misión de esclarecimiento de la verdad, no tienen ninguna función paralela en el poder público. Además, lo hacen "de manera que su presentación solo tendrá contenidos y propósitos académicos e históricos".[31]

La Comisión trabajó cerca de un año, antes de la producción del primer informe y su actividad ha implicado:

> […] escuchar directamente y filmado, grabado o recibido por escrito relatos espontáneos de cerca de sesenta personas, entre funcionarios de entonces de la Rama Ejecutiva (presidente de la república, ministros); generales, coroneles y otros miembros del ejército nacional y de la policía nacional; ex integrantes del movimiento subversivo M 19; sobrevivientes del holocausto; familiares de las víctimas; investigadores, periodistas y otras personas que, de una u otra manera, tuvieron conocimiento de circunstancias antecedentes, coetáneas o subsiguientes de lo sucedido.[32]

---

30 Jorge Aníbal Gómez Gallego, José Roberto Herrera Vergara y Nilson Pinilla Pinilla: *Comisión de la Verdad sobre el Holocausto en el Palacio de Justicia de Bogotá del 6 y 7 de noviembre 1985. Informe preliminar,* Bogotá,: 15 de noviembre del 2006.

31 Ibídem.

32 Ibídem.

Tras la presentación del informe preliminar, el 15 de noviembre del 2006, la Comisión pudo avanzar en el esclarecimiento mínimo de ciertos actos perpetrados el día del holocausto del Palacio de Justicia, tanto por el grupo guerrillero del M-19, el Ejército Nacional, la Policía Nacional y otras fuerzas especiales del Ejército. (Debe entenderse que, luego de tantos años, será casi imposible reconstruir efectivamente lo que ocurrió.)

3.4.1.2. Informe Preliminar de la Comisión

Retiro de la vigilancia especial del Palacio de Justicia

El informe narra, en primer lugar, el "coincidente" retiro de la vigilancia reforzada y especial del Palacio, vigilancia que se requería tras las recurrentes amenazas del grupo del M-19 y de los grupos de narcotráfico en Colombia a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Según el informe, tales amenazas se dirigían a presionar a los magistrados de la Sala Penal y Constitucional de la Corte respecto de la posible aprobación del tratado de extradición que se había firmado con los Estados Unidos de América para ser aplicado a narcotraficantes colombianos. En última instancia, el retiro de la vigilancia reforzada el mismo día del holocausto dio lugar a la fácil penetración al Palacio por el grupo guerrillero.

Conexión con el narcotráfico

Para la Comisión, en consecuencia, se ha probado la injerencia del narcotráfico en la toma del Palacio (este es un tema que se ha discutido arduamente y que resurgió con especial radicalidad en el año 2007).

Comportamiento de las fuerzas armadas

El comportamiento de las fuerzas armadas constituyó un punto crucial dentro de la investigación, dado que nunca antes se había establecido una responsabilidad suya por la muerte de muchas de las víctimas que el grupo guerrillero tenía como rehenes. Fue, según la Comisión, gracias a la desmedida, desproporcionada y desinstitucionalizada actuación de las fuerzas armadas en el enfrentamiento contra el M-19 que muchas

víctimas murieron. Se comprobó que la orden del mando operativo del ejército fue precisamente: "dispárale a todo lo que se mueva". El mismo Palacio de Justicia ardió en llamas incontrolables, dado el armamento tan desmedido que utilizaron las fuerzas (tanques de combate, rockets, proyectiles, explosivos y granadas, entre otros). Por ello, en síntesis, se dice:

> […] fue una acción de barbarie, inspirada en la retaliación y con el derrotero prioritario de eliminar al enemigo, antes que cumplir la insoslayable obligación Constitucional de rescate a la población civil cautiva. No hubo ningún plan dirigido a liberar rehenes, el operativo militar apuntó a destruir al M-19.[33]

Esta conclusión merece un comentario especial. A pesar de la gran tradición en Colombia de aplicación del derecho de gentes como estatuto regulador de los efectos de la guerra y estatuto regulador respecto del estado de sitio anterior a la Constitución de 1991, es decir, de situaciones de emergencia; a pesar de la gran tradición que ha existido respecto de los llamados *delitos atroces*, de las nociones de ferocidad y barbarie, para la época no se había decantado en el país —como hoy— la discusión sobre los alcances del derecho internacional humanitario. Lo que sucedió en ese entonces no fue abordado en este contexto, a pesar de que se hizo referencia, claramente, a la población civil no combatiente. Ello no es óbice, desde luego, para excusar la gran impunidad en la investigación y el juzgamiento de estos hechos. Para ello —y ha sido fuente de discusión en el Grupo—, debe tenerse en cuenta que es siempre viable la aplicación de tipos penales convencionales, cuando se carece de aquellos que constituyen crímenes internacionales, como fueron los que se cometieron en ese entonces. Pero debe decirse que la discusión en el país sobre el derecho internacional humanitario, el principio de distinción, los mínimos en la guerra, solo se dio a partir de la década de los noventa y fue más, al comienzo, una cuestión de *alta política* que una cuestión jurídica como tal. Debe agregarse, además, que en el caso de los militares del Palacio, uno de ellos que hoy se encuentra preso, luego de años en que su caso estuvo envuelto en la impunidad, dijo: "estamos defendiendo la democracia, maestro".

Parafraseando a dos grandes rivales del derecho público europeo, Hans Kelsen y Carl Schmitt, puede decirse que esta lógica del militar al mando se asentó sobre la pura razón de Estado —del lado de Schmitt—, según la cual, frente a la emergencia, al caso

[33] Ibídem.

extremo, el derecho retrocede y prevalece el Estado; al contrario, en la lógica de Kelsen, que es hoy rito en las democracias modernas, el Estado y el derecho se enlazan de tal manera que no es posible, en función de la supuesta prevalencia del Estado, contradecir el derecho: es una contradicción en sí, una contradicción en sus términos. El respeto a los mínimos dentro de la guerra y los conflictos hace parte de esta segunda tradición; en la primera, la razón de Estado y su prevalencia es la que dio origen en todo el continente, en los años sesenta y setenta, a aquellos regímenes respecto de los cuales se habla hoy de justicia transicional.

Desaparecidos

El informe, además, esclarece la situación de las víctimas que al final pudieron sobrevivir a los acontecimientos, pero que fueron atrapadas por las mismas fuerzas militares, conducidas a instalaciones militares y sometidas a tratamientos crueles e inhumanos en busca de información, y que al final resultaron desaparecidas. Este ha sido uno de los temas más complejos dentro del actual proceso de reapertura, por decirlo así, de los casos del Palacio de Justicia: por años los familiares de los desaparecidos denunciaron la situación y hoy el sistema penal da cuenta de ello. La Fiscalía ha detenido preventivamente a algunos implicados de las fuerzas armadas, pero la comunidad jurídica está esperando el tipo de argumentación desarrollado por la Fiscalía respecto de las conductas cometidas. Para ese entonces no existía el delito de desaparición forzada y, no obstante, se dice que están siendo investigados por esa conducta. Es de esperar el resultado final de las imputaciones.[34]

Sobre la actuación del Gobierno Nacional

El comportamiento del Gobierno Nacional también mereció atención especial de la Comisión, respecto, sobre todo, de la construcción de la memoria para las víctimas. "El presidente de la republica, desde el primer momento tomó la decisión de no

[34] En un seminario en el mes de octubre en Bogotá, con los fiscales de la Unidad de Justicia y Paz, en el cual el profesor invitado era el Dr. Kai Ambos, se presentó la discusión en torno a la posible fundamentación de la Fiscalía y uno de los fiscales alcanzó a decir que el argumento ni siquiera estaría relacionado con el carácter de conducta permanente del delito que permitiría, por decirlo así, imputarlo, en la medida en que, si no han aparecido los cuerpos, se continuaría ejecutando la conducta, sino que se consideraría el hecho de que una conducta debe admitir las "vicisitudes y contingencias" legislativas en el tiempo y, por ello, podría decirse que el delito de secuestro, existente en su momento, se convertiría en delito de desaparición forzada. Habrá que esperar la decisión final sobre este punto.

negociar, lo cual no era incompatible con el diálogo ni con las acciones conducentes a la salvaguarda de la vida de los rehenes".[35] El presidente también guardó silencio respecto de las solicitudes angustiosas de cese al fuego que hicieron varios de los rehenes a las fuerzas armadas:

> Nunca existió intención real ni efectiva del Gobierno Nacional de tratar de salvar la vida de los rehenes. No a cambio de la preservación de las instituciones, porque a nadie le cabe duda que las instituciones democráticas no son negociables. El gobierno tampoco planeó, como era su deber, ya en el caso extremo de la imposibilidad de negociación humanitaria, una operación de rescate; por el contrario, estuvo ausente y al margen de las maniobras de las Fuerzas Armadas.[36]

En el año 2007 el ex presidente de la República también fue llamado a declarar ante la Fiscalía General de la Nación. Debe agregarse, finalmente, que una preocupación de la Comisión fue la consolidación de índices muy elevados de impunidad por parte de la justicia colombiana frente a los responsables de las atrocidades, que no solo incluía a miembros en su momento activos del M-19 que intervinieron en la toma del Palacio, sino que también involucraba a miembros de las fuerzas armadas que violaron la ley y la Constitución colombiana con sus actuaciones en el contraataque y en el tratamiento a los capturados y remitidos a instalaciones militares. La mayoría de los procesos penales que se iniciaron no solo contra miembros del M-19, sino también contra miembros de las fuerzas militares y hasta contra representantes del Gobierno nacional, terminaron en resoluciones inhibitorias o en prescripción de la acción penal y, por lo tanto, todos los procesos culminaron sin determinación de responsables.

3.5. Medidas de restitución, reparación/compensación, rehabilitación, no repetición

3.5.1. La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación

Se inicia esta sección con la reseña de dicha Comisión, como un mecanismo central en el cual se ha concentrado en el país el trabajo ligado a programas de reparación, entre otros.

---

35 Jorge Aníbal Gómez Gallego, José Roberto Herrera Vergara y Nilson Pinilla Pinilla: op. cit.
36 Ibídem.

3.5.1.1.Creación y desarrollo

Tras el desarrollo y la ejecución del proceso de la Ley de Justicia y Paz, en Colombia se ha creado, por mandato de la misma ley 975 del 2005, una Comisión de Reparación y Reconciliación en busca del cumplimiento de los estándares y principios de los procesos de justicia transicional: *verdad, justicia y reparación*. En principio, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación trabajará por el término de ocho años, durante los cuales deberá cumplir las funciones y los objetivos asignados por la ley y sus decretos reglamentarios. La Ley de Justicia y Paz tiene como objetivo:

> […] facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.[37]

De esta forma, la citada ley permite y faculta a los miembros de la Comisión "para hacer seguimiento a los procesos de reincorporación y a la labor de las autoridades nacionales y locales, a fin de garantizar la desmovilización plena de los grupos armados ilegales y evaluar la reparación y la restitución a las víctimas".[38] Según la Comisión, ella es un:

> […] ente plural, mixto y representativo comisionado por el Congreso de la Republica para impulsar, monitorear y evaluar el proceso de desarme, desmovilizacion y reincorporación a la vida civil de los combatientes, así como para impulsar, monitorear y evaluar los procesos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición con el propósito de encontrar la reconciliación de los afectados, los responsables y la sociedad en el marco de un proceso complejo de justicia transicional.[39]

Como se ve, la Comisión concibe su trabajo en el contexto mismo de la justicia transicional. Pero ello no fue un hecho pacífico: desde su composición plural, en la cual tienen asiento tanto funcionarios de diversas instituciones como representantes de la sociedad civil, se han dado ásperas confrontaciones en relación con el fin y el sentido últimos de su trabajo y respecto del hecho de que ella fuese efectivamente concebida en el horizonte de la justicia transicional.

---

[37] Ley 975 del 2005 (Ley de Justicia y Paz), artículo 1.º.

[38] Ley 975 del 2005 (Ley de Justicia y Paz), artículo 51, numeral 4. Véase en página oficial de la CNRR: ‹http://www.cnrr.org.co/new/funciones.htm› (12.2.2008).

[39] Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación: *Plan de Acción 2007, 2008*. Bogotá, 2007, p. 33.

La naturaleza de la Comisión es plurifuncional, en la medida en que no cumple únicamente con una función de monitoreo y evaluación del proceso desarrollado y ejecutado por la Ley de Justicia y Paz, sino que además emite recomendaciones (no vinculantes) para los órganos y entidades de la administración pública. Su trabajo se ha orientado más hacia las víctimas; promueve hechos concretos de conciliación, crea mecanismos de acceso a los derechos de estas personas y desarrolla un programa para asesorarlas en el orden jurídico, psicológico y social.[40]

En busca del cumplimiento de las funciones y los objetivos establecidos para la Comisión, esta divide el trabajo de la siguiente manera: 1) área de reparación y atención de víctimas; 2) área de memoria histórica; 3) área de reconciliación; 4) área de desarme, desmovilizacion y reinserción (DDR). Sin embargo, tal división no implica total independencia; al contrario, las áreas dependen entre sí para el éxito y la eficacia de la labor asignada, de manera que hay una unidad de trabajo trasversal.[41] La conformación, el funcionamiento y los objetivos de las áreas se desarrollarán más adelante.

3.5.1.2.Fundamento y propósito

Aunque el mecanismo de reparación elaborado por la Comisión como plan de acción ya fue establecido, a continuación se describirá más en detalle la función de reparación que tiene la Comisión por mandato de la ley 975 del 2005. Se establece, en relación con ello, lo siguiente:

> La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) debe formular, de acuerdo con el mandato contenido en la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz) y en el decreto 3391 de 2006, las recomendaciones de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa. En cumplimiento de tal mandato, la Comisión comenzó a desarrollar, desde hacia varios meses, un rico y complejo proceso de reflexión, discusión y concertación interna que permitió finalmente elaborar una propuesta de criterios de reparación caracterizada por su integralidad y por reflejar un solidó consenso entre los distintos sectores que integran la Comisión.[42]

---

[40] Entrevista realizada por el autor a Sergio Roldan, director del área de Reparación de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, octubre del 2007.

[41] Ibídem.

[42] Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación: *Recomendaciones de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*, Bogotá, 2007, p. 11.

Uno de los presupuestos más importantes para la Comisión en materia de reparación ha sido la integralidad, es decir:

> […] la reparación es entendida como un proceso que busca dignificar a las víctimas mediante medidas que alivien su sufrimiento, compensen las pérdidas sociales, morales y materiales que han sufrido y restituyan sus derechos ciudadanos. En este sentido, el concepto de reparación con que se identifica la Comisión asume la definición amplia de reparación que existe en el contexto del derecho internacional, en el cual el término se usa para designar toda aquella medida que puede ser utilizada para resarcir a las víctimas por los diferentes tipos de daños que hubieren sufrido como consecuencia de ciertos crímenes cometidos con ocasión del conflicto armado.[43]

Así, se podría establecer que una reparación integral implica dos variables importantes:

> […] la necesidad de concebir las reparaciones como parte del proceso de justicia transicional, que incluye además el esclarecimiento de la verdad, la reconstrucción de la memoria histórica, la aplicación de la justicia y las reformas institucionales; y de otro, el necesario balance que debe existir entre las reparaciones materiales y las simbólicas así como entre las reparaciones individuales y colectivas.[44]

Ahora bien, respecto a los mecanismos que logran la real y efectiva reparación integral, la Comisión ha entendido las siguientes como necesarias, que no solo cumplen con las exigencias nacionales de reparación establecidas por la Corte Constitucional,[45] sino que también cumplen con los estándares internacionales previamente establecidos por la comunidad internacional en materia de derechos humanos:

> La restitución, que busca devolver a la víctima a la situación anterior a la violación; la indemnización, que consiste en compensar los perjuicios causados por el delito y que generalmente asume la forma de un pago en dinero como reconocimiento de los daños padecidos y para reparar las perdidas sufridas; la rehabilitación, que se refiere al cuidado y asistencia profesional que las víctimas requieren para restablecer su integridad legal, física y moral después de la violación cometida en su contra; la satisfacción, consistente en realizar acciones tendientes a

[43] Ibídem, p. 19.
[44] Ibídem.
[45] Corte Constitucional, sentencia n.º C-370 del 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

> restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad de lo sucedido; y las garantías de no repetición, que hace referencia a aquellas medidas dirigidas a evitar que las víctimas vuelvan a ser objeto de vulneración de su dignidad y la valoración de sus derechos humanos.[46]

Para la Comisión, la adopción de estos criterios y mecanismos de reparación, implican un reconocimiento del proceso de justicia transicional que ha acogido Colombia, "el cual se caracteriza por intentar buscar un balance adecuado entre la necesidad imperiosa de obtener justicia, verdad y reparación para las víctimas y el objetivo estratégico de alcanzar la paz".[47]

Para la consecución de tal fin, la Comisión ha desarrollado un Programa Nacional de Reparaciones, que busca contar con la participación efectiva de las víctimas en un proceso gradual de reparaciones y tendrá una incidencia de gran magnitud a la hora de cumplir con el fin planteado a la Comisión.[48] De antemano será necesario tener en consideración "el patrón de violaciones y la gravedad de las mismas, el perfil de los beneficiarios, las capacidades institucionales y la disponibilidad de recursos financieros".[49] De manera que:

> […] la Comisión tendrá que diseñar programas de reparación que incluyan montos de compensación económica compatibles con las restricciones financieras del país y con la necesidad de asegurar una preparación efectiva, rápida, justa y proporcional al daño sufrido por las víctimas, a cambio de que dichos programas se caracterizan por su integralidad, es decir, porque incluyen medidas de reparación simbólicas y materiales, así como medidas de reparación individuales y colectivas.[50]

3.5.1.3. Funciones

La ley 975 del 2005 (Ley de Justicia y Paz) establece de manera concreta las funciones propias de la Comisión de Reparación y Reconciliación (CNRR):

> 1. Recomendar al Gobierno la implementación de un programa institucional de reparación colectiva que comprenda acciones directamente orientadas a recuperar la

---

46 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación: *Recomendaciones de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa,* op. cit., p. 20.
47 Ibídem, p. 20.
48 Ibídem, pp. 21-22.
49 Ibídem.
50 Ibídem, p. 22.

institucionalidad propia del Estado Social de Derecho particularmente en las zonas más afectadas por la violencia; a recuperar y promover los derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia, y a reconocer y dignificar a las víctimas de la violencia. 2. Garantizar a las víctimas su participación en procesos de esclarecimiento judicial y la realización de sus derechos. 3. Presentar un informe público sobre las razones para el surgimiento y evolución de los grupos armados ilegales. 4. Hacer seguimiento y verificación a los procesos de reincorporación y a la labor de las autoridades locales a fin de garantizar la desmovilización plena de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, y el cabal funcionamiento de las instituciones en esos territorios. Para estos efectos la Comisión Nacional Reparación y Reconciliación (CNRR) podrá invitar a participar a organismos o personalidades extranjeras. 5. Hacer seguimiento y evaluación periódica de la reparación de que trata la presente ley y señalar recomendaciones para su adecuada ejecución. 6. Presentar, dentro del término de dos años, contados a partir de la vigencia de la presente ley, ante el Gobierno Nacional y las Comisiones de Paz de Senado y Cámara, de Representantes, un informe acerca del proceso de reparación a las víctimas de los grupos armados al margen de la ley. 7. Recomendar los criterios para las reparaciones de que trata la presente ley, con cargo al Fondo de Reparación a las Víctimas. 8. Coordinar la actividad de las Comisiones Regionales para la Restitución de Bienes. 9. Adelantar acciones nacionales de reconciliación que busquen impedir la reaparición de nuevos hechos de violencia que perturben la paz nacional. 10. Darse su reglamento.[51]

A su vez, el decreto reglamentario n.º 4760 del 2005 de la Ley de Justicia y Paz también hace referencia a las funciones de la Comisión. Sobre el plan de acción propuesto por esta, el autor se remite a la página web de la Comisión y, para quien tenga mayor interés en profundizar, a los documentos más pertinentes de la Comisión.

3.5.2. Fórmulas de reparación

En relación con la reparación —tema absolutamente crítico, tanto más después de la extradición de jefes paramilitares en el mes de mayo—, debe decirse que hoy se está trabajando en fórmulas que no necesariamente estén ligadas a la reparación que surja de la aplicación de la ley, que sea una reparación por vía administrativa, y está en el centro del debate la propuesta de que haya reparación solidaria, es decir, que los ciudadanos contribuyan a la reparación de las víctimas. Son temas complejos en plena discusión y que han excedido los propósitos iniciales de la Comisión. Esta tiene, además, líneas de acción en el proceso de recuperación psicosocial y de atención a víctimas.

[51] Ley 975 del 2005 (Ley de Justicia y Paz), artículo 51.

También —y ello se discutió arduamente dentro de la Comisión— existen líneas de acción en el proceso judicial. Así, se dice que la "la CNRR debe impulsar la participación cualificada de la víctima en la investigación, el juzgamiento y en el incidente de reparación".[52] Aquí se ha presentado el siguiente debate: ¿puede ser la Comisión una institución que participe directamente en la defensa de las víctimas? En general se ha dicho que no debe serlo, pero la Comisión tiene un programa de seguimiento minucioso de la aplicación de la ley y, con apoyo de agencias internacionales, tiene dentro de su política de acción la contratación de abogados importantes que apoyen e impulsen fórmulas de actuación judicial a favor de las víctimas en el ámbito nacional.

3.5.3. Fórmulas sobre recuperación de la memoria histórica

Ya se ha hecho referencia a las áreas que componen la Comisión. Especial referencia debe hacerse al área de memoria histórica, sobre todo en relación con antecedentes de la Ley de Justicia y Paz. El presente gobierno, muy particularmente y desde la presentación del denominado Proyecto de Alternatividad del 2003, ha sido reacio a institucionalizar una comisión de verdad. En uno de los proyectos anteriores a la Ley de Justicia y Paz se proponía crear un tribunal de la verdad, una especie de comisión de verdad con funciones penales que creaba toda suerte de confusiones. Pero ello no prosperó y al final se ha creado la CNRR, que tiene como uno de los pilares de su trabajo el desarrollo de fórmulas de acceso a la verdad. A su vez, en desarrollo de este propósito, se ha creado una pequeña comisión dentro de la CNRR, liderada por un historiador reconocido y profesor de la Universidad Nacional, para que reconstruya, con los límites obvios, situaciones y hechos que pueden ser concebidos en el horizonte general de la verdad, dentro de la triada propia de la justicia transicional. Así lo concibe la misma Comisión. El área de memoria histórica está encargada de:

> [La] construcción de una memoria integradora, es decir, una memoria que reconozca la: diferencias y que precisamente se construya en el lugar de la enunciación y tramitaciones de las luchas de distintos grupos sociales hacia el futuro; una memoria integradora de todas las voces no solo de todos los actores armados, sino también de todas las víctimas, como fundamento de comprensión y transformación del conflicto, pero sobre todo, y en relación con las víctimas, como una forma de justicia retrospectiva y restaurativa, que pasa tanto por el reconocimiento o apropiación colectiva de los hechos violatorios de derechos humanos y el derecho humanitario, como por la imputación de responsabilidades ejemplarizantes.[53]

[52] Ibídem, p. 41.
[53] Ibídem, pp. 135-136.

Se trata, como se ve, de una enunciación compleja del problema de la verdad; se dice:

> [El] objetivo principal es, pues, entregar al cabo de tres años el informe final de dicho proceso investigativo que tiene como fines primordiales: convertirse en patrimonio publico; contribuir al conocimiento de las distintas verdades y memorias de la violencia en el país teniendo en cuenta las diferencias de genero, etnia, y edad; fomentar una cultura de la legalidad y la convivencia; e incidir positivamente en la resolución política de la confrontación armada y la reconciliación nacional. Para ello se buscará generar un espacio de dialogo sostenible entre el área de memoria histórica, la sociedad civil, las distintas instancias del Estado y los expertos internacionales que alimenten la labor investigativa.[54]

Existe gran expectativa por el trabajo de esta especie de comisión de verdad —muy reducida— o de comisión de reconstrucción de una verdad integradora, y esta se encuentra trabajando desde el año 2007. Incluso grandes críticos de la Comisión Nacional de Reconciliación apuestan por el trabajo de la comisión de verdad y lo rescatan como un aporte concreto. Y es algo fundamental en función de la justicia transicional, ya que, como lo enfatizan algunos autores, en el caso colombiano se ha planteado un sacrificio de la justicia en función de la verdad y la reparación.

3.5.4. Marco jurídico de desarrollo de las reparaciones

La Comisión ha establecido con gran claridad que en principio se debe tener en cuenta que el deber y la obligación de reparación son propios de aquellos miembros de los grupos armados al margen de la ley (en adelante GAOML) que resulten beneficiados por la Ley de Justicia y Paz. En segunda medida existe el Programa Nacional de Reparaciones, que busca satisfacer la demanda de reparaciones que no se puedan cumplir con aquellos recursos y bienes entregados por los beneficiados de la ley.[55] Derivado de lo anterior, se podría establecer, entonces, que el segundo destinatario de la obligación de reparación es el Estado:

> […] conforme a la Sentencia C-370 de 2006[56] de la Corte Constitucional, este entra a asumir una responsabilidad subsidiaria en el caso en que el Estado resulte responsable por

[54] Ibídem, p. 148.
[55] Ibídem, pp. 34-35.
[56] Corte Constitucional, sentencia n.º C-370 del 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Gálvis y Clara Inés Vargas Hernández, párrafo 6.2.4.1.12.

> acción o por omisión cuando los recursos propios de los responsables no sean suficientes para pagar el costo de reparaciones masivas.[57]

No obstante, es de gran importancia indicar que la condición de víctima no depende de un vínculo directo con alguno de los integrantes de los GAOML sujetos a la Ley de Justicia y Paz. Para las reparaciones necesarias, las víctimas únicamente deben probar el daño y el nexo causal con alguna de las conductas de estos grupos. Así:

> […] la ley 975 de 2005 prevé, a favor de las víctimas de los GAOML, que si no se logra la individualización del sujeto activo pero se comprueba el daño y se establece el nexo de causalidad con el grupo armado ilegal beneficiario, el Tribunal directamente o por remisión de la unidad de Fiscalía ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación. Por tanto, como lo establece la ley, la condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible, y en los procesos de esclarecimiento judicial su derecho a una reparación integral debe ser, en todo caso, protegido y garantizado plenamente por la autoridad judicial.[58]

3.5.5. Criterios de reparación y proporcionalidad restaurativa como recomendaciones de la Comisión

Es de aclarar que la Comisión invirtió un tiempo y un esfuerzo muy considerables en la redacción de un documento destinado exclusivamente a establecer los criterios de reparación, de acuerdo con los estándares internacionales y con los postulados de la sentencia de la Corte Constitucional en su análisis sobre la Ley de Justicia y Paz. Estos criterios, según el documento,

> […] permiten realizar una ponderación de las medidas de satisfacción, las garantías de no repetición y los diferentes actos de de reparación, en especial los de carácter simbólico y colectivo, de manera que puedan constituir, en su conjunto, un marco justo y adecuado de reparación integral para alcanzar de forma sostenible la finalidad buscada por la Ley 975 de 2005.[59]

---

[57] Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación: *Recomendaciones de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa,* op. cit., p. 56.
[58] Ibídem, p. 39.
[59] Ibídem, p. 45.

De manera sintética y reagrupando los criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa (que han sido desarrollados por la Comisión, tras el informe de recomendaciones presentado ante el Congreso de la República), estos se reseñan a continuación:

- criterios referidos al acceso a la justicia;
- criterios que contribuyen a determinar las dimensiones del daño sufrido por la víctima;
- criterios referidos a la prueba de los daños sufridos por la víctima y de sus pretensiones en materia de reparación;
- criterios referidos a los estándares de valoración de la prueba presentada por la víctima.

3.6. Recuperación de las víctimas para la sociedad y el derecho

Más allá de todo lo relacionado con las reparaciones, que deben ser integrales, con efectos simbólicos claros, con auténticos gestos de reconocimiento del carácter de las víctimas y de los hechos cometidos contra ellas y sus seres queridos, una pregunta es fundamental en el contexto de cualquier opción de transición y de reconciliación, y tiene relación con la *recuperación* de las víctimas para el derecho y la sociedad. ¿Cómo hacer para convertir a las víctimas en ciudadanos? ¿Cómo construir confianza entre el Estado y sus instituciones y los ciudadanos?[60]

Siempre ha existido un énfasis en la tarea de las instituciones, mediada además por la tensión expuesta por Max Weber entre una ética de convicción y una ética política de responsabilidad, de neutralizar y desmovilizar máquinas de guerra y actores que han azotado durante años enormes territorios y que han sometido a sus gentes a toda clase de vejámenes y atrocidades; siempre el énfasis ha estado ligado a las políticas institucionales de desmovilización, de amnistías, de acuerdos de paz que son, además, centrales en un proceso de búsqueda de la paz como condición fáctica para el funcionamiento del derecho. Pero ¿cómo recuperar a las víctimas o como integrarlas al derecho y a la

[60] Paul Seils, autor activo en el tema, en el contexto del congreso sobre el *Papel de los tribunales en contextos de justicia transicional. Oportunidades y desafíos en la región iberoamericana*, celebrado en Madrid entre el 8 y el 10 de mayo del 2008 y al cual asistió el autor de este informe, subrayó, como propósito central para todo mecanismo de justicia transicional, la necesidad de construir o reconstruir confianza entre el Estado y los ciudadanos. Ello coincide con la noción de ciudadanía relacionada con la condición de víctima, aquí subrayada: el Estado es ajeno a las personas y cuando interviene lo hace de manera arbitraria o caótica, y este es un hecho, propio de organización paraestatal de la autoridad, que es necesario evitar.

condición social de ciudadanos? En una conversación sostenida con una madre, víctima por excelencia del conflicto armado interno de Colombia y de la violencia de los grupos irregulares, ella decía: "Como ciudadana, debo aceptar las leyes y esta Ley de Justicia y Paz, debo *perdonar* incluso si es el caso, pero como madre no lo haré jamás".

No se puede obligar al perdón; es un gesto humano de benevolencia que está radicado en el fuero interno; pero a la madre hay que recuperarla como ciudadana y la pregunta es por las fronteras entre lo interno y lo externo: ¿en qué momento el fuero interno y sus actitudes se exteriorizan en acciones vindicativas? ¿En qué momento la madre y los hijos que le quedaron vuelven al circuito de la venganza interminable? Los equilibrios son en extremo precarios. Por eso, el tema no es el hecho frío de las reparaciones económicas; se trata de reconstrucción auténtica de tejidos sociales destruidos o de hecho nunca existentes, de la creación de un principio mínimo de confianza como condición elemental para el funcionamiento del derecho, de auténtica solidaridad frente al dolor de los otros que debe ser el propio.

La ética de un escéptico puede ser en este caso ilustrativa. Es el caso de Schopenhauer, con su bella concepción del *mitleiden,* que no es la mera compasión —muy marcada en el lenguaje castellano por la tradición católica—, sino un ejercicio auténtico de *sufrir con el otro,* de reconocer que el otro está hecho de la misma materia, del mismo fuego incesante y que, por lo tanto, el dolor del otro necesariamente es el propio, pues coincide en la base y sustancia de la que todos estamos hechos. Ello parecería ingenuo cuando se oyen las narraciones sobre la manera como se ha matado y ultrajado durante años, pero el punto de partida es justamente el espectáculo siniestro del horror, es el dolor que a todos amenaza, y por eso la solidaridad en estos términos no es apenas discursiva, hipócrita o se diluye en pura retórica. La noción de *humanidad,* con la que tanto se trabaja en función de la *lesa humanidad*, es una construcción normativa, discursiva; en cambio, una ética del sufrimiento compartido es una base incluso irracional previa a construcciones normativas. El tema de la justicia de transición pactada es apenas un término técnico; desde el punto de vista humano, nada funcionará sin pactos, sin nuevas alianzas, sin una auténtica solidaridad como paso previo a toda decisión política o jurídica.[61]

[61] El siempre recordado Alessandro Baratta en los últimos años de su vida estaba trabajando en la idea de la *alianza*, antes que en la de *pacto social* convencional, que a su juicio estaba desgastada en la cultura de Occidente y que, en todo caso, representaba en la práctica un pacto de exclusión. Un autor base de esta reflexión y que sostuvo discusiones alentadoras con Baratta fue Paul Ricoeur y su visión de la alianza en el bello texto *Finitud y culpabilidad*.

No se trata de falsas promesas, basadas en supuestos estatutos de víctimas que en el proceso penal irían contra el sindicado, ni se trata de flexibilizar y acabar con los principios fundamentales del derecho penal —como la legalidad, la prohibición de retroactividad, el hecho de convertir todo en imprescriptible, de convertir toda suerte de delitos por vía de extrañas conexidades en delitos de lesa humanidad—; no se trata de crear falsos tipos penales o de acomodar como sea los existentes para cuadrar conductas y castigar sin sentido en nombre de la víctima; se trata de recuperarlas para el derecho, de construir auténtica confianza de ellas en los sistemas jurídicos que le han sido adversos y en las instituciones estatales que no solo han sido contingentes, sino contrarias a las víctimas por excelencia.

No obstante, el panorama parece desolador. Sobre todo a partir de los sucesos ocurridos en el mes de mayo en relación con la extradición y de sucesos que han sido reportados ya incluso por entidades estatales —por ejemplo, ya existe información que da cuenta de la incapacidad, hasta hoy, de la Ley de Justicia y Paz para repararlos—. En la tercera semana de abril del 2008, un senador de la República promovió un debate muy documentado sobre los resultados de la ley en tres años, y las conclusiones son desalentadoras. Según el congresista, con documentos que lo sustentan, el número de víctimas registradas es de 125.368, pero solo 8.634 han asistido a las versiones libres; hay 68 defensores públicos para todo ese número, es decir, 815 víctimas por defensor; además, solo 12 psicólogos para el número total de víctimas, es decir, 10.447 víctimas por psicólogo —cuestión que compromete más al Ejecutivo que al sistema judicial en cuanto a recursos—. Pero lo más complejo y que ha llevado a la comunidad jurídica —no solo a las ONG, sino en general— a ser profundamente escéptica respecto al proceso es el manejo de los bienes para la reparación.

En este punto, el debate en el Congreso fue contundente y se concluyó lo siguiente, como lo registra un medio muy serio que recogió la sustancia del debate:

> […] hasta ahora hay 9.000 millones (4,5 millones de dólares) en el Fondo de Reparación. Es decir, si el gobierno va a hacer una reparación por vía administrativa, que oscila entre 13 y 18 millones de pesos por persona, el dinero saldrá necesariamente del fisco nacional y no de las inmensas fortunas de los paramilitares.[62]

[62] "Justicia y Paz. Las que pierden siempre", en *Revista Semana*, Bogotá, 21-28 de abril del 2008, p. 45.

Existen toda clase de problemas relacionados con los bienes; por ejemplo, se requiere que estos se encuentren saneados, es decir, que no tengan problemas de hipotecas ni otros similares. Pero la administración de justicia recibe bienes llenos de problemas, que deben pagar deudas, que pertenecen a otras personas, etcétera. En resumidas cuentas, con los bienes con que se cuenta en principio en este momento y frente al número de víctimas, si hoy se dividieran los recursos, a cada víctima le correspondería un total de 4 dólares, lo cual es desde luego absurdo. Para la segunda mitad del mes de mayo y luego de la extradición de los jefes paramilitares, asombra el hecho de que hay propiedades que están siendo allanadas por las autoridades judiciales y que, se dice, serán sujetas a procesos de extinción de dominio. Solo hasta ese momento se reaccionó. Habrá que ver qué sucede hacia el futuro con estos bienes, si se otorgarán realmente a las víctimas, si no quedarán en manos de testaferros, si no se perderán en manos privadas o si serán recuperadas por los actores armados o por los corruptos que andan por doquier. Las conclusiones que se han adelantado en estos meses críticos de abril y mayo deben servir para reprogramar, para reconducir actuaciones, para que todas las instituciones adelanten lo suyo. Se concluye, en efecto, que "no se necesita una bola de cristal para darse cuenta de que las perdedoras en esta historia serán las mismas de siempre: las víctimas".[63]

3.7. Depuración de oficinas, entidades estatales o vinculadas al Estado (procesos de la denominada *parapolítica*)

3.7.1. Historia, antecedentes y situación actual

El llamado *escándalo de la parapolítica,* con el cual se conoce el hecho de que numerosos miembros del Parlamento o políticos de profesión han estado ligados de una u otra manera con grupos paramilitares, tuvo lugar poco después de que se diera inicio a las versiones de los postulados a la Ley de Justicia y Paz. Las primeras investigaciones se abrieron en Sucre, un departamento de la costa atlántica, e involucraron a tres congresistas, quienes se encuentran detenidos desde noviembre del 2006. En ese mismo departamento la Fiscalía capturó a cuatro diputados, dos de los cuales aceptaron tener nexos con los paramilitares. La segunda etapa involucró a políticos de los departamentos del Cesar y Magdalena, de los cuales cinco se encuentran en prisión desde el 15 de febrero del 2007.

[63] Ibídem.

De los políticos del Magdalena involucrados con la parapolítica, tres ya aceptaron los cargos de concierto para delinquir agravado. El primero de ellos fue un ex congresista; el segundo fue el ex gobernador del departamento, quien renunció a su fuero para no ser juzgado por la Corte Suprema de Justicia y se acogió a sentencia anticipada, razón por la cual fue condenado a solo 44 meses de cárcel en octubre del 2007; por último, un ex representante a la Cámara y prófugo de la justicia, quien anunció su entrega a las autoridades después de haber renunciado a su fuero.

La tercera fase fue una sorpresa para el país, cuando un senador —hoy condenado— mencionó una particular reunión celebrada entre varios jefes paramilitares y políticos en Santa Fe de Ralito, Córdoba, absteniéndose de nombrar a los supuestos implicados. Pero en enero del 2007, Salvatore Mancuso, uno de los jefes paramilitares desmovilizados, le entregó a la Fiscalía el documento en el que él, *Don Berna, Diego Vecino y Jorge 40* —todos jefes paramilitares— y 26 políticos, entre los cuales se encontraban cuatro senadores, siete representantes a la cámara, cinco alcaldes y seis civiles, firmaban un acuerdo el 23 de julio del 2001 —bajo el gobierno de Andrés Pastrana pero sin su auspicio— en el cual se comprometían a refundar la patria y propender por la paz de Colombia.[64] Dado el lugar en el que fue firmado —población de uno de los departamentos de más alta influencia paramilitar—, el documento se conoce como el *Pacto de Ralito.*

Siguieron los departamentos de Antioquia y Casanare, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dictó orden de captura contra representantes a la Cámara de este último departamento y llamó a indagatoria a un senador antioqueño, presidente de un partido cercano al presidente de la República.

Todos estos políticos —senadores, representantes a la cámara y gobernadores— gozan de un fuero especial que implica la investigación y el juzgamiento de sus casos por la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, varios de ellos decidieron renunciar a su cargo y por ende a su fuero, para así ser investigados por la Fiscalía General de la Nación y juzgados por los jueces ordinarios.

En razón de lo anterior, el ente investigativo debió crear una nueva unidad, la cual está conformada por un equipo de once fiscales experimentados, bajo la dirección

[64] "Ahora siguen los de Ralito", en *El Espectador*, 17 de febrero del 2007, ‹http://www.elespectador.com/elespectador/Secciones/Detalles.aspx?idNoticia=5960&idSeccion=22› (18.2.2008).

de un ex funcionario de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y se encargará exclusivamente de los expedientes de la parapolítica.[65]

3.7.2. Personas involucradas en la parapolítica

Hasta el mes de mayo del 2008, más de ochenta políticos, entre servidores públicos, alcaldes, gobernadores y congresistas, han sido vinculados de una u otra manera con los grupos paramilitares, algunos de ellos acusados penalmente por delitos como concierto para delinquir agravado, fraude electoral, e incluso homicidio y secuestro.[66] De los involucrados, 54 tienen procesos abiertos, varios de ellos se encuentran en la cárcel bajo medida de aseguramiento, al menos tres ya han sido condenados, y solo uno ha sido absuelto de los cargos y ha vuelto a ocupar su cargo en el Congreso de la República.

La mayoría de estos políticos provienen de los departamentos que limitan con el mar Caribe —océano Atlántico—, como Córdoba, Magdalena, Sucre, Cesar, Atlántico y Bolívar. Este fenómeno encuentra su razón de ser en la estructura social de dichos departamentos, eminentemente ganaderos, en los cuales la propiedad de grandes cantidades de tierra en cabeza de una sola persona es fundamental para el desarrollo de dicho negocio, y al mismo tiempo es esencial para este la presencia de grupos de autodefensas que protejan sus intereses. Ello tiene gran influencia en los temas políticos, pues los candidatos que después se convierten en los gobernantes de dichas regiones provienen de cacicazgos familiares que son protegidos, pero que a la vez financian grupos paramilitares.

Del total de congresistas involucrados en este escándalo, 33 provienen de los departamentos antes enunciados. De los gobernadores investigados y/o condenados, solo uno representaba a un departamento del interior del país; los demás representaban a los departamentos de Sucre, Magdalena, César y Córdoba.

Respecto de los parapolíticos que han renunciado a su fuero, diez son congresistas —cinco cuando fueron llamados a indagatoria y cinco cuando los llamaron a juicio—,[67] y cuatro son gobernadores. Para el año 2008 se espera un número importante de

---

[65] "Los fiscales de la para-política", en *Revista Semana*, 20 de octubre del 2007, ‹http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=107067› (18.2.2008).

[66] Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo: *Cientos de servidores públicos implicados con el paramilitarismo en Colombia. Dime con quién andas y te diré quién eres*, Bogotá, 15 de abril del 2007, ‹http://www.parapolitica.com/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=39&Itemid=60› link: personajes de la parapolítica (18.2.2008).

[67] "En un año, la 'parapolítica' ha sacudido 16 departamentos", en *El Tiempo*, 7 de noviembre del 2007.

sentencias condenatorias; puede decirse que es la primera vez que en el país se genera un proceso de estas características. Respecto del tema que nos interesa, será la Sala Penal de la Corte la encargada, en su momento, de establecer si hubo relación directa o no entre la actuación de los políticos y la comisión de crímenes internacionales por los grupos paramilitares; por ahora la discusión se ha restringido, mayoritariamente, a la aplicación del tipo penal de concierto para delinquir.

3.7.3. El escándalo de la parapolítica y el gobierno vigente

A este número, reseñado para la discusión del Grupo de Estudios hasta el mes de febrero, se han ido agregando nuevos miembros del Congreso de la República, uno por uno investigados por el gran escándalo, que llegó incluso hasta la presidente del Congreso. Para el domingo 20 de abril hay 65 congresistas investigados, 29 se encuentran en la cárcel bajo medida de aseguramiento y 5 ya han sido condenados. Y apenas comienza la semana siguiente, en una sucesión escandalosa de hechos, se llega a un punto culminante: el 22 de abril se libra orden de captura contra un senador que es primo del presidente de la República; el primo, en un hecho vergonzoso e indigno, pide asilo en una embajada que con claridad se lo niega, se autoproclama perseguido por la justicia y, al final, se entrega sin pena ni gloria.

La reacción del Poder Ejecutivo ha sido generar mantos de duda sobre el sistema judicial, a tal punto —y como ha sido la constante en esta segunda etapa de gobierno— que el presidente se enfrenta directamente a la Corte Suprema de Justicia, al mismo tiempo que, en un doble discurso, asegura la independencia y autonomía del sistema judicial. Hoy se vive un proceso supremamente complejo a partir de estas decisiones del sistema judicial que, sin miedo, se enfrenta a una corrupción estructural y a una violencia endémica, e incluso el Ejecutivo ha acusado al sistema judicial de propiciar la desestabilización institucional. O sea, se trata de una gran paradoja: quien investiga al corrupto y al criminal que ha desinstitucionalizado el país termina en un programado y reiterado discurso en todos los medios a disposición como el responsable de dicha inestabilidad. Es, sin duda, un proceso de creación de enemigos que pueden ser incluso enemigos institucionales.

Todo lo narrado es realmente vergonzoso y tiene que ver directamente con nuestro tema, porque no se trata tan solo de acciones de corrupción masivas, sino de toda suerte de hechos delictivos, muchos de ellos relacionados con crímenes internacionales,

como es por ejemplo el desplazamiento forzado. Muchos de los congresistas ligados a grupos ilegales fueron elegidos luego de amenazas, asesinatos y otros crímenes cometidos contra los electores que quería sufragar por otros candidatos, o por crímenes directamente cometidos contra dichos candidatos. Por eso, algunos congresistas que no están salpicados por el escándalo y que desean adelantar una reforma política más seria al Congreso, hacen relación a las víctimas surgidas de los votos y de las prebendas de políticos ligados al paramilitarismo. No sería solo el problema del concierto para delinquir, sino del escenario de crímenes que subyace a este modelo de cooptación institucional y de profundización de la corrupción política. Es de aclarar, por ello, que no se trata —y el sistema judicial lo ha entendido muy bien— de meros delitos contra el sufragio, como constreñimiento al elector o compra de votos, sino de verdaderos crímenes contra las personas que querían ejercer su derecho al voto en una sociedad que se vanagloria de ser auténtica democracia por el hecho simple de que se repitan las elecciones. Por ello, para el sistema judicial, se trata de la comisión del delito de concierto para delinquir agravado: se le da contenido, a partir de hechos sociológicos claros, a un tipo penal complejo y crítico.

3.8. Subversión de los procedimientos e ilegitimidad del Parlamento

Si, con Niklas Luhmann, es dable decir que las decisiones en el Estado moderno solo se pueden legitimar a través de los procedimientos, si no hay verdades previas y por ello la decisión procedimental constituye la verdad de la decisión misma, entonces, cuando el 30% de un Congreso de la República está ligado de una u otra manera a grupos paramilitares y muchos de sus congresistas ya han sido hallados responsables por el sistema de justicia penal, se trata de un Congreso ilegítimo, cooptado en un gran porcentaje, y la pregunta es: ¿qué legitimidad tienen las decisiones adelantadas en procedimientos aquejados por semejante ilegalidad? Se trata de una crisis profunda y la respuesta de una gran mayoría de los congresistas ha sido superficial y cínica; o sea, no hay realmente voluntad política de acabar con todos los privilegios de la corruptela, de la ilegalidad; en todo caso, la reacción por no perder dichos privilegios es muy grande.

3.9. La forma de organización paraestatal de la violencia

El problema es, en todo caso, más profundo: se trata de aquello que bien puede llamarse, con Von Trotha, “la forma de organización paraestatal de la violencia”,

concebida como autoridad. Es decir, de una auténtica forma paraestatal de dominio territorial, de ejercicio de autoridad, de administración de recursos, de recolección de impuestos.[68]

La histórica debilidad estatal para promover y asegurar unos presupuestos mínimos de convivencia pacífica entre los ciudadanos, para promover metas colectivas auténticas, para incentivar una mínima conciencia en el valor del derecho, ha sido sustituida por un ejercicio de autoridad privado, implacable, cruel y sin ataduras normativas, por lo menos en función de quienes lo padecen como víctimas.[69] Tras una institucionalidad apenas *contingente*, casi puramente formal en enormes extensiones territoriales, ha vivido una paraestatalidad que se ha lucrado de todos los recursos públicos y que ha constituido la "autoridad" real en estos territorios; decenas de políticos se beneficiaron de ello, lo aprovecharon, ajustaron la contingencia a la paraestatalidad y el resultado ha sido todo un Estado paralelo con sus propias reglas, un ejercicio de todo tipo de violencia, cooptación a sangre y fuego de autoridades y recursos por verdaderos ejércitos de ultraderecha. Es aquí donde tiene sentido de nuevo la pregunta formulada al inicio de este trabajo: ¿puede ser reconducida de alguna manera en el derecho este tipo de violencia paraestatal, de violencia desinstitucionalizada y por principio situada por fuera de todo ordenamiento jurídico? El autor de este informe cree que allí yace

[68] Trutz Von Trotha: "Ordnungsformen der Gewalt oder Aussichten auf das Ende des staatlichen Gewaltmonopols", en Brigitta Nedelmann en colaboración con Thomas Koepf (ed.): *Politische Institutionen im Wandel*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1997, pp. 130. El sociólogo utiliza cuatro criterios para analizar la paraestatalidad dentro del marco de la crisis de la noción occidental de monopolización estatal del ejercicio de la violencia: el papel de la violencia en la administración y en la política, la "domesticación jurídica o normativa del poder central", la "cultura de la violencia" y el grado de urbanización de las sociedades. Todos estos criterios confluyen en el caso colombiano: ha existido un papel preponderante de la *reine Gewalt* (la violencia pura), para hablar de nuevo con Benjamin, una precaria o casi nula, en enormes territorios, "domesticación" de la violencia, una urbanización caótica en diversas ciudades y una generalización del paradigma del recurso a la violencia para la solución de todo tipo de conflictos. El autor de este informe, no obstante, no está de acuerdo con algunos autores que se refieren a la *cultura de la violencia* en el país y a su generalización; prefiere, mejor, hacer referencia a la generalización del paradigma de la autodefensa, de la autoprotección: ante la precariedad de la presencia estatal, o ante su presencia caótica, desinstitucionalizada, las gentes se habilitan a sí mismas en un ejercicio incesante de autodefensa, de autoprotección, y ceden su protección a actores armados ilegales.

[69] Estas debilidades han sido entendidas, a manera de ejemplo y por autores clásicos sobre el tema, como Almond y Pye, como *crisis de penetración* y *crisis de integración.* Son crisis que se originan en la incapacidad estatal para promover una burocracia nacional, para garantizar las fuentes de percepción de los impuestos, para estabilizar y regir un orden político y para agenciar proyectos políticos comunes. En el contexto jurídico, esta crisis entraña la inexistencia de una territorialización efectiva del derecho que dé sustento a decisiones políticas. Gabriel Almond y Bingham Powell: *Comparative Politics. A development approach*, Boston, 1966; Gabriel Almond: "Politische Systeme und politischer Wandel", en Wolfgang Zapf (ed.): *Theorien des sozialen Wandels*, Hanstein y otras, 1979, pp. 111-251.

el verdadero desafío de toda esta maquinaria activada en función de políticas propias de la justicia de transición.

3.10. Desarme, desmovilización, reintegración (DDR)

3.10.1. Historia y antecedentes de los diversos mecanismos implementados

El reto que enfrenta Colombia con el proceso de desmovilización, desarme y reintegración que se está llevando a cabo como fruto de las negociaciones realizadas con las Autodefensas Unidas de Colombia —pero que vincula también a todos los miembros de otros grupos armados al margen de la ley, como las FARC y el ELN—, no ha sido el único, debido a que el país se ha encontrado constantemente en situaciones de conflicto armado. Por eso se considera importante hacer una breve exposición de las experiencias anteriores, con miras a obtener una visión más amplia en cuanto a los procesos de desarme, desmovilización y reintegración en el país.

3.10.2. Los procesos recientes de desarme, desmovilización y reintegración en Colombia (DDR)

Un antecedente fundamental de lo que se denomina DDR fue el relacionado con los acuerdos de paz y reinserción con el Movimiento 19 de Abril, mejor conocido como el M-19. Esta iniciativa surgió en el gobierno de Belisario Betancurt y culminó con un acuerdo político entre el movimiento y el gobierno en 1990, a instancias de otro presidente, por medio del cual el movimiento se desmovilizó y se reintegró a la vida civil. Pero este proceso no fue fácil y para ello el gobierno del presidente Barco estableció tres fases de negociación: desarme, transición y reincorporación a la vida civil. En enero de 1989 se estableció un esquema de negociación, en el cual se crearon, entre otros aspectos, unas mesas de análisis y concertación. Como resultado del trabajo realizado en estas mesas, tuvo lugar el denominando *Pacto Político por la Paz y la Democracia*, firmado en noviembre de 1989, en el cual se recogieron las propuestas y reformas en cuestiones políticas, socioeconómicas y de justicia. Incluso se agregó una ley de indulto y un acuerdo sobre favorabilidad política.

Como consecuencia del Pacto Político por la Paz y la Democracia, el 9 de marzo de 1990 se firmó un acuerdo político entre el gobierno nacional, los partidos políticos, el M-19 y la Iglesia católica, en calidad de "tutora moral y espiritual" del proceso. El fin de este nuevo pacto era culminar exitosamente el proceso de paz y reconciliación con el M-19, refrendando los acuerdos previos e incluyendo elementos adicionales que en un principio hacían parte de una reforma constitucional que no se pudo llevar a cabo en 1989. A raíz de ese proceso, "unos 800 combatientes del M-19 se desmovilizaron y pronto irrumpieron en el escenario político y electoral con importantes resultados, a pesar del asesinato de uno de sus comandantes".[70]

Durante el gobierno del presidente Virgilio Barco se lograron acuerdos de paz, además, con grupos armados al margen de la ley tales como el Movimiento Quintín Lame (MQL), el Ejército Popular de Liberación (EPL) y el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT).[71] Finalmente, del Movimiento Quintín Lame —que "se asumió como brazo armado de un movimiento social indígena"—[72] se desmovilizaron 157 guerrilleros,[73] cuya entrega de armas se realizó frente a las comunidades indígenas.

Pero lo realmente importante es que, además de lograr su desmovilización y reintegración a la sociedad, se permitió la participación de estos movimientos en la Asamblea Nacional Constituyente, con el EPL y el MQL se conformó la Comisión de Superación de la Violencia y con el PRT se organizó la Comisión de Derechos Humanos de la Costa Atlántica.[74]

En 1991 se produjo el primer antecedente de desmovilización de paramilitares en Colombia. De manera casi imperceptible, se desmovilizaron alrededor de dos centenares de miembros de las autodefensas campesinas del Magdalena medio, liderados por un comandante paramilitar que luego fue muerto. Este proceso "se redujo a la devolución

---

[70] Procuraduría General de la Nación: *Seguimiento a Políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción*, t. II, Bogotá, junio del 2006, p. 49.

[71] En cuanto al EPL, este "[…] se organizó y se dio a conocer en el año 1965 como el brazo armado del Partido Comunista de la línea china maoísta, esto es, dentro de la más ortodoxa doctrina de la lucha armada guerrillera". Durante el gobierno del presidente Belisario se negó a colaborar con las negociaciones para llegar a un acuerdo de paz, pero en el año de 1980 se firmó un acuerdo de paz "acogiéndose una parte de sus miembros a la amnistía política; no obstante, este fracasó debido a la muerte de su líder y dado el hecho que los reincorporados volvieron al movimiento. Finalmente firmaron un acuerdo de paz con el gobierno del presidente Barco, que trajo como consecuencia la desmovilización de 2.100 guerrilleros —que se reincorporaron a la vida civil— y la entrega de armamento por parte del grupo".

[72] Procuraduría General de la Nación: op. cit., p. 49.

[73] Ibídem, p. 50.

[74] Ibídem.

de las armas al Ejército, el otorgamiento de beneficios jurídicos y la dispersión sigilosa de los desmovilizados".[75]

Por otro lado, con otro movimiento armado denominado Corriente de Renovación Socialista (CRS) se iniciaron negociaciones en 1993, las cuales culminaron en 1994 con un acuerdo de paz "estructurado alrededor de tres asuntos básicos: la reincorporación a la vida política democrática de la CRS como organización, la acción social hacia comunidades y territorios en donde la CRS tuvo presencia armada; y los beneficios jurídicos, económicos y sociales de reinserción para sus miembros".[76] Gracias a este acuerdo se logró la desmovilización de 433 guerrilleros reintegrados a la sociedad, además de la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual ha venido promoviendo iniciativas de paz.[77] Lo que interesa reseñar en este informe es el hecho, ya descrito, de que de manera tradicional han sido los grupos guerrilleros los sujetos de estos procesos de desmovilización, desarme y reinserción; además, nos interesa en cada caso resaltar el número de combatientes integrados a la vida civil. A continuación se hará referencia al desarrollo de estos procesos con otros actores, es decir, con los grupos de autodefensas o grupos paramilitares.

3.10.3. Historia del actual proceso de paz con las autodenominadas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)

A finales del año 2002 se inició el proceso de negociación con las autodefensas, a raíz de sus manifestaciones en el mes de noviembre relativas a un cese de hostilidades, frente a lo cual el gobierno decidió crear la Comisión Exploratoria de Paz, para que se contactara con el grupo, mientras que el alto comisionado para la paz se encargaría de informar sobre los avances del proceso. Cuando comenzaron los diálogos, a principios del 2003, se establecieron cuatro mesas de diálogo paralelas de las AUC: el Bloque Central Bolívar (BCB), la Alianza Oriente y las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio (ACMM).

Con los jefes de las AUC se firmó un acta de compromiso mediante la cual se los obligó a mantenerse en el proceso para no perder la comandancia de sus estructuras. Por ello:

[75] Ibídem, p. 51.
[76] Ibídem, p. 53.
[77] Ibídem, p. 51.

> Los días 14 y 15 de julio en Tierralta (Córdoba), el Alto Comisionado para la Paz, los miembros de la Comisión Exploratoria y delegados de la iglesia católica, se reunieron con los representantes de las Autodefensas Unidas de Colombia, suscribiendo el 15 de julio el acuerdo de Santa Fe Ralito para contribuir a la paz de Colombia.[78]

Mediante el mencionado acuerdo, el gobierno y las Autodefensas de Colombia acordaron dar inicio a una etapa de negociación. El gobierno se comprometió a tomar las medidas necesarias para lograr la reintegración de los combatientes a la sociedad civil y las Autodefensas se comprometieron a desmovilizar la totalidad de sus miembros antes del 31 de diciembre del 2005; de manera similar se realizó el manejo de la negociación en las mesas paralelas.[79] (Se hace referencia aquí a la noción de *combatientes,* como quiera que en el contexto del proceso de desmovilización y con base en la aplicación de la ley se otorga tal reconocimiento a estos actores.) Posteriormente:

> […] el 23 de enero de 2004, el presidente Álvaro Uribe y el Secretario General de la OEA, César Gaviria, firmaron el convenio que permitió poner en marcha la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la Organización de Estados Americanos, OEA (MAPP-OEA), la cual empezó a ejercer sus funciones en el territorio nacional a partir del mes de febrero del mismo año. Este hecho, articulado a la puesta en marcha de una mesa de diálogo unificada con la concurrencia de las AUC y el BCB el 31 de marzo de ese año, ayudó a generar el proceso que llevó a la firma del Acuerdo de Fátima, el 13 de mayo de 2004. En dicho acuerdo se decide poner en marcha, a partir del 15 de junio, una Zona de Ubicación Temporal —ZUT— en Tierralta, Córdoba, la cual es formalmente inaugurada en Santa Fe Ralito el 1 de julio de ese año.[80]

El proceso de desmovilización —realizado en 38 actos— se inició el 25 de noviembre del 2003 con un bloque muy importante en la ciudad de Medellín y culminó el 15 de agosto del 2006 con la desmovilización de otro bloque numeroso. A mediados de agosto del 2006, el gobierno ordenó la concentración de los jefes desmovilizados de las autodefensas, en un centro especial para que posteriormente fueran trasladados a una cárcel de máxima seguridad.

En un estudio realizado por la Alta Consejería de la Reintegración de la Presidencia de la República, entre agosto del 2002 y septiembre del 2007, se da cuenta de que se han

---

[78] Alto Comisionado para la Paz: *Proceso de paz con las Autodefensas,* ‹http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/g_autodefensa/dialogos.htm› (12.2.08).
[79] Ibídem.
[80] Ibídem.

desmovilizado 45.300 miembros de las Autodefensas de Colombia; de la cifra anterior, 31.671 personas se desmovilizaron a raíz de las negociaciones de paz entre el gobierno y diferentes bloques que componen todo el movimiento de las Autodefensas en las diferentes regiones del país.[81]

3.10.4. Política pública para la efectiva implementación del proceso de DDR

Con el propósito de cumplir con los paradigmas de verdad, justicia y reparación, se ha dicho:

> El Estado Colombiano necesita identificar las diferentes alternativas que puedan conducir a la materialización de los principios de justicia transicional, con el fin de allanar el camino para la construcción de la paz y la reconciliación nacional. En desarrollo de ello, el Congreso de la República expidió un marco normativo para la reincorporación de miembros de grupos organizados al margen de la ley.[82]

El proceso de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) es un experimento complejo que se encuentra en una etapa inicial; hay logros y situaciones que ameritarán en un futuro próximo una evaluación en detalle, en función de objetivos ligados a la posible paz no solo formal. Así se concibió en un principio: el desarme conlleva "un desarme físico que ocurre en áreas de concentración o asamblea en el curso de negociaciones de paz, en donde las armas serán confiscadas, almacenadas en sitio seguro y finalmente destruidas".[83] El proceso de desmovilización, a su vez,

> […] pretende provocar una ruptura en los imaginarios de los ex combatientes. La idea consiste en alejar a los combatientes de las lógicas de guerra […] y en definitiva, los planes de desmovilización buscan establecer a priori las condiciones de un regreso estable a la vida civil.[84]

Ahora bien, es de gran importancia establecer de antemano la diferencia entre un proceso de reintegración y uno de reinserción. El proceso actual de Colombia conlleva la necesidad de estructurar un proceso adecuado y efectivo de reintegración de los ex

---

81 Presidencia de la República, Alta Consejería para la Reintegración: *La estrategia de reintegración: un reto que requiere la participación de todos,* noviembre del 2007.
82 Procuraduría General de la Nación: o. cit., p. 16.
83 Ibídem, p. 37.
84 Ibídem.

combatientes a la vida civil. Según la Procuraduría General de la Nación, los procesos de reintegración:

> Consta[n] de dos etapas: la reinserción inicial y la reintegración a largo plazo. La reinserción es entendida como el periodo breve de la llegada del ex combatiente a su lugar de origen o residencia, o a una nueva comunidad. La reintegración es un proceso prolongado que pretende asegurar el desarme permanente y una paz sostenible.[85]

De esta manera, el proceso de reintegración implica una capacitación psicológica y económica para que la transición de tales ex combatientes a la vida civil conlleve la protección y garantía de sus derechos fundamentales.[86] La política pública contempla tanto la desmovilización individual como la desmovilización colectiva.

3.10.5. Programa de reincorporación de población desmovilizada

Por medio de la programación e implementación de planes y proyectos que buscan facilitar la reincorporación a la vida civil de los desmovilizados, el programa de reincorporación a la vida civil de personas y grupos alzados en armas ha buscado la formación integral y dinámica de estos.[87] En el año 2006, el gobierno nacional destinó unos 500 millones de dólares del presupuesto nacional para el programa de reincorporación de la población desmovilizada.[88]

Dentro del programa se destaca, de manera principal, la atención humanitaria, consistente en: a) en caso de desmovilización individual, hay atención en hogares de paz, tanto para el desmovilizado como para su núcleo familiar, durante 24 meses; b) en caso de desmovilización colectiva, los desmovilizados y sus núcleos familiares son atendidos en hogares independientes durante 18 meses.[89]

Durante el proceso de reincorporación del desmovilizado se busca adelantar un programa de seguridad y protección, a partir de un diagnóstico de la situación de seguridad.[90] Hay un énfasis particular en la protección de la salud, que incluye los beneficios propios del régimen subsidiado en salud.[91] De la misma forma, respecto de la educación, se dice en los documentos oficiales:

---

85 Ibídem, p. 38.
86 Ibídem, p. 40.
87 Ibídem, p. 78.
88 Ibídem, p. 80.
89 Ibídem.
90 Ibídem, p. 93.
91 Ibídem, pp. 95-96.

> Como parte del proceso de reincorporación y fortalecimiento de la sostenibilidad del proyecto de vida del desmovilizado, el proceso de formación busca garantizar la integralidad y desarrollo de las potencialidades de esta población. El objetivo es garantizar a la sociedad seres humanos con valores solidarios, sensibles y capaces de un desempeño y participación social. Para ello se hace énfasis en el trabajo con base en tres criterios: calidad, cobertura y pertinencia.[92]

Al desmovilizado se lo apoya para el impulso de proyectos productivos, buscando que estos sean sostenibles y tratando de comprometer en ello a la empresa privada.[93]

La Alta Consejería para la Reintegración ha hecho un estudio respecto de los niveles y porcentajes correspondientes a trabajo, salud, educación y edades de los grupos de desmovilizados, ya sea de manera individual o colectiva.[94] A continuación se resumen tales resultados:

- Según los porcentajes suministrados por diferentes autoridades encargadas directamente de los procesos de desmovilización, las siguientes son las edades de los desmovilizados individualmente: un 47% tiene entre 18 a 25 años, un 47% tiene entre 26 a 40 años y un 6% es mayor de 40 años. A su vez, respecto de las desmovilizaciones colectivas, un 33% tiene entre 18 y 25 años, un 65% entre 26 y 40 años y un 9% es mayor de 40.[95]
- En materia de educación, de los desmovilizados individuales el 46% ha cursado educación básica primaria, el 23% ha cursado secundaria, un 3% es analfabeto y un 12% tiene otros estudios. De los desmovilizados en forma colectiva, un 44% ha cursado educación básica primaria, un 47% ha cursado secundaria, un 5% es analfabeto y un 4% ha cursado otros estudios.[96]
- En materia de salud, el 71% de la población desmovilizada de manera individual y colectiva tiene acceso al servicio básico ya mencionado. La meta del gobierno nacional es que para marzo del 2008 el 100% de la población desmovilizada tenga atención de salud.[97]
- En materia laboral, los desmovilizados que están trabajando son un 55%, es decir, unas 19.803 personas. Ahora bien, el 72% de ellas tiene un trabajo informal el y 28% un trabajo formal. El restante 45%, es decir, unas

92 Ibídem, pp. 104-105.
93 Ibídem, pp. 115-116.
94 Presidencia de la República, Alta Consejería para la Reintegración: op. cit. Se trata de datos que deben ser confrontados y actualizados permanentemente.
95 Ibídem.
96 Ibídem.
97 Ibídem.

16.264 personas, no está trabajando. Tal como fue establecido en la sección anterior, con la facilidad para acceder a los proyectos productivos y planes de negocio se busca generar empleo para 4.652 personas y así faltarían unos 11.612 desmovilizados por emplear.[98]

Quien tenga interés en profundizar en el tema puede consultar los documentos básicos de la Alta Consejería, así como los de los organismos internos encargados de apoyar y colaborar en el desarrollo efectivo del proceso de DDR en Colombia, como el comité previsto para ello de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Es un tema en permanente evolución que debe ser actualizado en sus diferentes componentes. Además, se deben estudiar los informes producidos por observatorios internacionales externos al proceso de DDR, como el Observatorio del Centro Internacional de Toledo para la Paz, cuyo primer gran informe se hará público en diciembre del 2008 (este informe, además, dará cuenta de los resultados del área sobre políticas públicas respecto de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz y de los resultados minuciosos y sistemáticos del área de justicia).

3.10.6. Organización de los Estados Americanos (Misión de Apoyo al Proceso de Paz MAPP-OEA) en su seguimiento al proceso de DDR y a la Ley de Justicia y Paz

La Organización de los Estados Americanos suscribió un convenio con el gobierno colombiano —representado por el presidente Álvaro Uribe Vélez— el 23 de enero del 2004, con miras a brindar colaboración mediante el acompañamiento al proceso de paz, razón por la cual se creó la Misión de Apoyo al Proceso de Paz (en adelante, MAPP-OEA) para que se encargara de la "verificación del cese del fuego y de hostilidades, la desmovilización y desarme, y la reinserción de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que en uso de sus atribuciones constitucionales y legales realice el [gobierno] con las fuerzas irregulares".[99]

De acuerdo con dicho mandato, la MAPP-OEA está facultada para verificar el cumplimiento del cese de hostilidades, la entrega de armas y su posterior destrucción,

[98] Ibídem.

[99] Convenio entre el gobierno de la República de Colombia y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos para el acompañamiento al proceso de paz en Colombia, Bogotá: enero 23 del 2004. Véase en ‹http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/noticias/2004/enero/ene_23.htm› (20.2.2008).

apoyar las iniciativas del gobierno y de la sociedad civil que estén directamente encaminadas a la consecución de la paz y proponer recomendaciones tanto al gobierno como a los grupos armados al margen de la ley, siempre y cuando no intervenga en los asuntos internos del país ni emita juicios "sobre las decisiones jurídicas o políticas que son propias de la soberanía del Estado colombiano".

Además, el secretario general, José Miguel Insulza, debe presentar trimestralmente un informe al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA) —según lo establecido en la resolución CP/RES. 859 (1397/04)—, sobre las labores realizadas por dicha Misión. Por razones de espacio no se puede dar cuenta detallada de los informes, pero el autor remite al lector a ellos. Por ejemplo, el informe de la MAPP-OEA del 3 de julio del 2007 se refiere básicamente a la situación de inseguridad que se vive en algunas zonas del país, debido al surgimiento de estructuras armadas ilegales, al igual que a la permanencia de reductos de miembros de las AUC que no se han acogido a la Ley de Justicia y Paz y que desde la clandestinidad continúan delinquiendo. Respecto de esta situación se han observado "cambios fundamentales en la dinámica de las denominadas bandas emergentes".[100] Existe también el informe de la MAPP-OEA del 31 de octubre del 2007,[101] en el cual, entre numerosos aspectos, se hace referencia a persecuciones y asesinatos de personas ligadas a organizaciones de víctimas. Al respecto es de resaltar la gran importancia que tienen las organizaciones de víctimas en todo este proceso.[102]

3.11. Relevancia de los mecanismos utilizados de frente a la CPI

Este punto sigue siendo especialmente problemático. El contexto general que debe ser tenido en cuenta para abordarlo es la Ley de Justicia y Paz, y, frente a ella, por lo

[100] Noveno Informe Trimestral del Secretario General al Consejo General Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA). julio 3 del 2007. p. 3. Véase al respecto ‹http://www.mapp-oea.org/documentos/informes/Trimestrales%20MAPP/cp18719s02.pdf›. Y, en relación general con los informes, ‹http://www.mapp-oea.org/node/12›.

[101] Véase, al respecto la siguiente información: ‹http://www.mapp-oea.org/documentos/informes/Trimestrales%20MAPP/CP19075S04ESPX.pdf›.

[102] A continuación se destacan los centros de información de organizaciones especialmente activas en el país y que hacen seguimiento permanente a los mecanismos enunciados. Por ejemplo, la Comisión colombiana de juristas (‹http://www.coljuristas.org›). Esta organización, tiene un gran centro de documentación, publicaciones verídicas y documentos específicos se seguimiento a la ley 975, entre los que se destaca el "documento acerca del marco jurídico sobre desmovilización e impunidad en Colombia". También la organización denominada Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, ‹www.colectivodeabogados.org›, hace un seguimiento especializado al proceso de justicia y paz. De la misma forma, el Centro de Investigación y educación popular CINEP, ‹http://www.cinep. org.co›, posee una gran base de datos y agencia proyectos especiales, entre los cuales, existen unos dedicados a los procesos de paz, más relacionados con el tema del presente informe. Tiene una revista especializada de análisis de hechos de coyuntura, denominada *Cien Días Vistos por CINEP.*

menos en lo que concierne a su articulado —opinión que comparten autores extranjeros que, como Kai Ambos, han trabajando acuciosamente el caso colombiano—, puede decirse en principio que la sola ley activa la competencia de la Corte Penal Internacional. Diferente era la situación anterior, por ejemplo, respecto del proyecto de alternatividad penal. En su momento, el autor de este informe trabajó este problema, sobre todo en relación con aquello que puede denominarse *imposibilidad sustancial* del Estado para perseguir los crímenes internacionales. De hecho, la oficina del alto comisionado para los Derechos Humanos, con sede en Colombia, insistía en que se trataba de una forma particular o velada de indulto generalizado, prohibido por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La comunidad internacional participó de este debate y siempre se dijo que, pese a que no se podía considerar que en el país tenía lugar una exclusión del sistema penal o un fracaso generalizado de este, sí se debía tener en cuenta la verdadera voluntad de conducir ante el sistema penal a quienes cometían crímenes internacionales. Así se debatió el proyecto de alternatividad, pero frente a la ley actual y, sobre todo, luego de la decisión de la Corte Constitucional, no es posible concluir radicalmente que pueda activarse la competencia de la Corte Penal. Ello dependerá, desde luego, de sus resultados, de su aplicación práctica.[103]

Es en el desarrollo práctico de la ley y, además, en el desarrollo práctico del trabajo de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, particularmente, de los jueces especializados y de la Sala Penal de la Corte, en su tarea de investigar y juzgar los crímenes internacionales, donde se jugará en el país la posibilidad de activar o no la competencia de la Corte.

Debe aclararse que el sistema judicial de Colombia es independiente. En los niveles de presión en que se mueven los jueces —por ejemplo, respecto del Poder Ejecutivo—, ellos y los fiscales, con trabajo y valor, han probado su independencia y su capacidad de aplicar las normas penales aun en situaciones extremas de conflicto armado y de vulnerabilidad. A mediados del 2007 se presentó una situación particularmente inquietante: a raíz de una decisión de la Sala Penal de la Corte, en la cual esta negó el carácter de delincuente político a los miembros de los grupos paramilitares y se negó a asimilar el delito de sedición al delito de concierto para delinquir, el presidente de la República, por

[103] A manera de ejemplo, en el contexto del taller organizado por la Fundación Konrad Adenauer, para los fiscales de Justicia y Paz, en el mes de octubre del 2007, el profesor Kai Ambos advirtió a los fiscales, todos reunidos, sobre el hecho de que cada una de sus actuaciones sería vigilada por la comunidad internacional y estaría monitoreada, como de hecho lo está, por la Corte Penal Internacional. Lo mismo se dirá, además, a los magistrados de justicia y paz en su momento, cuando ellos intervengan con mayor vigor en la implementación de la ley.

todos los medios, objetó la decisión y acusó a los jueces de hacer política, de trabar los procesos en curso, de obstaculizar la labor del Ejecutivo.

Es un tema que no se ha saldado, sobre todo cuando numerosos políticos aliados del presidente están siendo investigados y juzgados por la Sala Penal de la Corte. Al inicio de este informe se hacía alusión al denominado *poder de definición;* pues bien, existe hoy en día una competencia feroz, en la cual participan todos los actores, por el poder de definición, por la capacidad para otorgar un estatuto al delincuente y por establecer qué tipo de delincuente es. De ello debe estar pendiente, a nuestro juicio, la comunidad internacional y, de manera particular, los funcionarios de la Corte Penal Internacional. La selectividad extrema del sistema penal en función de ciertos actores es también fuente de impunidad o, en todo caso, fuente de aplicación política y selectiva de la norma penal, de modo que se puedan beneficiar algunos actores que no han hecho su aporte efectivo a la paz, condición mayor para la aplicación de la Ley de Justicia y Paz.

Debe destacarse, sobre todo a raíz del incidente del mes de marzo entre Colombia y Ecuador a causa de un operativo militar del ejército y la policía de Colombia en territorio ecuatoriano, incidente en el cual intervino el presidente Chávez de Venezuela, que existe en el país todavía un desconocimiento esencial de las normas fundamentales del Estatuto de Roma. Los asesores y un grupo de abogados que hoy son cuestionados por su ineptitud aconsejaron al presidente de Colombia que denunciara al presidente Chávez por apoyo y fomento de actividades genocidas (a propósito de sus nexos reconocidos con las guerrillas de las FARC). Como se ve, en las más altas esferas todavía hay confusión sobre estos temas. Desde luego, ello no prosperó, pero sirvió para dar cuenta en el país del uso inapropiado de temas fundamentales del Estatuto (además, ciertos funcionarios hablaban de la posibilidad de denunciar al presidente de Venezuela por colaboración con actividades terroristas, desconociendo incluso las normas del Estatuto sobre los crímenes internacionales).

4. Impacto de los mecanismos utilizados

Respecto de este punto existe una carencia de información notoria. No existen estudios concienzudos, analíticos que den cuenta del trabajo, por ejemplo, de la Comisión de Reconciliación, estudios sobre el funcionamiento de la Ley de Justicia y Paz, con estadísticas, con reflexiones sobre puntos concretos, a más de observaciones y comentarios parciales; tampoco hay análisis concienzudos de las políticas de DDR; se trata de procesos muy recientes que ameritan más tiempo para ser analizados. Por ejemplo, en el caso de la CNRR, tan solo desde el año 2007 se pudo consolidar el plan de acción y, a pesar de que están definidas las áreas de trabajo, con un esfuerzo muy grande de sus directores y los comisionados, ello sin duda ha generado la dificultad para que sea analizado más a fondo el resultado de su trabajo. No obstante lo anterior, para el año 2008 se espera la elaboración de diversos estudios que den cuenta del resultado en la práctica de los mecanismos utilizados.[104]

5. Reflexión final

Tal como se expresa en el instructivo, se trata de una *reflexión final*. Es decir, en razón de los límites propios del informe, no es posible redactar una especie de ensayo o de estudio independiente; además, se ha aclarado desde el principio que no se trata de un texto teórico o académico sobre el tema tan complejo de la justicia transicional. Pero la reflexión sí debe dar cuenta por lo menos de algunos aspectos absolutamente relevantes para el contexto colombiano. Estos pueden abordarse, incluso, y como lo ha hecho la historiografía del país, en términos de paradojas: la paradoja de la guerra y el derecho,

[104] A manera de ejemplo, el ICTJ, que abrió hace relativamente poco tiempo sus oficinas en Bogotá, para el 30 de mayo del 2008 anunció la salida al público de las siguientes publicaciones: *Verdad, memoria y reconstrucción*, *Reparaciones a las víctimas de la violencia política y judicialización de crímenes de sistema.* También se ha generado una producción de textos especializados y recientes sobre el paramilitarismo y sobre la violencia. Se citan, a manera de ejemplo, los siguientes: Corporación Nuevo Arco Iris: *Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*, Bogotá, 2007; Alfredo Rangel: *El poder paramilitar*, Bogotá, 2005, y un texto de un Instituto muy activo desde hace 20 años en estos temas, el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Nacional, con el trabajo conjunto agrupado bajo el título: *Nuestra guerra sin nombre*, Bogotá, 2006.

de la guerra y la política, de la violencia y la democracia, de la violencia y la legitimidad. Ellas cruzan la historia del país. Ahora, el tema que nos ocupa también está cruzado por grandes tensiones que se expresan en textos importantes escritos en el país y que están presentes en el debate diario.

Es el caso por ejemplo de los *límites de la conciencia humanitaria* en escenarios de horror y de comisión de toda suerte de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra. A la obsesión mundial por la imposición del castigo, por el hallazgo de justicia, con fundamentos valorativos y presupuestos axiológicos absolutos e indiscutibles, se antepondría esta especie de *límite* a una conciencia humanitaria que exige castigo y luchar contra la impunidad rampante en situaciones extremas de violencia política y social. El problema de la guerra inacabada y cada vez más degradada —el caso colombiano—, junto con el hecho de experimentar procesos de paz, o por lo menos de desarme de máquinas de guerra, con enemigos no vencidos militarmente, estaría en la base de aquellos límites. Así y enfrentando estos dilemas —exigencias universalistas de castigo y situaciones fácticas indiscutibles ligadas a la guerra—, un autor especialmente activo en el tema considera:

> […] mientras una perspectiva político-punitiva de Estado democrático de derecho y de derechos humanos globalizados, en lógica universalista y abstracta, las amnistías suelen ser pensadas como simple y odiosa impunidad y como la expresión de una política que es lo otro y hasta lo opuesto del derecho, en una perspectiva político-militar, en cambio, las correlaciones de fuerza propias de la política tienden a ser representadas, en lógicas contextualista y de pluriverso internacional, como parte de los factores que informan un sentido —responsable— de justicia, y las amnistías y perdones transicionales como instituciones de pleno derecho.[105]

En el caso del proceso que se libra actualmente con grupos paramilitares, a diferencia del proyecto de alternatividad del 2003, que fue criticado desde siempre por ser un indulto disfrazado, la Ley de Justicia y Paz no lo es directamente, pero sí contiene privilegios —en función del cumplimiento de condiciones— que pueden ser interpretados como *perdones transicionales;* en cualquier caso, la reflexión mantiene su poder denotativo. Así, el autor concluye con una preocupación base, en un texto agudo sobre violencia política y mecanismos jurídicos que circulan en la tradición del país para abordarla como pueden:

[105] Iván Orozco Abad: *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá: Temis, 2.ª ed., 2006 (1992), prólogo, p. XXVI.

> El gran peligro que rodea las visiones universalistas del Estado democrático de derecho y de derechos humanos a escala global es el del sometimiento excesivo de la política y de los órganos políticos domésticos a los dictados de una judicatura internacional comprometida ciertamente con valores y con el justo castigo de criminales, pero poco preocupada por asuntos como el de los fracasos de procesos de paz en la periferia del mundo.[106]

Son estos fracasos posibles y el drama de la periferia los hechos que enlazan con el estudio que, con referencias comparativas al caso chileno, al caso argentino o al de El Salvador, se ocupa de los "límites a la conciencia humanitaria" y, con ellos, a los "dilemas de la paz y la justicia en América Latina".[107]

También, las paradojas se desenvuelven, aunque el tema sea básicamente el mismo que se acaba de señalar, entre los límites del "perdón y el paredón", como lo expresa otro libro dedicado con juicio al tema que nos ocupa. Allí, en efecto y bajo esta tensión, se abordan "las preguntas y dilemas de la justicia transicional" en un país que se debate en esta perspectiva. Se trata, en las fronteras de la guerra y la paz, de nuestra propia "geometría de la justicia transicional", para utilizar el gráfico título de uno de los estudios que conforman el libro.[108] También, desde luego, el impacto posible de los mecanismos de justicia transicional hoy ensayados se liga a una paradoja ya enunciada desde un principio: "¿justicia transicional sin transición?".[109]

A estas paradojas o tensiones se agrega otra consideración: si el proceso desencadenado hoy por la Ley de Justicia y Paz, y a partir de los numerosos mecanismos de justicia transicional derivados de los procesos de reparación, de desmovilización y de búsqueda de reconciliación que actualmente tienen lugar en el país, constituye una especie de expectativa social creada en función de logros de paz posible, esta *expectativa* y la posible *decepción* frente a ella —para utilizar un lenguaje cercano a Niklas Luhmann, por ejemplo— deben medirse en el contexto de la guerra, de la violencia social y política degradada que se vive aún en grandes porciones del territorio en Colombia.

---

[106] Ibídem, p. XXVII.

[107] Se trata del texto de Orozco titulado: *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Bogotá: Temis, 2005. Es interesante y apenas anecdótico que este trabajo de Iván Orozco sea utilizado hoy por funcionarios públicos, desde el vicepresidente o ministros, como una especie de Biblia para entender aspectos relacionados con el destino de mecanismos de justicia transicional. Habrá que indagar en las telarañas del pragmatismo, el uso posible que este hace de conceptos fundados no solo en "lógicas contextuales", sino con remisiones sociológicas y filosóficas, de hondo calado y de grandes exigencias.

[108] Carsten Stahn: "La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional", en Angelika Rettberg: *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2005, p. 81 ss.

[109] Rodrigo Uprimny (ed.): *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, 2006.

Toda decepción, todo fracaso de las expectativas creadas generará, necesariamente, mayor violencia. Al mismo tiempo, toda relación entre expectativas creadas y decepciones posibles debe hacerse en función de cada mecanismo que se analice. Por ejemplo, en el caso del derecho penal internacional, aplicado en su versión de derecho interno, o en el mismo caso del derecho penal ordinario que se aplique a situaciones propias de violaciones de derechos humanos o de derecho humanitario, la conclusión es clara: la respuesta del derecho penal, su capacidad real de contribuir a la paz, de generar auténticos resultados en términos de justicia transicional es extremadamente limitada, y su uso meramente simbólico, la propaganda irresponsable sobre sus grandes efectos, las promesas incumplidas a sabiendas de sus límites generarán más violencia, menos impacto social, más precariedad en términos de persecución penal efectiva de crímenes internacionales. Las grandes demandas de justicia, tanto más si tienen una carga valorativa sustancial, exceden siempre la capacidad regulativa de derecho. De allí la importancia de la voluntad política real que debe estar presente en la movilización de un número adecuado y masivo de mecanismos de justicia transicional.

Una conclusión parece fácil, al mismo tiempo que corresponde a un propósito que debe comprometer a toda la sociedad: la reconciliación en función de una paz posible es el resultado efectivo de la suma de los diversos mecanismos de justicia transicional. Hay desde luego, y no en sentido peyorativo, un rasgo de utopía en ello, pero lo hay siempre incluso en los dilemas más terribles que una y otra vez se repiten en nuestro país, como se han repetido en el mundo: ¿qué hacer, con Hannah Arendt, con los *muertos* del pasado, frente a los posibles *muertos* del presente y del futuro? ¿Se debe permanecer en la dinámica del castigo en función de los que ya no están, o se puede pensar, sin mala conciencia, en evitar los muertos del futuro? Más aún: ¿cuáles son los alcances de un posible perdón —concebido en la forma de privilegios, de concesiones, de dádivas con exigencias— y cuáles los de las promesas basadas en auténticos pactos en los que la triada *verdad, justicia y reparación* sea una realidad?; ¿se mira hacia atrás o hacia delante? ¿Qué se hace, socialmente, con aquellas víctimas que no tuvieron derecho a escoger posibilidades filosóficas? En procesos de transición en medio de la guerra, solo hay espacio real para los interrogantes, al mismo tiempo que es una obligación repensarlos una y otra vez; en todo caso, si el proceso o los procesos fallan, por las razones que sea, será de nuevo la circularidad de la guerra inacabada y de la violencia degradada el destino que los cubra.

EL SALVADOR

Jaime Martínez Ventura

SUMARIO

El Salvador atravesó por una cruenta guerra civil entre 1980 y 1992, durante la cual los bandos enfrentados perpetraron crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El conflicto armado terminó con los Acuerdos de Paz firmados en Chapultepec (México) el 16 de enero de 1992, con cuatro grandes objetivos: "terminar el conflicto armado por la vía política al más corto plazo posible, impulsar la democratización del país, garantizar el irrestricto respeto a los derechos humanos y reunificar a la sociedad salvadoreña".

En la búsqueda de la superación del pasado conflictivo, se establecieron cuatro mecanismos de justicia de transición: una Comisión de la Verdad, encargada de investigar los peores crímenes que causaron conmoción en la sociedad salvadoreña y dar a conocer la verdad sobre ellos; la depuración de la Fuerza Armada y funcionarios de otras instituciones estatales, así como la inhabilitación de miembros de la ex guerrilla que aparecieran como perpetradores de crímenes investigados por la CV; un proceso de cese al fuego, concentración, desarme, desmovilización y algunos programas para la reincorporación de ex combatientes de ambos bandos; por último, aunque en los acuerdos no se pactó nada específico sobre las víctimas, el informe de la CV sí recomendó medidas de reparación, compensación, rehabilitación y de no repetición.

Dieciséis años después de los Acuerdos de Paz y de la implementación de mecanismos de justicia de transición, existe la sensación bastante extendida entre

la población salvadoreña de que el único e importante logro ha sido el cese al fuego. Los demás objetivos de los acuerdos no se cumplieron plenamente, debido a diversos errores y limitaciones en el proceso de implementación de dichos mecanismos y a los obstáculos políticos que los volvieron ineficaces.

1. Introducción[1]

El Salvador, entre 1980 y 1992, padeció una de las guerras civiles más cruentas y atroces de América Latina. Los bandos enfrentados fueron, por un lado, el sector gubernamental y progubernamental integrado por la Fuerza Armada, los Cuerpos de Seguridad Pública,[2] las organizaciones paramilitares y los grupos clandestinos o *escuadrones de la muerte.* Por el otro lado, las cinco organizaciones revolucionarias armadas[3] que conformaron el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN),[4] las fuerzas progresistas agrupadas en el Frente Democrático Revolucionario (FDR)[5] y agrupaciones afines, como las organizaciones campesinas, gremiales, estudiantiles, comunitarias, religiosas, etcétera.

La confrontación se originó y desarrolló en el contexto de la Guerra Fría, pero sus causas estructurales son propias del desarrollo histórico, social y político de este país, entre ellas una extrema concentración de la riqueza en grupos oligárquicos; la injusta distribución de la tierra; los altos índices de pobreza, desempleo, exclusión social y falta

---

1 Para una ampliación de los antecedentes que explican el surgimiento del conflicto armado en El Salvador, véase Mario Lungo: *La lucha de las masas en El Salvador,* San Salvador: UCA, 1987; Rafael Menjívar: *Formación y lucha del proletariado industrial salvadoreño*, San Salvador: UCA, 1986; María Paz Fiumara: "Éxitos y fracasos: las Fuerzas Armadas y de Seguridad en El Salvador y Haití. Informe final del concurso: El papel de las fuerzas armadas en América Latina y el Caribe", 2004; ‹http:// biblioteca virtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas› (2.1.2008); David Morales y Zaira Navas: *Masacres. Trazos de la historia salvadoreña narrados por las víctimas*, San Salvador: Centro para la Promoción de Derechos Humanos Madeleine Lagadec, 2006.

2 Estos cuerpos eran la Policía Nacional, la Policía de Hacienda y la Guardia Nacional, todos de naturaleza militar y dependientes de las Fuerza Armada.

3 Las cinco organizaciones insurgentes armadas eran: las Fuerzas Populares de Liberación Nacional (FPL), el Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP), las Fuerzas Armadas de la Resistencia Nacional (FARN), el Partido Revolucionario de los Trabajadores Centroamericanos (PRTC) y las Fuerzas Armadas de Liberación (FAL), del Partido Comunista.

4 Farabundo Martí, uno de los líderes de la insurrección popular e indígena de enero de 1932, ejecutado junto con más de 30.0000 personas por fuerzas militares al mando de Maximiliano Hernández Martínez.

5 Conformado por el Movimiento Nacional Revolucionario, el Partido Social Demócrata y el Partido Social Cristiano.

de políticas públicas para la satisfacción de los derechos económicos y sociales de las grandes mayorías; la persecución y represión de los partidos de oposición y de toda expresión de disidencia política; los fraudes electorales de 1972 y 1977; y la imposición de una dictadura oligárquico-militar que se extendió desde 1932 hasta 1979,[6] con sus secuelas de autoritarismo, violaciones sistemáticas a los derechos humanos y represión indiscriminada a opositores.

Antes y durante el conflicto bélico, en este pequeño país se cometieron algunas de las más grandes atrocidades del continente, como los magnicidios del arzobispo monseñor Óscar Arnulfo Romero y de seis sacerdotes jesuitas y dos empleadas de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA); las masacres de miles de campesinos indefensos en las zonas rurales; los asesinatos selectivos de sindicalistas, maestros, estudiantes, sacerdotes, religiosos y catequistas; ejecuciones sumarias con lujo de barbarie perpetradas por fuerzas militares de los bandos enfrentados o por los temibles *escuadrones de la muerte;* el encarcelamiento y la tortura de millares de individuos en centros clandestinos de detención; y las desapariciones forzadas de personas, especialmente de niños y niñas que fueron secuestrados durante los operativos militares. En total, más de 70.000 asesinatos, miles de desaparecidos, torturados, lisiados y cientos de miles de desplazados, refugiados y exiliados.

Otro factor que debe considerarse para comprender el origen y el desarrollo del conflicto armado de El Salvador es la inoperancia de la administración de justicia. Según estudios especializados, sus características distintivas han sido: la *impunidad de los poderosos,* por la falta de persecución de los crímenes cometidos por ellos; *la politización,* expresada en la manipulación del órgano judicial y los cuerpos de seguridad por sectores hegemónicos del poder político y económico; y *la corrupción,* consistente en actitudes activas o permisivas orientadas a retardar los procesos o agilizarlos, procurar medios de prueba falsos, alterar o destruir pruebas fidedignas, con el fin de procurar la impunidad u otras ventajas de los corruptores con poder político y económico.[7]

---

[6] En octubre de 1979 el último gobierno militar fue derrocado por un movimiento denominado Militares Jóvenes y dio paso a una primera transición política en el país, con las llamadas *juntas de gobierno.* La última de ellas convocó a una asamblea constituyente que dio origen a la Constitución de la República de 1983; se nombró un presidente provisional y se realizaron elecciones presidenciales en 1984, ganadas por José Napoleón Duarte, del Partido Demócrata Cristiano, con el apoyo de los Estados Unidos. Sin embargo, puede afirmarse que, si bien los militares ya no gobernaban, fueron un factor determinante de poder durante todo el conflicto, por lo que su dominio político terminó realmente en 1992 con los Acuerdos de Paz.

[7] Cf. Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña: *Problemática de la Administración de Justicia en El Salvador. San Salvador,* San Salvador: Ministerio de Justicia, 1990, pp. 82-89.

2. Mecanismos de superación del pasado conflictivo

Después de un largo período de intentos fallidos de encontrar una solución negociada al conflicto armado, y luego de la *ofensiva final* lanzada por la guerrilla en noviembre de 1989, en 1990 se inició un intenso proceso de negociación entre el Gobierno de El Salvador y el FMLN, que culminó con los Acuerdos de Paz de El Salvador,[8] firmados en Chapultepec (México) el 16 de enero de 1992, con los cuales culminaron los pactos suscritos a lo largo del proceso de negociación con cuatro grandes objetivos: "terminar el conflicto armado por la vía política al más corto plazo posible, impulsar la democratización del país, garantizar el irrestricto respeto a los derechos humanos y reunificar a la sociedad salvadoreña".[9]

Dichos acuerdos dieron lugar a la mayor transformación jurídica e institucional de El Salvador en la época contemporánea, con una amplia reforma constitucional para la creación de nuevas instituciones —como la Policía Nacional Civil, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, la Academia Nacional de Seguridad Pública— y la transformación de otras —como la Fuerza Armada, la Fiscalía General de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Nacional de la Judicatura y el Sistema Electoral que implicó, entre otros cambios, el reconocimiento e incorporación del FMLN como partido político.

En la búsqueda de superar el pasado conflictivo y como parte fundamental para el cumplimiento de los objetivos de los Acuerdos de Paz, se establecieron cuatro mecanismos de justicia de transición: una Comisión de la Verdad (CV), encargada de investigar los peores crímenes que causaron conmoción en la sociedad salvadoreña y dar a conocer la verdad sobre ellos; la depuración de la Fuerza Armada y funcionarios de otras instituciones estatales, así como la inhabilitación de miembros de la ex guerrilla que aparecieran como perpetradores de crímenes investigados por la CV; un proceso de cese al fuego, concentración, desarme, desmovilización y algunos programas para la reincorporación de ex combatientes de ambos bandos; por último, aunque en los Acuerdos no se pactó nada específico sobre las víctimas, el informe de la CV sí recomendó medidas de reparación, compensación, rehabilitación y de no repetición.

---

8 En adelante podrán ser denominados *los Acuerdos.*

9 Véase Naciones Unidas: *Acuerdos de El Salvador: en el camino de la Paz,* San Salvador: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, 1992, pp. 1 y 48.

3. Análisis de los mecanismos utilizados

Solo unos cuantos crímenes de persecución internacional cometidos en este país han sido procesados por los tribunales nacionales.[10] Todos han dejado una gran estela de impunidad e indicios de falta de voluntad política para su enjuiciamiento efectivo.[11]

3.1. Comisión de la Verdad (CV)

La creación de la CV fue pactada en el Acuerdo de México,[12] ampliado en el artículo 5 del Acuerdo de Chapultepec, denominado *Superación de la impunidad.* Esta fue una entidad no jurisdiccional, totalmente independiente, integrada por tres personas designadas por el secretario general de las Naciones Unidas[13] luego de escuchar la opinión de las partes,[14] con autonomía para nombrar de entre ellas a su presidente.

La competencia de esta comisión fue investigar, en el plazo de seis meses, graves crímenes perpetrados entre el 1.º de enero de 1980 y el 16 de enero de 1992, elaborar un informe que incluya conclusiones y recomendaciones y remitirlo a las partes y al secretario general de las Naciones Unidas, quien lo daría a conocer públicamente.

La función de la Comisión fue "la investigación de graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad".[15] Para cumplirla, se le otorgaron las facultades o atribuciones siguientes:

a. Recoger, por los medios que estime adecuados, toda información que considere pertinente. La Comisión tendrá plena libertad para utilizar las fuentes

---

10 El asesinato de monseñor Óscar Arnulfo Romero y el de los seis sacerdotes jesuitas de la Universidad Centroamericana y dos de sus colaboradoras. En el primero el proceso fue archivado sin procesar ni detener a ninguna persona, y en el segundo se condenó y luego se liberó a algunos autores materiales después de conocerse el informe de la CV. En ambos casos las víctimas no se han dado por satisfechas.

11 Al respecto véase Jaime Edwin Martínez Ventura y Nelson Armando Vaquerano Gutiérrez: "El Salvador", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003.

12 Del 27 de abril de 1991.

13 Los integrantes fueron Belisario Betancourt, ex presidente de Colombia, Reinaldo Figueredo Planchar, ex ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, y Thomas Buergenthal, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La presidencia fue ejercida por Belisario Betancourt.

14 Véase Naciones Unidas: op. cit., p. 31.

15 Ibídem.

de información que estime útiles y confiables. Recibirá dicha información dentro del plazo y en la forma que ella misma determine.

b. Entrevistar, libre y privadamente, a cualesquiera personas grupos de personas e integrantes de entidades o instituciones.

c. Visitar libremente cualquier establecimiento o lugar sin previo aviso.

d. Practicar cualquier otra diligencia o indagación que estime útil para el cumplimiento de su mandato, incluso la solicitud a las partes de informes, antecedentes, documentos o cualquier otra información a autoridades y servicios del Estado.[16]

Según su mandato, la CV no puede considerarse un mecanismo alternativo o sustitutivo de la justicia penal, sino una entidad que prepararía la persecución penal. Al respecto, el anexo sobre la Comisión de la Verdad del Acuerdo de México dice claramente en su disposición 14:

> Lo dispuesto en este acuerdo no impide la investigación ordinaria de cualquier situación o caso, hayan sido estos investigados o no por la Comisión, así como la aplicación de las disposiciones legales pertinentes a cualquier hecho contrario a la ley.[17]

Por otra parte, el artículo 5 del Acuerdo de Chapultepec literalmente dice:

> Se reconoce la necesidad de esclarecer y superar todo señalamiento de impunidad de oficiales de la Fuerza Armada, especialmente en casos donde esté comprometido el respeto a los derechos humanos. A tal fin, las Partes remiten la consideración y resolución de este punto a la Comisión de la Verdad. Todo ello sin perjuicio del principio, que las Partes igualmente reconocen, de que hechos de esa naturaleza, independientemente del sector al que pertenecieren sus autores, deben ser objeto de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia, a fin de que se aplique a quienes resulten responsables las sanciones contempladas por la ley.[18]

Según su mandato, la CV tenía que presentar recomendaciones a las partes, en el orden legal, político y administrativo, para prevenir la repetición de los hechos investigados, así como iniciativas para la reconciliación nacional.[19] Esta facultad potenció a la CV, reforzada por el mismo mandato que reza: "las partes se comprometen a cumplir con las recomendaciones de la Comisión".[20] Por ello pudo incursionar en aspectos que

[16] Ibídem, p. 33.
[17] Ibídem.
[18] Ibídem, p. 55.
[19] Ibídem, p. 31.
[20] Ibídem, p. 32.

no habían sido previstos por los Acuerdos, como la reparación y rehabilitación de las víctimas, las garantías de no repetición y la ampliación de la depuración más allá de la Fuerza Armada.

La CV contó con amplias atribuciones, pero tuvo que enfrentar diversos obstáculos; entre ellos, el plazo de investigación, que fue apenas de seis meses.

> Su trabajo fue limitado por tiempo y recursos. Además, hizo sus investigaciones pocos meses después de la conclusión del conflicto armado, en un momento en el cual muchos sobrevivientes aún no estaban en condiciones para presentar sus testimonios […].[21]

No obstante, cumplió su mandato y el 15 de marzo de 1993 presentó su informe, tal como estaba acordado. En él se reveló que investigó más 22.000 denuncias de crímenes perpetrados entre enero de 1980 y julio de 1991, de las cuales el 60% fueron atribuidas a la Fuerza Armada, el 25% a los Cuerpos de Seguridad, el 10% a los escuadrones de la muerte y el 5% al FMLN.[22]

> En los casos en los cuales encontró pruebas suficientes señaló los nombres de los responsables […]. Sin embargo, a pesar de haberse nombrado a varias personas, incluso altos jefes militares, como responsables de graves violaciones de derechos humanos, la Comisión de la Verdad no recomendó la apertura de investigaciones judiciales.[23]

Esa omisión fue fundada por la CV en su apreciación de:

> […] la notoria deficiencia del sistema judicial, lo mismo para la investigación del delito que para la aplicación de la ley, en especial cuando se trata de delitos cometidos con el apoyo directo o indirecto del aparato estatal […]. Si el Poder Judicial hubiera funcionado a satisfacción, no solo se habrían esclarecido oportunamente los hechos que ha debido investigar la Comisión, sino que se habrían aplicado las sanciones correspondientes […] La cuestión que se plantea no es si se debe sancionar o no a los culpables, sino si se puede o no hacer justicia […] no existe una administración de justicia que reúna los requisitos mínimos de objetividad e imparcialidad para impartirla de manera confiable.[24]

---

[21] Margaret Popkin: "La búsqueda de la verdad y la justicia después de las comisiones de la verdad en Centroamérica", en Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Verdad y Justicia: homenaje a Emilio F. Mignone*, San José, 2001, p. 225. Sin embargo, como se verá, la CV tampoco recomendó que no se investigara, enjuiciara y sancionara a los responsables, porque hubiera contrariado su propio mandato.

[22] Comisión de la Verdad: *De la locura a la esperanza. La guerra de 12 años en El Salvador. Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador*, San Salvador y Nueva York: Naciones Unidas, 1992-1993, p. 49.

[23] Margaret Popkin: op. cit., p. 225.

[24] Comisión de la Verdad: op. cit., pp. 214-215.

3.2. Depuración de la Fuerza Armada y funcionarios de otras instituciones estatales

También como parte de los Acuerdos, y con miras al objetivo de reconciliación nacional, fue creada la Comisión Ad Hoc para la Depuración de la Fuerza Armada (Fuerzas Armadas). Esta comisión debía integrarse por tres personas salvadoreñas de reconocida independencia de criterio e intachable trayectoria democrática.[25] También debían participar dos oficiales de la Fuerzas Armadas, aunque sin involucrarse en las investigaciones, sino solo con acceso a las deliberaciones. El nombramiento de los tres civiles lo hizo el secretario general de las Naciones Unidas y los dos militares fueron designados por el presidente de la República, quien dio vigencia a la Comisión mediante un acuerdo presidencial.[26]

El trabajo de esta comisión debía tener en cuenta la trayectoria de cada oficial, enfocada en tres aspectos: 1) sus antecedentes en cuanto a la observancia del orden jurídico, particularmente el respeto a los derechos humanos; 2) su competencia profesional, y 3) su aptitud para desenvolverse en la nueva realidad de paz, en el contexto de la sociedad democrática y de cara al cumplimiento de los objetivos de los acuerdos de paz. Sus conclusiones debían ser tomadas previa audiencia a los afectados y podía recomendar el traslado o la baja del personal evaluado.[27]

El trabajo de la comisión comenzó el 19 de mayo de 1992 y duró cuatro meses, incluido uno de prórroga.

> Entre las dificultades que encontró, además de su existencia tan corta, destacan dos: la limitada información que, con bastante retraso, brindó la Fuerza Armada y el hecho de que —dentro de la escasa información recibida— no se haya incluido registro alguno sobre hechos contra la vida, la libertad, la seguridad y la integridad física de la población civil […] En síntesis, desde su inicio, la institución militar opuso resistencia a este esfuerzo.[28]

En su informe, la Comisión expresó que examinó alrededor de 240 expedientes, en tanto la "nómina de señores jefes y oficiales de alta en la Fuerza Armada" sumaba un total de 2.203 miembros hasta el 22 de mayo de 1992, o sea que solo pudo investigar

---

25 Los nombrados fueron Abraham Rodríguez, Eduardo Molina Olivares y Reynaldo Galindo Pohl.
26 Cf. Naciones Unidas: op. cit., p. 52.
27 Ibídem, pp. 52-53.
28 Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (IDHUCA): *La agenda pendiente, diez años después (De la esperanza inicial a la responsabilidades compartidas),* San Salvador: UCA, 2002, p. 46.

aproximadamente al 11%[29] de los mandos militares. Al final recomendó la destitución o el traslado de 103 oficiales, muchos de los cuales fueron dados de baja; sin embargo, a los oficiales de mayor rango se les permitió cumplir su tiempo de servicio, a fin de que gozasen sus prestaciones de retiro. El informe de la Comisión Ad hoc fue de carácter confidencial y entregado al secretario general de la ONU y al presidente de la República, Alfredo Cristiani, el 23 de septiembre de 1992.[30]

Pocos días después:

> […] la prensa local dio a conocer informaciones del diario *The New York Times,* que reveló la lista de oficiales que debían ser "depurados", que incluían al propio Ministro de la Defensa, general René Emilio Ponce, y a su Viceministro, general Juan Orlando Zepeda, además de varios oficiales allegados al Presidente Cristiani, algunos de los cuales desempeñaban, para entonces, cargos diplomáticos […] Las reacciones a los informes de la Comisión Ad Hoc, como ocurriría semanas más adelante con el informe de la Comisión de la Verdad, constituyeron uno de los momentos más hostiles en el desarrollo del proceso de paz.[31]

Las medidas de depuración fueron extendidas por el informe de la CV a otros funcionarios, como los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y todos los integrantes del Poder Judicial, así como la inhabilitación para ejercer cualquier cargo público por un período no menor de diez años para aquellas personas de ambos bandos que aparecieron mencionadas en el informe como perpetradores o encubridores. La Corte Suprema de Justicia de ese entonces —duramente cuestionada en el informe de la CV por obstaculización de información e injerencia negativa en los casos investigados,[32] a tal punto que una de sus recomendaciones planteó que los magistrados de ese tribunal debían renunciar a sus cargos— rechazó el informe, afirmando que la CV era resultado de un acuerdo estrictamente político del cual no podía derivarse consecuencia jurídica alguna y que había actuado con parcialidad al no investigar los casos de veintiocho jueces que fueron asesinados, ni los atentados dirigidos contra el presidente de la

---

29 Ibídem, p. 48.

30 Cf. David Morales: *Los Acuerdos de Paz, su agenda pendiente y los derechos humanos en El Salvador de hoy*, San Salvador: Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional, 2006, p. 34.

31 Ibídem.

32 En el caso del asesinato de monseñor Romero, la Comisión de la Verdad encontró evidencias que señalan como principal autor intelectual Roberto D'Abuisson, fundador el partido oficial ARENA, "La Comisión encontró plena evidencia de que la Corte Suprema de Justicia asumió un rol activo que resultó en impedir la extradición desde los Estados Unidos, y el posterior encarcelamiento en El Salvador del ex capitán Saravia, logrando con ello la impunidad respecto de la autoría intelectual". Cf. Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos: *Informe de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, julio 2001-junio 2002*, San Salvador, 2002, pp. 212 y 213.

Corte Suprema de Justicia.[33] El rechazo al informe fue tal que el presidente de la Corte Suprema llegó a decir: "El único que puede destituirnos es Dios, quitándonos la vida".[34] El argumento no era del todo cierto, ya que la Comisión de la Verdad sí investigó varios casos de jueces asesinados por la guerrilla, incluido el de un ex presidente de la Corte Suprema de Justicia.

3.3. Medidas de reparación/compensación, rehabilitación y garantías de no repetición

Las medidas de reparación y rehabilitación de las víctimas y sobrevivientes no fueron incluidas en los Acuerdos, pero sí lo hizo el informe de la CV, que las ordenó en cuatro categorías: a) *reparación material,* para la cual sugirió la creación de un fondo de compensación económica con un aporte del Estado y con el 1% de la ayuda internacional para El Salvador; b) *reparación moral,* que comprendía la creación de un monumento con los nombres de las víctimas, el reconocimiento de la honorabilidad de estas, la nominación de un día feriado nacional para recordarlas y consolidar la reconciliación nacional; c) *Foro de la Verdad y la Reconciliación,* a cargo de la Comisión Nacional para la Consolidación de la Paz, COPAZ,[35] con el propósito de que el informe de la CV, sus conclusiones y recomendaciones fueran objeto de análisis y se hiciera cargo de dar seguimiento al cumplimiento estricto de dichas recomendaciones,[36] y d) *seguimiento internacional* a cargo de las Naciones Unidas para cumplir su encargo de verificar la totalidad de los acuerdos y las recomendaciones de la CV.[37]

Entre las medidas de no repetición, la Comisión recomendó una serie de reformas institucionales, relacionadas con el fortalecimiento y la independencia de la administración de justicia, el fortalecimiento de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos

---

[33] Corte Suprema de Justicia, respuesta oficial al informe y recomendaciones de la Comisión de la Verdad, en *Revista ECA* n.º 534-535, abril-mayo 1993, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, San Salvador, 1993, pp. 486 y 487. No obstante, la CV sí investigó algunos de los asesinatos de jueces, incluyendo el del Dr. Francisco José Guerrero, ex presidente de la Corte Suprema de Justicia.

[34] Universidad Centroamericana José Simeón Cañas: *El Salvador Proceso. Informativo semanal*, vol. 13, n.º 556, San Salvador, 24 de marzo de 1993, p. 6.

[35] Establecida en el Acuerdo de Nueva York, del 25 de septiembre de 1991, como un organismo de control y participación de la sociedad civil en el proceso de cambios resultantes de las negociaciones, integrada por dos representantes del Gobierno, incluido un miembro de la Fuerza Armada, dos del FMLN y uno por cada uno de los partidos o coaliciones con representación en la Asamblea Legislativa, el arzobispo de San Salvador y un delegado de ONUSAL, en calidad de observadores.

[36] Comisión de la Verdad, op. cit., pp. 223-224.

[37] Ibídem, p. 224.

Humanos y el pleno respeto de las garantías del debido proceso penal, entre ellas "robustecer la vigencia del derecho al debido proceso".[38]

No obstante, "el tema de la reparaciones morales y materiales ha quedado […] estancado. La propuesta de la Comisión de la Verdad respecto de un fondo para reparaciones no fue aceptada".[39] En cuanto al monumento con el nombre de las víctimas, tampoco el gobierno lo cumplió, pero fue construido en el parque Cuzcatlán de la capital gracias al esfuerzo de una coalición de ONG de derechos humanos bajo el liderazgo de María Julia Hernández,[40] directora de la Oficina de Tutela Legal del Arzobispado de San Salvador. Además, el reconocimiento de las víctimas y de los crímenes cometidos contra ellas no ha sido cumplido por ninguna de las partes, dado que, cinco días después de presentarse el informe de la CV, el gobierno, con el apoyo de los partidos políticos afines, impuso la llamada Ley de Amnistía General, en virtud de la cual no se investigó ni se sancionó a ninguna de las personas señaladas, dejando los crímenes cometidos en absoluta impunidad.[41]

Consecuentemente puede afirmarse:

> […] históricamente y aún hoy existen procesos de desarme, desmovilización y reintegración que han ocurrido sin prestar mucha atención a los derechos de las víctimas de la violencia. Los ejemplos incluyen a El Salvador, donde hubo programas para la reincorporación de los ex combatientes, pero no hubo reparaciones para víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario.[42]

3.4. Desarme, desmovilización y reincorporación

Junto con el cese al fuego se acordó un proceso de concentración de fuerzas del ejército y de la guerrilla. Una vez concentrados ambos bandos, se procedió a cumplir con

---

38 Entre otras: a) privar de todo efecto a la confesión extrajudicial; b) asegurar la vigencia, en toda circunstancia de la presunción de inocencia del reo; c) cumplir estrictamente los plazos máximos para la detención policial y la detención judicial, y d) fortalecer el ejercicio del derecho a la defensa desde los primeros actos del procedimiento. En el mismo sentido se recomendó despojar a la autoridad administrativa de competencia para imponer sanciones restrictivas de la libertad. Véase Jaime Martínez Ventura: "Reforma penal y Acuerdos de Paz", en *Límites democráticos al poder penal. Reformas de la seguridad pública y la justicia penal*, San Salvador: FESPAD, 2005, p. 151.

39 Margaret Popkin: op. cit., p. 19.

40 Fallecida en 2007.

41 Al respecto véase Jaime Martínez Ventura: "Ley de amnistía general y falta de adhesión al Estatuto de la Corte Penal Internacional en El Salvador", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnick (eds.): *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

42 Leonardo Filippini y Lisa Magarrell: "Instituciones de la justicia de transición y contexto político", en ‹http://www.restorativejustice.org/editions/2006/jan06/articlesdb/articles› (2.1.2008).

el desarme y la desmovilización del FMLN y a reducir y desmovilizar a más de la mitad de las tropas de las Fuerzas Armadas, así como a suprimir los llamados *batallones de infantería de reacción inmediata,* entrenados por los Estados Unidos. Para la reintegración de los desmovilizados de ambos bandos se crearon varios planes, entre los que sobresalió el Programa de Transferencia de Tierras (PTT).

> Estos programas, sin embargo, no fueron adecuados a la realidad y solo cubrieron al 26% de los ex combatientes de ambos bandos […] Para diciembre de 1992 el FMLN había desmovilizado a 12.362 combatientes, acabando oficialmente con el conflicto armado. […] La distribución de estas tierras era un elemento fundamental para la desmovilización y reintegración del FMLN, e incluso fue complementada por otros programas. Para hacer viable la transferencia de tierras se establecieron créditos, cursos de capacitación en técnicas agrícolas y asistencia médica para los heridos de guerra, así como capacitación y créditos para el emprendimiento de pequeños negocios. Este último punto fue producto de una negociación cuyos beneficiarios exclusivos fueron seiscientos[43] ex combatientes con poder de mando dentro del FMLN.[44]

3.5. Relevancia de los mecanismos utilizados de frente a la CPI[45]

Las posibles consecuencias positivas en la construcción de la democracia, el Estado de derecho y la reconciliación nacional que debieron haber tenido los mecanismos adoptados en El Salvador fueron anuladas en la práctica por la llamada Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz,[46] tal como lo sostienen diversos estudios.[47] Por tal motivo, este análisis se enfoca en la compatibilidad o no de esa ley de amnistía con el ECPI.

De conformidad con el principio de complementariedad establecido en el párrafo 10.º del preámbulo y en los artículos 1 y 17 del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional está facultada para perseguir y juzgar crímenes internacionales solo en el caso de que los estados competentes no puedan o no quieran hacerlo. Es decir, en el momento en que un Estado decide prescindir de la persecución penal de crímenes internacionales y aplicar mecanismos de justicia transicional, debe tener en cuenta que

---

43 De allí su nombre, Plan 600.

44 Véase María Paz Fiumara: op. cit., p. 15.

45 El Salvador no es parte del Estatuto de Roma; además, los Acuerdos de Paz y los mecanismos de justicia de transición derivados de ellos son anteriores a la entrada en vigencia de dicho estatuto. Entonces, este es solo un análisis teórico acerca de la incidencia que pudo haber tenido la CPI.

46 Decreto legislativo 486, de 20 de marzo de 1993, *Diario Oficial* n.º 56, tomo 318, de 22 de marzo de 1993.

47 Véase, entre otros: Jaime Martínez Ventura: "Ley de amnistía general…", op. cit.; Margaret Popkin: op. cit.; David Morales: op. cit; Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas: IDHUCA: *La agenda pendiente…*, op. cit.

la CPI podría actuar contra los perpetradores de esos delitos si se comprobara que las medidas adoptadas fueron emitidas para encubrir la falta de voluntad o la incapacidad de persecución. En otras palabras:

> […] las partes de un conflicto pueden tomar en serio la "amenaza" de la CPI mucho antes de que las mismas negociaciones comiencen, y algunos de los mayores responsables pueden incluso ser excluidos de esas negociaciones. Este efecto no se limita a los Estados parte, dado que, como muestra la situación de Sudán, incluso un Estado no parte puede ser objeto de investigaciones de la CPI en caso de una remisión de la situación por el Consejo de Seguridad (artículo 13 (b) Estatuto de la CPI).[48]

Los criterios para determinar la falta de voluntad o la incapacidad de aplicar la justicia nacional a estos crímenes están en el artículo 17 del ECPI, el cual establece reglas y criterios de admisibilidad de los casos que perseguirá y juzgará la CPI, en orden a:

> […] lograr un adecuado equilibrio entre el ejercicio soberano de la jurisdicción [penal] de los Estados y el interés de la comunidad internacional en la evitación de la impunidad de los crímenes internacionales nucleares, dando preferencia a los Estados parte en caso de que tengan voluntad y capacidad de investigar y perseguir tales crímenes.[49]

En el caso de El Salvador, que decretó una ley de amnistía general inmediatamente después de darse a conocer el informe de la CV, la posible persecución por la CPI de las personas amnistiadas debe centrarse en el análisis de los literales *a* y *b,* párrafo 1, de dicho artículo, que dicen:

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:
   a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él, salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
   b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal

[48] Kai Ambos: *El marco jurídico de la Justicia de transición. Estudio preparado para la Conferencia Internacional "Building a Future on Peace and Justice", Núremberg, 25 a 27 de junio de 2007,* s/d, p. 67.
[49] Ibídem, p. 72.

contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.

De estas disposiciones se colige que para volver inadmisible la intervención de la CPI deben cumplirse los requisitos siguientes:

a. el Estado salvadoreño debe haber al menos *investigado* o preferiblemente enjuiciado el caso;
b. dicho Estado debe haber tomado la decisión de "no abrir o no seguir un enjuiciamiento", y
c. esa decisión no debe resultar de la falta de voluntad o la incapacidad.[50]

La Ley de Amnistía General vigente en El Salvador no cumpliría el primero ni con el tercero de estos requisitos. En cuanto al primero, si bien es cierto que la CV investigó una parte de los crímenes cometidos en el país, la gran mayoría no fueron objeto de investigación alguna; además, la investigación de la CV de ninguna manera reemplaza la obligación de investigar y juzgar que corresponde al Estado, ya que, como se explicó, así fue establecido en el mandato de dicha Comisión, y además así lo ha indicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los casos de los asesinatos de monseñor Óscar Romero[51] y de los seis jesuitas de la UCA.[52]

En cuanto al tercer requisito, la decisión de no abrir o seguir una investigación o enjuiciamiento se debió en la práctica a la falta de voluntad política o a la incapacidad del sistema judicial para realizar una investigación adecuada, tal como lo expresó la CV en su informe[53] y tal como lo reconoce uno de los funcionarios del gobierno que aprobó esa ley de amnistía:

---

50 Cf. Kai Ambos: op. cit, p. 75.

51 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe n.º 37/00, caso 11.481, ejecución extrajudicial del arzobispo de San Salvador Óscar Arnulfo Romero.* Citado por Jaime Martínez Ventura: "Ley de amnistía general…", op. cit.

52 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe n.º 136/99, caso 10.488, de fecha 22 de septiembre de 1999, sobre las ejecuciones extrajudiciales de seis sacerdotes jesuitas de la Universidad Centroamericana de El Salvador y dos empleadas de la misma.* Citado por Jaime Martínez Ventura: "Ley de amnistía general…", op. cit.

53 Comisión de la Verdad: op. cit., pp. 214-215.

> No había condiciones para que el Órgano Judicial de aquel entonces constatara aquellos crímenes. Ni el Órgano Judicial, ni los sistemas investigativos estaban preparados para ello. Hubiera sido una ilusión tratar de realizar una investigación de esos casos.[54] [55]

4. Impacto de los mecanismos utilizados sobre la reconciliación, la pacificación, la construcción democrática y el Estado de derecho

El estudio denominado *Los Acuerdos de Paz 15 años después, una mirada desde la opinión pública,*[56] mediante el cual se indagó cómo la opinión pública califica el estado de los Acuerdos de Paz en su decimoquinto aniversario, revela:

> […] los principales indicadores que miden la democratización del país, el irrestricto respeto de los derechos humanos y la reunificación de la sociedad, todos pilares básicos para la consolidación de la paz, han presentado un importante retroceso, principalmente en el último quinquenio.[57]

Para medir los avances o retrocesos en cuanto a la democratización, se evaluaron aquellas instituciones que fueron creadas para contrarrestar los resabios del anterior régimen autoritario, tomando como principales referentes dos instituciones claves: la Policía Nacional Civil (PNC) y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDH). En específico se indagó el nivel de confianza que la población salvadoreña tiene sobre dichas instituciones, considerando la confianza pública como un indicador crucial

---

54 Entrevista con Dr. René Hernández Valiente, cit.

55 Sin embargo, esto no significa que la CPI sea competente para perseguir los crímenes perpetrados durante el conflicto salvadoreño, investigados o no por la Comisión de la Verdad, ya que no entrarían dentro de su competencia temporal.

56 Véase Marlon Carranza: "Los Acuerdos de Paz 15 años después, una mirada desde la opinión pública", en *Revista ECA* n.º 701-702, marzo-abril 2007, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, San Salvador, 2007, pp. 219-237.

57 Ibídem, p. 219. Metodológicamente, este estudio partió de un análisis similar realizado durante el cumplimiento de los primeros diez años de los referidos acuerdos, por lo que, para no redundar en dicho precedente, se enfocó en comparar las diferencias entre aquella primera evaluación y los últimos cinco años. Operativamente, el citado estudio revisó las encuestas de evaluación de año realizadas por el Instituto Universitario de Opinión Pública (IUDOP) en el período 2002-2006, comparando las variables medidas en cada año y de las que podían derivarse tendencias claras sobre aspectos relativos a la democratización, derechos humanos y reunificación de la sociedad.

para la legitimidad de un sistema democrático. Los resultados de este sondeo se detallan a continuación.

Según una encuesta del IUDOP realizada en abril de 1992, precisamente después de suscritos los Acuerdos de Paz, el 72,7% de la población estaba de acuerdo con que la PNC sustituyera los antiguos cuerpos de seguridad pública (CUSEP). En 1993, otra encuesta del IUDOP arrojó que el 70% de la población calificaba el trabajo de la PNC como bueno o muy bueno. Luego de esa fase inicial, la PNC entró en una etapa de deterioro de su imagen y confianza institucional. En el período 2002-2006, la confianza en la PNC refleja una tendencia marcada por dos momentos: entre el 2002 y 2004 su imagen era bastante estable, ya que cerca de la mitad de los habitantes afirmaban tener mucho o algo de confianza en dicha institución; esa credibilidad decayó considerablemente en los dos años siguientes, ya que pasó del 57,1% en el 2004 a 45,6% en el 2005 y llegó al 38,4% en el 2006. Resulta llamativo que esta debacle en la credibilidad de la PNC coincida con el período en el cual se ejecutaron planes y programas policiales de *mano dura* contra la criminalidad, que fueron acompañados de un amplio despliegue publicitario a través de los medios masivos de comunicación.[58]

Esa opinión negativa sobre la PNC está vinculada a la percepción de que durante el período 2004-2006 la criminalidad aumentó, con un impacto nulo de los planes policiales desarrollados. De hecho, las encuestas en ese período revelaron que el índice de victimización se había incrementado de 14,8% en el 2005 a 18,2% en el 2006. Otro dato que explica el deterioro de la confianza pública en la policía es la percepción sobre la falta de efectividad en su función. En el período 2002-2006, las encuestas del IUDOP indicaban un aumento de quienes calificaban esa función como menos efectiva. En el 2002 dicha opinión era del 18,7%; en el 2003, 13,4%; en el 2004, 12,3%; en el 2005, 22,7%, y en el 2006, 32,9%. En sentido inverso, el porcentaje de población que valora la función de la PNC como más efectiva decayó notoriamente en el período: 62,7% en el 2002, 70,8% en el 2003, 66,4% en el 2004, 52,2% en el 2005 y 44,9% en el 2006.[59]

En cuanto a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDH), una encuesta realizada por el IUDOP en 1995, que específicamente pretendía medir el nivel de conocimiento y de confianza que la población tenía sobre dicha entidad, arrojó que el 45% de la población expresaba tener mucha confianza en ella, lo que la situaba

[58] Cf. Marlon Carranza: op. cit., pp. 221-222.
[59] Ibídem, p. 224.

como la institución en la cual más confiaban los salvadoreños, seguida por la televisión, la radio, la PNC, la prensa, la Fuerza Armada y el gobierno.[60] La explicación de esa valoración positiva se derivaba de la percepción sobre la eficacia de dicha institución, ya que en la misma encuesta el 61,7% de los entrevistados contestó que la PDH era eficiente en su trabajo.[61]

A partir del año 2000, la confianza de la población en la PDH ha tenido dos tendencias evidentes. Del 2000 al 2003 tuvo un claro crecimiento, que partió del 45,7% en el 2000, 51,3% en el 2001, 56,5% en el 2002 y 57,4% en el 2003. Entre el 2004 y el 2006 la tendencia se invirtió: 47,9% en el 2004, 42,3% en el 2005 y 41,9% en el 2006. Hay tres vertientes que pretenden explicar esta caída. La primera la atribuye a la falta de apoyo del Ejecutivo, expresada en el magro aporte presupuestario, y a la falta de respaldo político de otras instituciones, e incluso a una abierta hostilidad de algunas, como la Policía y la Fiscalía General. La segunda considera que fueron los aspectos negativos de la personalidad de la procuradora de Derechos Humanos los que contribuyeron a esa reducción de confianza institucional. La tercera considera que la falta de confianza se debe a la mayor aceptación de las medidas y las actitudes autoritarias que existe entre la población, a lo cual contribuyen los medios de comunicación social, que han colaborado a la construcción de la imagen social de la PDH como "protectora de delincuentes y criminales".[62]

Con relación al cumplimiento del objetivo de garantizar el irrestricto respeto de los derechos humanos, que es un claro indicador para la consolidación del Estado de derecho, puede afirmarse:

> […] desde la perspectiva de la opinión pública, El Salvador está lejos de llegar a una situación generalizada de respecto de los derechos humanos […] Al ser consultados directamente sobre la situación de los derechos humanos, las tendencias de la opinión pública, en el período 2003-2006, muestran que la mitad de la población opina consistentemente que la situación de los derechos humanos sigue igual en el país, es decir que no existe la percepción de cambios sustanciales en ese tema. Sin embargo, es importante subrayar que el porcentaje de salvadoreños que afirmaron que la situación de los derechos humanos ha empeorado se ha incrementado a partir de 2004. En ese año apenas el 13.8 por ciento de la población opinó que el respeto por los derechos humanos había empeorado, pero dos años después el porcentaje subió

60 Ibídem, p. 225.
61 Ibídem.
62 Cf. ibídem, pp. 228-229.

hasta el 31.6 por ciento. Consecuentemente, la proporción de salvadoreños que consideraban que había mejorado descendió de la tercera parte a poco más de 16 por ciento.[63]

En el estudio citado se destaca que la valoración que la población hace de la situación de los derechos humanos está asociada a la percepción de los problemas más preocupantes: la situación económica y la delincuencia. Asimismo, se destaca que esa valoración también se relaciona con la opinión que los habitantes tienen de la administración de justicia. Al respecto, el estudio indica que la mayor parte de la población opina que en los últimos años la administración de justicia, en lugar de mejorar, ha empeorado. El porcentaje de la población que opina que ha empeorado fue de 33,4% en el 2002, en el 2003 bajó a 28,2%, en el 2004 se redujo aún más, al 22,3%, pero luego creció ampliamente a 35% en el 2005 y a 44,3% en el 2006. Con relación al porcentaje de quienes opinan que ha mejorado, en el 2002 fue de 17,8%; en el 2003, de 33,3% (la mejor opinión favorable de ese quinquenio); en el 2004 se mantuvo casi igual, con 33%, pero luego se redujo fuertemente a 16,7% en el 2005 y a apenas 10,4% en el 2006. A esto se suma que, en el 2006, dos de las instituciones en las que la población expresó tener menos confianza fueron la Fiscalía General de la República y la Corte Suprema de Justicia, solamente superadas en opiniones negativas por los partidos políticos, señalados como la institución en la que menos se confía.[64]

En lo que atañe a la reunificación de la sociedad salvadoreña, el estudio en comento reconoce que es sumamente complejo y difícil evaluar los avances o retrocesos de todos los factores asociados a dicha reunificación, y admite que, por la relevancia del tema, se ve en la obligación de "plantear una vía de acercamiento" a través del análisis de la polarización política como expresión del proceso de reunificación fallido en El Salvador, ya que, de cierto modo, los adversarios de la guerra están ahora representados en los partidos políticos, y sus posiciones extremas, junto con la incapacidad de lograr acuerdos sobre el rumbo del país, indican que las diferencias entre ambas partes no han podido superarse.[65]

La referida polarización se expresa en el hecho de que los dos principales partidos políticos, el gobernante ARENA y la oposición de izquierda, FMLN, tradicionalmente han representado a las extremas derecha e izquierda respectivamente, y ambos han logrado acaparar ampliamente el mayor caudal de votantes. Se citan como ejemplo los

[63] Ibídem, p. 230.
[64] Ibídem, pp. 230-231.
[65] Cf. ibídem, p. 232.

resultados de las tres últimas elecciones legislativas. En el 2000, ARENA obtuvo un 36% y el FMLN 35,2%; en el 2003, ARENA 31,9% y el FMLN 34,0%; en el 2006 la concentración de votos fue todavía mayor: ARENA 39,2% y el FMLN 39,3%.

El estudio hace referencia a la contradicción que se aprecia en estos resultados, ya que, por una parte, la población dice no confiar en los partidos políticos, tiene una imagen desgastada de los partidos mayoritarios y cree que debería haber otros partidos, pero, llegado el momento de votar, lo sigue haciendo por los partidos mayoritarios, y cada vez más. Esta paradoja indicaría, según el estudio referido, que la polarización política electoral ha sido interiorizada por la población, que se inclina ampliamente por uno u otro extremo, lo que deja a los partidos de centroizquierda u otros partidos de derecha un espacio reducido en las preferencias electorales. En el 2006 votó el 52,56% de la población que aparece en el padrón electoral, pero, a pesar del enorme potencial que los partidos políticos podrían tener para generar procesos de reunificación social, en realidad provocan procesos de antagonismo entre la población, con lo que contribuyen a generar polarización social.[66]

Otro indicador que debe ser tenido en cuenta para valorar el impacto de la justicia de transición en El Salvador es la opinión de analistas independientes, así como de actores políticos y sociales que participaron o colaboraron con el logro de los Acuerdos de Paz. Esta opinión en términos generales concede a los mecanismos de justicia de transición un importante impacto en la construcción de una nueva institucionalidad democrática:

> Los acuerdos de paz trajeron como consecuencia una serie de cambios que incidieron en la sociedad misma y en sus estructuras. Estas se vieron materializadas en las reformas que se hicieron a la Constitución de la República. Al finalizar el conflicto, se crearon dos instituciones importantes para el pueblo salvadoreño: la Procuraduría de Derechos Humanos y la Policía Nacional Civil.[67]

En similares términos se dice:

> Estos mecanismos, especialmente la Comisión de la Verdad, crearon los pilares de un nuevo sistema de justicia. […] Otro aspecto positivo fue que contribuyó a crear una nueva

[66] Cf. ibídem, pp. 235-236.

[67] Brigadier general Nelson Iván Saldaña: "El proceso de negociación en El Salvador", ‹http://www. ndu.edu/inss/ books/books› (10.1.2008).

actitud social: la aceptación al cambio de la sociedad salvadoreña. Asimismo el fortalecimiento de la sociedad civil en el ámbito de la justicia.[68]

Sin embargo, hay otras opiniones que no son tan optimistas:

> El proceso de paz y la transición democrática en El Salvador tuvieron un impacto mucho más importante sobre las estructuras formales del Estado que sobre las estructuras culturales y de comportamiento. Es por eso que las reformas estatales eliminaron los vestigios más evidentes de relaciones anteriores, pero las prácticas y conceptos antiguos pueden todavía encontrarse.[69]

En perspectiva similar se dice:

> Si los llamados mecanismos de justicia de transición se hubieran diseñado y orientado con un enfoque de verdadera democratización, hubiesen logrado más. Pero fueron concebidos y aplicados como medidas paliativas, temporales, para quitar fuerza a los sectores beligerantes, por lo que casi inmediatamente después del retiro de la observación de Naciones Unidas, se entró en un retroceso.[70]

5. Evaluación final

Si la justicia de transición es ante todo *justicia para las víctimas*, en El Salvador aún brilla por su ausencia. Los mecanismos implementados fueron recibidos con mucha esperanza por las víctimas y sus familiares, pero al poco tiempo llegó el desencanto ante los obstáculos políticos que los volvieron ineficaces. La CV tuvo varias características que este tipo de institución necesita para ser efectiva, como haberse derivado de negociaciones políticas exitosas, contar con autonomía y amplias facultades, el respaldo de la comunidad internacional, la integridad y credibilidad de sus miembros y el apoyo de la sociedad civil; pero no contó con la condición indispensable: el apoyo y el

68 Entrevista con Dr. René Hernández Valiente, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Fue ministro de Justicia durante el gobierno que firmó los Acuerdos de Paz con el FMLN. San Salvador, 25.1.2008.

69 Fiumara: op. cit., p. 37.

70 Entrevista con la Lic. Mirna Antonieta Perla, magistrada de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. Activista y defensora de los derechos humanos. Fue directora de la Comisión Centroamericana de Derechos Humanos. San Salvador, 24.1.2008.

compromiso efectivos del gobierno, del partido político gobernante y de los grupos de poder hegemónicos.

La CV, al haber constatado las deficiencias estructurales del Poder Judicial y su incapacidad para administrar justicia de manera eficiente e imparcial, prefirió no recomendar el procesamiento inmediato de los perpetradores identificados en su informe, creyendo que el conocimiento de una parte la verdad, unido al cumplimiento de sus recomendaciones y especialmente las referidas a la reparación de las víctimas, serían "suficiente punto de partida para la reconciliación nacional y para la anhelada reunificación de la familia salvadoreña".[71]

Pero, lejos de cumplir con esas recomendaciones, el gobierno impuso una ley de amnistía general, amplia y absoluta que garantizó la impunidad de los perpetradores y el desconocimiento de los derechos de las víctimas. La depuración de la Fuerza Armada y de otras instituciones del Estado, como el Órgano Judicial, tampoco fue cumplida con exactitud, mientras que el proceso de desarme, desmovilización y reincorporación de ex combatientes apenas logró el objetivo de terminar con el enfrentamiento armado, mas no logró erradicar el armamentismo social ni mucho menos garantizó la reinserción de todos los ex combatientes. La falta de cumplimiento de las recomendaciones de la CV se debe, en buena medida, a que en El Salvador no se produjo un cambio de régimen que rompiera con el pasado; por el contrario, las fuerzas políticas que se han mantenido en el poder son las mismas que dominaron el *statu quo* anterior.

Los llamados *mecanismos de justicia transicional* fueron desnaturalizados en dispositivos de *justicia transaccional,* es decir, medidas que transaron la justicia por la paz o, lo que es lo mismo, el precio del cese al fuego fue el sacrificio de la justicia. Esto lo confirman tanto las víctimas —que se sienten burladas— como aquellos que impusieron y/o defienden la ley de amnistía por considerarla imprescindible para garantizar la estabilidad política y social del país y con ese argumento han mantenido la impunidad absoluta de los victimarios en detrimento de las víctimas. A pesar de los valiosos esfuerzos, especialmente de la CV, los derechos de las víctimas han sido y siguen siendo ignorados. Hasta la fecha no ha habido un solo caso en que el Estado reconozca su responsabilidad por las atrocidades cometidas; no se ha reivindicado el buen nombre de una sola víctima y mucho menos se ha juzgado y condenado a los perpetradores de los peores crímenes cometidos en este país.

---

[71] Comisión de la Verdad: p. 222.

Sin embargo, como han expuesto varios autores, el muro de la impunidad construido por la ley de amnistía lentamente ha comenzado a resquebrajarse,[72] a partir de algunos casos conocidos por tribunales estadounidenses en los que se ha juzgado y condenado a varios ex miembros de la cúpula militar salvadoreña,[73] como también por la sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra la ley de amnistía, la cual, si bien declaró que esa ley por sí misma no es inconstitucional, al mismo tiempo consideró que no es aplicable a graves violaciones de derechos humanos, lo que debe ser juzgado en cada caso concreto por los jueces competentes, ante lo cual se ha intentado procesar a los autores intelectuales del asesinato de los sacerdotes de la UCA mencionados por la CV. Si bien estos esfuerzos no han fructificado por la desidia de la Fiscalía y por la timidez de los jueces, que se han valido de la argucia de la *prescripción* por haber transcurrido más de 10 años desde los crímenes, esas fisuras en la muralla de la impunidad deben ser aprovechadas.[74]

Irónicamente, mientras a las víctimas se les niega reconocimiento y justicia, se realizan actos oficiales y se erigen monumentos a los perpetradores. En junio del 2006, el presidente de la República, presidente a la vez del partido oficial, inauguró una plaza pública con el nombre de Roberto D'Aubuisson, acusado de ser el asesino intelectual de monseñor Romero; el 7 de mayo de 2007, el propio presidente develó un busto del coronel Domingo Monterrosa, acusado de perpetrar la masacre de El Mozote y otras matanzas de campesinos; y el 11 de febrero de 2008, el mandatario inauguró un centro de oficinas públicas con el nombre *Coronel Arturo Armando Molina,* acusado, entre otros delitos, de complicidad y encubrimiento de una sangrienta matanza de estudiantes universitarios el 30 de julio de 1977.

La experiencia de El Salvador deja claramente la lección de que no puede existir superación del pasado ni reconciliación sin derecho penal. En otras palabras, confirma lo que tantas veces ha sido expuesto por la doctrina y la jurisprudencia internacional en

[72] Véase, entre otros, Margaret Popki: op. cit., pp. 240-245, 256-257; David Morales y Zaira Navas: op. cit., pp. 55-56.

[73] En el 2002, por la vía de una Ley de Demandas Civiles para Extranjeros, un jurado de West Palm Beach condenó a los generales José Guillermo García y Eugenio Vides Casanova por torturas contra varios detenidos; en el 2004, la Corte Federal de Fresno (California) condenó civilmente al capitán Álvaro Saravia por su participación en el magnicidio de monseñor Romero; en el 2005, el jurado de una corte federal de Memphis condenó por la vía civil al coronel Nicolás Carranza por asesinato, tortura y crímenes de lesa humanidad. Los tres casos fueron iniciados por víctimas sobrevivientes o familiares con el apoyo de organizaciones estadounidenses, y los tribunales determinaron que los crímenes juzgados se habían cometido en el contexto de ataques a gran escala, generalizados y sistemáticos contra la población civil. Cf. David Morales y Zaira Navas: op. cit., pp. 58 y 59.

[74] Para esto se requiere, entre otras cosas, mucha capacidad técnica y una estrategia dirigida a identificar casos fuertes, con mayores posibilidades de éxito, como las desapariciones forzosas, en circunscripciones territoriales donde exista al menos un juez o jueza competente que pudiera estar dispuesto a juzgar esos casos.

materia de derechos humanos: la reconciliación solo puede ser resultado del ciclo reparador integrado por el conocimiento de la verdad, el reconocimiento y *la justicia a favor de las víctimas,* que incluye la reparación, la rehabilitación y medidas de no repetición. Solo al final de ese ciclo puede existir el perdón y el reencuentro de la sociedad.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la CV no recomendó expresamente renunciar a la aplicación de la justicia, ni podía hacerlo sin haber contrariado su propio mandato, que preveía la posibilidad de aplicar la ley a cualquier caso,[75] sino que implícitamente sugirió diferirla cuando se contara con "una administración judicial renovada a la luz de los Acuerdos de Paz, para que sea ella la que aplique cumplida y oportuna justicia".[76] Esta sugestión, unida a la experiencia de justicia impartida en otros países de América Latina y de otras partes del mundo; el progresivo desarrollo —aunque todavía con muchos obstáculos— del derecho y la jurisprudencia penal internacional; la batalla continua de las víctimas, familiares, sobrevivientes y organismos de derechos humanos; la lucha por la independencia y el fortalecimiento de la administración de justicia impulsada por una parte del sector judicial, y la expectativa de cambio en la conducción política de este país a partir del 2009, constituyen el fundamento para sostener que "no se ha escrito todavía el último capítulo sobre los esfuerzos para establecer la verdad y conseguir la justicia en El Salvador".[77]

---

75 Véase Naciones Unidas: op. cit., pp. 33 y 55.
76 Comisión de la Verdad: op. cit., p. 215.
77 Margaret Popkin: op. cit., p. 258.

MÉXICO

Elia Patricia Neri Guajardo

SUMARIO

En el Estado mexicano se verificaron violaciones masivas y sistemáticas a derechos fundamentales ocurridas en dos acontecimientos bastante delimitados: la matanza de Tlatelolco y el jueves de Corpus, entre los años 1968 y 1971.

Dada la transición democrática en el año 2000, la sociedad civil exigió al titular del Ejecutivo el cumplimiento de una promesa de campaña: la investigación de los hechos ocurridos y el procesamiento de los responsables. No obstante los esfuerzos dirigidos a tales fines, los responsables no han sido enjuiciados ni la verdad histórica de lo ocurrido ha sido determinada a satisfacción.

1. Introducción

El contexto histórico, político y social, en que se desarrolló el conflicto verificado en México, conocido como *guerra sucia* y relacionado con un conjunto de medidas de represión militar y política encaminadas a disolver los movimientos de oposición política y contra el Estado mexicano, presenta dos aspectos: uno internacional y otro nacional.

En lo internacional, hubo diversos movimientos sociales que reclamaban de manera generalizada el reconocimiento de diversos derechos. Este conjunto de

movimientos fue denominado *revolución cultural de 1968,* caracterizado por transformar para siempre los tres principales espacios de recreación de la cultura: la familia, los medios de comunicación y la escuela.

En lo nacional, deben comentarse diversos hechos que sucedieron previa o conjuntamente respecto de lo que se conoce como *guerra sucia* y que es materia de este informe. Me refiero en primer lugar a los movimientos surgidos en el sur del país[1] prácticamente desde la conclusión de la Revolución mexicana, en 1910, que principalmente reclamaban el cumplimiento de los pactos supuestamente concretados con la lucha armada, como la distribución equitativa de la riqueza, la desaparición de caciquismos, adecuadas condiciones de salubridad, justa retribución económica por el trabajo, entre otras. No es casual el surgimiento del movimiento encabezado por Lucio Cabañas en la sierra de Guerrero, que posteriormente se convertiría en un emblema para lo que se inició como un movimiento estudiantil y se convertiría en un movimiento social, reprimido violentamente en 1968.

El movimiento estudiantil del 68 nació en la universidad pública, como una actitud crítica y opositora al gobierno. Inicialmente buscaba pequeños enfrentamientos con las autoridades, con la única finalidad de manifestar un desacuerdo generalizado con las políticas del Estado en diversos sectores. Así las cosas, el 13 de septiembre de 1968 tuvo lugar la Marcha del Silencio, una manifestación de más de 250.000 personas que demostró que el movimiento, más que estudiantil, era un movimiento ciudadano, pues a él se encontraban vinculadas organizaciones campesinas, obreras y sindicales, entre otras. El 18 de septiembre el Ejército entró en ciudad universitaria por órdenes del presidente de la República, Gustavo Díaz Ordaz, iniciando una ocupación de 12 días en los que empezaron las detenciones de estudiantes. El 19 de septiembre, el rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, Javier Barros Sierra, encabezó una nueva manifestación, expresando públicamente su apoyo al movimiento. La Cámara de Diputados, en la voz de su líder, Luis Farías, "mostró" el gran error cometido por el rector Barros Sierra y este automáticamente presentó su renuncia a la junta de gobierno universitaria, la que no le fue aceptada, por lo que permaneció al frente de la institución.

El 23 de septiembre se enfrentaron las fuerzas del gobierno y los estudiantes en el Casco de Santo Tomás, uno de los dos principales campus del Instituto Politécnico Nacional; el 27 de septiembre tuvo lugar una reunión en la plaza de las Tres Culturas, en

[1] Chiapas, Oaxaca, Guerrero e Hidalgo son actualmente los estados más pobres de la República Mexicana, cuya población en su mayoría pertenece a una etnia indígena.

la que se invitó a otro mitin que se llevaría a cabo el 2 de octubre a las cinco de la tarde. El 1.º de octubre, ya concluida la ocupación del campus universitario, se reanudaron las labores de investigación, administración y parcialmente de difusión cultural. La tarde del 2 de octubre, miles de personas —estudiantes y otras— se congregaron en la plaza de las Tres Culturas. La Secretaría de Gobernación, a cargo de su titular, Luis Echeverría Álvarez, respondió enviando un nutrido contingente del Ejército, apoyado por una gran cantidad de elementos de la policía capitalina, con el propósito de frenar a los líderes en sus intenciones de iniciar un enfrentamiento.

Se sabe que se coordinaron más de ocho mil efectivos del Ejército, granaderos, policías, judiciales y miembros del batallón Olimpia, perteneciente al estado mayor presidencial, que en esos momentos vestían de civiles y con un guante blanco en la mano izquierda. Los efectivos contaban además con más de 300 vehículos, entre tanques y jeeps con metralletas.

Según la versión oficial, la operación táctica tenía la orden de limitar la acción de los estudiantes cerrando el edificio Chihuahua, en el que se atrincheraron estudiantes y periodistas. Poco tiempo después un helicóptero sobrevoló la plaza y, ante la confirmación de que los estudiantes y otros ciudadanos estaban preparados para iniciar el tiroteo, se disparó una bengala. Supuestamente un problema de coordinación entre las fuerzas armadas que sitiaban la plaza hizo que comenzaran los disparos; esto generó un enorme caos que provocó heridos entre efectivos del Ejército, los que a su vez repelieron "la agresión de los estudiantes". De esta forma, los estudiantes quedaron en medio de un fuego cruzado y posteriormente, ya coordinadas las fuerzas de seguridad, fueron blanco directo de persecución. Se escondieron en los apartamentos civiles cercanos a la plaza, donde los soldados los buscaron durante la noche y se reportaron 445 heridos.

El segundo evento que conforma la *guerra sucia* se refiere a la *masacre del Jueves de Corpus,* también llamada *El Halconazo,* por la participación de un grupo de elite del Ejército mexicano conocido como Los Halcones. Dicho evento sucedió en la Ciudad de México el 10 de junio de 1971, cuando una manifestación en apoyo a los estudiantes universitarios de Monterrey y nuevamente a favor de la apertura democrática fue violentamente reprimida.

Los Halcones atacaron a los estudiantes, quienes inútilmente intentaron esconderse. La policía no intervino, pues no tenía órdenes de actuar y permaneció como espectadora, permitiendo que hubiese más de 30 muertos. El presidente, Luis Echeverría Álvarez, se desligó del suceso sin dar ninguna información adicional. Esto a pesar de que

desde el inicio de su administración había permitido el regreso de algunos líderes estudiantiles del 68 que se encontraban exiliados y ordenó la excarcelación de muchos otros presos, aun sin mediar proceso de por medio.

2. Mecanismos de superación del pasado o presente conflictivo

Como se desprende del apartado anterior, en el caso mexicano los acontecimientos que dieron lugar a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos perpetradas por el gobierno se dieron en las décadas de los sesenta, setenta y ochenta, y en ellos se vieron involucrados los ex presidentes Gustavo Díaz Ordaz, Luis Echeverría, José López Portillo y Miguel de la Madrid Hurtado. Existen dos versiones de los hechos sucedidos durante la guerra sucia: la del gobierno federal y la de los activistas perseguidos por el régimen. Sea cual sea la historia, se cuenta hoy en día con archivos desclasificados[2] y testimonios que permiten reconstruir lo sucedido. Gracias a ello, la impunidad se ha vuelto visible.

Cuando llegó la transición a la democracia, después de 70 años de vivir en *la dictadura perfecta* —como la llamó Vargas Llosa—, la sociedad mexicana miró no solo al futuro, sino que volvió su vista al pasado y exigió al gobierno elegido democráticamente, encabezado por Vicente Fox, lo que había prometido durante su campaña: investigar y en su caso condenar a los culpables de la guerra sucia.[3]

De tal forma, el 27 de noviembre del 2001 nació la Fiscalía Especial para la Atención de Hechos Probables Constitutivos de Delitos Federales cometidos Directa o Indirectamente por Servidores Públicos en contra de Personas Vinculadas con

[2] El 24 de febrero del año 2002 llegaron a la fiscalía los primeros paquetes repletos de información al Archivo General de la Nación, y el 18 de junio del mismo año fueron abiertos públicamente.

[3] Las estrategias para resolver el pasado conflictivo eran fundamentalmente dos: una comisión de la verdad o una fiscalía especial. Los debates en torno a la naturaleza y los alcances jurídicos de cualquiera de estos organismos fue ampliamente discutida en los primeros meses del 2001.

Inicialmente el ex presidente Fox apostaba por una comisión de la verdad, pero el secretario de Gobernación, Santiago Creel, y el procurador general de la República, Rafael Macedo de la Concha —militar con licencia— impusieron su propuesta de una fiscalía especial, porque, según su parecer, esta generaría posibilidades de esclarecer los acontecimientos, pero al situarse por encima de las instituciones encargadas de administrar y procurar justicia tendría un cuestionado valor jurídico.

Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (FEMOSPP), como única medida encaminada a resarcir los hechos ya referidos en el apartado 1.

Se adelanta desde este momento que la FEMOSPP fue oficialmente suprimida por el mismo gobierno democrático que determinó su existencia, en marzo de 2006.[4]

3. Análisis de los mecanismos utilizados en el caso concreto

Un documento especialmente relevante para comprender cuál ha sido en México el resultado de los mecanismos alternativos destinados a otorgar un tratamiento jurídico a situaciones de conflicto creadas por la posible comisión de crímenes internacionales es el llamado *Informe histórico a la sociedad mexicana,* emitido por la FEMOSPP en el año 2006. Hemos considerado a esta Fiscalía dentro de los mecanismos alternativos, pues fue creada *ex profeso* para la investigación de un conjunto de sucesos especialmente graves para la población, en los que intervinieron agentes del Estado.

Es decir que, ante la falta de respuesta de las instituciones y procedimientos ya existentes en el Estado mexicano para la investigación y resolución jurídica de hechos que podrían constituir crímenes internacionales, y solo después de que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos hubiera emitido una severa recomendación al Poder Ejecutivo mexicano denunciando la falta de respuesta, se ordenó entonces mediante un acuerdo presidencial la creación de una fiscalía especial, autónoma, que conociera y concentrara dichas investigaciones.

Hay que destacar que no se trató de una *comisión de la verdad,* sino que desde el inicio se pretendió, cuando menos formalmente, dar tratamiento jurídico penal a los resultados de los trabajos emprendidos por esa fiscalía, cuyo objetivo primordial consistía en integrar las averiguaciones derivadas de las denuncias formuladas por hechos constitutivos de delitos federales cometidos por servidores públicos contra personas vinculadas con movimientos sociales y políticos.[5]

---

4 FEMOSPP: "Desaparición pactada", en *El periódico de México*, 21 de abril del 2007.

5 Boletín n.º 008/02, del 4 de enero del 2002 emitido por la Procuraduría General de la República.

A finales de 1999 se realizó un balance de las acciones emprendidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en torno al Programa Especial sobre Presuntos Desaparecidos, cuyo resultado generó el imperativo de trabajar en las investigaciones y dar a la sociedad una respuesta puntual, apegada a derecho y a la verdad sobre las quejas presentadas.[6]

Como fruto de su investigación, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos emitió la recomendación 26/2001, dirigida al titular del Ejecutivo Federal, a través de la cual le solicitó asumir el compromiso ético y político del gobierno federal para orientar el desempeño de las instituciones del mismo gobierno, dentro del marco de los derechos humanos reconocidos y garantizados por el orden jurídico mexicano, a fin de evitar por todos los medios legales existentes que se repitieran sucesos como los acontecidos en las décadas de 1970 y 1980.

La recomendación fue aceptada y, como respuesta, el Ejecutivo Federal emitió el 27 de noviembre de 2001 un acuerdo por el que se dispusieron diversas medidas para la procuración de justicia por delitos cometidos en contra de personas vinculadas a movimientos sociales y políticos del pasado. Se giraron diversas instrucciones a la administración pública federal, entre las que cabe destacar la solicitud realizada al procurador general de la República para que este nombrara un fiscal especial, cuya tarea sería la de conocer de las investigaciones que se iniciaran con motivo de las denuncias o querellas formuladas por hechos probablemente constitutivos de delitos federales cometidos directa o indirectamente por servidores públicos, en contra de personas vinculadas a

[6] La cita está tomada directamente del Informe: "Los expedientes de queja que dieron origen a dicha investigación se integraron con motivo de las denuncias formuladas y los documentos aportados por los familiares de los quejosos, de manera directa o a través de alguna Organización No Gubernamental, de entre las cuales destacan la Unión de Padres con Hijos Desaparecidos; la Asociación de Familiares y Amigos de Desaparecidos de México y el Comité Pro Defensa de Presos, Perseguidos, Desaparecidos y Exiliados Políticos de México; inconformidades que, en su gran mayoría, fueron encomendadas inicialmente para su sustanciación a la entonces Dirección General de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, para posteriormente turnarlas a la Comisión Nacional. Por lo anterior, el Consejo Consultivo de dicha Institución acordó la creación de un programa destinado a la búsqueda de desaparecidos, dando origen, el 18 de septiembre de 1990, al Programa Especial sobre Presuntos Desaparecidos. Se determinó ubicar el fenómeno en dos grandes rubros: 308 casos correspondieron a la zona rural y 174 a la zona urbana; adicionalmente, en el transcurso de las investigaciones se acumularon 50 casos más. En la zona rural destaca el Estado de Guerrero con 293 casos, en tanto que los restantes se encuentran distribuidos en diversas Entidades Federativas: el Distrito Federal, 9; Morelos, 2; Oaxaca, 2; Hidalgo, 1, y Puebla, 1. En cuanto a la zona urbana, de los 174 casos, 45 correspondieron al Distrito Federal; 40 a Sinaloa; 19 a Jalisco; 11 a Chiapas; 10 a Chihuahua; 9 al Estado de México; 9 a Michoacán; 8 a Sonora; 5 a Baja California; 5 a Nuevo León; 3 a Oaxaca; 1 a Hidalgo; 2 a Morelos; 2 a Puebla; 2 a Tamaulipas; 1 a Nayarit; 1 a Querétaro y 1 a San Luis Potosí. Cf. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Informe especial sobre las quejas en materia de desapariciones forzadas ocurridas en la década de los 70 y principios de los 80, México, 27 de noviembre de 2001".

movimientos sociales y políticos.[7] Dos meses después era nombrado fiscal especial el Dr. Ignacio Carrillo Prieto,[8] a quien se dio autonomía técnica y operativa para el adecuado desempeño de las tareas encomendadas.

A partir de estos elementos, el 20 de marzo de 2002 se presentó a la opinión pública un plan de trabajo. Este se desarrollaría alrededor de tres ejes, que contenían cinco programas a los que debían responder 64 acciones.

El primero fue el Programa Jurídico Ministerial, que comprendía al conjunto de acciones que permitieran investigar e integrar las averiguaciones previas, ejercer la facultad de atracción y sostener la acción penal ante los tribunales federales. Al servicio de este programa se pusieron todos los conocimientos periciales y los recursos tecnológicos necesarios para la investigación criminalística, incluido el recurso a los centros de investigación nacionales y del extranjero, tanto de instituciones encargadas de la procuración y administración de justicia como de las académicas y especializadas.

El segundo programa se refirió a la investigación documental e histórica, cuyas acciones contemplaron la integración de equipos interdisciplinarios de investigación documental, bibliográfica y hemerográfica, con el propósito final de esclarecer los hechos y dejar constancia de las verdades históricas que concurrieron en la perpetración de los ilícitos investigados. Para estos fines, se solicitó la colaboración de entidades académicas, organismos gubernamentales y organizaciones no gubernamentales, así como de mecanismos para el intercambio internacional de información y experiencias análogas. Se consideró que el proceso de consulta de archivos, expedientes y otros elementos documentales públicos y privados no encontraba contradicción con las medidas ministeriales del fiscal especial.

El tercer programa se refería al eje de cooperación, participación ciudadana y vinculación institucional, alrededor del cual operó la coadyuvancia de los ofendidos y de los familiares de las víctimas para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de los inculpados, y la colaboración y participación de organismos públicos y organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales.

---

[7] Ibídem, p. 5. Este acuerdo incluyó la invitación para que el fiscal especial formara un Comité de Apoyo, cuyo objeto sería contribuir a aportar los elementos históricos, sociales, políticos, jurídicos y demás necesarios para el debido cumplimiento de las funciones de la Fiscalía. En la integración de ese comité se buscó que sus miembros fuesen ciudadanos de reconocido prestigio público y experiencia en la rama jurídica o en la promoción y defensa de los derechos humanos.

[8] La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, artículo 14, cuarto párrafo, vigente en la época, lo facultaba para, mediante acuerdo, crear "[…] fiscalías especiales para el conocimiento, atención y persecución de delitos específicos que por su trascendencia, interés y características así lo ameriten". Ibídem, p. 5.

Cabe mencionar que los principales hechos que buscó esclarecer la FEMOSPP se circunscribieron al movimiento popular y estudiantil de 1968 y las políticas de Estado represivas contra él: la suerte de los detenidos desaparecidos durante la llamada *guerra sucia,* el trato que recibieron los detenidos relacionados con la guerrilla y las políticas de contrainsurgencia que siguió el Estado mexicano, incluyendo la ejecución extrajudicial de detenidos, así como la posible comisión de delitos de lesa humanidad en contra de su propia población. Las principales fuentes de información utilizadas para la investigación histórica fueron los testimonios y los documentos depositados en el Archivo General de la Nación (AGN).[9] Para la parte jurídica se consideraron los datos concretos aportados en las diversas averiguaciones previas.

En el informe se aclara que no se pretende iniciar indagatorias en contra de los civiles cuyos datos fueron investigados, "sino [investigar] crímenes, conductas antisociales desplegadas por *el régimen autoritario* y sus ejecutores en el combate a la disidencia".[10]

Así las cosas y por lo que respecta al movimiento estudiantil de 1968, tomando en consideración los datos de la averiguación previa PGR/FEMOSPP/002/2002, consignada por la Oficina del Fiscal Especial, esta se dividió en tres apartados: el primero se referiría a los cambios en política social y educativa que afectaron a sectores populares combativos de la sociedad y a los mecanismos que utilizó el Estado para ejercer su control sobre los diversos movimientos estudiantiles; el segundo analizaría la consolidación y el auge del movimiento estudiantil, específicamente los acontecimientos del 2 de octubre de 1968 en la plaza de las Tres Culturas, en Tlaltelolco; el tercero haría referencia a la forma en que fue desarticulado el movimiento estudiantil.

Por lo que hace a la organización de Los Halcones como grupo paramilitar y su intervención el 10 de junio de 1971 en lo que se conoce como *matanza de Corpus Christi,* se integró la averiguación previa PGR/FEMOSPP/011/2002, también analizada en tres fases: primero, el resurgimiento del movimiento estudiantil a partir de la disolución del Consejo Nacional de Huelga y la creación del CoCo; segundo, la decisión del Estado de crear y capacitar un grupo paramilitar, conocido como *Los Halcones*, para el

---

[9] Mucha de la información que fue preservada en los archivos de la fuerza de seguridad y que se puso a disposición de la Fiscalía para su consulta en el Archivo General de la Nación era información para consumo interno de los propios cuerpos de seguridad, como la policía política y el ejército.

[10] Ibídem, parágrafo I.I, p. 5. Las cursivas son nuestras. Al respecto reitera el texto lo siguiente: "Inclusive, este informe será en algunos casos, plataforma para ahondar en la investigación ministerial de hechos que pudieran ser constitutivos de delitos cometidos por servidores público en contra de personas vinculadas con movimientos sociales y políticos del pasado".

control de la disidencia social, y tercero, el recrudecimiento de la guerra sucia y el paso a la lucha de guerrillas.

3.1. El movimiento estudiantil de 1968

El primer antecedente jurídico destacable es que en 1941 se introdujo el tipo penal de *disolución social* en el Código Penal y en 1951 se reformó, presumiblemente para controlar a los movimientos sociales.[11] Bajo estos cargos se encarceló a los primeros presos políticos.

El informe de la FEMOSPP describe algunos problemas de varias instituciones de educación superior en todo el país,[12] en las que los estudiantes y los comunistas fueron caracterizados como un problema de seguridad nacional. A partir de ese momento y hasta la matanza del 2 de octubre en Tlatelolco, destaca la fuerza militar desmedida empleada contra los estudiantes.[13]

En su cuarto informe, el 1 de septiembre de 1968 el presidente de la República, Gustavo Díaz Ordaz, preocupado por la próxima realización de los Juegos Olímpicos, solicitó "no involucrar el prestigio de nuestras Universidades y sus más preciados bienes culturales, con actos que a nadie enorgullecen y muchos de los cuales constituyen infracciones legales y aun delitos gravemente sancionados por el Código Penal".[14]

---

[11] El informe se refiere a que se incorporó el delito de disolución social en el Código Penal. Cf. *Informe histórico*, op. cit. el parágrafo titulado "Movimiento estudiantil de 1968".

[12] El jefe de la policía del DDF atribuye los acontecimientos del 26 de julio a una "conjura internacional" diseñada por los comunistas. Ibídem, p. 28 (71).

[13] "En la noche del 28 de agosto, el ingeniero Heberto Castillo, miembro de la Coalición de Profesores, fue agredido frente a su domicilio, por un grupo de agentes del servicio secreto (El Día, 68. El Universal, 68, 116). El 29 de agosto, cerca de las cuatro horas de la mañana, un grupo de aproximadamente sesenta individuos enmascarados dispara durante 10 minutos contra el edificio de la Escuela Vocacional 7, utilizando ametralladoras, rifles M1, máuseres y pistolas. Los dos estudiantes heridos durante el atentado son atendidos en la Escuela Superior de Medicina del Instituto Politécnico Nacional. El Comité de Lucha de la Vocacional 7 manifiesta que la táctica de agresión utilizada por los asaltantes corresponde a la de un cuerpo especializado. En las revelaciones póstumas del general Marcelino García Barragán, afirma que eran oficiales del Estado Mayor Presidencial, que recibieron entrenamiento para este tipo de actos, concebidos y ordenados por el entonces jefe del Estado Mayor Presidencial, el general Luis Gutiérrez Oropeza.
"Vecinos de la Unidad Tlatelolco realizaron un mitin, a las tres de la tarde en la Plaza de las Tres Culturas, elementos del Ejército y granaderos arriban a la plaza, exigiendo la disolución del acto; ocupan la Vocacional 7 y se estacionan 26 tanques y 13 camiones del Ejército frente al edificio de esta escuela". Ibídem, p. 50 (93).

[14] "Situemos estos hechos dentro del marco de las informaciones internacionales sobre amargas experiencias similares de gran número de países en los que, desde un principio o tras haberse intentado varios medios de solución, se tuvo que usar la fuerza y solo ante ella cesaron o disminuyeron los disturbios. No obstante contar algunos de esos países con experimentados, verdaderos estadistas, no pudieron encontrarse fórmulas eficaces de persuasión". Texto del informe presidencial citado en el Informe, p. 53 (96).

Los estudiantes, como contestación al informe presidencial, propusieron a través del Consejo Nacional de Huelga un diálogo público con las autoridades, que debería realizarse el 5 de septiembre en la Unidad de Congresos del Centro Médico Nacional del IMSS.[15] El 13 de septiembre, 250.000 personas realizaron la Marcha del Silencio desde el Museo de Antropología hasta el Zócalo de la Ciudad. En respuesta, el 18 de septiembre el Ejército tomó Ciudad Universitaria con diversas unidades y el Batallón de Guardias Presidenciales.[16]

El 23 de septiembre fue tomado el llamado Casco de Santo Tomás del Instituto Politécnico Nacional mediante distintas tácticas ofensivas: el envío de la Policía Preventiva del DDF, la intervención de grupos paramilitares y la ocupación de las instalaciones por el Ejército. Tras rodear las instalaciones, el Ejército abrió fuego con ametralladoras y realizó detenciones ilegales. En este hecho también intervino el Batallón Olimpia. Se considera que la violencia ejercida contra la comunidad politécnica fue mayor que la ejercida contra los universitarios, dado que no solo hubo detenciones, heridos y muertos, sino también desapariciones forzadas.[17]

El 2 de octubre de 1968 era la fecha en que se había convocado al mitin universitario, que se calificó como el más concurrido de los realizados en Tlatelolco (se calculan entre 6.000 y 15.000 personas). El gobierno del país había conformado la *operación Galeana,* cuyo objetivo era impedir que los concurrentes al mitin en la plaza de las Tres Culturas se trasladaran al Casco de Santo Tomás, disolver el mitin y detener a los miembros del Consejo Nacional de Huelga.[18]

Cuando el mitin estudiantil prácticamente había concluido, se inició un tiroteo que duraría aproximadamente dos horas.[19] Se disparó sobre la multitud indefensa por todos los frentes y flancos. Los exámenes de balística documentados se refieren a calibres reglamentarios del Ejército y corporaciones policíacas, lo que ubica con claridad a las

---

[15] "El 27 de agosto casi medio millón de personas se manifiestan ante el Palacio presidencial para obtener un diálogo con las autoridades y encontrar una solución al problema. Esa noche una guardia simbólica de tres estudiantes hacen un plantón en espera de una respuesta: cuando la mayoría de los manifestantes se dispersaron, los tanques del Ejército se lanzan sobre esta guardia de estudiantes. Dos días más tarde el gobierno obliga a todos los funcionarios a manifestarle públicamente su apoyo, pero los funcionarios, en lugar de apoyar al gobierno, apoyan las reivindicaciones de los estudiantes y reclaman solución: es entonces cuando el gobierno lanza sus tanques contra sus propios empleados". De la versión francesa del videocasete titulado *Historia de un documento*, citado en el Informe, p. 55 (98).

[16] Véase Informe…, op. cit., p. 59 (102).

[17] Ibídem, p. 67 (110): "Todas las escuelas del Casco de Sto. Tomás fueron tomadas y cateadas, la única zona del Casco que fue respetada por el Ejército, fue el local de la FNET".

[18] Ibídem, p. 77 (120).

[19] El Informe reconoce que no hay certeza respecto de los lugares de donde procedieron las bengalas y la primera ráfaga. Cf. Informe, pp. 84 y 85 (126 y 127).

corporaciones del Estado como responsables directas de la masacre.[20] El Ejército impidió el acceso a las ambulancias de la Cruz Roja y de la Cruz Verde para dar auxilio a los heridos, y durante mucho tiempo no se conocieron listas confiables de los muertos y heridos del 2 de octubre. Ello revela "en el mejor de los casos un desaseo" en el manejo de los datos o "una intención clara de encubrir y/o distorsionar la verdad".[21]

Citando como fuente al periódico inglés *The Guardian*, el informe establece como probables las cifras de 325 muertos y miles de heridos y detenidos.[22] En este caso, el informe de la Fiscalía formula una acusación *a priori:* la comisión de un genocidio por el Estado mexicano.

> La Operación Galeana y la coordinación interinstitucional desplegada muestran que hubo una decisión de Estado de masacrar a la población allí reunida. Que esta población fue considerada como el núcleo activo del grupo nacional que debía ser aniquilado en aras de la estabilidad del sistema autoritario que se buscaba modificar. El genocidio se cometió para acallar la disidencia asesinando, hiriendo, llevando a prisión, mandando al exilio a quienes identificaron que podían suscitar consenso social para movilizar a la sociedad.[23]

La conclusión parece discutible, no porque diversos operadores del Estado no hayan cometido graves crímenes, sino por la calificación previa que se hace de estos, la que luego lleva a concluir:

> El autoritarismo con el que el Estado mexicano quiso someter la disidencia social lo llevó a una espiral de violencia que, de crimen en crimen, lo fue llevando a cometer crímenes de lesa humanidad, incluyendo el genocidio.[24]

3.2. La organización de Los Halcones como grupo paramilitar y su intervención el 10 de junio de 1971

En el informe se afirma no haber encontrado documentación que acreditara la conformación de Los Halcones, aunque sí están documentadas acciones realizadas por

---

[20] El informe cita la declaración del director y el subdirector del Servicio Médico Forense del Distrito Federal, José Ramón Fernández y Gilberto Ibarra, refiriéndose a los cadáveres mostrados en la fotografía: "Muestran el uso diestro de las bayonetas y disparos de armas de fuego con balas expansivas. Sabían dónde atacar […] hicieron lo que sabían hacer". Ibídem, p. 97 (140).

[21] Véase Informe, pp. 140-149, pássim.

[22] Cf. Informe…, p. 142.

[23] Ibídem, p. 139.

[24] Ibídem, p. 500.

ellos, ya como tales, alrededor de 1969. Partes policíacos reportan su participación en la desarticulación violenta de manifestaciones estudiantiles, pero muy especialmente su intervención directa durante la manifestación del llamado *jueves de Corpus* —10 de junio de 1971— en contra de los manifestantes, que incluyó golpizas, persecuciones y asesinatos. Fueron disueltos como grupo después de este episodio, al haberse identificado su intervención y la protección que recibieron de los cuerpos policiacos.

La marcha se inició cerca de las cinco de la tarde, encabezada por ex presos políticos del 68 recién liberados, con un grupo calculado en 8.000 personas. Los estudiantes fueron rodeados casi desde el inicio, y se calcula que a los 30 minutos había ya cerca de 400 *halcones*. La policía solo se mantuvo a la expectativa. Fue una marcha breve, interrumpida por las provocaciones constantes de la policía y luego por la agresión del grupo paramilitar y de los francotiradores, que también eran *halcones*.[25]

El informe proporciona la lista de 300 heridos, por golpes o baleados, y menciona 23 muertos registrados en partes policiacos. Se documentó la versión de que Los Halcones entraron a los hospitales a rematar a los estudiantes heridos.[26] Se concluyó también que tanto el presidente como el secretario de Gobernación estaban al tanto de los hechos en el momento en que estos sucedieron.[27]

---

25 "Parece en este relato que se habla de tres grupos, por un lado la columna de manifestantes que una y otra vez se reagrupa y continúa su marcha. Por el otro el grupo paramilitar que hacía guardia con el contingente policíaco de la calle de Nogal desde Sor Juana Inés de la Cruz hasta Av. San Cosme, 60 Halcones disfrazados de estudiantes 'portando pancartas con la efigie del Che Guevara, y con la leyenda: 'Hasta la Victoria Siempre''[...] Y el grupo de cerca de 150 Halcones armados con kendos, especializados en disolución de manifestaciones, que portaban mantas colocadas sobre unos bastones largos. Estos se lanzaron por dos frentes, uno sobre la calle de Alzate y otro por la calle de Sor Juana Inés de la Cruz. Se hacían pasar por estudiantes. Portaban camisetas blancas y pantalón de mezclilla. Se distinguían por su corte de pelo y su despliegue militar de ataque cuerpo a cuerpo". Ibídem, p. 195.

26 Ibídem, pp. 201-209, pássim.

27 Véase Informe, p. 212: "El Presidente de la República y el Secretario de Gobernación estuvieron enterados al detalle de lo que sucedía la tarde del 10 de junio de 1971 en las calles alrededor de la Escuela Nacional de Maestros, casi al momento mismo en que el cuerpo paramilitar 'Halcones', jefaturado por oficiales del Ejército Mexicano con permiso, disparaba impunemente en contra de los manifestantes ante la mirada complaciente de destacamentos de policías y de granaderos estacionados en el lugar. Los agentes de la Dirección General de Investigaciones Políticas y Sociales, 'cubrieron los preparativos, la manifestación y su disolución violenta y las repercusiones que hubo en el Distrito Federal y en el interior del país. Y puntual y detalladamente informaron de todo ello a Mario Moya Palencia, Secretario de Gobernación…". Estos informes "abordan: 1) el desenvolvimiento del conflicto de la Universidad Autónoma de Nuevo León —motivación original de la manifestación del 10 de junio en el D. F.—; 2) las asambleas y discusiones que se suscitaron en las escuelas de la UNAM, el IPN y la ENM, incluyendo una *radiografía* de los Comités de Lucha que habla tanto del intensivo empleo de la infiltración como de los prejuicios y limitaciones de los *orejas* utilizados; 3) los diversos preparativos para la marcha; 4) la descripción, desde diversos puntos, cada diez minutos, de la agresión armada en contra de los manifestantes, en coordinación con las policías del D. F., y la movilización de tropas al caer la noche del 10 de junio de 1971; y, 5) las reacciones habidas en los estudiantes capitalinos y en los de las universidades estatales; respondieron necesariamente a instrucciones del Secretario de Gobernación, quien, por ley, fungía como responsable de la política interior de la República". Ibídem.

Debido a que la intervención de Los Halcones fue documentada inmediatamente por reporteros y fotógrafos, este grupo fue disuelto al día siguiente, el 11 de junio, con indemnización a sus integrantes.

3.3. Las conclusiones del informe

3.3.1. La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio

En el apartado de conclusiones del informe se transcriben los fundamentos jurídicos de la figura de genocidio vigentes para el Estado mexicano; específicamente la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948, ratificada por México el 22 de julio de 1952, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de octubre de 1952 y en vigor para México desde el 22 de octubre de 1952.

En el informe se afirma que hubo genocidio en los cuatro casos presentados: el movimiento del 68 y la masacre de Tlatelolco, la operación de Los Halcones en 1971, el combate a la guerrilla en el estado de Guerrero y el combate a la guerrilla urbana.

Respecto de la represión del movimiento estudiantil de 1968, el informe afirma que se trató de una decisión de Estado que antepuso el objetivo de controlar al grupo social disidente por encima de los medios empleados para lograrlo: el uso indiscriminado de la fuerza, la utilización de las fuerzas armadas en contra de su población y el aniquilamiento del grupo nacional —incluyendo el asesinato o los ataques la integridad corporal de los integrantes del grupo, la violencia y la privación ilegal de la libertad.[28]

3.3.2. La desaparición forzada de personas

En relación con la desaparición forzada, en el informe se cita la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará (Brasil) el 9 de junio de 1994, y las definiciones que en ella se han establecido para

[28] Véase Informe, op. cit., p. 500. "No se persiguieron a personas aisladas en torno a delitos que la autoridad, en uso de sus facultades, debía esclarecer; sino a participantes de un movimiento social, por su presunta membresía. No se investigaron crímenes de la autoridad que estaba matando, torturando y lesionando los derechos de miles de ciudadanos ejerciendo una autoridad despótica; sino que se les encubrió y se les premió, porque cumplieron su encomienda".

determinar los casos de desaparición forzada de personas. A partir de ello, el informe presenta como acreditados 436 casos, los únicos en que existe información suficiente para acreditar plenamente la detención de esas personas que fueron desaparecidas por agentes del Estado. Son casos en los que los familiares y organizaciones que se han encargado del seguimiento de la investigación han presentado queja o denuncia; se han encontrado documentos referidos a la detención en los archivos de las policías políticas; hay testimonios y documentos relativos a la detención de estas personas o de haberlas visto en cárceles clandestinas. Con estos elementos, el informe ubica a todos estos como casos acreditados de desaparición forzada.[29]

No obstante, debido a que la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas fue publicada por el Estado mexicano en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de mayo de 2002, la FEMPP consignó las indagatorias penales procedentes por el delito de *privación ilegal de la libertad,* previsto por el artículo 366 del CPF.

Se acreditó que en el estado de Guerrero hubo 255 desaparecidos; en el DF y el estado de México, 69; en el estado de Sinaloa, 30; en el estado de Jalisco 24, y en otros estados, 58.

3.3.3. La tortura

Otro apartado se refiere a la práctica sistemática de la tortura y a las ejecuciones extrajudiciales.[30] La tortura se realizó contra toda clase de personas, sin importar la edad o el sexo. Conforme a la información obtenida, se proporciona una relación de 204 individuos menores de edad que fueron víctimas de detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, muertos o heridos en masacres, ejecutados y/o torturados.[31]

---

[29] Ibídem, p. 503. Respecto a la documentación existente que se usó para acreditar las desapariciones se aclara: "En el caso de las desapariciones en los que participó la Dirección Federal de Seguridad (DFS), se han documentado una importante cantidad de fichas signalécticas, declaraciones y referencias de la detención de personas, así como un importante número de documentación con información deliberadamente falseada, cuyo objetivo es deslindar las responsabilidades de funcionarios, argumentando que las personas desaparecidas fueron muertas en combate, víctimas de secuestros comunes, o ejecutadas por miembros de las mismas organizaciones a las que pertenecían". Ibídem, p. 509.

[30] "Para efectos de este Informe, se consideran ejecuciones todos los casos en los que las autoridades tuvieron a un detenido, legal o ilegalmente, y este aparece muerto". Véase Informe, p. 534.

[31] Véase Informe…, op. cit., p. 585.

3.3.4. Violaciones al derecho humanitario internacional

El informe dedica un capítulo a analizar posibles violaciones al derecho humanitario internacional, particularmente el relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra.

Al respecto considera únicamente un periodo de la *guerra sucia* en el estado de Guerrero, durante el cual la guerrilla logró implantarse y tuvo control —"en una *guerra de movimientos* que llegó a lindar con una *guerra de posiciones*"— sobre la región de la sierra de Atoyac y el área circunvecina. Según el informe, en este período se dieron en la zona las condiciones de conflicto interno regulado por el derecho internacional humanitario recogido en los Convenios de Ginebra de 1949, vigente en México desde el 29 de abril de 1953.[32]

3.3.5. Relevancia de los mecanismos utilizados de frente a la CPI

Los delitos, principalmente verificados en el contexto de la guerra sucia, abarcan el genocidio, la tortura y la desaparición forzada, todos delitos competencia de la CPI. Sin embargo, al no poder aplicarse retroactivamente el Estatuto de Roma, la CPI se encuentra imposibilitada para conocer de dichos crímenes, inclusive el de la desaparición forzada, pese a su carácter de delito continuo o permanente.

4. Impacto de los mecanismos utilizados

Como es ya sabido, la FEMOSPP no obtuvo prácticamente ningún resultado específico sobre los acontecimientos de la guerra sucia. Únicamente se logró el arresto domiciliario del ex presidente Echeverría, ya que finalmente la SCJN determinó que el delito de genocidio no había prescrito para él, debido al tiempo en que estuvo protegido por el fuero constitucional.

De tal modo, no existen mecanismos empíricos que permitan evaluar las actuaciones de la FEMOSPP o su impacto en la sociedad mexicana.

[32] Ibídem, pp. 591 y 592.

5. Evaluación final

Por lo que hace al informe rendido por la FEMOSPP, como la única acción del gobierno de transición, para llevar a juicio a los responsables de los hechos analizados en este informe cabe mencionar que una buena parte de la narración histórica es muy general, mientras que la descripción de los casos específicos es demasiado escueta como para extraer consecuencias jurídicas claras.

Por otra parte dentro de la narración se incluyen valoraciones jurídicas pero no su justificación. No se aportaron los elementos jurídicos de análisis, más allá de la transcripción de algunas normas, respecto de las cuales no se dice en qué casos se deberían aplicar. Destaca sin embargo una reiterada acusación de genocidio en contra del Estado mexicano respecto de los cuatro casos estudiados.

La consecuencia jurídica más destacada de la labor de la FEMOSPP ha consistido en la acusación de genocidio en contra del ex presidente Luis Echeverría Álvarez. Se ha considerado que el ex presidente tuvo intervenciones en los hechos sucedidos en el año de 1968 en Tlatelolco como secretario de Gobernación, en la formación del grupo de Los Halcones, en el combate a la guerrilla en Guerrero y en el combate a la guerrilla urbana ya como presidente de la República.[33] En el caso concreto, en la primera instancia se declaró prescrita la acción penal —aunque actualmente se encuentra pendiente de resolución en otra instancia— con fundamento en la legislación interna. Ahora bien, en caso de continuarse con el juicio no podrían perderse de vista los criterios de interpretación generalmente aceptados en relación con el delito de genocidio, que dificultarían enormemente que prosperara el posible castigo al presunto responsable.

Otras acusaciones relevantes se formularon contra Luis de la Barreda Moreno, Esteban Guzmán Salgado y Miguel Nazar Haro, por su probable responsabilidad en los delitos de privación ilegal de la libertad en la modalidad de plagio o de secuestro, y

[33] Lo relacionado con 1968 corresponde a la Averiguación Previa PGR/FEMOSPP/002/2002. Más adelante se formó la causa penal 78/2005-I. En el llamado plazo de término constitucional el juez Décimo Quinto de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal resolvió: "se decreta prescripta la acción penal ejercida en contra de Luis Echeverría Álvarez, por el delito de Genocidio, previsto y sancionado por el artículo 149 bis del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, vigente en el año de mil novecientos sesenta y ocho".

dieron lugar diversos procesos penales.[34] Algunos de estos procesos fueron sobreseídos y otros se encuentran pendientes de resolución en segunda instancia o en juicio de amparo.

Lo que hay que destacar es que las acusaciones se formularon por el posible delito de privación ilegal de la libertad y no por el de desaparición forzada de personas, porque la CIDFP y su publicación en el DOF mexicano en el año 2002 fueron muy posteriores a los hechos que dieron lugar a estas acusaciones. La consecuencia es que la discusión jurisdiccional se ha concentrado en el mencionado delito de privación ilegal de la libertad en el marco local y por tanto resulta ajena a la problemática del DPI.

a. En el caso del movimiento de 1968, según el informe, el genocidio se cometió para acallar la disidencia asesinando, hiriendo, llevando a prisión, mandando al exilio a quienes se identificó como capaces de movilizar a la sociedad.
b. Como se ha explicado, en el informe presentado por la FEMOSPP se incluyeron valoraciones superficiales, con afirmaciones como que el autoritarismo con el que el Estado mexicano quiso someter la disidencia social lo llevó a una espiral de violencia que, de crimen en crimen, lo condujo a cometer crímenes de lesa humanidad, incluyendo el genocidio.
c. En el caso de la guerrilla en el estado de Guerrero, se afirma la existencia de un genocidio, extendido a gran parte de la población a la que se consideró partidaria de los guerrilleros.
d. El informe califica de genocidio las acciones con las que el Estado mexicano combatió a los diversos grupos que incluyó dentro de la llamada *guerrilla urbana.*

De los cuatro ejemplos seleccionados, únicamente en el caso del combate a la guerrilla en el estado de Guerrero se puede considerar que las acciones de los operadores del Estado fueron dirigidas a un grupo estable.

En este caso, el informe afirma la existencia de un genocidio, extendido a gran parte de la población supuestamente partidaria de la guerrilla, por medio de acciones como la orden de operaciones n.º 6 adoptada por el Ejército, dirigida a provocar el

[34] No son las únicas acusaciones, pero son especialmente relevantes para ejemplificar el tratamiento que se ha dado a los temas que aquí se analizan.

hambre de la población mediante el aislamiento, la ejecución masiva de guerrilleros, los vuelos de la muerte, la tortura indiscriminada de pobladores sin distinción de edad o sexo, etcétera.

Las acciones descritas perpetradas por agentes del Estado mexicano en contra de determinadas poblaciones en el estado de Guerrero, en el marco de la llamada *guerra sucia,* tuvieron efectivamente la intención de conseguir la eliminación selectiva de un grupo, pero no en función de la etnia, de la raza o del credo religioso, sino en función de la filiación política de sus integrantes, pues se actuó contra aquella parte de la población que se consideraba partidaria de la guerrilla.

En ese sentido no desconocemos la discusión reciente que ha tenido lugar sobre todo con motivo del caso Pinochet. A partir del caso chileno la Audiencia Nacional Española sugirió una interpretación amplia del tipo penal, que propone considerar otros grupos nacionales como grupos igualmente protegidos.[35] Con estos mismos resultados Van Schaack ha desarrollado una interpretación *iusinternacionalista* que da el carácter de *ius cogens* a la prohibición de genocidio.[36] Esta forma de interpretación permitiría considerar que el delito de genocidio se puede cometer en contra de grupos políticos.

Sin embargo, al no haberse visto reflejada la discusión anterior en una redefinición del tipo penal, en el caso mexicano hay que considerar que, si bien todas las acciones descritas pueden formar parte del genocidio, faltó la demostración de la intención genocida, en el sentido en que está definido el tipo actualmente. Ello se manifiesta en la supervivencia de parte de la población que, no obstante pertenecer a la misma etnia, a la misma raza o de profesar la misma religión, no se consideró afín a los grupos guerrilleros que en ese momento eran combatidos por el Estado mexicano, y que no fueron destruidos aunque tuvieron contacto con agentes del Estado. No hay que olvidar que el genocidio requiere de la llamada *intención especial,* que en relación con el artículo 30 del Estatuto consistiría en la intención de destruir a uno de los grupos protegidos,[37] y que, a pesar de la magnitud y de la gravedad de los actos cometidos por agentes del Estado mexicano, el informe no proporciona elementos para sostener dicha intención especial.

Se puede afirmar que la FEMOSPP tuvo una limitación inicial, como mecanismo alternativo —en este caso como órgano especializado— destinado a otorgar un

---

[35] Véase Kai Ambos: *El nuevo derecho penal internacional*, Lima: Ara, 2004, especialmente el parágrafo "Competencia penal de los Estados europeos", pp. 166 ss.

[36] Citado ibídem, p. 167.

[37] Cf. Ambos: *Los crímenes…*, o. cit., especialmente el parágrafo "El requisito de la intención especial", pp. 23 ss.

tratamiento jurídico a las situaciones descritas. Esta limitación consiste en que fue creada y orientada a la investigación de crímenes que se produjeron en el marco de los llamados *movimientos sociales y políticos* del pasado. Es decir, de forma singular, los términos que se eligieron para darle nombre a la Fiscalía se refieren a grupos móviles, ya fueran movimientos sociales o movimientos políticos; en otras palabras, grupos no estables, es decir, grupos no protegidos de acuerdo con la interpretación más difundida de la Convención sobre el Genocidio.[38] Por ello, en el marco del derecho penal internacional se puede considerar como un error el haber centrado la principal de sus acusaciones en la investigación de este delito.

[38] Cf. ibídem, pp. 7 ss.

PARAGUAY

César Alfonso

SUMARIO

A fin de hacer frente a las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la vigencia del régimen del general Alfredo Stroessner (1954-1989), se recurrió en el Paraguay a la aplicación del derecho penal en su forma clásica. No se diseñaron ni implementaron mecanismos que permitan el sacrificio de las exigencias de justicia en favor de exigencias de verdad o reconciliación.

Paralelamente a la aplicación del derecho penal común se creó una Comisión de Verdad y Justicia, principalmente con la finalidad de hacer posible el conocimiento de la verdad de los hechos ocurridos en tiempos de la dictadura.

Por otro lado, se previeron recursos legales que permitan a las víctimas la obtención de una reparación económica y también la posibilidad de una reparación simbólica.

1. Introducción

En 1954 se instauró en la República del Paraguay el régimen del general Alfredo Stroessner, el cual tuvo fin con un golpe militar que comenzó en la noche del 2 y culminó en la madrugada del 3 de febrero de 1989. Este gobierno estuvo caracterizado por

la casi absoluta concentración del poder en manos del Ejecutivo y el partido político gobernante.[1]

Durante este gobierno hubo —como una de las estrategias para su fortalecimiento y mantenimiento— una grave y sistemática violación a los derechos humanos de aquellas personas que no eran partidarias del régimen instaurado. "Cualquier 'diferencia' con la normalidad definida desde el Estado autoritario se percibía desde allí como una amenaza para el orden establecido".[2]

Estas personas fueron víctimas, principalmente, de detenciones arbitrarias, torturas, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales. Datos parciales registran 373 casos de detenciones y desapariciones, 10 casos de ejecuciones extrajudiciales y 29 muertes causadas mediante actos de tortura.[3]

También operaron mecanismos de colaboración con el sistema represivo implementado por otros regímenes de América del Sur. La doctrina de la seguridad nacional fue utilizada como base ideológica de la represión, al igual que un marco jurídico que permitía la *legitimación* de los actos cometidos por los agentes del Estado.

En este sentido era común la utilización del estado de sitio, establecido en el artículo 79 de la Constitución Nacional de 1967,[4] y de las previsiones de las leyes n.º 294/55 (Ley de Defensa de la Democracia) y n.º 209/79 (Ley de Defensa de la Paz Pública y Libertad de las Personas).

La declaración del estado de sitio otorgaba amplias facultades al Poder Ejecutivo para limitar las garantías previstas en la Constitución.[5] Las leyes n.º 294/55 y n.º 209/79 establecían mecanismos que otorgaban amplia discrecionalidad al poder público.

---

1 José Luís Simón G.: *La dictadura de Stroessner y los derechos humanos*, 2.ª ed., Asunción: Estilográfica, 1992, p. 88.

2 Ibídem, p. 90.

3 Juan Manuel Benítez Florentín: *Comisión de Verdad y Justicia del Paraguay y la lucha antiterrorista*, ‹http://ejp. icg.org/IMG/Benitez Florentin.pdf› (29.1.2008).

4 Artículo 79: "Para la defensa de esta Constitución y de las autoridades creadas conforme a ella, se instituye el estado de sitio, que podrá ser aplicado solamente en caso de conflicto o guerra internacional, de invasión exterior, de conmoción interior, o de amenaza grave de uno de estos hechos. El estado de sitio será total o parcial, según afecte todo el territorio de la República o solo a parte de él, y durante su vigencia se podrá detener a las personas indiciadas de participar en alguno de esos hechos, o trasladarlas de un punto a otro de la República, y prohibir reuniones y manifestaciones públicas. Los detenidos en virtud del estado de sitio permanecerán en locales sanos y limpios no destinados a reos comunes, y los traslados se harán siempre a localidades pobladas y salubres. La declaración del estado de sitio será por tiempo limitado y responderá en todos los casos a los fines de su institución. Su vigencia no interrumpirá el funcionamiento de los Poderes del Estado, ni afectará el ejercicio de sus prerrogativas. La ley reglamentará la aplicación del estado de sitio".

5 José Luís Simón G.: *La dictadura de Stroessner y los derechos humanos*, 2.ª ed., Asunción: Estilográfica, 1992, p. 220.

Con la finalización del gobierno de Stroessner, el 3 de febrero de 1989, se dio inicio a la transición a la democracia en el Paraguay. En el presente trabajo se describen los mecanismos utilizados, a partir de la transición, para hacer frente a las graves violaciones de los derechos humanos cometidas en tiempos de la dictadura.

2. Mecanismos de superación del pasado

En el Paraguay la legislación penal ordinaria fue utilizada tanto para el esclarecimiento como para la eventual sanción de los hechos punibles cometidos en el marco de dictadura.

En cuanto a la utilización del derecho penal internacional (DPI), puede mencionarse que en dos decisiones de la Corte Suprema de Justicia se declaró la imprescriptibilidad de la acción penal basada en principios e instrumentos de DPI.[6]

Paralelamente a la aplicación del derecho penal común, por ley n.º 838, sancionada el 29 de marzo de 1996, fue prevista la posibilidad de indemnizar a aquellas personas de cualquier nacionalidad que hubieran sido "víctimas de violaciones de derechos humanos durante la dictadura de 1954 a 1989". En la misma ley se estableció igualmente la facultad del Congreso Nacional para conferir a las víctimas de la dictadura "medallas y diplomas como testimonio de desagravio oficial de parte del Estado Paraguayo".

En el año 2002, con la finalidad de generar conciencia sobre los hechos ocurridos durante la dictadura, se abrió el Museo de las Memorias - Dictadura y Derechos Humanos.

En el 2003 se creó la Comisión de Verdad y Justicia, con la finalidad de investigar las violaciones a los derechos humanos cometidos por agentes estatales o paraestatales entre mayo de 1954 y octubre del 2003, en orden a esclarecer y establecer una verdad oficial de los hechos ocurridos en el periodo mencionado.

---

6 Véase informe anterior: "Paraguay", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008.

3. Análisis de los mecanismos utilizados

3.1. Reparación económica

Por ley n.º 838, sancionada el 29 de marzo de 1996, el Estado previó como medida de reparación económica la indemnizacion de aquellas personas de cualquier nacionalidad que hayan sido "víctimas de violaciones de derechos humanos durante la dictadura de 1954 a 1989".

A los efectos de la aplicación de la ley se definió como violaciones de derechos humanos:

a. la desaparición forzada de personas;
b. la ejecución sumaria o extrajudicial;
c. la tortura con secuela física y psíquica grave y manifiesta, y
d. la privación ilegítima de la libertad sin orden de autoridad competente o en virtud de proceso o condena por aplicación de las leyes n.º 294, del 17 de octubre de 1955, y n.º 209, del 18 de setiembre de 1970, por más de un año.[7]

La institución encargada de determinar la procedencia de la indemnización es la Defensoría del Pueblo. Al defensor del Pueblo,[8] luego de evaluar las pruebas ofrecidas por el recurrente y previa vista al procurador general de la República, le corresponde resolver la admisión o el rechazo de la pretensión.[9] Esta decisión debe ser adoptada en un plazo de noventa días contados a partir de la presentación del pedido de indemnización.[10]

Para la acreditación de los hechos afirmados como fundamento de la pretensión, la ley establece como medios de prueba los previstos para el proceso civil.[11]

---

7 Artículo 2 de la ley n.º 838/96.
8 Artículo 276 de la Constitución Nacional de 1992: "El Defensor del Pueblo es un comisionado parlamentario cuyas funciones son la defensa de los derechos humanos, la canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios. En ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva".
9 Artículo 3 de la ley n.º 838/96.
10 Ibídem.
11 Artículo 4 de la ley n.º 838/96.

En los casos de desaparición forzada de personas y ejecución sumaria o extrajudicial, el cónyuge supérstite de la víctima o sus parientes consanguíneos hasta el primer grado se hallan legitimados para realizar la demanda pertinente.[12]

El monto previsto para las indemnizaciones tiene relación con la naturaleza de los hechos sufridos por la víctima y es abonado en moneda local (guaraníes).

Para casos de desaparición forzada de personas y ejecución sumaria o extrajudicial, el monto previsto es el equivalente a tres mil jornales mínimos legales para actividades no especificadas,[13] es decir, el equivalente a unos 32.731 dólares estadounidenses o a 22.437 euros.[14]

Para casos de tortura con secuela física y psíquica grave y manifiesta el monto previsto es de hasta dos mil quinientos jornales mínimos legales para actividades no especificadas. La ley en este caso prevé un máximo, no así un mínimo. El monto máximo previsto equivale a 27.275 dólares americanos o 18.697 euros.

Para los casos de privación ilegítima de la libertad se establece un máximo de mil quinientos jornales mínimos legales para actividades no especificadas y un mínimo de quinientos. El monto máximo previsto sería el equivalente a 16.365 dólares americanos o 11.218 euros, y el monto mínimo, a 5.455 dólares americanos o 3.739 euros.

La ley señala que las "indemnizaciones […] no podrán acumularse". Es decir, una persona que fue víctima de actos de tortura e igualmente de una privación ilegítima de libertad en los términos del artículo 2.º inciso *d* de la ley n.º 838 debe optar por realizar el reclamo por una u otra violación.[15]

Originalmente la ley n.º 836/96 estableció un plazo de treinta meses para la presentación de los pedidos de indemnización, computado a partir de la fecha de su promulgación. Este plazo fue modificado y extendido en dos oportunidades,[16] hasta que finalmente, por la ley n.º 3075/06, se dispuso suprimir el plazo para efectuar los reclamos.

Los beneficiarios de la ley n.º 838/96 comenzaron a percibir las indemnizaciones a partir del 2004, es decir a ocho años de la promulgación de la ley y quince de la caída la dictadura.

---

12 Artículo 6 de la ley n.º 838/96.

13 Un jornal mínimo legal es la menor suma de dinero que puede percibir un trabajador por día de trabajo. En la actualidad es equivalente a 51.606 guaraníes.

14 Estos montos tienen en cuenta valores actuales del jornal mínimo y del tipo de cambio, razón por la cual pueden ser diferentes a los efectivamente percibídos.

15 Artículo 7 de la ley n.º 838/96.

16 Por ley n.º 1935/02 y ley n.º 2494/04.

3.2. Reparación simbólica

Igualmente por ley n.º 838/96 se estableció la facultad del Congreso Nacional de conferir a las víctimas de la dictadura "medallas y diplomas como testimonio de desagravio oficial de parte del Estado Paraguayo […]".[17] [18]

En diciembre del 2002 se produjo la apertura del Museo de las Memorias - Dictadura y Derechos Humanos. Este museo tiene la finalidad de generar conciencia sobre los hechos ocurridos durante la dictadura, a través de la exhibición de testimonios documentales de los procedimientos utilizados en contra de las personas detenidas, así como de los elementos de tortura y fotografías de los desaparecidos.

El museo se encuentra ubicado en la sede de la ex Dirección Nacional de Asuntos Técnicos, también conocida como *La Técnica.* Esta fue una dirección de la Policía creada en 1956, encargada principalmente de la represión de los opositores del régimen.

La apertura del Museo de las Memorias - Dictadura y Derechos Humanos fue sobre todo consecuencia del descubrimiento de los denominados *archivos del terror,* en 1992. Con este nombre se conocen los documentos que fueron encontrados en los archivos del departamento de investigaciones de la Policía e igualmente en los archivos de la Dirección Nacional de Asuntos Técnicos de la Policía. Estos documentos (fichas de detenidos; informes confidenciales; controles a partidos políticos, a grupos estudiantiles, a sindicatos; controles de entradas y salidas del país, controles telefónicos, vigilancias domiciliarias, fotografías, etcétera) constituyen información fidedigna acerca de las violaciones de los derechos humanos ocurridas en el Paraguay entre 1954 y 1989, así como en otros países latinoamericanos entre 1970 y 1980.[19]

En la actualidad estos documentos se hallan conservados en el Centro de Documentación y Archivo para la Defensa de los Derechos Humanos,[20] ubicado en la sede del Poder Judicial.

Por otra parte, el 2003 fue declarado Año de la Memoria por ley n.º 2107, sancionada el 8 de mayo del 2003. En ese año se realizaron con este motivo diversos talleres y seminarios en distintas instituciones educativas sobre los hechos acontecidos durante el gobierno de Stroessner.

---

17 Artículo 9 de la ley n.º 838/96.

18 No me fue posible acceder a constancias del otorgamiento de estas medallas y diplomas.

19 ‹http://www.pj.gov.py/cdya/index.html› (29.1.2008).

20 El Centro es dependiente de la Corte Suprema de Justicia y fue creado por resolución n.º 81 de fecha 26 de marzo de 1993.

3.3. Comisión de Verdad y Justicia

La Comisión de Verdad y Justicia fue creada por ley n.º 2225, sancionada el 11 de setiembre del 2003.[21] Está integrada por un total de nueve personas:[22] un representante del Poder Ejecutivo, un representante del Poder Legislativo,[23] cuatro integrantes propuestos por las comisiones de víctimas de la dictadura y tres integrantes propuestos por organizaciones de la sociedad civil del Paraguay.[24] [25] Quedó oficialmente integrada el 2 de julio del 2004,[26] pero recién a fines de febrero del 2005 pudo contar con la infraestructura y los elementos necesarios para funcionar.

Le compete "investigar hechos que constituyen o pudieran constituir violaciones a los derechos humanos cometidos por agentes estatales o paraestatales entre mayo de 1954"[27] y octubre de 2003. En especial, casos de "[…] a) Desapariciones forzadas; b) Torturas y otras lesiones graves; c) Exilio, y d) Otras graves violaciones de derechos humanos".[28]

La ley de creación establece que la Comisión no posee un carácter jurisdiccional[29] y debe desempeñarse en función a los siguientes objetivos:

a) Analizar e investigar las condiciones políticas, sociales y culturales, así como los comportamientos que desde las distintas instituciones del Estado y otras organizaciones contribuyen a las grandes violaciones de los derechos humanos;
b) Colaborar con los órganos pertinentes en el esclarecimiento de las violaciones de los derechos humanos ejecutadas por agentes estatales y paraestatales;
c) Preservar la memoria y testimonio de las víctimas, procurando determinar el paradero y situación de los afectados por estas violaciones e identificar en la medida de lo posible a los victimarios;

[21] Artículo 1 de la ley n.º 2225/03.
[22] Artículo 6 de la ley n.º 2225/03. Los integrantes deben ser de nacionalidad paraguaya, de reconocida trayectoria ética, prestigio y legitimidad en la sociedad, e identificados con la defensa de la democracia y la institucionalidad.
[23] Elegido por ambas cámaras (Diputados y Senadores).
[24] La ley hace referencia a las organizaciones abocadas a la promoción y protección de los derechos humanos, aglutinadas en pos de la consolidación de la memoria histórica, la instauración de la Comisión de Verdad y Justicia, y la creación del Museo de la Memoria.
[25] Artículo 7 de la ley n.º 2225/03.
[26] Decreto del Poder Ejecutivo n.º 2735, del 2 de julio de 2004.
[27] Artículo 1 de la ley n.º 2225/03.
[28] Artículo 3 de la ley n.º 2225/03
[29] Artículo 1 de la ley n.º 2225/03.

d) Preservar las pruebas de las violaciones a los derechos humanos;
e) Aportar todos los elementos probatorios al Poder Judicial para que el sistema de justicia actúe de inmediato en procura de precautelar los derechos de las víctimas y evitar la impunidad de los responsables de tales violaciones;
f) Contribuir a esclarecer la verdad de manera oficial, lo que implica establecer moral y políticamente la responsabilidad del Estado;
g) Contribuir a esclarecer la vinculación de violaciones de los derechos humanos con políticas autoritarias estatales, nacionales e internacionales;
h) Recomendar cursos de acción y reformas institucionales, legales, educativas y de otro tipo, como garantías de prevención, a fin de que sean procesadas y atendidas por medio de iniciativas legislativas, políticas o administrativas;
i) Elaborar propuestas de reparación y reivindicación de víctimas de las violaciones de los derechos humanos, las que servirán de base para las medidas que se adopten para su instrumentación; y
j) Elaborar un informe final oficial de todas las investigaciones y propuestas realizadas durante el periodo investigado.[30]

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso *e* de la citada disposición, la actividad de la Comisión debe orientarse a aportar elementos probatorios que permitan la inmediata actuación del sistema de justicia.

Ante la existencia de elementos de convicción relativos a los hechos de competencia de la Comisión, esta debe radicar la denuncia pertinente ante el Ministerio Público, que es el órgano encargado del ejercicio de la acción penal. Datos parciales indican que la Comisión ha presentado cinco denuncias ante el Ministerio Público.[31]

Lo expresado permite concluir que la labor de la Comisión no sustituye ni complementa la persecución penal.

Para el logro de sus objetivos la ley confiere a la Comisión las siguientes atribuciones:

a) Entrevistar a todas las personas relevantes que tengan vinculación con los hechos del periodo investigado;
b) Realizar visitas a los lugares necesarios;

[30] Artículo 2 de la ley n.º 2225/03
[31] Juan Manuel Benítez Florentín: *Comisión de Verdad y Justicia del Paraguay y la lucha antiterrorista,* ‹http://ejp. icg.org/IMG/Benitez Florentin.pdf› (29.1.2008).

c) Recopilar materiales, datos y todos aquellos elementos necesarios para el desarrollo de sus objetivos;
d) Implementar audiencias públicas;
e) Gestionar la seguridad necesaria para testigos y víctimas;
f) Establecer todos los mecanismos necesarios para asegurar la participación ciudadana;
g) Establecer acuerdos de cooperación nacionales e internacionales con organismos no estatales de defensa de los derechos humanos;
h) En el marco de las leyes y del Presupuesto General de la Nación, seleccionar y contratar técnicos, funcionarios y personal administrativo necesario para el funcionamiento de la Comisión; y
i) Dictar su propio reglamento y establecer la estructura necesaria para su efectivo funcionamiento.[32]

Se establece igualmente en la ley la obligación de las instituciones públicas de colaborar con la Comisión en las investigaciones que realice. La Comisión posee la facultad de citar a funcionarios y particulares a fin de que suministren documentaciones e informaciones pertinentes. En casos de una negativa reiterada e injustificada a comparecer, la Comisión puede solicitar a la justicia la comparecencia del remiso con el auxilio de la fuerza pública.[33]

La Comisión posee un carácter temporal. La elaboración del informe final oficial sobre todas las investigaciones y sobre las propuestas debía realizarse en el plazo de dieciocho meses. La Comisión, con base en la potestad conferida por la ley, extendió[34] este plazo por seis meses. Posteriormente el Congreso Nacional, por ley n.º 2931/06, extendió nuevamente el plazo por veinticuatro meses.[35] Por consiguiente, la presentación del informe elaborado por la Comisión debe realizarse aproximadamente en agosto del 2008.[36]

---

32 Artículo 4 de la ley n.º 2225/03.
33 Artículo 5 de la ley n.º 2225/03.
34 Resolución n.º 07/05 de fecha 27 de julio de 2005 la CVJ.
35 Artículo 1 de la ley n.º 2931/06.
36 Artículo 11 de la ley n.º 2225/03.

4. Impacto de los mecanismos utilizados

5. Evaluación final

Lo expresado permite concluir, en este punto, que la justicia de transición en el Paraguay estuvo caracterizada principalmente por la utilización de los siguientes mecanismos:

a. la aplicación del derecho penal en su forma clásica, es decir, judicializar los casos y hacer responsables penalmente a los culpables de las violaciones a los derechos humanos;
b. la creación de una Comisión de Verdad y Justicia, principalmente con la finalidad de hacer posible el conocimiento de la verdad de los hechos ocurridos en tiempos de la dictadura, y
c. la instauración de recursos legales que permitan a las víctimas la obtención de una reparación económica y también la posibilidad de una reparación simbólica.

No fueron diseñados ni implementados mecanismos tendientes a superar eventuales tensiones entre exigencias de justicia y verdad, o exigencias de justicia y reconciliación. Es decir, no existen mecanismos que permitan el sacrificio total o parcial de una exigencia en pro de la otra.

Esta manera de hacer frente al pasado encontró fundamento en el consenso o la convicción existente a nivel nacional de que solo mediante el castigo a los responsables de las violaciones a los derechos humanos podían sentarse las bases para una reconciliación.[37]

Sin embargo, no puede afirmarse que el sistema de justicia haya cumplido acabadamente estas expectativas, en atención a los niveles de impunidad que son denunciados y a la duración muy prolongada de los procesos.[38]

---

[37] En este sentido cabe recordar que en el Paraguay no se dictaron leyes de amnistía o leyes de punto final.
[38] En este sentido el informe anual correspondiente al año 2001 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ‹http://www.cidh.org/countryrep/Paraguay01sp/cap. 3.htm› (29.1.2008).

Bibliografía

Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1967.

Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992.

Coordinadora Derechos Humanos del Paraguay (CODEHUPY): *Derechos humanos en Paraguay 2003,* Asunción: Litocolor, 2003.

— *Derechos Humanos en Paraguay 2005,* Asunción: Litocolor, 2005.

— *Informe sombra al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* Asunción: Litocolor, 2006.

Ley n.º 838, de fecha 12 de setiembre de 1996, "Que indemniza a víctimas de violaciones de derechos humanos durante la dictadura de 1954 a 1989".

Ley n.º 1935, de fecha 21 de junio de 2002, "Que modifica parcialmente el artículo 1.º de la ley n.º 838/96 'Que indemniza a victimas de violaciones de derechos humanos durante la dictadura de 1954 a 1989'".

Ley n.º 2107, de fecha 22 de mayo de 2003, "Que declara el año 2003, como 'Año de la Memoria'".

Ley n.º 2225, de fecha 6 de octubre de 2003, "Por la cual se crea la Comisión de Verdad y Justicia".

Ley n.º 2931, de fecha 6 de junio de 2006, "Que modifica el artículo 9.º de la ley n.º 2225/03 'Por la cual se crea la Comisión de Verdad y Justicia'".

Ley n.º 3075, de fecha 14 de noviembre de 2006, "Que modifica el artículo 1.º de la ley n.º 2494 'Que indemniza a victimas de violaciones de derechos humanos durante la dictadura de 1954 a 1989'".

Simon G., José Luis: *La dictadura de Stroessner y los derechos humanos,* 2.ª ed., Asunción: Estilográfica, 1992.

Sitios web

‹http://ejp. icg.org/IMG/Benitez Florentin.pdf›

‹http://www.pj.gov.py/cdya/index.html›

‹http://www.verdadyjusticia.gov.py/prese_institu.html›

‹http://www.cidh.org/countryrep/Paraguay01sp/cap. 3.htm›

‹http://www.cidh.org/annualrep/88.89span/capitulo4a.htm›

‹http://defensoriadelpueblo.gov.py/sobre_laley_838/sobre_ley_838.html›

‹http://www.martinalmada.org/museo/museo.html›

PERÚ

Dino Carlos Caro Coria

SUMARIO

El conflicto interno que vivió el Perú a partir de 1980 y que se extendió casi hasta fines de los años noventa dio lugar a innumerables hechos de violencia por los grupos alzados en armas, en particular Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, las fuerzas armadas y policiales, y de organizaciones paramilitares como el Grupo Colina. El juzgamiento de estos hechos ha sido posible solo recientemente, al término del conflicto y con la plena reinstauración del régimen democrático tras su ruptura el 5 de abril de 1992. Así, la superación del pasado ha tenido como punto de referencia los trabajos de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, cuyo informe final se hizo público en agosto del 2003, el cual puso de relieve la comisión de graves crímenes de lesa humanidad e infracciones al DIH por todos los participantes del conflicto y señaló múltiples recomendaciones en el plano de las reparaciones, social, económico, político, legal, etcétera. Aunque sus funciones de investigación no tuvieron naturaleza jurisdiccional, tampoco se ha renunciado a la punición; los casos expuestos por la comisión han generado varias investigaciones judiciales actualmente en curso. La presente contribución analiza estos mecanismos de superación del pasado y en especial los alcances y aportes de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

1. Introducción

El mayor porcentaje de violaciones a los derechos humanos cometidas en Perú sucedió en el marco del conflicto interno que se inició en 1980 y se prolongó hasta la primera mitad de los años noventa. Este conflicto supuso un enfrentamiento entre, por un lado, los grupos subversivos Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) y, por otro, el Estado peruano.

El conflicto se caracterizó, fundamentalmente, por haber sido uno de los más largos, generalizados y sangrientos que se produjeron en el Perú y porque el número de muertos[1] superó ampliamente el de cualquier otro conflicto interno en que se haya visto comprometido el país.

Los años precedentes al desencadenamiento del conflicto interno estuvieron caracterizados por convulsiones políticas y sociales que coadyuvaron al debilitamiento de la aún joven democracia peruana. Luego de las profundas transformaciones demográficas, económicas y socioculturales de las décadas previas y del terremoto político que significó el reformismo militar (1968-1975), el país parecía encaminado por fin a consolidar un Estado nacional moderno y democrático.[2] Esto se vio afianzado con la convocatoria en 1979 a una asamblea constituyente que elaboró la Constitución que fue aprobada ese mismo año.

Tras la culminación de las investigaciones realizadas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional, se pudo constatar que este conflicto interno se inició en pleno reinado de un régimen democrático, con libertad de prensa y política inclusiva.

Efectivamente, en este contexto, el 17 de de mayo de 1980, en la víspera de las elecciones presidenciales, un grupo terrorista llamado Sendero Luminoso, también conocido como Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso (PCP-SL),[3] incursionó

1 Según la Comisión de la Verdad y Reconciliación, el número estimado de muertos durante el conflicto armado interno que se produjo de 1980 al 2000 asciende a 69.280, así como también miles de desplazados forzados, personas torturadas, desaparecidas, y pérdidas materiales por miles de millones de soles por la destrucción de la infraestructura productiva y vial.

2 Véase Carlos Ivan Degregori: "Memoria", en *Seminario internacional procesos post comisiones de la verdad. De la negación al reconocimiento*, Lima: Comisión de la Verdad y Reconciliación, International IDEA, 2003, p. 38.

3 Muchas organizaciones de izquierda, entre ellas Sendero Luminoso, se disputaron el título de Partido Comunista del Perú. Formalmente este grupo terrorista se autodenominó *Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso*, y a sus integrantes y seguidores se los conocía como *senderistas.* Sin embargo, hubo otros grupos políticos de izquierda, no necesariamente senderistas, que también pertenecieron al Partido Comunista del Perú.

en la localidad de Chuschi, donde robó y quemó padrones y ánforas que serían utilizados en las elecciones presidenciales del día siguiente. Sería el primer acto de *guerra* llevado a cabo por Sendero Luminoso, con el que se desencadenó una espiral de violencia cada vez más intensa. De este modo se inició la violencia política armada en el Perú.

La Comisión de la Verdad y Reconciliación ha identificado como causa directa y fundamental del conflicto armado interno la decisión PCP-SL de iniciar la denominada *guerra popular* contra el Estado y su coexistencia con el anhelo de otros peruanos de la restauración de la democracia a través de elecciones libres. Se trató, pues, de la autoexclusión del régimen democrático por los integrantes de este grupo terrorista.

La captación de los integrantes del grupo se dio principalmente a través del uso del sistema educativo, donde se sembró la idea de combatir al Estado y lograr así la *cuota de sangre* y el triunfo de la revolución por ellos iniciada. Esta captación fue posible debido a la ineficiencia del Estado para atender las necesidades educativas de la juventud con vistas a lograr un progreso tangible que supusiera un desarrollo social.

El Estado no tuvo la capacidad de elaborar un proyecto integral y eficaz de lucha contra los grupos terroristas. Esto se debió principalmente a la dificultad para comprender el fenómeno que se estaba iniciando y a la ausencia de un verdadero sistema de inteligencia que permitiera una visión acorde con la situación real. Hasta este momento no se contaba con tácticas contrasubversivas que permitiesen hacer frente a este tipo de grupos, cuyos miembros se confundían entre la población a la que se trataban proteger.

No obstante, a partir de 1983 se intensificó la respuesta estatal a la violencia desatada por Sendero Luminoso,[4] que demostró de manera brutal, entre otras cosas, las exclusiones y discriminaciones sociales y políticas que, si bien habían sido *expulsadas* por el texto constitucional de 1979, persistían en la realidad.

Sendero Luminoso es una organización terrorista de tendencia "marxista-leninista-maoísta" fundada por Abimael Guzmán Reinoso a finales de los años sesenta. Fueron sus influencias ideológicas las que determinaron en esta agrupación la necesidad del uso de la violencia para posibilitar la revolución y los cambios sociales, así como también el uso de los métodos empleados para lograr sus objetivos, como el inicio de la guerra popular prolongada del campo a la ciudad

[4] Sendero Luminoso fue intensificando sus acciones terroristas cuyas víctimas eran principalmente pobladores de la zona rural, lugar que habían convertido en el escenario principal del conflicto por sus postulados ideológicos de iniciar la revolución en el campo para luego irradiarla a la ciudad. Es así que los habitantes de estas zonas rurales eran obligados a someterse al partido, y los disidentes eran castigados con la muerte e incluso con matanzas colectivas.

Una de las incursiones terroristas más lesivas se dio el 3 de abril de 1983 en la comunidad de Luccanamarca. En ella Sendero Luminoso asesinó con machetes y cuchillos a 79 comuneros, entre niños, mujeres y ancianos. Esta incursión terrorista se dio dentro de una política de acción contra quienes se oponían a la revolución sostenida por este grupo terrorista, y marcó el punto de quiebre para la intervención del Estado en la lucha antisubversiva.

A Sendero Luminoso se sumó en 1984 el MRTA, otra agrupación terrorista a la que se enfrentaría igualmente al Estado peruano. El MRTA, a diferencia de Sendero Luminoso, no inició su lucha en el campo para luego expandirse a la ciudad; más bien se constituyó como una guerrilla clásica de izquierda, con presencia principalmente en la ciudad.[5] Este grupo evitó atacar a la población civil y se enfrentó directamente a la Policía, las Fuerzas Armadas y grupos de poder.

No obstante estas diferencias, ambas agrupaciones eran portadoras de un orden autoritario que buscó expandirse de forma violenta, en clara contraposición al Estado peruano y también contra otros intentos más o menos democráticos que surgían desde la sociedad con el propósito de establecer un nuevo orden estatal.

En 1985 asumió la Presidencia de la República el Sr. Alan García, quien identificó algunas de las causas sociales que posibilitaron y alimentaron el conflicto armado interno, una de las cuales era la extrema desigualdad. Así, desde el aparato estatal se adoptaron algunas medidas no solo para contrarrestar esta fractura social, sino también para desplegar una estrategia de la lucha antisubversiva, las que no consiguieron su objetivo.

Ya en este periodo se contaba con información más precisa respecto al actuar y la naturaleza de estos grupos terroristas, lo que permitió mejorar la capacitación de los miembros de las fuerzas policiales y militares para la lucha interna. Aun así, en el marco del combate las fuerzas armadas y policiales incurrieron en graves violaciones a los derechos humanos, tales como la tortura en los interrogatorios, maltratos crueles e inhumanos, entre otros. Se produjo un distanciamiento entre el Estado y la población ocasionado por la mala imagen de las autoridades policiales y militares, situación que se fue intensificando a lo largo del conflicto. Las medidas implantadas contra el terrorismo estuvieron muy lejos del estricto respeto a los derechos humanos.

Esta práctica se hizo patente en los motines de los penales de Lurigancho, El Frontón y Santa Bárbara, organizados simultáneamente por Sendero Luminoso en junio de 1986, y que tuvieron como resultado decenas de muertos a causa de ejecuciones extrajudiciales, como lo corrobora el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

---

[5] En 1996 el MRTA realizó una de sus últimas acciones terroristas más significativas, que causó un enorme impacto internacional: la toma de la embajada de Japón en el Perú. A esta incursión se puso fin con la operación Chavín de Huantar, que estuvo a cargo de un grupo de oficiales militares que luego fueron cuestionados al hallarse indicios de que ejecutaron extrajudicialmente a los terroristas que se habrían rendido luego del rescate. Ello motivó que se abriera una investigación a cargo del Ministerio Público.

En 1990, en medio de una crisis económica originada por la megainflación, Alberto Fujimori asumió la Presidencia de la República. Desde el principio se advirtió que carecía de una estrategia distinta para luchar contra la subversión, por lo que el Estado siguió recurriendo a métodos inconstitucionales y violatorios de los derechos humanos.

Ante el rechazo del Congreso de la República a algunas *normas de pacificación* propuestas por el Ejecutivo, por considerarlas inconstitucionales, el 5 de abril de 1992 Alberto Fujimori dio un golpe de Estado, el llamado *autogolpe,* para instaurar un "gobierno de emergencia y restauración nacional" fundado en el decreto ley n.º 25418.

Así, luego de las derrotas progresivas de los movimientos terroristas, se promulgó una nueva Constitución en 1993 cuya aprobación popular se vio asegurada con la captura de los principales líderes terroristas, hecho que afianzó la pacificación del país.

De este modo se constituyó un gobierno autoritario cuya política contrasubversiva posibilitó la extralimitación de las fuerzas policiales y militares en la lucha interna. Tal como lo ha señalado la Comisión de la Verdad y Reconciliación, hubo numerosos atropellos contra los derechos humanos con la excusa de la defensa de la población.

La afectación del Estado de derecho que ocasionó el golpe de Estado de 1992 no fue el único elemento que influyó de manera significativa en la lucha contra la subversión. Ciertamente, el Poder Ejecutivo convocó y procuró la aparición de funcionarios/operadores de inteligencia militar, en particular de Vladimiro Montesinos Torres.

Si bien se alegó el afianzamiento del sistema de inteligencia nacional contra la subversión, las averiguaciones realizadas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación pudieron verificar que el plan antisubversivo propuesto radicó en la eliminación sistemática y selectiva de los órganos de poder de estos grupos terroristas. Se postulaba la necesidad de quebrantar los derechos humanos en aras de la seguridad interna. Se ha sostenido, además, que este proyecto de lucha antisubversiva se fue propuesto desde el Ejecutivo, pasando por el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) y los altos mandos.

En conclusión, los crímenes fueron de diversa naturaleza —detenciones arbitrarias, genocidio, desapariciones forzadas, torturas, asesinatos, secuestros y ejecuciones extrajudiciales—, cometidos en su mayoría como parte de una estrategia de lucha contra la subversión. Incluso para lograr dicho fin el Estado se valió de grupos paramilitares, como el Comando Rodrigo Franco y el Grupo Colina, constituidos durante los gobiernos de Alan García Pérez (1985-1990) y Alberto Fujimori Fujimori (1990-2000) respectivamente.

Ejemplos como estos demuestran cómo la entonces nueva democracia peruana no supo utilizar recursos legítimos para hacer frente a la subversión, sino que se sometió a leyes que no se condicen con un Estado respetuoso de los derechos humanos de sus ciudadanos, y que demuestran al mismo tiempo la incapacidad del Estado para hacer frente al terrorismo evitando los excesos cometidos, principalmente, por las Fuerzas Armadas.[6]

2. Mecanismos de superación del pasado o presente conflictivo

Una de las características fundamentales del derecho penal internacional consiste en asegurar la obligación de enjuiciar y sancionar a quienes cometan graves violaciones a los derechos humanos, esto es, la de impedir la impunidad que, en la mayoría de los casos, es directamente promovida por los Estados comprometidos en estos delitos.

Esta práctica contraria al derecho penal internacional no fue ajena al Perú. Así, luego del conflicto interno y durante el gobierno de Alberto Fujimori se aprobaron leyes de amnistía, como la ley n.º 26479 (de amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos) y la ley n.º 26492 (de interpretación y alcances de amnistía otorgada por la ley n.º 26479), a fin de evitar el juzgamiento de todos aquellos comprometidos en graves violaciones a los derechos humanos. Estas medidas legislativas pretendieron consolidar y avalar la impunidad y proyectaron una mala imagen del Estado ante la población.

Si bien estas normas eran claramente inconstitucionales,[7] fueron promovidas y defendidas por el propio Estado peruano, situación que ameritó la intervención del derecho internacional a través de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos

[6] Véase Samuel Abad Yupanqui: "Retos jurídicos del Informe de la CVR: la necesaria garantía del derecho a la verdad", en *Revista Derecho PUCP*, n.º 57, Lima, 2000, p. 41.

[7] Así lo manifestó la juez Antonia Saquicuray (que investigaba la masacre de Barrios Altos, cometida por el llamado Grupo Colina en noviembre de 1991), al declarar inaplicables las leyes de amnistía por carecer de respaldo constitucional y contravenir la Convención Americana de Derechos Humanos; sin embargo, esta decisión de la juez fue contravenida por la ley n.º 26492, llamada "de interpretación y alcances de la amnistía otorgada por la ley 26479".

Humanos, las cuales dieron el impulso decisivo para la inaplicación de las leyes de amnistía.

En efecto, en el caso *Barrios Altos contra Perú* la Corte Interamericana manifestó que resultaban inadmisibles las disposiciones de amnistía, prescripción y establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendiesen impedir la investigación y sanción de los responsables, por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.[8]

De este modo, con base en la incompatibilidad de las leyes de autoamnistía y la Convención Americana de Derechos Humanos, el tribunal declaró inconstitucionales tales las leyes, lo que posteriormente originó múltiples pronunciamientos al respecto por parte de los tribunales nacionales.

Con todo, esta decisión jurisprudencial da cuenta de la obligatoriedad que ha adquirido el castigo de las violaciones de los derechos humanos, pues la renuncia a tal castigo a través de un proceso de amnistía —o autoamnistía— implicaría el desconocimiento de las obligaciones que el Estado asume frente a la comunidad internacional. Asimismo, demuestra que estas leyes no permiten la adecuada superación de un pasado conflictivo, sino que más bien la imposibilitan al dejar un gran margen a la impunidad, más aun cuando se trata de delitos tan graves como la lesión de derechos humanos.[9]

Asimismo, la concesión de amnistías es contraria a las obligaciones internacionales del Estado, lo que significa que únicamente podrá ser otorgada por la comisión de delitos políticos o delitos comunes conexos no graves. De esta forma se logra compatibilizar la necesidad de verdad y justicia con el otorgamiento de leyes de amnistía.

En buena cuenta, se trata de que, para la expedición de leyes de amnistía, esté comprobado que estas constituyen la única opción posible para facilitar el proceso de

---

[8] Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 14 de marzo de 2001, *caso Barrios Altos*, párrafo 41. Asimismo, resulta pertinente agregar el íntegro del párrafo 43, en la cual la Corte desarrolla lo planteado en el párrafo anterior: "La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a los derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente".

[9] Legalmente la punición de los delitos contra los derechos humanos se ha visto asegurada a través de la incorporación en nuestro Código Penal del título XIV.A, denominado "Delitos contra la humanidad", según el artículo 1.° de la ley n.° 26926, del 21 de febrero de 1998.

transición; es decir, la coyuntura política y social del Estado debe ser tal que no permita a las autoridades conducir el proceso de reconciliación a través de otros métodos más compatibles con las exigencias de verdad y justicia que reclama la justicia transicional.[10]

Si se entiende que para la superación de un pasado conflictivo se hace necesario el juzgamiento de quienes han cometido graves violaciones a los derechos humanos, también se debe sostener que para tal fin resulta imprescindible afirmar la imprescriptibilidad de estos delitos. Su persecución y castigo deben ser posibles a través del tiempo, ya que la justicia se hace de sumo necesaria en estos casos.

Así lo hicieron entender los tribunales nacionales en diversas sentencias, afirmando que resultaban inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier otro obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretendiera impedir la investigación de violaciones de los derechos humanos y la sanción de sus responsables, con lo cual se logró el efectivo procesamiento de personas vinculadas a la comisión de estos delitos.

Como hito trascendental de esta regla propugnada en la comunidad internacional, específicamente en América Latina, se puede mencionar el reciente inicio del proceso penal instaurado contra el ex presidente Alberto Fujimori, quien actualmente enfrenta cargos por la comisión de delitos de lesa humanidad, entre otros, cometidos durante su gobierno.

Este procesamiento viene siendo posible tras la emisión del fallo de la Corte Suprema de Justicia Chilena que concedió la extradición de Fujimori al Perú para su sometimiento a la justicia peruana por delitos de lesa humanidad y de corrupción cometidos durante su gobierno.[11]

Esta decisión jurisprudencial del tribunal chileno no hace más que afianzar la prevalencia de los derechos humanos y así asegurar el juzgamiento y la sanción de quienes se han visto comprometidos en graves violaciones a los derechos humanos, así se trate de jefes de Estado que en su momento gozaron de inmunidad.

Ya en el plano del derecho penal común, después de finalizado el conflicto interno y durante el gobierno de Alberto Fujimori, se dieron algunas medidas que intentaron, en ciertos casos, asegurar la impunidad de quienes habían participado en la lucha

---

[10] Elizabeth Salomón G.: "Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana", en *International Review of The Red Cross*, 2006, ‹http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckry/$File/ricr_862_Salmon.pdf›.

[11] Específicamente el fallo emitido por la Sala Penal de la Corte Suprema chilena determinó que Alberto Fujimori fuera extraditado por los siguientes casos: 1) *caso Allanamiento;* 2) *caso Interceptación telefónica;* 3) *caso Medios de comunicación;* 4) *caso Compensación por tiempo de servicios a Montesinos, por 15 millones de dólares;* 5) *caso de los Congresistas tránsfugas;* 6) *caso Sótanos del Servicio de Inteligencia del Ejército en la detención y tortura de Samuel Dyer y Gustavo Gorriti;* 7) *casos de la Matanza de Barrios Altos y La Cantuta.* Por lo tanto, Alberto Fujimori será juzgado solo por estos casos.

contrasubversiva —leyes de amnistía— o, en otros, promover la pacificación del país a través de los indultos.

En el año 1995, a raíz del crimen de Barrios Altos, se inició una investigación de dicho incidente en la cual se incluyó a los miembros del llamado Grupo Colina. Sin embargo, la persecución y sanción de este hecho no fue entonces posible debido a la aprobación por el Congreso de la República de la Ley de Amnistía n.º 26479, el 14 de junio de 1995, cuyo artículo 1.º, en términos exactos, establecía:

> Concédase amnistía general al personal militar, policial o civil, cualquiera fuere su situación militar o policial o funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares, en los fueros común o privativo militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de promulgación de la presente ley.

Asimismo, en su artículo 6.º la misma ley señalaba:

> Los hechos o delitos comprendidos en la presente amnistía, así como los sobreseimientos definitivos y las absoluciones, no son susceptibles de investigación, pesquisa o sumario; quedando, todos los casos judiciales, en trámite o en ejecución, archivados definitivamente.

No obstante la aprobación de esta ley, la juez Antonia Saquicuray la inaplicó por ser inconstitucional y por contravenir las obligaciones internacionales que la Convención Americana establecía. Esta decisión llevó a que el Congreso promulgara el 21 de junio de 1995 la ley n.º 26492, que no hacía más que interpretar y dar los alcances de la amnistía otorgada por la ley anterior.

Lo particular de la ley n.º 26492 es que declaró la obligatoriedad aplicativa de la amnistía en favor de los miembros de las fuerzas armadas y policiales que estuviesen investigados por su actuar en la lucha antisubversiva, extendiendo el beneficio a todos los funcionarios militares, policiales o civiles que aún no hubieran sido denunciados. Adicionalmente, "determinó" que la amnistía no constituía interferencia alguna en el ejercicio de la función jurisdiccional ni vulneraba el deber del Estado de garantizar y respetar la plena vigencia de los derechos humanos.[12]

[12] El artículo 1.º señala: "Entiéndase que la amnistía otorgada por la Ley N.º 26479, según lo dispuesto en el inciso 3.º del artículo 139.º de la Constitución Política, no constituye interferencia en el ejercicio de la función

Con esto se demuestra que las políticas antisubversivas que emprendió el Estado estuvieron caracterizadas por las prácticas sistemáticas de violaciones a los derechos humanos y contaron, al mismo tiempo, con su permisividad o complicidad al no perseguir ni sancionar los delitos cometidos, sino protegerlos con un manto de impunidad.

A contracorriente, el gobierno de turno hizo también uso del derecho de indulto. El 15 de agosto de 1996, a través de la ley n.º 26655, se creó una comisión encargada de proponer al presidente de la República la concesión de indulto a personas condenadas por delitos de terrorismo y traición a la patria.[13]

El argumento que dio origen a esta ley se basó en el reconocimiento de que un significativo número de personas, presumiblemente inocentes, habían sido condenadas o se encontraban procesadas por delitos de terrorismo o traición a la patria, personas que no habían tenido ninguna vinculación con elementos, actividades u organizaciones terroristas.

Esta situación fue provocada por diversas leyes que se promulgaron partir del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, en el marco de la lucha antiterrorista y a raíz de la implementación de políticas represivas que afectaban a la población civil que se mantenía al margen del conflicto, todo ello violando claramente principios básicos de un Estado de derecho.

Dentro del derecho penal diferencial, una de las medidas que adoptó el gobierno para desarticular a los grupos terroristas y pacificar el país fue la promulgación de leyes de arrepentimiento. Así, el 12 de mayo de 1992 se promulgó el decreto ley n.º 25499, llamado Ley de Arrepentimiento.

Este decreto ley contemplaba los términos en que se concedía el beneficio de "la reducción, exención, remisión o atenuación de la pena" a quienes voluntariamente abandonaran una agrupación subversiva habiendo cometido el delito de terrorismo. A cambio, los acogidos a la ley debían entregar información que permitiese a las fuerzas del orden la desarticulación de la célula y la captura de su mando. Asimismo, establecía una limitación: no se podían acoger a esa ley los cabecillas ni los miembros de la cúpula dirigente.

---

jurisdiccional ni vulnera el deber del Estado de respetar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, reconocido por el artículo 44.º de la Constitución Política y, entre otros Tratados sobre la materia, el numeral 1.º del artículo 1.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

[13] La Comisión estuvo integrada por el defensor del Pueblo, el ministro de Justicia y el representante del presidente de la República. Su funcionamiento se prolongó a través de sucesivas leyes hasta el año 1999, la última de las cuales fue la ley n.º 27014. A través de la ley n.º 27234 se sustituyó esta Comisión con la creación del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

Específicamente, la reducción de la pena se planteaba en dos supuestos específicos: en primer lugar, cuando una persona voluntariamente y en forma definitiva abandonaba su vinculación con un grupo u organización terrorista, así como las actividades relacionadas con esta; en segundo lugar, cuando, fuera de los casos de detención en flagrante delito, en el transcurso de la investigación policial y en cualquier estado del proceso penal antes de la acusación fiscal, el encausado confesara su participación en el delito de terrorismo y manifestara su arrepentimiento.

La exención de pena se otorgaba cuando alguien involucrado en un delito de terrorismo proporcionaba voluntariamente información que permitiera conocer detalles de grupos u organizaciones terroristas y su funcionamiento, la identificación de los jefes, cabecillas, dirigentes y/o principales integrantes, así como futuras acciones que con dicha información se impidieran o neutralizaran, o bien cuando el agente comunicara a la autoridad policial o jurisdiccional alguna situación de peligro que permitiera evitar la producción del evento dañoso.

La remisión de pena se otorgaba cuando el sentenciado por delito de terrorismo se encontrase cumpliendo pena privativa de libertad y proporcionara información, considerada veraz y oportuna por las autoridades pertinentes, que permitiera descubrir la organización y el funcionamiento de grupos u organizaciones terroristas, establecer la identidad de sus cabecillas, jefes, dirigentes y/o principales integrantes que hiciera posible su captura, así como conocer de futuras acciones a fin de impedirlas o neutralizar los daños que podrían haberse producido. Estaban exceptuados de este beneficio quienes hubieran cometido delitos graves de terrorismo, establecidos en el decreto ley n.º 25475, así como los que hubiesen participado directamente en la muerte de personas.

Esta legislación gozó de ciertas bondades al lograr desarticular, aunque limitadamente, a los grupos subversivos a través de la deserción masiva y su decisivo debilitamiento. Contrariamente, no tuvo los mismos aciertos a la hora de su aplicación, pues muchas veces los terroristas arrepentidos se vieron obligados, como contraprestación para acceder a este beneficio, a delatar a personas que no necesariamente se encontraban comprometidas con los grupos terroristas o a proporcionar datos que no podían ser corroborados, y estas declaraciones finalmente fueron utilizadas como pruebas plenas para detener y condenar. No obstante, la referida ley dio una clara muestra de que era posible lograr una adecuada superación del conflicto a través de concesiones otorgadas por el Estado.

El 4 de junio del 2001, después de terminado abruptamente el gobierno de Alberto Fujimori y en la etapa de transición democrática, se creó la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Como se verá, se formó con el objetivo de esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre del 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado, así como proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y la concordia entre los peruanos.

La particularidad radica en el lapso de la investigación encomendada a esta comisión, que cubrió períodos de gobiernos democráticamente instalados y se extendió hasta después del golpe de Estado de 1992.

El 28 de agosto de 2003 la Comisión de la Verdad y Reconciliación entregó su informe final, en el cual da cuenta de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante el conflicto interno, la forma en que el Estado afrontó esa lucha, los posibles responsables y las recomendaciones para que esos hechos no se repitan.

Como resultado, se inició un proceso de reparaciones originado por la ley n.º 28592, que creó el Programa Integral de Reparaciones y cuyo objetivo, específicamente, era establecer el Marco Normativo del Plan Integral de Reparaciones (PIR) para las víctimas de la violencia ocurrida entre mayo de 1980 y noviembre del 2000. Esto en cuanto a las medidas tomadas por el Estado.

Por otro lado, el 3 de octubre del año 2000, a raíz del escandaloso descubrimiento de videos de corrupción y cuando aún gobernaba Alberto Fujimori, se dio la ley n.º 27351, que desactivaba el Servicio de Inteligencia Nacional —en los hechos dirigido hasta entonces por el asesor de inteligencia Vladimiro Montesinos Torres—. Esta medida fue alimentada por cuanto se consideraba al SIN como principal responsable de casos de tortura, asesinatos, secuestros y represión contra los opositores al gobierno. Tras abandonar la presidencia Alberto Fujimori, se tomaron medidas tendientes a reorganizar íntegramente las fuerzas armadas y otras instituciones del Estado.

3. Análisis de los mecanismos utilizados

3.1. Comisión de la Verdad y Reconciliación

Luego de la repentina renuncia desde Japón de Alberto Fujimori a la Presidencia de República, el Congreso nombró como presidente transitorio a Valentín Paniagua, quien inició el proceso de democratización del Perú, lo que le otorgó legitimidad para llevar adelante las medidas necesarias.

Una de estas medidas fue la creación de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, instaurada con el fin de esclarecer las violaciones a los derechos humanos producidas en el marco del conflicto interno, así como promover la reconciliación entre los peruanos tras la pacificación.

La Comisión de la Verdad fue creada el 4 de junio de 2001 mediante el decreto supremo n.º 065-2001-PCM. Posteriormente, el 31 de agosto de 2001, a través del decreto supremo n.º 101-2001-PCM se modificó la denominación de *Comisión de la Verdad* por la de *Comisión de la Verdad y Reconciliación,* lo que ameritó el aumento del número de sus integrantes.

Jurídicamente, la Comisión fue creada como un órgano del Consejo de Ministros, aunque mantenía la autonomía que el encargo implicaba, aun con las limitaciones propias de una organización no jurisdiccional. Estuvo integrada inicialmente por siete miembros, elegidos el 6 de junio de 2001 por el presidente de la República, previo voto aprobatorio del Consejo de Ministros, mediante la resolución suprema n.º 330-2001-PCM. Posteriormente se incrementó el número de miembros a 12, y la integración se completó el 5 de setiembre del mismo año, a través de la resolución suprema n.º 438-2001-PCM.

La Comisión estuvo presidida por el Dr. Salomón Lerner Febres y la conformaron Beatriz Alva Hart, Enrique Bernales Ballesteros, Iván Degregori, el padre Gastón Garatea, Alberto Morote Sánchez y Carlos Tapia García, monseñor José Antúnez de Mayolo, Sofía Macher Botanero, el teniente general FAP (r) Luis Alfonso Arias Graziani, Rolando Ames Cobián y el pastor Humberto Lay Sun. Asimismo, se nombró en calidad de observador de la Comisión de la Verdad y Reconciliación a monseñor Luis Bambarén Gastelumendi.

Todos ellos debían de llevar a cabo las tareas encomendadas a la Comisión de la Verdad y Reconciliación en un plazo de 18 meses a partir de su instalación, prorrogable

por cinco meses más. La Comisión entregó su informe final el 28 de agosto de 2003, tras dos años de intenso trabajo. En él se materializan las investigaciones realizadas, las conclusiones y las recomendaciones para posibilitar la *reconciliación nacional.*

Los objetivos encomendados a la Comisión fueron los siguientes: a) analizar las condiciones políticas, sociales y culturales, así como los comportamientos que, desde la sociedad y las instituciones del Estado, contribuyeron a la trágica situación de violencia por la que atravesó el Perú; b) contribuir al esclarecimiento por los órganos jurisdiccionales respectivos, cuando corresponda, de los crímenes y violaciones de los derechos humanos por obra de las organizaciones terroristas o de algunos agentes del Estado, procurando determinar el paradero y la situación de las víctimas e identificando, en la medida de lo posible, las presuntas responsabilidades; c) elaborar propuestas de reparación y dignificación de las víctimas y sus familiares; d) recomendar reformas institucionales, legales, educativas y otras, como garantías de prevención, a fin de que sean procesadas y atendidas por medio de iniciativas legislativas, políticas o administrativas, y e) establecer mecanismos de seguimiento a sus recomendaciones.

Otra cuestión fue quiénes deberían ser investigados y la naturaleza de los delitos materia de análisis. Se definió que los hechos serían los imputables a las organizaciones terroristas, a los agentes del Estado o a los grupos paramilitares. Los delitos comprendieron: a) asesinatos y secuestros; b) desapariciones forzadas; c) torturas y otras lesiones graves; d) violaciones a los derechos colectivos de las comunidades andinas y nativas del país, y e) otros crímenes y graves violaciones contra los derechos de las personas. Este último apartado otorgó cierta flexibilidad para incluir delitos que no habían sido señalados explícitamente, siempre y cuando fueran congruentes con los fines de la Comisión.

Para llevar a cabo estas investigaciones la Comisión gozó de ciertas prerrogativas, aunque ninguna le permitía sustituir en sus funciones al Poder Judicial ni al Ministerio Público. Tampoco poseía atribuciones jurisdiccionales, por lo cual no pudo exigir la comparecencia de testigos e inculpados. Sin embargo, esa deficiencia coactiva se vio reemplazada por una labor de persuasión y mandato moral muy importante. La tarea de la Comisión fue, por lo tanto, contribuir al esclarecimiento de los crímenes. En palabras del Tribunal Constitucional:

> [El propósito de la Comisión de la Verdad] no fue el de suplantar, sustituir o superponerse al Poder Judicial; antes bien, uno de sus objetivos fundamentales fue el de identificar los hechos y las responsabilidades de las violaciones de los Derechos Humanos, empeñándose, en lo posible, en tratar de determinar su real existencia y veracidad, y, complementariamente,

> en evitar la desaparición de pruebas vinculadas con tales hechos. Sus investigaciones, con loable criterio exhaustivo, han permitido conocer los sucesos acaecidos en nuestro país en estas últimas décadas, y contribuyen al imperativo de cumplir con la obligación internacional y constitucional de evitar la impunidad y restituir los derechos violados para conseguir la paz social y la reconciliación nacional.[14]

Entre las prerrogativas de la Comisión de la Verdad y Reconciliación estaban la de entrevistar y recopilar la información que considerara pertinente de cualquier persona, autoridad, funcionario o servidor público; solicitar la cooperación de los funcionarios y servidores públicos para acceder a documentación o información del Estado; realizar visitas e inspecciones; celebrar audiencias públicas y cualquier otra diligencia que juzgara conveniente; gestionar las medidas de seguridad para las personas que considerara en situación de amenaza a su vida o a su integridad personal.

La Comisión elaboró un esquema de trabajo que dividió las actividades en: a) audiencias públicas; b) recojo de testimonios y base de datos; c) análisis de crímenes y violaciones de los derechos humanos; d) exhumaciones; e) iniciativa sobre personas desaparecidas; f) proceso nacional de la violencia; g) historias regionales; h) estudios en profundidad; i) propuestas de política de reparaciones; j) propuesta de reformas institucionales; k) perspectiva y experiencia de reconciliación, y l) proyecto fotográfico. A continuación el análisis de cada una de ellas.

a) Audiencias públicas. Fueron las actividades que causaron mayor impacto. La Comisión de la Verdad las describe como sesiones solemnes en las que los comisionados recibieron directamente, ante la opinión pública nacional, el testimonio de víctimas o testigos sobre hechos que afectaron gravemente a la víctima y a su grupo familiar o social, o que por su magnitud y complejidad marcaron al país y crearon grave preocupación en la comunidad internacional.

La oportunidad de rendir testimonio frente al país fue un acto de dignificación de las víctimas de la violencia interna que no pudieron verse escuchadas por las autoridades ni por la población oportunamente. La Comisión buscó que las víctimas aportaran a la investigación con su verdad personal, con su interpretación de los hechos y sus esperanzas de justicia, reparación y prevención.

La inmediatez de la víctima en la audiencia pública estimula el contacto emocional y una reflexión humana sobre la necesidad de respetar los derechos de todos. En

---

[14] Sentencia de 18 de marzo de 2004, expediente n.° 2488-2002-HC/TC.

este sentido, siempre según la Comisión, puede propiciar la reconciliación nacional, entendida como la superación de formas de discriminación que victimizan permanentemente a amplios sectores de la población e impiden que los peruanos reconozcamos y celebremos nuestra diversidad.

b) Recojo de testimonios y base de datos. Según la propia Comisión de la Verdad y Reconciliación, su tarea central fue recoger la voz de las víctimas de la violencia interna. Se trata de manifestaciones de las personas que conocen de un crimen, sobre el hecho, sobre las víctimas resultantes y eventualmente sobre el perpetrador. Cada testimonio puede dar información sobre más de una víctima.

La base de datos con que se trabajó recoge la experiencia de otras comisiones de la verdad en el mundo, especialmente la de Sudáfrica. Se trata de un sistema sofisticado que reúne muchas variables acerca de las víctimas y los hechos. Ello le permitió a la Comisión, por ejemplo, observar la caracterización de la población victimizada en el país según sexo, edad, lugar de procedencia, nivel de instrucción, tipo de violación sufrida. Asimismo, permite entender mejor la complejidad de la violencia que vivió el país.

c) Análisis de crímenes y violaciones a los derechos humanos. Este fue uno de los temas fundamentales que motivaron la creación de la Comisión. La tarea emprendida le permitió concluir que hubo violaciones de derechos humanos tanto por los grupos subversivos como por agentes estatales, cuya práctica fue sistemática o generalizada, alimentada por la estrategia política contrasubversiva emprendida por Estado.

Este esclarecimiento es importante porque permitió definir las respectivas responsabilidades y, posteriormente, someter muchos de estos casos al Poder Judicial para su juzgamiento.

La Comisión enfocó su trabajo en los siguientes hechos: desaparición forzada de personas, asesinatos y ejecuciones extrajudiciales, masacres, secuestros, torturas, atentados terroristas, violencia contra la mujer, violaciones de derechos colectivos, detenciones y condenas en violación del debido proceso y desplazamiento interno a causa de la violencia.

Los testimonios y los estudios especiales confirman que la violencia se distribuyó en el territorio nacional de manera muy desigual y se encarnizó en aquellas zonas que desde hace mucho tiempo sufren el atraso, la postergación y sobrellevan la carga más dura del subdesarrollo del país. Huanta, Huamanga, La Mar, en Ayacucho, Junín, especialmente las vertientes del río Ene, ocupada por la nación Ashaninka, en la Selva Central, Huánuco, Tingo María, Aucayacu, Tocache y Uchiza, en el Huallaga, están entre las primeras zonas según incidencia de la violencia.

d) Exhumaciones. La Comisión dio la iniciativa para realizar numerosas exhumaciones de cadáveres, resultado de las masacres cometidas tanto por agentes del Estado como por las organizaciones terroristas, con lo que contribuyó al esclarecimiento de los hechos ocurridos durante el conflicto interno.

e) Iniciativa sobre personas desaparecidas. Esta iniciativa se funda en un trabajo conjunto que buscó trascender el plano jurídico y legal, y brindar un trato humanitario a los familiares que persisten en la búsqueda de sus seres queridos. Con ella se contribuyó al esclarecimiento de la situación de las personas cuyo paradero no ha podido ser determinado hasta la actualidad. Se elaboró una única lista de personas desaparecidas junto con la Defensoría del Pueblo, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y la Cruz Roja Internacional.

f) Proceso nacional de la violencia. Estas investigaciones se enfocaron en el comportamiento de los actores políticos durante el conflicto y en cómo transcurrió este durante esos años. Se entrevistó a dirigentes de los partidos de gobierno y de fuerzas que tuvieron influencia nacional, así como a quienes declararon la guerra misma, a los representantes actuales y anteriores de las instituciones militares del Estado, que fueron encargadas de enfrentar la subversión; se recogieron documentación y estudios anteriores, etcétera.

g) Historias regionales. Con esto la Comisión se planteó reconstruir los sucesos atendiendo a las interpretaciones regionales de los hechos, para así evitar la interpretación usual, desde la perspectiva de Lima.

h) Estudios en profundidad de casos significativos. La relación de estos estudios permite tener una idea del trabajo de investigación *ad hoc* sobre casos, zonas o temas, claves que la Comisión encontró indispensables.

Ellos proporcionan información sobre lo que ocurrió en esas situaciones particulares, pero ayudan simultáneamente a recomponer mejor el perfil de la historia de conjunto. Esto permite mostrar la complejidad de la violencia a través de diversos elementos, como patrones de violación, intensidad de la violencia por regiones, identificación de responsables, prácticas y conductas de los actores del conflicto, estrategias políticas y acciones desarrolladas, contextos e historias sociales y políticas, así como la naturaleza de estas acciones. Por ejemplo: Luccanamarca (Ayacucho), violencia y narcotráfico, Oreja de Perro (Ayacucho), etcétera.

i) Propuesta de política de reparaciones. El programa integral de reparaciones se ubica en una perspectiva de futuro; es decir, en vez de intentar restablecer la situación

anterior a la violencia (por demás imposible), intenta contribuir a mejorar la calidad de vida de las víctimas de la violencia.

Las reparaciones no son programas/políticas de desarrollo, si bien ambos tienen conexiones importantes. El programa de reparaciones responde a una lógica y objetivo único, que es el resarcimiento del daño a las víctimas de la violencia política, y no pretende, por lo tanto, resolver los problemas más estructurales de pobreza, injusticia y exclusión.

En su informe final, la Comisión formuló recomendaciones tendientes a superar el pasado conflictivo a través de las reparaciones de los que se vieron afectados directa e indirectamente por el conflicto interno. Así se recomendaron las siguientes reparaciones:

i.1) Reparaciones simbólicas. Buscaron promover actos que reconocieran la importancia y la gravedad de los daños causados a quienes deberían haber sido protegidos. Asimismo, se planteó cerrar o reformar ciertos lugares asociados con violaciones de derechos humanos, como los centros de reclusión donde las condiciones penitenciarias son especialmente duras y constituyen trato cruel, inhumano o degradante (por ejemplo, el Penal de Challapalca y la Base Naval de El Callao).

i.2) Reparaciones en salud. Se recomendó establecer programas de salud gratuitos para tratar el daño mental y físico, incluidas las especialidades sobre la problemática de salud mental de las mujeres.

i.3) Reparaciones en educación. Se planteó a las autoridades a exonerar de los pagos de educación a las víctimas del conflicto interno, así como implementar un programa de becas para quienes tuvieron que interrumpir sus estudios por este motivo. Se planteó también ampliar o establecer programas de educación para adultos en aquellas zonas de mayor incidencia de la violencia.

i.4) Reparación para devolver el estatus pleno de ciudadano y remover estigmas legales. En este apartado la Comisión recomendó; a) regularizar el estatus legal de las personas desaparecidas reconociendo su situación con la figura de la *ausencia por desaparición,* lo cual permitirá a los familiares regularizar los trámites sucesorios y sobre propiedad o posesión de bienes; b) regularizar la situación legal de los indebidamente requisitoriados, ciudadanos que tienen órdenes de detención en su contra por delitos de terrorismo; c) establecer un programa masivo de documentación y regularización de la documentación para las personas que

a causa del conflicto interno armado se encuentran indocumentadas; d) anular los antecedentes judiciales, penales y policiales a los presos inocentes absueltos, liberados por cumplimiento de pena, indultados o beneficiados por el derecho de gracia.

i.5) Reparaciones económicas. La Comisión recomendó ofrecer indemnizaciones individuales a los familiares de los fallecidos y desaparecidos, a los discapacitados físicos o mentales, a las personas injustamente encarceladas, a las víctimas de violencia sexual y a los hijos producto de tal violación. Recomendó también ofrecer reparaciones colectivas para la reconstrucción y consolidación de la institucionalidad de las comunidades campesinas o nativas, los asentamientos humanos y otros poblados que, como consecuencia del período de violencia, perdieron parcial o totalmente su infraestructura social y física.

j) Preparación de reformas institucionales. A partir del análisis de los factores que originaron el conflicto y le dieron las características que tuvo, y también como resultado del reconocimiento de las secuelas dejadas por la violencia, se creyó indispensable impulsar profundas reformas institucionales. Ellas han de ser entendidas, al mismo tiempo, como actos de justicia y como medidas de prevención de un nuevo ciclo de violencia.

En este orden de ideas, la Comisión de la Verdad recomendó: reformas para garantizar la presencia del Estado sobre todo en las zonas que fueron afectadas directamente por el conflicto interno; reformas de las fuerzas del orden para desarrollar una política nacional de seguridad y establecer al mismo tiempo el control civil de los servicios de inteligencia militar, así como delimitar las competencias de las Fuerzas Armadas y de la Policía; reformas de la administración de justicia para fortalecer su independencia, incorporar a la legislación nacional avances de documentos internacionales de derechos humanos y establecer los procedimientos e instituciones necesarios para el estudio y la resolución de los pedidos de gracia de los condenados por terrorismo que alegan inocencia; y reformas del sistema educativo.

k) Perspectiva y experiencia de reconciliación. Desde el principio se tuvo en cuenta que la exploración del pasado tiene una vocación de construir el futuro. Ese futuro, para la Comisión, debe hallarse marcado por una genuina reconciliación, que no debe confundirse con impunidad.

Con el fin de definir propuestas de reconciliación, la Comisión ha promovido diversos talleres y encuentros con la población en distintos lugares del país. En ellos ha

recogido percepciones y expectativas sobre la violencia experimentada y las expectativas de la población para el futuro lleven a una reconciliación eficaz.

El informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación fue entregado el 28 de agosto de 2003, después de dos años de intenso trabajo. Esta fue la primera comisión de la verdad que atribuyó responsabilidad por la violación de derechos humanos a grupos terroristas. El PCP-Sendero Luminoso es identificado como el principal perpetrador de crímenes y violaciones de los derechos humanos; fue responsable del 54% de las víctimas fatales reportadas a la Comisión (en este sentido, es un caso excepcional entre los grupos subversivos de América Latina y una de las singularidades más notorias del proceso que le ha tocado analizar a la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú).

Asimismo, la Comisión concluyó que la violencia ejercida por los grupos armados de oposición y por agentes del Estado se concentró en la población más desprotegida del país: personas en comunidades indígenas o campesinas, en su mayoría quechuahablantes, con escasos recursos económicos y niveles de educación por debajo de la media del país. El informe considera que la persistente discriminación racial, social y de género en el Perú contribuyó a que el sufrimiento de estos miles de peruanos y peruanas no fuera reconocido durante años por los sectores de la sociedad con poder económico y político.

Por otro lado, la Comisión señaló a los agentes activos de las violaciones de los derechos humanos durante el conflicto interno, que en gran medida fueron agentes individuales, pero tuvieron un ámbito mucho más amplio de sindicación al incluir las responsabilidades colectivas y la complicidad de grandes sectores de la sociedad.[15] Esta prerrogativa de la Comisión permitió una atribución de responsabilidad política y social que motivó un adecuado conocimiento de los hechos y que podría ser la base de una efectiva reconciliación.

Como producto de esta tarea, hasta el año 2006 la Comisión de la Verdad presentó 47 casos de graves violaciones a los derechos humanos. De ellos, 45 fueron entregados al Ministerio Público y 2 al Poder Judicial, debido a que ya tenían proceso penal abierto cuando la Comisión culminó sus funciones.[16] Desde la presentación del informe final, el Poder Judicial ha iniciado proceso penal sobre 24 casos presentados. De los 26 los que

---

[15] Véase Susan Kep: "Justicia y comisiones de la verdad", en *Verdad, memoria, justicia y reconciliación. Sociedad y comisiones de la verdad*, APRODEH, 2002, p. 78.

[16] Carlos Rivera Paz: "La judicialización de las violaciones a los derechos humanos en el Perú", ‹http://www.idl.org.pe/Publicaciones/index.htm›.

se encuentran en dicho ente jurisdiccional, 4 casos han sido sentenciados en primera instancia.

Posteriormente, las autoridades definieron una serie de iniciativas para atender las recomendaciones del informe; sin embargo, aún no se han logrado adoptar muchas de estas medidas, ya sea por falta de voluntad política o por deficiencias económicas e institucionales.

En febrero de 2004 se creó una Comisión Multisectorial de Alto Nivel, integrada por representantes del gobierno y organismos de derechos humanos, con el objetivo de diseñar y supervisar la ejecución de las recomendaciones formuladas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

3.2. Medidas de restitución, reparación/compensación, rehabilitación, no repetición

Para llevar un adecuado proceso transicional, un Estado debe adoptar medidas a favor de quienes estuvieron involucrados en determinado conflicto interno como potenciales víctimas. En el Perú este proceso se inició con la entrega del informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

A partir del informe se fueron adoptando una serie de medidas que permitieron implementar sus recomendaciones. Una de las primeras medidas de importancia se dio el 6 de febrero de 2004 a través del decreto supremo n.º 003-2004-JUS, por el cual se conformó una Comisión Multisectorial de Alto Nivel encargada de las acciones políticas del Estado en los ámbitos de la paz, la reparación colectiva y la reconciliación nacional.

Las funciones específicas que se asignaron a esta Comisión fueron: 1) diseñar la política nacional de paz, reconciliación y reparación colectiva para su aprobación por el Consejo de Ministros; 2) coordinar el cumplimiento de las políticas públicas específicas para el cumplimiento de los objetivos de paz, reconciliación y reparación colectiva; 3) supervisar el cumplimiento de los objetivos planteados; 4) promover la cooperación y colaboración de la sociedad civil en el logro de los objetivos de paz, reconciliación y reparación colectiva, y 5) establecer y mantener vinculaciones con organismos internacionales de derechos humanos con la finalidad de procurar la cooperación técnica internacional.

El Estado peruano reconoció oficialmente por primera vez el concepto de *reparación integral* mediante el decreto supremo n.º 062-2004-PCM, del 27 de agosto de

2004. En él se contemplan la restitución de los derechos ciudadanos, las reparaciones en educación y en salud, las reparaciones colectivas y simbólicas, y se promueve además el acceso habitacional. No se incluyen reparaciones de orden monetario.

Adicionalmente, la Programación Multianual 2005-2006[17] manifiesta la obligación del gobierno nacional, así como de los gobiernos regionales y locales, de incluir en sus pliegos presupuestarios los recursos necesarios para implementar el Programa Integral de Reparaciones y enviar una programación para el tercer trimestre del año 2005 de los programas de servicios e inversiones identificados en él como reparaciones.

Sin embargo, una de las medidas de mayor trascendencia e importancia en cuanto a reparaciones se adoptó el 28 de junio de 2005 mediante la ley n.º 28592,[18] reglamentada mediante decreto supremo n.º 015-2006-JUS. En ella se estableció el marco legal sobre el cual deben diseñarse, coordinarse y ejecutarse las acciones y políticas del Estado en materia de reparaciones en favor de las víctimas del conflicto interno, referidas a los derechos económicos y sociales así como la restitución de derechos ciudadanos,[19] entre otros. De esta manera, se crea una estructura orgánica a partir de la cual se distribuyen funciones y establecen obligaciones para la correcta implementación de los programas de reparación.

Los organismos que forman parte de esta estructura son los siguientes:

1) Comisión Multisectorial de Alto Nivel, encargada del seguimiento de las acciones y políticas del Estado en los ámbitos de la paz, la reparación colectiva y la reconciliación nacional. Está compuesta por representantes de 14 instituciones del Estado y tiene a su cargo la coordinación y supervisión del proceso de reparaciones, así como de las acciones que por esta materia implemente el Estado en sus tres niveles de gobierno.

---

[17] Decreto supremo n.º 047-2005-PCM, del 7 de julio de 2005.

[18] La presente ley tuvo su fuente en el decreto supremo n.º 062-2004-PCM, en que se aprueba el marco programático de la acción del Estado en materia de paz, reparación y reconciliación nacional, publicado el 27 de agosto de 2004. En ella se reconoce como marco programático de la acción del Estado en materia de reparaciones integrales los siguientes ejes: restitución de derechos ciudadanos, reparaciones en educación, reparaciones en salud, reparaciones colectivas y reparaciones simbólicas, como pase para la formulación, coordinación, seguimiento, monitoreo y ajuste del Plan Integral de Reparaciones. Incluye además, como medida y beneficio complementario, la promoción y facilitación del acceso a una solución habitacional en el marco del Plan Nacional de Vivienda, como base. Finalmente, encarga a la Comisión Multisectorial de Alto Nivel encargada de las acciones y políticas del Estado en los ámbitos de la paz, la reparación colectiva y la reconciliación nacional, la preparación y publicación del texto único concordado del Marco Programático y de la programación multianual de las acciones del Estado para el periodo 2005-2006, en un plazo de 60 días.

[19] Esta implementación tuvo como precedente la resolución jefatural n.º 02-2004-JEF/RENIEC, del 2 de octubre de 2004, en la que se "Aprueban los Lineamientos para la elaboración del Plan Nacional de Restitución de la Identidad 'Documentando a los Indocumentados' para el periodo 2005-2009".

Asimismo, la norma le encarga la consolidación de la Programación Multianual del Programa Integral de Reparaciones y su presentación ante la Presidencia del Consejo de Ministros durante el primer bimestre de cada año, con base en la información que proporcionen los diferentes órganos ejecutores del Programa Integral de Reparaciones. La Comisión Multisectorial de Alto Nivel está adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros y tiene como secretario ejecutivo a Jesús Aliaga Baldeón.

2) Consejo de Reparaciones, encargado de la elaboración del Registro Único de Víctimas y de dirigir el proceso de identificación, individualización y acreditación de las víctimas y los beneficiarios a través de su Secretaría Técnica. El Registro Único de Víctimas es un instrumento abierto y permanente, que parte de la consolidación de los listados de víctimas preexistentes y abarca a todas aquellas que no se hayan registrado hasta la fecha, previa calificación y verificación. El Consejo de Reparaciones está adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y es presidido por Sofía Macher Batanero.

3) Órganos ejecutores (gobiernos regionales, gobiernos locales, ministerios), encargados del cumplimiento de los diversos programas de reparación contenidos en el Programa Integral de Reparaciones. Tienen como función principal incluir políticas, acciones y metas en materia de reparaciones en sus planes estratégicos institucionales, programación multianual y planes operativos anuales.

Asimismo, deben mantener una efectiva coordinación con la Comisión Multisectorial de Alto Nivel, los ministerios, gobiernos regionales y locales, a fin de ejecutar acciones de planificación, seguimiento y monitoreo del Programa Integral de Reparaciones.

Este Programa Integral de Reparaciones se ocuparía específicamente de los siguientes temas: a) el universo de víctimas y de beneficiarios del Plan Integral de Reparaciones; b) los programas que conforman el Programa Integral de Reparaciones; c) el Registro Único de Víctimas; d) el Consejo de Reparaciones, y e) las responsabilidades del Consejo Multisectorial de Alto Nivel en la implementación de la ley n.º 28592.

a. El universo de víctimas y de beneficiarios del Plan Integral de Reparaciones

Para cumplir los objetivos planteados por el Programa Integral de Reparaciones se hizo necesario comenzar por la identificación de las víctimas y precisar quiénes gozarían de tal calificación, a efectos de tener certeza de los beneficiarios de las reparaciones.

La misma ley señala que son víctimas las personas o grupos que hayan sufrido actos u omisiones que violan normas de los derechos humanos, tales como desaparición forzada, secuestro, ejecución extrajudicial, asesinato, desplazamiento forzoso, detención arbitraria, reclutamiento forzado, tortura, violación sexual o muerte, así como los familiares de las personas muertas y desaparecidas durante el periodo comprendido entre mayo de 1980 a noviembre de 2000.

También son consideradas víctimas los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional del Perú e integrantes de los comités de autodefensa y autoridades civiles heridos o lesionados en acciones violatorias de los derechos humanos durante el conflicto interno.

Sin embargo, el artículo 4.º de la ley n.º 28592 señala textualmente que "no son consideradas víctimas, y por ende no son beneficiarios de los programas a que se refiere la presente ley, los miembros de las organizaciones subversivas". Esta situación haría primar el criterio de pertenencia a un grupo subversivo por sobre cualquier otro tipo de consideración basada en la calificación de víctima. En consecuencia, una persona que pertenezca a una agrupación terrorista no puede ser considerada víctima, así como tampoco podría invocar la violación de sus derechos humanos a efectos del otorgamiento del beneficio de la reparación.

Según esta ley, quienes recibirán algún tipo de beneficio de acuerdo con el Plan Integral de Reparaciones recomendado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación serán las víctimas, los familiares de las víctimas y los grupos humanos que por la concentración de las violaciones masivas sufrieron violación de sus derechos humanos en forma individual y quienes sufrieron daño en su estructura social mediante la violación de sus derechos colectivos.

Los beneficiarios también pueden ser individuales o colectivos. Son beneficiarios individuales: a) las víctimas directas; b) las víctimas indirectas; c) los familiares de las víctimas desaparecidas, y d) los familiares de las víctimas fallecidas. La categoría de *familiares* comprende al cónyuge o conviviente, a los hijos y a los padres de la víctima.

Son beneficiarios colectivos: a) las comunidades campesinas, nativas y otros centros poblados afectados por la violencia, que presenten determinadas características como concentración de violaciones individuales, arrasamiento, desplazamiento forzoso, quiebre o resquebrajamiento de la institucionalidad comunal, pérdida de infraestructura familiar y/o pérdida de infraestructura comunal, y b) los grupos organizados de desplazados no retornantes, provenientes de las comunidades afectadas en los lugares de inserción

b. Programas que conforman el Programa Integral de Reparaciones

Dentro del Programa Integral de Reparaciones se crearon programas diversos:

b.1) El Programa de Restitución de Derechos Ciudadanos se orienta a restablecer el ejercicio pleno y efectivo de los derechos civiles y políticos, así como a regularizar la situación legal de los beneficiarios que lo requieran. Este programa pone especial atención en los familiares de las víctimas de desaparición forzada, las personas inocentes que han sufrido prisión, los requisitoriados y quienes resultaron indocumentadas a raíz del conflicto interno. De igual forma, establece la regularización de los derechos sucesorios, el saneamiento legal de la propiedad mueble e inmueble de las víctimas y la exoneración de tasas judiciales, administrativas y registrales.

b.2) El Programa de Reparaciones en Educación se dirige a brindar facilidades y nuevas y mejores oportunidades de acceso a la educación a los beneficiarios de la ley, que como producto del conflicto perdieron la posibilidad de recibirla o de culminar sus estudios. Como medidas concretas se señalan: exoneración de pagos de matrícula, pensiones, derecho de examen de ingreso y certificados de estudio en los diferentes niveles educativos, así como la implementación de un programa de becas integrales para estudios superiores, técnicos o universitarios, que será canalizado por el Instituto Nacional de Becas.

b.3) El Programa de Reparaciones en Salud[20] se propone contribuir a que la población afectada por el conflicto recupere la salud mental y física. A estos efectos, los beneficios más importantes han sido la incorporación permanente de las víctimas o sus familiares, según sea el caso, al Seguro Integral de Salud, y la entrega gratuita de medicinas para el tratamiento de enfermedades complejas derivadas de la violencia interna.

b.4) El Programa de Reparaciones Colectivas tiene como objetivo principal la reconstrucción y consolidación de la institucionalidad colectiva de las comunidades, los asentamientos humanos y otros centros poblados que como

[20] Previamente a este reconocimiento explícito de reparaciones en salud, el 2 de noviembre de 2004 ya se habían dado los primeros pasos para reconocer este beneficio. Así, la resolución ministerial n.º 045-2004-MINSA, dispuso conformar una Comisión encargada de elaborar el Programa de Reparaciones en Salud.

consecuencia del período de la violencia perdieron parcial o totalmente su infraestructura social y física. La ejecución de este programa se realizará previa consulta con las poblaciones afectadas, para lo cual la Comisión Multisectorial de Alto Nivel, en coordinación con los gobiernos regionales y locales, efectuará las consultas del caso.

b.5) El Programa de Reparaciones Simbólicas se propone el reconocimiento público del daño ocasionado por la acción de los grupos subversivos y por la acción u omisión del Estado, incluyendo en ello el establecimiento de lugares de la memoria, fechas conmemorativas, pedidos de perdón de las autoridades y otras acciones dirigidas a expresar el compromiso del Estado de que no se repetirán tales hechos.

b.6) Programas de promoción y facilitación al acceso habitacional y otras medidas que la Comisión Multisectorial apruebe. En lo habitacional, el reglamento considera llevar adelante un programa de vivienda progresiva y descentralizada de construcción y adjudicación de viviendas a través del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, en un plazo de 10 años. Otra de las modalidades es la reconstrucción y rehabilitación de viviendas rurales, además del apoyo financiero y la asesoría técnica para la autoconstrucción de viviendas a las víctimas de desplazamiento interno que cuentan con moradas precarias y provisionales.

Finalmente, dentro del Programa Integral de Reparaciones el reglamento incorpora un programa para las víctimas de asesinato, ejecución sumaria, desaparición forzada, violación sexual y para las personas con discapacidad física o mental permanente como producto de atentados, agresiones y torturas acreditadas por el Consejo Nacional de Discapacidad.

c. El Registro Único de Víctimas

Por otro lado, el artículo 7.º de la ley n.º 28592 contempló la creación del Registro Único de Víctimas de la Violencia del conflicto interno, cuya función se centró en inscribir a todas las víctimas para hacer viable el proceso de reparación integral de quienes se vieran beneficiados por esta ley.

Para ello se estableció que sea la Comisión Multisectorial de Alto Nivel la que se encargue del diseño de la organización y el funcionamiento del Consejo de Reparaciones, el cual se hará cargo del Registro Único de Víctimas.

En este sentido, la tarea más importante delegada al Consejo de Reparaciones estuvo dirigida a la elaboración de los criterios para la verificación de la condición de víctimas y la consiguiente acreditación para recibir el respectivo beneficio. Para ello se debió tener en cuenta la naturaleza de cada delito contra los derechos humanos.

No obstante, en la misma ley no se especifica qué organismo determinará en definitiva la reparación que corresponda, por lo que debió mencionarse de forma expresa que esta función recaerá en la Comisión Multisectorial de Alto Nivel.

Como paso previo para la centralización de la información, la primera disposición complementaria y transitoria de la ley señaló que los registros sobre víctimas de la violencia creados en las diversas entidades del sector público deberán integrarse al Registro Único de Víctimas.[21] Este estuvo a cargo del Consejo de Reparaciones, cuyos miembros fueron designados el 20 de octubre de 2006 mediante resolución ministerial n.º 373-2006-PCM: Sofía Macher Batanero (presidenta), vicealmirante AP (r) José Noriega Lores, María del Pilar Coll Torrente, general de división EP (r) Juan Fernández Dávila Vélez, Luzmila Chiricente Mahuanca, general PNP (r) Danilo Guevara Zegarra y Ramón Vicente Barúa Alzamora.

Los integrantes de este Consejo de Reparaciones fueron designados a propuesta de la Comisión Multisectorial de Alto Nivel encargada de las acciones y políticas del Estado en los ámbitos de la paz, la reparación colectiva y la reconciliación nacional.

En febrero de 2007, se nombró a Marusia Ruiz-Caro Reyes como secretaria técnica y en junio se recibieron los recursos económicos necesarios para dar inicio a la elaboración del Registro, tras lo cual se procedió a contratar personal calificado e instalar una oficina para la recepción de solicitudes de inscripción.

[21] Los registros oficiales preexistentes identificados por el Consejo de Reparaciones son los siguientes: 1) Información contenida en la base de datos de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR); 2) Registro Especial de Ausencia por Desaparición Forzada de la Defensoría del Pueblo (ley n.º 28413); 3) Registro de Afectados Desplazados Internos (RADI) del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (ley n.º 28223); 4) Lista de indultados en el marco de las leyes n.º 26655 y 27234; 5) Registro Regional de Huancavelica (elaborado por el Gobierno Regional de Huancavelica); 6) Lista de víctimas de la Policía Nacional del Perú; 7) Lista de víctimas de las Fuerzas Armadas; 8) Lista de los miembros de Comités de Autodefensa beneficiados en el marco del decreto supremo n.º 068-DE-S/G; 9) Lista de víctimas beneficiadas en el marco del decreto supremo n.º 051-88-PCM, proporcionada por el Consejo Nacional de Calificación; 10) Lista de víctimas comprendidas en los casos de los incisos c y d del Acuerdo de Solución Amistosa firmado entre el Estado peruano y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 22 de febrero de 2001.

d. El Consejo de Reparaciones

El Consejo de Reparaciones es un órgano colegiado que tiene como función principal la individualización, calificación y acreditación de las víctimas a que se refiere la ley n.º 28592. Para el cumplimiento de su mandato, cuenta con una Secretaría Técnica que tiene el encargo de consolidar, revisar y evaluar los registros de víctimas existentes en diferentes sectores del Estado, a efectos de presentarlos para su aprobación. La persona encargada de dicho organismo es designada mediante resolución de la Presidencia del Consejo de Ministros a propuesta del Consejo de Reparaciones.

Otra de las medidas promovidas por el Ejecutivo para fomentar la reconciliación nacional es la ley n.º 28223, llamada Ley sobre los Desplazamientos Internos, del 28 de abril de 2004.[22] En su artículo 2.º se reconoce el estatus específico de *desplazado interno* a las personas o grupos de personas que se han visto forzados a huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

Al mismo tiempo, la ley señala los derechos y garantías para la protección de las personas contra el desplazamiento forzado, la asistencia durante este y durante el retorno o el reasentamiento y la integración. Asimismo, delega al Ministerio de la Mujer y Desarrollo la elaboración de un Registro Nacional Único de Desplazados Internos, a fin de procurar que el Estado conozca el número de desplazados, sus características y necesidades.

Por otro lado, y tras el reconocimiento de la magnitud del conflicto interno y la significación que tuvo para el país en general, se instituyó el día 10 de diciembre de cada año como el Día de la Reconciliación Nacional, con "el propósito de honrar la memoria de todos los compatriotas que perdieron la vida o fueron afectados en grado diverso, como consecuencia del conflicto armado que vivió nuestra patria en las penúltimas décadas".

Este reconocimiento se dio a través del decreto supremo n.º 097-2003-PCM, publicado el 11 de diciembre de 2003. Adicionalmente, y en concordancia con las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, se edificó el monumento

[22] Esta norma se vio complementada el 24 de febrero de 2005 con el decreto supremo n.º 0004-2005-MIMDES, que "Aprueba el reglamento de la Ley sobre Desplazamientos Internos".

El ojo que llora, en honor a las víctimas y a la memoria colectiva de la historia peruana reciente.

Asimismo, el 26 de agosto de 2007 se inauguró el monumento *En honor a la verdad, para la reconciliación y la esperanza,* en el distrito de Villa María del Triunfo. La obra constituye una reparación simbólica a las víctimas de desplazamiento forzado que residen actualmente en la ciudad capital y particularmente en el mencionado distrito.

3.3. Relevancia de los mecanismos utilizados frente a la CPI

El Perú suscribió el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, el 7 de diciembre de 2000, manifestó su intención de hacerse parte del Estatuto el 13 de septiembre de 2001, mediante la resolución legislativa n.º 27517, que depositó en las Naciones Unidas el 10 de noviembre del mismo año, y, conforme al procedimiento previsto en el artículo 56 de la Constitución Política del Estado, el Estatuto fue ratificado por el presidente de la República mediante decreto supremo n.º 079-2001-RE, de 9 de octubre de 2001.

En esa medida, los actos que configuran graves crímenes internacionales en el marco del conflicto interno ocurrido en el Perú no forman parte de la competencia de la Corte Penal Internacional (artículo 24.1 del Estatuto de Roma). Antes bien, en especial a partir de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas al caso *Barrios Altos* (sentencia de 14 de marzo de 2001, *Chumbipuma Rodríguez y otros contra el Estado peruano*) y *La Cantuta* (sentencia de 29 de noviembre de 2006, *Hugo Muzós Sánchez y otros contra el Estado peruano*), la persecución de crímenes internacionales en el fuero interno es una realidad,[23] lo que implica, por un lado, que la solución penal no ha sido ajena a los mecanismos de superación del pasado y, por otro, que estamos ante una aplicación del derecho penal acorde con las necesidades preventivo generales, lo que deja fuera de lugar la opción de que se active la competencia de la Corte Penal Internacional.

[23] Dino Carlos Caro Coria: "Perú", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino: *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 271ss.

4. Impacto de los mecanismos utilizados

No existen investigaciones específicas sobre el impacto de los mecanismos empleados sobre la reconciliación y pacificación de la sociedad ni sobre la construcción democrática y el Estado de derecho en general. No obstante, algunas investigaciones, como las realizadas por la Defensoría del Pueblo, dan cuenta de los avances y logros que se han ido obteniendo a raíz de la implementación de diversas medidas tendientes a lograr la justicia, la reconciliación y la reparación de las víctimas de la violencia política vivida en el Perú.

Así, en el informe defensorial n.º 112, de diciembre del 2006, la Defensoría del Pueblo manifestó que las medidas adoptadas por el gobierno para la implementación del Plan Integral de Reparaciones deberían de ser destacadas, como la presentación al Poder Legislativo del proyecto de ley n.º 110-2006-PE, que propuso modificar la ley n.º 28652 y autorizar al Fondo Especial de Administración del Dinero Ilícitamente Obtenido del Estado a transferir 15 millones de soles al Plan Integral de Reparaciones.

Se resalta también el ofrecimiento hecho por el Estado para la culminación de un programa de 155 viviendas y la construcción de infraestructura educativa y de salud en las regiones de Huancavelica, Junín Apurímac y Ayacucho. Asimismo, se manifestó que los programas de ayuda social que el Estado ejecute, así como un porcentaje de aporte voluntario asumido por las empresas mineras, serían reorientados hacia las zonas del país que sufrieron con mayor crudeza el embate de la violencia.

Por otro lado, el informe cita también las medidas adoptadas por el gobierno respecto a las reparaciones en salud. Al respecto, el 29 de marzo del 2006 se publicó en el *Diario Oficial El Peruano* el decreto supremo n.º 06-2006-SA, que amplía las prestaciones del Seguro Integral de Salud a las víctimas de la violencia interna ocurrida entre mayo de 1980 y noviembre de 2000.

El artículo 4.º, numeral 1.1, de la citada norma incorpora a las víctimas y sus familiares como beneficiarios permanentes del plan E2 (componente del adulto focalizado) del Seguro Integral de Salud, que incluye la atención médica en los aspectos de salud física y mental. Asimismo, cubre los costos de traslado del asegurado desde un hospital del interior del país hacia otro de la capital, así como los gastos de sepelio, tanto si la muerte ocurre dentro como fuera de un centro de salud.

La norma dispone que la Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial de Alto Nivel sea la encargada de acreditar a las víctimas. Luego, a través de la resolución ministerial n.º 591-2006-MINSA, del 29 de junio de 2006, el Ministerio de Salud precisó que la acreditación de las víctimas estaría a cargo, temporalmente, de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y los gobiernos regionales, hasta tanto se instalara el Consejo de Reparaciones y el Registro único de Víctimas.

Posteriormente, el Ministerio de Salud aprobó una serie de normas (decreto supremo n.º 006-2006-SA, resolución n.º 591-2006-MINSA, decreto supremo n.º 004-2007-SA y resolución n.º 401-2007) en las que se regula la cobertura que deben recibir las víctimas de la violencia en el Seguro Integral de Salud.

Los gobiernos regionales de las zonas más afectadas por la violencia no fueron ajenos a estas medidas promovidas primigeniamente por el Poder Ejecutivo. En este sentido, la Defensoría del Pueblo, a través del informe defensorial n.º 128, de diciembre de 2007, resalta que diversos gobiernos regionales presentaron importantes iniciativas para la implementación de programas de reparación en favor de las víctimas.

El Gobierno Regional de Huancavelica fue uno de los pioneros en la implementación de legislación en materia de reparaciones, y aun antes de la presentación del Informe Final de la CVR asumió el compromiso de crear mecanismos de reparación integral para las poblaciones afectadas por la violencia política en su región.

El 28 de junio de 2007, el Gobierno Regional de Junín suscribió el Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional con la Presidencia del Consejo de Ministros a través del Consejo de Reparaciones, con la finalidad de contribuir al proceso de identificación y certificación de las víctimas individuales y los grupos afectados por la violencia para su correspondiente reparación. Como resultado del convenio, mediante ordenanza regional n.º 065-2007-GRJ/CR se creó el Registro de Víctimas de la Región de Junín.

Adicionalmente, el Gobierno Regional de Junín, teniendo en cuenta la problemática regional que presenta la población afectada por la violencia, ha declarado como prioridad regional la atención de dicha población a través del Seguro Integral de Salud, en cumplimiento de la normativa expedida por el Ministerio de Salud sobre el tema. Para ello, a través de su Gerencia de Desarrollo Social, ha empezado a expedir constancias de acreditación temporal en favor de las víctimas, según lo establece la resolución ejecutiva regional n.º 600-2007-GR-Junín/PR, de 16 de agosto de 2007.

El Gobierno Regional de Apurímac, mediante la ordenanza regional n.º 054-2006-CR-Apurímac, aprobó el Plan Integral de Reparaciones y creó el Registro Regional

de Víctimas de Apurímac, previa constitución de la Comisión Multisectorial Consultiva de Monitoreo del Tratamiento de las secuelas de la violencia política y de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. En la misma línea de acción, las municipalidades provinciales respaldaron y señalaron como tema prioritario la implementación de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación a través de ordenanzas provinciales.

El informe defensorial n.º 128, de diciembre de 2007, da cuenta de los avances en las reparaciones colectivas. Describe las medidas adoptadas por el gobierno, el cual aprobó comenzar a la ejecución del Programa de Reparaciones Colectivas en beneficio de 440 comunidades.

El objetivo del Programa de Reparaciones Colectivas, tal como señala el artículo 25.º del Reglamento del Programa Integral de Reparaciones, es contribuir a la reconstrucción del capital social e institucional, material y económico-productivo de las familias y comunidades rurales y urbanas afectadas por el proceso de violencia. Incluye actos de desagravio a las comunidades y un reconocimiento público del Estado respecto del rol que estas jugaron en la lucha por la pacificación del país. De esta forma, se busca recomponer el vínculo social entre el Estado y las comunidades que fueron destruidas o deterioradas por el proceso de violencia, reafirmando su dignidad y estatus.

Los beneficiarios serán, en una primera etapa, las comunidades campesinas, las comunidades nativas y otros centros poblados altamente afectados. En una segunda etapa, una vez superados los problemas del Registro Único de Víctimas, se incorporará a los grupos de desplazados no retornantes.

Siempre según el informe defensorial, a través de este programa el Estado beneficiará a 440 comunidades campesinas y nativas que fueron seleccionadas de acuerdo con la información proporcionada por las cuatro primeras etapas del Censo por la Paz, a cargo del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.

Estas comunidades se encuentran ubicadas en 51 provincias de las 10 regiones más afectadas del país, entre las que se tiene previsto distribuir 44 millones de soles asignados por la Presidencia del Consejo de Ministros para la ejecución de este programa.

El beneficio consiste en el financiamiento de proyectos productivos o de infraestructura por hasta 100.000 soles. Sin embargo, de la supervisión realizada se desprende que en algunos casos se han aprobado proyectos de mayor costo con cofinanciamiento de los gobiernos regionales o locales.

De esta manera, 44 de los 45 millones dispuestos por el Estado en materia de reparaciones han sido destinados al Programa de Reparaciones Colectivas, mientras el millón restante se ha comprometido para la ejecución de la quinta etapa del Censo por la Paz, a cargo del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, a fin de identificar otras comunidades que puedan ser beneficiadas en las siguientes etapas del Programa.

5. Evaluación final

El conflicto interno que ha vivido el Perú en las décadas de los ochenta y noventa ha sido, seguramente, el más lesivo de los experimentados en toda su historia republicana. Ante ello, la labor de pacificación se convirtió en una tarea sumamente compleja, no solo por los actores que fueron parte en el conflicto, sino por la población inconscientemente comprometida en ella.

Fue una constante en la lucha antisubversiva la violación de los derechos humanos, tanto por los terroristas como por las fuerzas del orden, situación que se vio agravada por el rompimiento de la institucionalidad democrática con el *autogolpe* de abril de 1992. Es así que el problema transicional en Perú pasaba no solo por la averiguación de lo realmente acontecido durante esa etapa conflictiva y su respectiva sanción, sino también por el efectivo fortalecimiento de la institucionalidad democrática.

Tras la pacificación, e instaurado el proceso de democratización, se tomaron medidas tendientes a lograr los objetivos antes esbozados, y una de las medidas extrapenales más importantes fue la creación de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Esta estuvo encargada de averiguar sobre los crímenes que se cometieron durante el conflicto interno, así como formular recomendaciones que permitan una adecuada superación del pasado conflictivo mediante la reconciliación.

La reconciliación solo es posible si se sabe exactamente lo que ocurrió, si se llega al descubrimiento de una verdad política y social que no necesariamente sea jurídica. Para la comisión, la verdad es una condición previa a la reconciliación, y la justicia es vista al mismo tiempo como su condición y su resultado.

En este contexto, el primer paso hacia la reconciliación solo puede darse si los perpetradores asumen la responsabilidad que corresponda, si reconocen los delitos

cometidos y eventualmente son juzgados y sancionados por ellos. Este reconocimiento no necesariamente lleva a la retribución de una pena, puesto que los procesos de superación de un pasado conflictivo dependen muchas veces del otorgamiento de beneficios según el contexto en que se asumen.

No cabe duda de que el derecho penal es útil para lograr este objetivo, pero queda en tela de juicio cuando se hace una remisión exclusiva al derecho penal para lograr tal fin. Por ese motivo se considera trascendental no limitar la actuación del Estado peruano, como acontece en la actualidad, a la adecuada persecución de los crímenes del pasado. Es fundamental seguir atacando, en parte siguiendo las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, los problemas estructurales, sociales e institucionales que determinaron el surgimiento del conflicto interno hace casi treinta años.

Bibliografía

Abad Yupanqui, Samuel: "Retos jurídicos del Informe de la CVR: la necesaria garantía del derecho a la verdad", en *Revista Derecho PUCP,* n.º 57, Lima, 2000.

Caro Coria, Dino Carlos: "Perú", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino: *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008.

Degregori, Carlos Iván: "Memoria", en *Seminario internacional Procesos post comisiones de la verdad. De la negación al reconocimiento,* Lima: Comisión de la Verdad y Reconciliación, International IDEA, 2003.

Kep, Susan: "Justicia y comisiones de la verdad", en *Verdad, memoria, justicia y reconciliación. Sociedad y comisiones de la verdad,* APRODEH, 2002.

Rivera Paz, Carlos: "La judicialización de las violaciones a los derechos humanos en el Perú", en ‹http://www.idl.org.pe/Publicaciones/index.htm›.

Salomón G., Elizabeth: "Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana", en *International Review of The Red Cross,* 2006, ‹http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckry/$File/ricr_862_Salmon.pdf›.

URUGUAY

Pablo Galain Palermo

SUMARIO

En este informe se expone la transición jurídica de la dictadura cívico-militar al Estado de derecho (1973-1984) y la posterior elaboración del pasado en la República Oriental del Uruguay. La justicia de transición enfrenta el fenómeno del terrorismo de Estado, la comisión de crímenes de lesa humanidad contra parte de la población (principalmente contra aquellas personas sospechosas de "subversión" o "sedición") y los impedimentos provocados por la amnistía (Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado). En particular se analizan los mecanismos utilizados para la superación del pasado o el presente conflictivo y la relación entre el conflicto y el modelo de intervención escogido. A meros efectos teóricos la justicia de transición se divide en distintas etapas: a) amnistía absoluta; b) reconciliación; c) persecución penal. El desarrollo de la cuestión se concentra en las dos primeras etapas, puesto que la última ha sido tratada en anteriores informes. Se tiene especial consideración a la relación entre el medio escogido para la transición y el derecho penal internacional. En la conclusión se estima la relevancia de los mecanismos utilizados en relación con la Corte Penal Internacional y ellos se interpretan según los postulados teóricos de la justicia de transición.

1. Introducción

1.1. El objeto de estudio del presente informe es la transición jurídica de la dictadura cívico-militar al Estado de derecho en la República Oriental de Uruguay; la finalidad del estudio es el análisis de la reacción del Estado de derecho frente al fenómeno de la *criminalidad de Estado* en Uruguay (*terrorismo de Estado*)[1] y el proceso de transición de la dictadura a la democracia. Su cometido se relaciona con el modelo de intervención utilizado para la *elaboración del pasado,* con referencia a las graves violaciones contra los derechos humanos practicadas por el gobierno dictatorial uruguayo entre 1973 y 1985.

Como variables explicativas del objeto de análisis se aceptan los conceptos de *transición* y *elaboración del pasado,*[2] que a los efectos de este trabajo son considerados dentro del concepto más amplio de *justicia de transición.*[3] Por *justicia de transición* se

---

[1] Esta expresión no ha sido utilizada por ninguna instancia oficial ni surge de la normativa nacional, aunque se ha instalado en la conciencia colectiva de los uruguayos para catalogar la actuación de algunos altos mandos y funcionarios públicos de la dictadura. En el informe final de la Comisión para la Paz, no se hace referencia al *terrorismo de Estado* sino a "la actuación de agentes estatales que en el ejercicio de su función pública obraron al margen de la ley y empleando métodos represivos ilegales". Cf. Comisión para la Paz, párrafo 43. En mi opinión, este concepto debe ser ampliado porque el *terrorismo de Estado* se emparenta con el *grupo criminal*, aquella organización de individuos que utilizaron el amparo del cumplimiento de su función pública para un objetivo ilícito. Estos miembros del *grupo criminal* actuaron de forma coordinada con una estructura ordenada y adecuada para la realización de sus propósitos criminales (torturas, secuestros, homicidios, desaparición forzada de personas, etcétera). Este grupo cumplía con los elementos básicos de las asociaciones criminales estables que actúan con reparto de tareas o división del trabajo, coordinación entre sus miembros, los que gozan de estabilidad y actúan de forma permanente, prolongada, reiterada e indefinidamente. Véase Pablo Galain Palermo y Angélica Romero Sánchez: "Criminalidad organizada y reparación. Hacia una propuesta político-criminal que disminuya la incompatibilidad entre ambos conceptos", en Fernando Pérez Álvarez (ed.): *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca: Universidad Salamanca y CISE, 2007, pp. 245 ss. La justicia penal se inclina por el concepto *terrorismo de Estado* porque el grupo criminal desestabilizó el orden normativo sobre el que se había estructurado históricamente la sociedad uruguaya y mantuvo la cohesión social a través del miedo y la comisión sistemática de crímenes de lesa humanidad. Véase la sentencia n.º 2146, de 20.12.2006, del Juzgado Letrado Penal de 7.º Turno; en mayor detalle, José Luis González y Pablo Galain: "Uruguay", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 316 ss. En este trabajo se utilizarán indistintamente los conceptos de *criminalidad de Estado* y *terrorismo de Estado.*

[2] El primer concepto guarda relación con los momentos de ruptura del régimen dictatorial (transformación) y el proceso de instalación de las instituciones democráticas (transición), y el segundo lo hace con la confrontación de la nueva sociedad con el pasado, su *elaboración del pasado.*

[3] Según el reporte del secretario general de la ONU en el 2004, el término *justicia de transición* comprende todos los procesos y mecanismos asociados con los esfuerzos de aplicar las reglas del derecho frente a los abusos del pasado para determinar las responsabilidades, hacer justicia y conseguir la reconciliación. Ello incluye procesos y mecanismos judiciales y no judiciales que sugieren una mayor o menor implicación internacional, juicios penales, reparaciones de las víctimas, averiguación de la verdad, reformas institucionales, investigaciones y remoción de cargo, o una combinación de todos ellos. Véase Kieran McEvoy: "Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice", en *JLS*, vol. 34, n.º 4, diciembre del 2007, p. 412, nota 1.

entiende un modelo de justicia asociado a períodos de cambio político que pretende encontrar respuestas legales para enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores.[4] Los conceptos de *transición* y *elaboración del pasado* son relacionados con el papel político y jurídico del derecho penal y otros medios alternativos y/o complementarios de intervención, en este proceso de reinstitucionalización y de confrontación del pasado por medio de instrumentos jurídicos.

Se parte de la base de que son muchas las definiciones y los modelos conocidos que hacen relación al fenómeno de la *transición* política y jurídica de un sistema ilegítimo (de facto o dictatorial) a uno de derecho. La doctrina habla de posiciones realistas (cercanas a la *Realpolitik*) e idealistas (basadas en la idea del *Rechtstaat* o *rule of law*) que en un proceso de transición pueden derivar en la antinomia *política* contra *justicia.* En la actualidad la doctrina mayoritaria defiende una propuesta de transición dirigida a preservar un Estado de derecho mínimo, aquel que pueda en lo inmediato como presupuesto básico conservar la paz.[5] En este trabajo se consideran tanto las posiciones realistas como las idealistas, como recíprocas y complementarias formas de política criminal de una justicia de transición. Por ende, no se acepta que una pueda excluir completamente a la otra y se entiende que la política encuentra un límite cierto en la justicia. Se considera que la *justicia de transición* siempre es parcial y limitada, porque debe combinar los aspectos de la *Realpolitik* con los del *Rechtstaat,* y que su éxito se mide en la potestad cierta de reconstruir una comunidad dentro de las reglas del *rule of law.*[6]

Con este marco conceptual es que se aborda el presente informe y se destaca que el fenómeno objeto de análisis no solo no ha culminado, sino que se encuentra en pleno desarrollo en el seno de la sociedad uruguaya.

1.2. En Uruguay no puede decirse con exactitud la cantidad y la naturaleza de todos los delitos cometidos durante la dictadura cívico-militar. La inexistencia de una cifra oficial, producto de una investigación administrativa o judicial, impide responder estadísticamente a esta pregunta. Sin embargo, sobre los crímenes de la dictadura puede darse una idea general y representativa de las actividades delictivas del *terrorismo* o *criminalidad de Estado*.

---

4 Véase Ruti Teitel: "Transitional Justice Genealogy", en *HHRJ*, vol. 16, primavera del 2003, Cambridge (Massachusetts), p. 69.

5 Ibídem.

6 Véase Ruti Teitel: *Transitional Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 4 ss.

En ese sentido, la brutal violación sistemática de los derechos humanos y de las garantías individuales fue una de las características esenciales de la dictadura uruguaya.[7]

2. Mecanismos de superación del pasado o presente conflictivo

2.1. Reinstaurado el Estado de derecho, el Parlamento dictó una ley de Amnistía (15737, del 8 de mayo de 1985),[8] que amnistió a todos los delitos políticos, comunes y militares conexos con estos, cometidos a partir del 1.º de enero de 1962 (cf. artículo 1).[9]

---

[7] Véase Lawrence Weschler: *A Miracle, a Universe. Settling Accounts with Torturers*, Nueva York: Pantheon Books, 1990, pp. 125 ss. En cifras de Amnesty International, durante los primeros años del régimen se encarceló a una persona por cada seiscientas. Véase Juan Linz y Alfred Stepan: *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore-Londres: The Johns Hopkins University Press, 1996, p. 152; Rodrigo Arocena: "Uruguay: zwischen Niedergang und neuen Wegen", en *Ibero-Analysen*, n.º 13, noviembre 2003, Ibero-Amerikanischen Institut Berlin, p. 5; Javier Chinchón Álvarez: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Sevilla, 2007, p. 396. Este autor se refiere a un número aproximado de 100 muertos, 200 desaparecidos forzosos y 70.000 detenidos arbitrariamente, principalmente víctimas de torturas. La CIDH de 1978 individualizó 25 casos de muerte y entre 3.000 y 8.000 detenciones ilegítimas o arbitrarias, en las que se aplicaron torturas a los detenidos; véase CIDH: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Uruguay*, OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 19, corr. 1, 31.1.1978, conclusiones, párrafo 2. la Comisión para la Paz concluyó que 26 uruguayos fallecieron a causa de torturas en los centros clandestinos de detención (cf. Comisión para la Paz: *Informe final*, 10.4.2003, párrafo 75); desde un punto de vista cuantitativo, en el territorio uruguayo solo se produjeron alrededor de 32 desapariciones forzadas de ciudadanos uruguayos y 6 desapariciones forzadas de ciudadanos argentinos (cf. ibídem, anexos 3, 5 y 12). Otros delitos cometidos por el terrorismo de Estado, véase Jörg Arnold: "Cambios de sistema político y criminalidad de Estado desde una visión retrospectiva de derecho penal. Un panorama con especial consideración de los ex países comunistas de Europa Oriental", trad. Patricia Ziffer, en Marcelo Sancinetti y Marcelo Ferrante: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 32.

[8] Publicada en el *Diario Oficial* el 22.5.1985 con el n.º 21906. A esta ley 15737 le sucedieron otras leyes complementarias de la amnistía, como la n.º 15834, del 16.10.1986 y publicación en el *Diario Oficial* el 16.12.1986 con el n.º 22285, que amnistió a los autores de delitos electorales previstos en la ley n.º 7690 cometidos hasta la fecha de promulgación de la misma ley.

[9] De especial relevancia es el artículo 5, que excluye de la amnistía "los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares, equiparados o asimilados, que fueran autores, coautores o cómplices de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes o de la detención de personas luego desaparecidas, y por quienes hubieren encubierto cualquiera de dichas conductas. Esta exclusión se extiende asimismo a todos los delitos cometidos aun por móviles políticos, por personas que hubieren actuado amparadas por el poder del Estado en cualquier forma o desde cargos de gobierno".

Una vez diligenciadas las primeras denuncias penales, la justicia militar reclamó para sí la competencia, contienda que la Suprema Corte de Justicia (SCJ) resolvió a favor de la justicia ordinaria.[10]

Latente la posibilidad de un *desacato militar* frente a las primeras citaciones de la justicia penal y para evitar un posible quiebre institucional, se sancionó en 1986 la ley 15848, de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, una ley de amnistía encubierta,[11] que decretó una amnistía general que obligó al archivo de todas las denuncias penales en curso. Contra esta ley 15848 se movilizó la voluntad popular y recolectó durante tres arduos años las firmas necesarias para someterla a un referéndum,[12] mientras las víctimas directas, sus familiares y las asociaciones de derechos humanos acudieron a la vía internacional.[13]

2.2. En el caso uruguayo, no se constata un proceso de lustración[14] o purga de los funcionarios estrechamente vinculados a la dictadura.[15] Estos, por el contrario, obtuvieron ascensos en sus respectivas carreras y escalafones.[16]

---

[10] Cf. sentencia 436/86, del 19.11.1986. Tras conocer esta decisión judicial, los cuerpos de seguridad del Estado y hasta el propio ministro de Defensa entorpecieron las investigaciones a través de distintas formas de intimidación, ocultamiento de la verdad, desobediencias varias, amenazas públicas de desacato, etcétera. Véase Óscar López Goldaracena: *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad. Nueva edición ampliada*, Montevideo: SERPAJ, 2006, p. 65.

[11] Así lo expresó la Suprema Corte de Justicia en un control de constitucionalidad favorable a la ley, en la sentencia 184, del 2.5.1988. Véase *RDP*, n.º 8, Montevideo, 1988, p. 143.

[12] En la consulta popular del 16.4.1989, el 84,72% de los habilitados para votar ratificaron con el 47% de los sufragios la validez de la ley y la consintieron democráticamente como posible solución del conflicto. Esta cifra equivale aproximadamente a 700.000 sufragios a favor de su mantenimiento, frente a unos 600.000 en contra. Hay que decir, sin embargo, que desde que se impuso la obligatoriedad del voto esa fue la cifra más baja de participación. Véase Juan Rial: *El referéndum del 16 de abril de 1989 en Uruguay*, San José (Costa Rica): CAPEL-IIDH, 1989, pp. 34 ss.

[13] A través de la CIDH, cuya CADH fue aprobada por Uruguay por la ley n.º 15737, del 8.3.1985 (cf. artículo 15). Cf. Informe 29/92, OEA/Ser.1/V/II/82, Doc. 25 de 2.10.1992, § 54. La CIDH declaró la incompatibilidad de la ley n.º 15848 con el artículo XVIII de la DADH y con determinados artículos de la CADH.

[14] Véase Ralf Wüstenberg: *Die politische Dimension der Versöhnung. Eine systematisch-theologische Studie zum Umgang mit Schuld nach den Systemumbrüchen in Südafrika und Deutschland*, Öffentliche Theologie Bd. 18, Gütersloher Verlagshaus, 2004, pp. 136 ss.

[15] Véase Ruti Teitel: "How are the new democracies", cit, p. 151; con amplia bibliografía, Kai Ambos: *El marco jurídico de la justicia de transición*, trad. Ezequiel Malarino, Bogotá: Temis, 2008, p. 71.

[16] En Uruguay los militares no solo no fueron castigados por sus crímenes, sino que han sido ascendidos en sus carreras en todos los gobiernos democráticos hasta el año 2003, cuando se produjo el acceso al poder por primera vez de un partido político con un discurso de contenido social y de defensa de los derechos humanos en su propuesta de gobierno. Véase Ruti Teitel: "How are the new democracies", cit., p. 151. Como ha dicho Teitel: "Military officers could be retired or offered early pensions and barred from government posts. Any concern with democracy would seem to require the removal of murderers and torturers from positions of power" (ibídem, p. 153).

2.3. Las víctimas han realizado diversos actos de repudio y otros actos de retaliación, como "tomar la justicia por propia mano" y acometer contra presuntos violadores de los derechos humanos a través de los denominados *escraches.*[17]

2.4. Recién con la resolución del presidente de la República n.º 858/2000, del 9 de agosto del 2000,[18] que con el cometido de "devolver la paz del alma a los uruguayos" creó la Comisión para la Paz, se intentó una reacción favorable a la búsqueda de la verdad y la reconciliación entre las partes enfrentadas.[19]

2.5. La forma de reacción contra los crímenes de la dictadura tuvo un giro brusco con el advenimiento de Tabaré Vázquez al gobierno (Frente Amplio), que inició una política orientada a la persecución penal de determinados autores.[20]

2.6. En la transición uruguaya no se recurrió a ninguna forma de derecho penal diferencial o premial como incentivo para lograr "el cambio en paz".[21]

2.7. Recientemente la ley 18033, del 3 de octubre del 2006,[22] previó una pensión especial reparatoria (cf. artículo 11) para determinadas personas (cf. artículo 1.º) detenidas y procesadas con privación de libertad por la justicia militar o civil entre el 9 de febrero de 1973 y el 28 de febrero de 1985. El reconocimiento oficial de la *delincuencia de Estado*

---

17 Los procesos sociales de retaliación consisten básicamente en los denominados *escraches*, esto es, manifestaciones tumultuarias, con gritos e insultos, frente a los domicilios de determinados gobernantes y militares de la época de la dictadura. También "hay casos en que la presión se ha dirigido a los propios jueces, a quienes, por el dictado de sentencias que no van en el sentido de la aspiración vindicativa, se sometió, por esa razón, a insultos que se dejaron consignados en los muros o las puertas de los propios tribunales en que actúan". Véase Gastón Chaves: "Criminalidad de Estado en Uruguay. Amnistía y procesos de olvido", en Simon y Galain (coords.): *Jornadas Retaliación/Mediación/Punición como formas de resolución de los conflictos violentos en Latinoamérica*, San Pablo: Universidad Metodista de Piracicaba, agosto 2007; Marcelo Sancinetti y Marcelo Ferrante: op. cit., p. 492.

18 Publicada en el *Diario Oficial* n.º 25.583, 17 de agosto de 2000.

19 Como explica Fernández; "[…] la Comisión no pudo desarrollar una verdadera investigación y, en realidad, debió desentenderse de procurar la identificación de los autores de los hechos, tratando de responder solo al 'cuándo', 'dónde', 'cómo' y 'por qué' de cada desaparición, pero no al 'quien' […]". Véase Gonzalo Fernández: "Uruguay", en Arnold, Simon y Woischnick (eds.): *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, México: UNAM, 2006, pp. 411 s.

20 Véase en detalle José Luis González y Pablo Galain Palermo: op. cit., pp. 310 ss.

21 Un ejemplo típico de derecho premial sería la ley colombiana de Justicia y Paz. Véase Angélica Romero Sánchez: "El conflicto armado en Colombia y su resolución a través de la 'ley de Justicia y Paz', y Paola Bernal: "La reparación integral como forma de intervención en el conflicto armado colombiano", conferencias en las *Jornadas Retaliación/Mediación/Punición como formas de resolución de los conflictos violentos en Latinoamérica*, Simon y Galain (coords.): San Pablo: Universidad Metodista de Piracicaba, agosto 2007.

22 Publicada en el *Diario Oficial* el 19.10.2006 con el n.º 27.101.

por parte del Estado uruguayo ha abierto las puertas a una nueva instancia mediadora que apunta a la reparación estatal a las víctimas, por medio de una ley que al tiempo de escribir este artículo se discute en el Parlamento.[23]

2.8. Actualmente se desclasifican los archivos secretos de la dictadura sobre información personal recabada por el *espionaje* de Estado, como una forma de restitución simbólica de una parte de su dignidad ultrajada por el aparato estatal.[24]

3. Análisis de los mecanismos utilizados

3.1. En el caso uruguayo se procuró una transición política realista (en términos de la *Realpolitik*), en la que la salida de la dictadura a la democracia tuvo su punto de apoyo en las negociaciones del Club Naval entre los militares y algunos de los partidos políticos habilitados para una eventual contienda electoral.[25] En esa negociación los militares entregarían el poder solo cuando no hubiera ninguna etapa de revisionismo de ningún miembro de las fuerzas armadas o la policía que hubiera actuado en cumplimiento de órdenes.[26]

---

[23] Debe destacarse el aspecto mediador de esta ley, que no solo servirá para reparar a las víctimas de la delincuencia de Estado, sino también a las víctimas militares y policiales del accionar de la denominada "subversión". Según el proyecto de Ley sobre Reparación presentado en el Senado en enero del 2007, cada grupo familiar del militar o policía fallecido en combate contra la guerrilla recibirá la suma de 150.000 dólares americanos. Se trata de 66 víctimas que recibirán en total 13.500.000 dólares del Estado uruguayo. Cf. diario *La República* en Internet, visitado el 7.1.2008.

[24] Según un documento elevado en 1981 al Ministerio del Interior por el entonces director de Inteligencia Policial, Víctor Castiglioni, esa división investigó, interrogó y fichó a 300 mil uruguayos. Los seguimientos y *fichajes* sirvieron para que miles de uruguayos fueran encarcelados y otros miles destituidos de la función pública, así como para impedir el ingreso de quienes se opusieran a la dictadura. ‹http://www.desaparecidos.org/bbs/archives/004101.html›, visitado el 15.2.2008.

[25] En la negociación no se hablaba de amnistías porque, paradójicamente, los militares siempre legitimaron el período de facto con base en una "intervención" salvadora de la institucionalidad, en primer lugar en defensa de los altos valores de la nación y, en segundo lugar, en defensa de un supuesto sentimiento nacional: "la orientalidad". Véase Virginia Martínez: *Tiempos de dictadura 1973-1985. Hechos, voces, documentos. La represión y la resistencia día a día*, Montevideo; Ediciones de la Banda Oriental, 2007, p. 45; Gerardo Caetano y José Rilla: *Breve historia de la dictadura*, Montevideo; Ediciones de la Banda Oriental, 2.ª ed., 2006, p. 35.

[26] Según Arthur Kaufmann, generalmente en este tipo de negociación los dictadores toman como base que el nuevo gobierno debe asumir que el retorno de la libertad insume la previa aceptación de la condición de la tolerancia (entiéndase *tolerancia* como sinónimo de *impunidad).* Véase Arthur Kaufmann: "Reflexionen über Rechtsstaat, Demokratie, Toleranz", en Kühne (ed.): *Festschrift für Koichi Miyazawa. Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Baden-Baden: Nomos, 1995, p. 387.

Puede decirse que en el período inmediato de restauración democrática la *pacificación* fue el valor supremo de la transición uruguaya, en detrimento de otros valores fundamentales como el conocimiento de la verdad, la actuación de la justicia,[27] la reparación de las víctimas y la reconciliación entre criminales de Estado, las víctimas y la sociedad uruguaya.

3.2. Frente a la primera amenaza de posible quiebre institucional se intervino en el conflicto latente entre el poder militar y la institucionalidad democrática siguiendo nuevamente la lógica de la *Realpolitik,*[28] mediante la sanción de una nueva ley de amnistía (cf. ley 15848). El texto de esta ley es claramente contrario a varias disposiciones de la Constitución; no obstante, su legitimidad fue aprobada por una consulta popular (referéndum) y por la SCJ (cf. sentencia 184/88, del 2 de mayo de 1988), en una sentencia fundamentada de un modo más político que jurídico.[29] Esta norma sufrió sin embargo la condena de la CIDH de la OEA (cf. Informe 29/92 de 2.10.92) por violar el artículo XVIII de la DADH, así como los artículos 8.1, 11 y 25.1 de la CADH.[30]

3.3. Las reacciones no penales llevadas a cabo por las víctimas demostraron la necesidad de una auténtica búsqueda de la verdad histórica y la necesidad de repararlas material y simbólicamente. La política de olvido llevada a cabo por el Estado uruguayo respecto a los delitos perpetrados por el aparato estatal y su negativa a cualquier tipo de investigación fue cuestionada internacionalmente por el CDH de la ONU y por la CIDH.[31] De allí que a 16 años de finalizada la dictadura haya sido necesaria la creación de una comisión de la verdad o Comisión para la Paz (como se la denominó oficialmente) que recabara datos para la construcción de una *verdad oficial.*[32] Esta forma de intervención

---

27 Véase Reiner Meyer: *Reconciliation in der Post-Konfliktphase. Diskrepanz zwischen Theorie und der Realpolitik*, Baden-Baden: Nomos, 2007, pp. 45 y 54.

28 En la mayoría de las transiciones las soluciones no han venido de la mano de la reconciliación, sino de la política realista, cuyas necesidades terminan siendo determinantes en los procesos de transición. Véase Reiner Meyer: op. cit., p. 141.

29 Véase RDP, 8, cit, pp. 139, 143, 144, 146. Dicha sentencia justifica a la transición uruguaya al tiempo que reconoce que la "amnistía" y la "caducidad" son dos mecanismos de extinción de la punibilidad que caben dentro de la competencia legítima del Poder Legislativo. El Colegio de Abogados del Uruguay había sostenido que "la caducidad no podía declararse al margen del encuadramiento constitucional de la amnistía, el indulto, la gracia y las causales de impunidad consagradas por el derecho penal". Véase Gonzalo Fernández: op. cit., p. 264.

30 Ibídem, p. 263.

31 Informe Anual del CDHONU de 1998 e Informe n.º 29/92, Uruguay, OEA/Ser.1/V/II 82, Doc. 25, 2 de octubre de 1992. Véase Gonzalo Fernández: op. cit., p. 408, notas 8 y 9.

32 De los antecedentes del Informe final de la Comisión para la Paz surge que esta fue creada para dar cumplimiento a "una obligación ética del Estado" y para "determinar la situación de los detenidos-desapa-

en el conflicto debe considerarse como una alternativa a la justicia, una instancia con un claro objetivo restaurador: "sellar para siempre la paz entre los uruguayos".[33] Al igual que aquellas otras comisiones especiales fuera del continente americano,[34] la Comisión para la Paz pretendió —sin mayor éxito—[35] esclarecer la verdad histórica[36] y reparar a las víctimas.[37] La Comisión tuvo limitadas facultades de actuación; no pudo investigar, sino tan solo "recibir documentos y testimonios" bajo "absoluta confidencialidad" respecto a las fuentes de información.[38] Es decir, careció de las potestades coercitivas propias de una comisión investigadora. No fue un órgano judicial ni podía haber desarrollado tareas jurisdiccionales por cuanto ello contraría la Constitución.[39]

De todos modos, si bien esta comisión no pudo lograr el objetivo final que se proponía, fue una voz sonora que interrumpió largos años de silencio y sacudió el espíritu de los uruguayos, para intentar poner *punto final* a tan prolongado período de transición. A pesar de la vigencia del artículo 4 de la ley 15848, que obliga al Estado uruguayo a investigar "de inmediato" el esclarecimiento de los hechos de la dictadura, recién se formó una comisión receptora de información en la administración Batlle Ibáñez, lo

---

recidos durante el régimen de facto, así como de los menores desaparecidos en iguales condiciones", con la pretensión de "consolidar la pacificación nacional y sellar para siempre la paz entre los uruguayos". Véase Informe final de 10.4.2003, párrafo 1.

33 La Comisión para la Paz de Uruguay siguió la lógica de las comisiones para la búsqueda de la verdad, que generalmente se concentraron en el objetivo prioritario de encontrar la paz y buscar la reconciliación sin renunciar a descubrir la verdad histórica. Véase Ruti Teitel: "Transitional Historical Justice", en Meyer (ed.): *Justice in Time. Responding to Historical Injustice*, Baden-Baden: Nomos, 2004, pp. 78 ss.

34 Véase Michael Scharf: "The case for a permanent international truth commission", en *DJCIL*, vol. 7, 1997, p. 400; Daditos Haile: *Accountability for crimes of the past and the challenges of criminal prosecution. The case of Ethiopia*, Lovaina: Centre for Advanced Legal Studies, K.U. Leuven University Press, 2000, p. 24.

35 Justamente, el éxito se podría haber alcanzado si las Comisiones de la Verdad hubieran sido el primer paso hacia la reconciliación nacional y el respeto de los derechos humanos, acompañadas de cambios estructurales en lo político, judicial y militar. Véase Priscilla Hayner: "Fifteen Truth Commissions -1974 to 1994: a comparative study", en Kritz (ed.): *Transitional Justice*, vol. I, Washington D. C., 1995, p. 261. En el caso de la Comisión para la Paz que funcionó en Uruguay a partir del año 2000, existía una conciencia previa de las limitadas posibilidades de éxito, atendiendo a que su objetivo se centraba en la averiguación de lo ocurrido exclusivamente en casos de desapariciones forzadas. Además de lo tardío de su configuración, la Comisión solo podía preguntar a los informantes que voluntariamente accedían a sus requisitorias *cuándo*, *dónde*, *cómo y por qué* de cada desaparición, pero tenía vedado preguntar *quién* era responsable de los hechos. Véase Gonzalo Fernández: op. cit., pp. 409, 411 s.

36 Los familiares de los detenidos-desaparecidos por el *terrorismo de Estado* recibieron periódicamente información de la Comisión, lo que reafirma el objetivo prioritario de "recabar información" acerca de la verdad histórica.

37 La reparación de las víctimas tras situaciones de violencia masiva es una obligación que los responsables de las violaciones de los derechos humanos deben asumir. Véase Uwe Kischel: "Wiedergutmachungsrecht und Reparationen. Zur Dogmatik der Kriegsfolgen", en *JZ*, 3, 1997, pp. 126, 127, 130.

38 Si se tiene en cuenta la casi nula colaboración de fuentes militares o policiales y que las principales fuentes de información fueron la AFDD, el SERPAJ y el IELSUR, se entenderá por qué dicha Comisión no ha sido funcional a los intereses de las víctimas y por qué no logró sus cometidos básicos.

39 Véase Gonzalo Fernández: op. cit., p. 411.

que indica que las administraciones anteriores adhirieron en exclusiva a la política de la impunidad y el olvido (*absolutes Schlußstrichmodel*).

3.4. Entre las conclusiones de la Comisión para la Paz se recomendaba la tipificación de muchas figuras penales inexistentes en el ordenamiento jurídico nacional, que en su naturaleza formaban parte del grueso de los *delitos de Estado* cometidos en el período dictatorial. Esta recomendación tuvo eco en la ley n.º 18026, del 26 de setiembre del 2006, que tipificó no solo los crímenes del artículo 5 del ER, sino también otras figuras no contenidas en dicho cuerpo normativo.[40] Sin embargo, una de sus conclusiones más importantes fue la subsunción, por primera vez en la historia democrática del Uruguay posdictadura, de los delitos cometidos por militares y policías en el ejercicio de su función durante la dictadura cívico-militar en el concepto de *terrorismo de Estado.*

De esta forma, el decreto presidencial n.º 46/2003, del 16 de abril del 2003 declaró como *versión oficial* las conclusiones finales de la Comisión para la Paz; entre ellas, el reconocimiento del fenómeno de la *criminalidad de Estado* o *terrorismo de Estado* y la necesidad de una reparación adecuada de las víctimas y de toda la sociedad.

3.5. A partir del año 2000 los gobiernos nacionales han actuado decididamente en dirección a cerrar la transición, desligándose paulatinamente de la política de olvido e irresponsabilidad y asumiendo una política de conocimiento de la verdad y también de castigo. Como un elemento subliminal y complementario de la política de verdad y castigo, se han dado algunos pasos en dirección a la reconciliación a través de la celebración de un acto denominado *Nunca más,* así como otros en dirección a la recuperación de la memoria colectiva y la no repetición, con la construcción de un memorial de los desaparecidos[41] y la inauguración de un museo de la memoria.[42]

---

[40] Véase críticamente Pablo Galain Palermo: "Uruguay", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 494 ss.

[41] En diciembre de 2007 se inauguró un predio en memoria de los desaparecidos durante la dictadura. Este proyecto había sido declarado de interés nacional por la Presidencia de la República. Véase ‹http://www.larepublica.com.uy/politica/65052›, visitado el 15.2.2008.

[42] Véase ‹http://www.larepublica.com.uy/comunidad/288021›, visitado el 15.2.2008.

3.6. Relevancia de los mecanismos utilizados frente a la CPI

En lo que tiene que ver con los mecanismos utilizados y su relación con la CPI hay que hacer algunas precisiones según los distintos modelos utilizados por los sucesivos gobiernos uruguayos.

3.6.1. Etapa de amnistía absoluta

3.6.1.1. Con relación al derecho penal internacional, al derecho humanitario y a la CPI, el aspecto más problemático de la transición uruguaya tiene que ver con la impunidad absoluta de los criminales de Estado como consecuencia de la ley de "amnistía". Si bien esta ley fue dictada por un Parlamento democrático y, además, aceptada popularmente por medio de un referéndum, se trata de una ley de amnistía absoluta que contradice a la normativa internacional[43] y al espíritu del ER.[44] Es cierto que el ER no se pronunció expresamente sobre el valor inhibitorio de una amnistía en relación con el ejercicio de competencia por la CPI,[45] pero de la lectura de los artículos 17 y 53 del ER se deduce que esta amnistía no debería contradecir el principio de *interés de la justicia.*[46] Es claro que para decidir en cada caso hasta dónde llega el *interés de la justicia* se habrán de tener en cuenta la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas, y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen (cf. artículo 53.2 del ER). El fiscal de Corte debería iniciar una investigación a menos que determine que no hay un fundamento razonable para proceder (cf. artículo 53.1 del ER). Para ello la discrecionalidad nunca será absoluta, por el control que el artículo 53.3 del ER exige de parte de la Sala de Cuestiones Preliminares. De esta forma, el *interés de la*

---

43 Véase por todos Helmut Gropengießer y Jörg Meißner: "Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court", en *ICLR*, 5, 2005, pp. 272 ss.

44 Véase por todos Darryl Robinson: "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", en *EJIL*, vol. 14, n.º 3, 2003, p. 482.

45 Véase Helmut Gropengießer y Jörg Meißner: op. cit., p. 267.

46 Artículo 53: "1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: […] b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17; c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en *interés de la justicia* […] 2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que: […] b) La causa es inadmisible de conformidad con el artículo 17; o c) El enjuiciamiento no redundaría en *interés de la justicia*, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen […]". El resaltado me pertenece.

justicia no viene definido únicamente por un criterio de discrecionalidad fiscal, sino que se conforma conjuntamente con un criterio judicial que significa un *estándar mínimo de justicia* aceptado internacionalmente. En determinadas situaciones este criterio debe abarcar no solo el interés de la justicia retributiva en la persecución, sino también un criterio más amplio que puede contener aspectos de la justicia restauradora, las comisiones de la verdad, las formas tradicionales de administrar justicia (verbigracia: cortes *gacaca* en Ruanda,[47] el mecanismo *mato oput* dentro del tradicional método de reconciliación *acholi luo* en Uganda),[48] como también otras formas alternativas de justicia[49] o, incluso, el otorgamiento de algunas amnistías individuales condicionales[50] o generales para delitos y/o autores que no revistan la mayor gravedad.[51] Lo cierto es que cualquiera de estas formas alternativas de *administrar justicia* (verbigracia: investigación, persecución, garantía de inexistencia de impunidad, etcétera) tiene que alcanzar este *estándar mínimo de justicia* para poder inhibir la actuación complementaria de la CPI.[52]

En el caso uruguayo, la ley de "amnistía" no distinguió ontológicamente la gravedad de los delitos, ni diferenció a los posibles beneficiarios según los criterios de la autoría y la participación, sino que abarcó la totalidad de los crímenes cometidos por funcionarios militares o policiales durante la dictadura cívico-militar.[53] Además, dejó fuera de la amnistía a los civiles que participaron del gobierno de facto (que hoy se encuentran procesados con prisión como partícipes de delitos y crímenes cometidos por autores materiales y/o mediatos amnistiados), dando muestras que esta ley viola

[47] Véase Jeremy Sarkin: "The tension between justice and reconciliation in Rwanda: politics, human rights, due process and the role of the *gacaca* courts in dealing with the genocide", en *JAL*, vol. 45, n.º 2, 2000, p. 143.

[48] Manisuli Ssenyonjo: "The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army Leaders: Prosecution or Amnesty?", en *ICLR*, 7, 2007, pp. 373 ss.

[49] Véase Louise Mallinder: "Can amnesties and International justice be reconciled?", en *IJTJ*, n.º 1, 2007, pp. 217 s. Sobre el caso *Kony et al.*, relacionado con los crímenes cometidos en Uganda y las negociaciones de paz, véanse Manisuli Ssenyonjo: op. cit., pp. 361 ss.; Jan-Michael Simon: "Entre o Global e o Local: Negociações de Paz e Tribunal Penal Internacional", inédito. Allí se dice: "[…] quando o Estado decide negociar com seus adversários, bem se pode denominar a resposta de 'justiça alternativa', sendo 'alternativa' um termo tão volátil como 'justiça', o que abre um espectro grande de opções do Estado em negociações de paz nacional".

[50] Este tipo de amnistía provoca los mayores desafíos para la interpretación del principio de justicia, pues, como sucedió en Sudáfrica, una Comisión de la Verdad podría estar autorizada para ofrecer amnistías individuales a cambio de la confesión de los hechos criminales. Este tipo de comisiones con tales potestades cumpliría con el requisito de realizar una "investigación suficiente" de los hechos y, siempre que tenga la posibilidad de negar la concesión de la amnistía, también cumpliría con el requisito de "decidir entre perseguir o no perseguir al autor de los hechos". La cuestión más difícil de resolver es la que tiene que ver con la *unwillingness* o *unability* de perseguir (cf. artículo 17.1.b ER). Véase Darryl Robinson: op. cit., p. 501.

[51] Ibídem, p. 490.

[52] Véase Manisuli Ssenyonjo: op. cit., p. 373.

[53] En Uruguay se trató de un claro ejemplo de *blanket amnesty* que en ningún caso podría cumplir con el test de complementariedad del artículo 17 ER, ni impedir la actuación complementaria (o supletoria) del fiscal de Corte.

principios fundamentales de justicia, algunos de ellos de rango constitucional, como el principio de igualdad ante la ley (cf. artículo 8 de la Constitución uruguaya). Por otra parte, la ley reconoce en "la lógica de los hechos" una fuente de derecho (cf. artículo 1), en lugar de legitimar la amnistía en su condición de potestad legislativa, y fundamenta la no persecución penal en la mera ontología a consecuencia de un acuerdo verbal. En otras palabras, la "caducidad de la pretensión punitiva del Estado" se determina en contradicción con las normas procesales que rigen la prescripción y la obligación de ejercicio de la acción pública ante la sospecha de la comisión de un delito. A todo esto se suma que considera "la lógica de los hechos" como una fuente material de derecho que no es reconocida por la Constitución. Por otra parte, el Poder Ejecutivo opera como una cuestión previa al ejercicio de la función jurisdiccional, que en un sistema constitucionalmente basado en la forma republicana de gobierno y en la separación de poderes es potestad exclusiva del Poder Judicial (cf. artículo 72 de la Constitución).

3.6.1.2. Para que una amnistía pueda ser considerada (por un tribunal internacional) como una forma de *hacer justicia,* debe cumplir con aquello que se ha denominado *principio de la exigencia democrática.*[54] En ese sentido, la amnistía uruguaya cumple con esta exigencia, pues no solo fue aceptada y validada por la máxima jerarquía judicial, sino también por la voluntad popular a través de un referéndum.[55]

A partir del ER, si bien la amnistía es un mecanismo constitucionalmente aceptado y de sanción legislativa, en el futuro los estados inmersos en una situación de transición tendrán que consultar a la CPI al designar los mecanismos a través de los cuales podrán hacer frente a las más graves violaciones de los derechos humanos.[56] El fiscal de la CPI ha sostenido que en ese sentido debe aplicarse un criterio flexible que tendrá en consideración tanto las amnistías como las formas locales de hacer justicia, asumiendo que su potestad de investigación no puede incluir hechos anteriores a julio del 2002.[57]

---

[54] Véase Louise Mallinder: op. cit., pp. 226 s.

[55] Sin embargo, al momento de evaluar el resultado de esa consulta popular llevada a cabo en 1989 hay que considerar todas las condiciones políticas y sociales del momento de la votación, así como la proximidad con los tiempos de terror de Estado y el poder institucional que todavía estaba en manos de algunos terroristas de Estado. Determinadas presiones de los ex detentadores del poder, la propaganda oficial a favor del olvido, el miedo remanente y la fragilidad de la nueva institucionalidad, todos son factores que, si bien no pueden socavar el resultado de la votación, indican la necesidad de una elaboración posterior del pasado para los fines de la reconciliación nacional. Véase sobre el tema Louise Mallinder: op. cit., p. 227.

[56] Véase Jann Kleffner: "The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive Criminal Law", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n.º 1, 2003, pp. 86 ss.

[57] Véase Luis Moreno-Ocampo: "Integrating the Work of the ICC into Local Justice Initiatives", en *AUILR*, 21, 2006, p. 500.

Todo indica, pues, que la obligación de persecución sin excepción de ningún tipo solo quedará abierta para los casos más graves de violaciones de los derechos humanos (cf. artículo 5 del ER).[58]

De todas formas, cuando una amnistía esté condicionada a la asunción de responsabilidad, al conocimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas, y exima a los autores de mayor responsabilidad, y cuando goce de un respaldo democrático, tendrá todas las potestades para inhibir cualquier tipo de intervención *complementaria* de la CPI o de cualquier tribunal internacional.

En lo que atañe a la amnistía uruguaya, según consideró la CDH de la ONU en el caso *Rodríguez v. Uruguay,* ella solo cumple con alguno de los requisitos recién descritos.[59]

3.6.2. Etapa de reconciliación

3.6.2.1. Habría que analizar qué incidencia puede tener la actuación de la Comisión para la Paz en cuanto a la eventual intervención de un tribunal penal internacional y a la realización del principio de *interés de la justicia*. En primer lugar, cabe recordar que la Comisión para la Paz no tuvo potestades coercitivas ni de *investigación*, sino que solo fue un órgano receptor de declaraciones voluntarias sobre desapariciones forzadas de personas, con expresa prohibición de revelar los nombres de los autores de los crímenes de Estado.

En cuanto al contexto histórico en el que ella operó, no existió una cercanía temporal con los hechos investigados.[60]

Luego de la sanción del ER, una forma alternativa de justicia como es una comisión de la verdad (o de la paz) tiene que cumplir con un *patrón mínimo* de investigación

---

[58] Véase Louise Mallinder: op. cit., pp. 222 ss. Así tendrá que decidirlo la CPI en el actual caso *Kony et al.*, referido a los crímenes de lesa humanidad cometidos en Uganda, pero todo hace pensar que una amnistía para los principales violadores de los derechos humanos no impedirá la intervención complementaria de la CPI, y ello sin que se viole el principio de *ne bis in idem* por inexistencia de un proceso de investigación contra los presuntos responsables. Véase Manisuli Ssenyonjo: op. cit., p. 387.

[59] Véase HRC, Rodríguez v. Uruguay, Communication 322/1988, UN. Doc. CCPR/C/51/D/322/1988, 1994, § 12.4.

[60] La Comisión para la Paz no operó en una de esas situaciones en las que el interés de la justicia retributiva cede frente a la necesidad de lograr la paz. Tampoco tuvo lugar dentro de un contexto de negociaciones de paz que justificara la no persecución penal o la no aplicación de una pena (amnistía absoluta), a cambio de un cese del fuego o de la salvaguarda de vidas civiles. En esas circunstancias incluso podría ser aceptada una amnistía general a favor de los perpetradores y contra el interés de la justicia retributiva. Véase Dan Markel: "The justice of amnesty? Towards a theory of retributivism in recovering states", en *UTORLJ*, vol. 49, n.º 389, Toronto, 1999, pp. 24 s.

y persecución (cf. artículo 17).[61] Este *patrón mínimo* que pueda considerarse como equivalente de una investigación tendría que consistir en la reunión de pruebas y el establecimiento de los hechos relacionados con la conducta bajo consideración, a fin de determinar lo sucedido de un modo objetivo y de acuerdo con criterios específicos.[62]

Para que una comisión de la verdad (que es lo que fue la Comisión para la Paz), según el modelo de la TRC de Sudáfrica, tenga entre sus cometidos la potestad de otorgar una amnistía individual a cambio del reconocimiento de la responsabilidad en los hechos criminales, debe cumplir con ciertos requisitos:

- debe ser una institución particular creada por una ley formal;
- debe perseguir una concepción de justicia restauradora basada en el conocimiento de la verdad, la reparación de las víctimas y la promoción de la reconciliación;
- los miembros de la comisión no deben observar esta política de forma parcializada;
- el mandato de la comisión debe ser lo suficientemente amplio para permitir la investigación más completa sobre los hechos del pasado.[63]

3.6.2.2. La Comisión para la Paz no tuvo potestades de canjear verdad y asunción de responsabilidad por impunidad,[64] ni tampoco pudo recabar información sobre los autores de los crímenes de Estado que permitiera concluir que se cumplió con un *estándar mínimo de interés de la justicia* que impidiera una intervención complementaria de la CPI o de cualquier tribunal penal internacional (cf. artículo 53 del ER).

---

[61] Para evitar las críticas respecto a una aplicación de la justicia universal de tipo *colonialista*, la CPI debe aceptar la diversidad de formas de *hacer justicia*, y a ella compete construir ese estándar global de justicia. Véase Eric Blumenson: "National Amnesties and International Justice, The Challenge of a Global Standard of Justice: Peace, Pluralism, and Punishment at the International Criminal Court", en *CJTL*, n.º 44, 2006, p. 22, disponible en ‹http://ssrn.com/abstract=906103›.

[62] Véase Jan-Michael Simon: "Procesos de paz y la Corte Penal Internacional", en Sergio García Ramírez (coord.): *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México: UNAM, 2005, p. 430.

[63] Véase Louise Mallinder: op. cit., pp. 224 s.

[64] Potestades que sí tuvo la TRC de Sudáfrica, las cuales le permitieron ofrecer frente a la "admission of responsibility […] a granting amnesty". En estos casos en que se ofrece una amnistía individual a cambio de la asunción de responsabilidad puede decirse que se ha cumplido con los intereses de la justicia retributiva. Véase Dan Markel: op. cit., pp. 21 s.

3.6.3. Etapa de persecución penal

3.6.3.1. A partir del 2005 y hasta el momento de escribir este trabajo, se han iniciado investigaciones sobre la mayoría de las denuncias presentadas ante evidencias concretas de desaparición y/u homicidio de personas, que han derivado en procesamientos con prisión de altas jerarquías de la dictadura y otros funcionarios militares y policiales implicados en el aparato criminal organizado de Estado.[65] Ninguna de estas investigaciones responde a una intención de *encubrimiento* de los delincuentes, sino a un espíritu retributivo enmarcado político-criminalmente en la lucha contra la impunidad, siguiendo la lógica de la defensa de los derechos humanos y el castigo de los culpables.[66]

3.6.3.2. Los actuales procesos penales llevados a cabo por jueces nacionales inhibirían cualquier tipo de intervención complementaria de la CPI por delitos de ejecución permanente o continuada, por haber sido esta asumida por la jurisdicción uruguaya, de un modo tal que no se dan ni los supuestos del artículo 17.1 del ER (que permiten la intervención del fiscal de Corte) ni los del artículo 20.3 del ER.[67]

4. Impacto de los mecanismos utilizados

Se carece de datos empíricos en cuanto al impacto de los mecanismos utilizados en la transición uruguaya.

---

[65] Véase en detalle José Luis González y Pablo Galain Palermo: op. cit., pp. 307 ss.

[66] Siguiendo este razonamiento, puede adelantarse que las posibles penas a recaer sobre los presuntos criminales de Estado seguirán la lógica de los tribunales penales internacionales y el espíritu del ER; sin embargo, no responderán a una finalidad preventiva especial positiva o negativa, sino a un espíritu retributivo-kantiano próximo a la retaliación o venganza, y retributivo-hegeliano próximo a la reafirmación de la normativa vigente, que hoy también se denomina *prevención general positiva.*

[67] No debe olvidarse que, independientemente de la posible actuación de la CPI, por aplicación del principio de justicia universal cualquier estado podría solicitar la extradición de presuntos criminales de estado uruguayos. Véase sobre este tema el resumen y las conclusiones del XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Defensa Social, Toledo 20-22.9.2007, *El derecho penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares*, de Nieto, Fronza, Gil Gil, López Pelegrín, Nakahira, Ramírez, Rodríguez, Galain y Saas, disponible en ‹http://www.cienciaspenales.net/portal/pls/portal/PORTAL_IDP.PROC_FICHERO.DOWNLOAD?p_cod_fichero=F65841803›.

5. Evaluación final

5.1. Entre 1973 y 1984 en Uruguay se cometieron crímenes de lesa humanidad por funcionarios del gobierno de facto que actuaron en forma organizada y sistemática, fenómeno que ha sido constatado por instancias oficiales (Comisión para la Paz) y judiciales, y que aquí se ha considerado como *terrorismo de Estado.*[68] Tras la comisión de los *delitos de Estado,* el Uruguay emprendió un proceso de mediaciones y negociaciones que derivó en la sanción de la ley 15848, una controvertida norma que pretendió, de un modo más político que jurídico, equilibrar la delicada relación entre *punirlo todo* u *olvidarlo todo.* Esta ley no significó una renuncia a la intervención del derecho penal (cf. artículo 3), objetivo que en todo proceso de transición sigue siendo necesario cuando no se logra por otros medios la averiguación de la verdad, la reparación de las víctimas y la asunción de responsabilidad de los criminales de Estado. En el proceso de transición uruguayo el objetivo de la determinación de la responsabilidad por los crímenes cometidos utilizando el aparato de Estado, por los distintos motivos aquí descritos, no ha podido lograrse hasta el momento, y todo indica que el único mecanismo que se pondrá en práctica será el recurso a la justicia penal.[69] Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente teórico, el proceso de transición permite sostener que, aun cuando se trate de los crímenes más graves, hay distintas formas para lograr el objetivo arriba enunciado, y que las distintas alternativas no tienen por qué ser excluyentes cuando podrían llegar a ser complementarias.[70]

5.2. Desde la óptica de la exigencia del *principio democrático*, con la confirmación popular del referéndum de 1989 la transición uruguaya se podía dar por culminada, y de forma exitosa. Sin embargo, hasta ese momento el Uruguay poco había hecho por la elaboración del pasado y la reconciliación nacional. A pesar de la amnistía y sus

---

68 En este trabajo he utilizado *criminalidad de Estado* como sinónimo de *terrorismo de Estado.*

69 En una sociedad posconflicto es necesario el establecimiento de algún tipo de responsabilidad, así se trate de una declaración "histórica", "moral" o "política" de responsabilidad, puesto que la declaración "legal" de responsabilidad parece ser de más difícil consecución (incluso, a veces este objetivo exclusivo riñe con el descubrimiento de la verdad, como en Sudáfrica y Ruanda). Véase Peer Zumbansen: "Transnational Law and Societal Memory", en Scott Veitch (ed.): *Law and the Politics of Reconciliation*, Aldershot: Ashgate, 2007, p. 131.

70 En ese sentido se menciona la combinación entre la persecución penal para los casos más graves (*rationae materia y rationae persona)* y otras formas de reconciliación basadas en la asunción de responsabilidad y la reparación de las víctimas para los casos menos graves. Véase Carrie Menkel-Meadow: "Restorative Justice: What Is It and Does It Work?", en *ARLSS*, vol. 3, 2007, p. 170.

posteriores legitimaciones democráticas, el conflicto ocasionado por los crímenes de lesa humanidad cometidos por agentes del Estado permanecía latente.

Tras los fallidos intentos de intervención punitiva en el tiempo inmediato a la reinstitucionalización, seguían ocultos no solo los autores de la barbarie, sino también la verdad de los hechos, los motivos de la crueldad y los cuerpos de las personas desaparecidas. En vista de ello, el 9 de agosto del 2000 el gobierno del presidente Jorge Batlle Ibáñez creó la Comisión para la Paz, a fin de intentar la reconciliación nacional apelando a una política de *búsqueda de la verdad y reparación en lugar de justicia penal y reproche.* Esta fue la primera variante en el proceso de transición uruguayo, en apelación a los derechos básicos de las víctimas directas e indirectas del terrorismo de Estado.

5.3. Distintos órganos jurisdiccionales sostienen que los procesos de elaboración del pasado deben estar orientados hacia las víctimas y reconocer el derecho de estas al esclarecimiento de los hechos y a la reparación.[71] Los derechos de las víctimas coinciden con las obligaciones que el Estado ha asumido internacionalmente, las cuales no pueden quedar al arbitrio de la conveniencia política de los nuevos regímenes democráticos. El derecho es la barrera de la política; por ello, en la transición jurídica la política del nuevo Estado de derecho está limitada por su deber de castigar los crímenes más graves contra los derechos humanos.[72]

5.4. Nada indica que en todos los casos exista la necesidad de una intervención punitiva como la mejor forma de resolver el conflicto en consideración exclusiva de las víctimas directas y de la sociedad. En ese sentido, en el caso uruguayo tiene que ser mejor valorada una solución consensuada que siga la lógica de la justicia restauradora, basada en la conciliación o la mediación entre las partes del conflicto. Este objetivo conciliador podría

---

[71] Así lo ha reconocido la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-370 de 2006, sobre la obligación de reparar a las víctimas e incluso en relación con la responsabilidad subsidiaria del Estado, cuando los responsables directos no tienen los recursos necesarios para cumplir con la obligación de reparar a las víctimas en procesos de justicia transicional, toda vez que se han cometido violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos (cf. 6.2.4.1.10 y 6.2.4.1.12). Véase ‹http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/corte.html›, visitado el 17.3.2008. Del mismo modo la CIDH; véase por todos la sentencia de 27.11.1998, del caso *La Cantuta vs. Perú (Reparación)*, serie C, n.º 43, párrafo 84.

[72] Véase Gerhard Werle: "La elaboración jurídica del pasado, ¿Castigo o amnistía?, ¿Comisión de Reconciliación o Comisión de la Verdad?", en Humboldt-Kolleg: *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*, Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 7-9.2.2008.

ser un medio más adecuado para la resolución definitiva del conflicto, pues consideraría también la voluntad de los autores de los crímenes para dicha tarea reconciliadora.[73]

En la transición uruguaya, hasta el momento de escribir este trabajo, se ha descartado una alternativa restaurativa, porque no se ha tomado en consideración que, en definitiva, la obtención de la paz no depende solo del *conocimiento de la verdad,* sino también de un cambio de mentalidad en la población que permita la *reconciliación entre víctimas y victimarios.*[74]

5.5. El conocimiento público de los hechos y la imputación de responsabilidad a sus autores es parte de la función del derecho penal, y sin este conocimiento judicial de la verdad sobre la *criminalidad de Estado* parecería que no estarían dadas las condiciones para la resolución del conflicto.[75] Sin embargo, se debe tener en cuenta que, si bien existe la válida expectativa de que con la ayuda del proceso penal se puedan obtener conocimientos verdaderos sobre un régimen ilícito, no debe olvidarse que el derecho penal y el proceso penal tienen su propio concepto de verdad.[76] En un proceso penal de un Estado de derecho, aun cuando se refiera a hechos acontecidos en un régimen ilegítimo, solo

---

[73] Para ello, como punto de partida, estos tienen que reconocer su participación en los hechos, asumir sus responsabilidades individuales sin continuar apegados a una defensa corporativista de legitimación de los crímenes de Estado y estar dispuestos a llevar a cabo reparaciones (materiales o simbólicas), indpendientemente de las reparaciones que haya asumido el Estado.

[74] De opinión similar Jürgen Habermas: *Más allá del Estado nacional*, trad. Jimenez Redondo, Madrid: Trotta, 2001, p. 78. La realidad, no obstante, muestra que para lograr esta tarea de reconciliación nacional, el llamado a *silencio austero* de los autores individuales de los crímenes de Estado aleja toda posibilidad de poner en marcha procedimientos de una justicia restaurativa antes que retributiva, o incluso de un *derecho penal de autor.* En febrero del 2008 la ministra de Defensa Nacional, Azucena Berrutti, presentó un proyecto de ley para liberar de la orden de "guardar silencio" a los militares que actuaron durante la dictadura (1973-1985). Este proyecto fue asumido por el presidente Vázquez y enviado al Parlamento para su discusión. Según informa el diario *El País:* "El llamado 'silencio austero' fue impuesto en filas del Ejército al término del gobierno de facto por el entonces comandante en Jefe, teniente general Hugo Medina. La decisión de Medina fue tomada como una orden por todos los comandantes en jefe que lo sucedieron, hasta Ángel Bertolotti, quien a pedido de Vázquez en 2005 inició una investigación interna para esclarecer la situación de los ciudadanos desaparecidos". Quienes rompieron el silencio fueron considerados *traidores* por los compañeros de armas. "De prosperar la iniciativa de Berrutti, militares esencialmente de bajo rango podrían aportar información sobre los desaparecidos, sin ser sancionados por su actitud". Véase ‹http://www.elpais.com.uy/08/02/26/ultmo_332343.asp›.

[75] Véase Gerhard Werle: "Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht", en *ZStW,* n.º 109, 1997, pp. 822 s.

[76] Este concepto procesal de verdad "está unido a las posibilidades específicas del proceso penal para preguntarse sobre las circunstancias fácticas, así como también acerca de cuáles de ellas quieren ser tenidas en cuenta, si quiere uno apoyarse con seguridad en el conocimiento obtenido en el proceso penal". Véase Winfried Hassemer: "La responsabilidad penal por crímenes de Estado y el cambio de sistema político en Alemania bajo la lupa de las causas de justificación", trad. Daniel Pastor, en *Crimen y Castigo*, vol. 1, n.º 1, agosto 2001, Buenos Aires, p. 55.

se puede obtener una *verdad forense,* que es distinta de la *verdad histórica.*[77] Esto indica que la verdad forense no puede ser considerada la única verdad o la verdad oficial en el proceso de transición uruguayo.

5.6. A favor de la persecución penal debe considerarse el derecho de las víctimas a la resolución del conflicto, que no solo se satisface con reparaciones materiales y simbólicas, sino también con respuestas jurídico-penales.[78] En este sentido, sin desconocer que la justicia penal no constituye la única vía posible,[79] se sostiene que la intervención punitiva puede tener mejor incidencia para la resolución definitiva de las causas del conflicto, principalmente desde el punto de vista del derecho de las víctimas. Estas, además de un derecho a la reparación, tienen derecho a que se investigue y se determine el conocimiento de la verdad y de los responsables, así como tienen el derecho a la garantía de no repetición.[80] No obstante, si bien la solución penal puede ser funcional a la proclama internacional del *Nunca más violaciones de derechos humanos,* o a la versión matizada del presidente Vázquez del *Nunca más enfrentamientos entre uruguayos,* no es

---

[77] Como enseña Hassemer, la verdad procesal se conforma de aquellos elementos que sirven para justificar una imputación de culpabilidad o de absolución del indagado. "[…] la verdad 'histórica' que puede ser reconocida en el proceso penal está relativizada a causa de los principios jurídico-penales que limitan la averiguación de la verdad, que actúan selectivamente frente a todo el panorama de lo 'objetivamente' sucedido. Con los medios del proceso penal, el fin de reconstrucción histórica solo puede ser alcanzado selectiva y aporéticamente, y, por ello, frente a los resultados del proceso penal es conveniente una precaución metodológica especifica". Ibídem, p. 57.

[78] La CIDH ha sostenido que la "verdad histórica" contenida en las comisiones de la verdad no sustituyen la obligación de los Estados de investigar judicialmente los crímenes de lesa humanidad, atribuir responsabilidades *y sancionar a todos quienes resulten partícipes. Véase por todos el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26.9.2006, serie C, n.° 154, párrafo 150.

[79] Téngase en cuenta que ese derecho a la verdad y la reparación de los daños sufridos también puede lograrse por vías alternativas. Véase Esteban Cuya: "Wahrheitskommissionen in Lateinamerika", en Detlef Nolte (ed.): *Vergangenheitsbewältigung*, op. cit., p. 35.

[80] Este derecho viene siendo reconocido en los últimos instrumentos de la ONU, que en el Preámbulo de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas sostiene: "Teniendo presentes el derecho de toda persona a no ser sometida a una desaparición forzada y el derecho de las víctimas a la justicia y a la reparación, = Afirmando el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida, así como el respeto del derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones a este fin […]". También se reconoce este derecho en los artículos 19 y 24. En el 24.4. se establece: "Los Estados Partes velarán por que su sistema legal garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada. […] 5. El derecho a la reparación al que se hace referencia en el párrafo 4 del presente artículo comprende todos los daños materiales y morales y, en su caso, otras modalidades de reparación tales como: *a*) La restitución; *b*) La readaptación; *c*) La satisfacción; incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación; *d*) Las garantías de no repetición". También es reconocido por la CIDH; véase el caso *Blanco Romero y Otros versus Venezuela*, sentencia 28 de noviembre de 2005, serie C, n.° 138, párrafo 93.

este el mecanismo de intervención más idóneo en el conflicto para lograr el objetivo de "paz y reconciliación".[81]

5.7. La transición uruguaya ha pasado por diversas etapas según una orientación originariamente basada en exclusivas pautas de la *Realpolitik*, que sugerían la consolidación de la democracia bajo el eslogan de "el cambio en paz" y el recurso a la amnistía como la mejor forma de resolver el conflicto. Según los tres modelos descritos al comienzo de este trabajo, la transición en Uruguay debe en principio inscribirse en el *Schlußstrichmodel* (1985-2001), consecuencia directa del pacto entre detentores del poder y algunos reformistas, denominado *Acuerdo del Club Naval*.

Con la creación de la Comisión para la Paz se da prioridad al *Aussöhnungsmodel* (2001-2003), se procura "la paz del alma" y se pretende ofrecer información verídica y oficial a las víctimas para cumplir con los principios del derecho a la verdad y a la reparación, así como reconstruir la memoria colectiva. Sin embargo, esa información se limitó a los casos de desapariciones forzadas y no hizo referencia a los sistemáticos crímenes de tortura practicados indiscriminadamente a todos los detenidos durante la dictadura. Además, la Comisión para la Paz no tuvo potestades para determinar responsabilidades ni para investigar, por lo que la *verdad oficial* recabada es parcial y no tiene por ende capacidad para cerrar la transición.

A partir de 2003, con el pretexto de practicar una *política orientada a los derechos humanos,* el gobierno de Tabaré Vázquez encaminó el proceso de transición uruguayo hacia el *Strafverfolgungmodel*. De esta forma, se abandonó la lógica de la *Realpolitik* y se avanzó en dirección a una *política criminal orientada al autor,* muy próxima a lo que hoy se denomina *derecho penal para enemigos.* Esta política se manifestó normativamente (*law in books*) en la sanción de la ley 18026 y se ejecutó (*law in action*) en los procesamientos penales de los altos mandos civiles y castrenses de la dictadura cívico-militar que lleva adelante la justicia penal nacional.

5.8. El caso uruguayo sirve para afirmar que, una vez culminada la situación de ilegitimidad, las heridas continúan abiertas durante largo tiempo, de forma que no debe intentarse un "mero conocimiento del pasado" sino de "trabajar con el pasado".[82]

---

[81] La persecución penal de los criminales de Estado los ha puesto en una situación de victimización que los lleva a considerarse a sí mismos como "presos políticos de la democracia", y este enfrentamiento entre *ex presos políticos de la dictadura y actuales presos políticos de la democracia poco tiene que ver con una intervención pacificadora y reconciliadora en el conflicto.*

[82] En la doctrina alemana aparece el término *Vergangenheitsbewältigung* para abarcar dos períodos distintos del siglo XX: a) en los años cincuenta, para "trabajar el pasado", en relación con los horrores del régi-

Si asumimos con Ruti Teitel que la justicia de transición es parcial y limitada por la combinación de aspectos de la *política real* con los del *Estado de derecho,* queda planteada la interrogante sobre la funcionalidad y la oportunidad de los procesos penales actuales para dar por terminado definitivamente el proceso de reconciliación nacional.[83] Si se considera que ha habido una Comisión para la Paz que se encargó de establecer una *verdad oficial* o *verdad histórica* sobre los crímenes de Estado y que recomendó la reparación de la víctimas, puede pensarse que los actuales juicios penales responden únicamente a una finalidad retributiva y a una política criminal de venganza antes que de reconciliación.[84] La ley 15848 ha permitido, con su extraña redacción, una lógica similar a la justicia ejercida por los *vencedores* sobre los *vencidos*, pues la persecución penal se ha supeditado a la voluntad política del gobierno de turno.[85] La transición uruguaya

---

men nazi, y b) en los años noventa, en relación con el régimen dictatorial de la DDR tras la caída del muro de Berlín.Véase Regina Blümmel: *Der Opferaspekt bei der strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung*, Berlín: Duncker&Humblot, 2002, pp. 22 s.

83 En el caso uruguayo, no obstante, a más de treinta años de sucedidos los hechos ya no se justifica enfrentar el pasado desde una disyuntiva que solo permita escoger entre recordar u olvidar. En mi opinión, la sociedad uruguaya se encuentra en condiciones de superar los traumas del pasado. Para ello se trata de escoger entre la mejor manera de recordar o de elaborar un acontecimiento asociativamente. En la construcción freudiana denominada *Verarbeitung*, acontecido un suceso traumático, debe producirse su elaboración asociativa para que el recuerdo del trauma no persista en estado de "grupo psíquico separado". Sostiene Freud: "la eficacia de la cura proviene del establecimiento de conexiones asociativas que permiten la liquidación progresiva del trauma". Véase Jean Laplanche y Jean-Bernard Pontalis: *Diccionario de Pscicoanálisis*, Barcelona: Labor, 1977, pp. 105 s.

84 En el seno de una sociedad postraumática nunca se logra la reconciliación, porque es un proceso que se retroalimenta. Cuando la reconciliación se pueda lograr sin recurrir a la ley es cuando ya se ha vuelto inmanente en la cultura. Ella deja de ser el centro de la política de transición y se convierte en la columna de la política normal. Véase Erin Daly y Jeremy Sarkin: *Reconciliation in Divided Societi+es. Finding Common Ground*, Filadelfia: Penn, 2007, p. 258. Sancinetti y Ferrante entienden que la justicia penal no puede lograr la tan ansiada *reconciliación*, circunstancia que solo podría alcanzarse en el futuro cuando "hayan desaparecido las generaciones que participaron en el conflicto, como responsables o víctimas". Véase Marcelo Sancinetti y Marcelo Ferrante: op. cit., p. 454. De otra opinión Millaleo: "Nun war andererseits der Ansatz zum Umgang mit der Vergangenheit des Transitionsprozesses als ein Prozess der nationalen Versöhnung. Das Strafrecht wurde diesem Ziel untergeordnet als eines der Werkzeuge zur Erreichung der Versöhnung". Véase Salvador Millaleo: "Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht in Chile", en Eser, Sieber y Arnold (eds.): *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, vol. 11, Berlín: Duncker & Humblot, 2007, p. 344.

85 La sociedad uruguaya todavía muestra algunos signos de polarización. Esto ha sido notorio en distintos actos de repudio que tuvieron lugar el 14.4.2008, en ocasión de la celebración llevada a cabo por la Asociación de Homenaje Permanente a los Caídos en Defensa de las Instituciones Democráticas y de la Libertad. A ellos asistieron los ex presidentes de la República Julio María Sanguinetti y Luis Alberto Lacalle, junto con integrantes del Círculo y el Centro Militar. Las distintas oratorias denunciaron una "mala interpretación" de la Ley de Caducidad por el Poder Ejecutivo comandado por Tabaré Vázquez, refiriéndose a la política de derechos humanos del gobierno como violatoria de esos mismos derechos, una política que denominaron de auténtica "cacería de orientales". Según informa el diario *La República*, el diputado García Pintos consideró "precipitada, audaz y mal intencionada" la interpretación de la Ley de Caducidad, al tiempo que afirmó que el sistema todo, "como adormecido, consintió casi en silencio que la doctora Mirtha Guianze, fiscal con un tormentoso pasado político-ideológico, fuera la representante del Ministerio Público que acusara a algunas de las personas convertidas hoy en prisioneros políticos". Este mismo diario, de neto corte oficialista, en la misma edición publicó

confirma la definición brindaba en el comienzo (cf. Nota 5) y la directa vinculación que existe entre la justicia de transición con los *periods of political change.* No obstante, el proceso de transición uruguayo muestra que tal definición debe ser considerada de un modo más amplio. La justicia de transición no es solo una forma de justicia asociada a un particular período de cambio político, sino que, cuando se trata de crímenes de Estado, ella varía con los cambios políticos o con el cambio de las políticas de gobierno respecto a la confrontación del pasado.

Los tres gobiernos democráticos subsiguientes a la dictadura (Sanguinetti, Lacalle, Sanguinetti) apostaron a la amnistía general sin excepciones ni matices. El cuarto (Batlle) matizó la amnistía con la búsqueda de la verdad histórica y/u oficial.[86] El actual (Vázquez) ha exonerado de la amnistía determinados casos siguiendo la lógica de la persecución penal selectiva[87] y de la justicia retributiva. Si esta fuera la forma indicada para dar por terminado el proceso de revisión de los hechos de la dictadura, es una cuestión que está todavía por verse.[88]

El caso uruguayo indica que el concepto de justicia de transición debe considerar un amplio lapso, que va mucho más allá de la inmediata etapa de posconflicto o de la recuperación del Estado de derecho (fortalecimiento de la institucionalidad), pues incluye todas las prácticas, mecanismos y asuntos que se plantean a continuación de un período de conflicto, disputa civil o período represivo (verbigracia, dictadura cívico-militar) y que se dirigen directamente hacia la confrontación y elaboración de las pasadas violaciones de los derechos humanos y de las leyes humanitarias.[89]

---

fotos de Nibia Sabalsagaray, muerta en 1974 a causa de las torturas recibidas en el Batallón de Transmisiones n.° 1. Véase ‹http://www.larepublica.com.uy/politica›, visitado el 16.4.2008.

86 La verdad obtenida nunca es objetiva ni todo lo neutral que se querría; guarda mayor relación con lo que creemos que ocurrió que con lo realmente sucedido. Pero cuando una verdad es pronunciada y sin condiciones aceptada, "then it would be much more likely to conduce to reconciliation". Véase Erin Daly y Jeremy Sarkin: op. cit., pp. 146 s.

87 Sobre los problemas que este tipo de juicios acarreó para la República Argentina, véase Jaime Malamud Goti: *Terror y justicia en la Argentina. Responsabilidad y democracia después de los juicios al terrorismo de Estado*, Buenos Aires: Ediciones De la Flor, 2000, pp. 185 ss. Según este autor, "en vez de ofrecer una 'verdad' común que permitiese reconstruir una sociedad fragmentada por distintas versiones históricas, los tribunales generaron un clima aún más polarizante". Ibídem, p. 232.

88 En opinión de Chaves: "La interacción entre lo retaliativo y lo punitivo genera una paradojal revitalización del pasado: los hechos ocurridos hace treinta años o más se juzgan como si el tiempo no hubiera pasado y como si los sospechados no hubieran envejecido. Postergado y hambriento, el fervor punitivo amenaza devorarlo todo, empezando por la sensatez". Véase Gastón Chaves: op. cit., nota 29.

89 En sentido similar, véase Naomi Roht-Arriaza: "The new landscape of transitional justice", en Roth-Arriaza y Marieycurrena (eds.): *Transitional justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 2. También los otros procesos transicionales del Cono Sur sirven para sustentar esta definición; véase Salvador Millaleo: op. cit., pp. 345 y s; Gabriel Pérez Barberá: "El terrorismo de Estado como criminalidad organizada en Argentina", en *Jornadas Retaliación/Mediación/Punición como formas*

5.9. El caso uruguayo también indica que dentro del concepto de justicia de transición caben distintas formas de reacción que pueden ser combinadas entre sí:

- proceso de pacificación ("el cambio en paz", 1985-1990);
- amnistías (consecuencia de la negociación del Club Naval de 1984);
- consulta popular de legitimación o rechazo de la amnistía (referéndum de 1989);
- búsqueda de la verdad con fines de reconciliación (Comisión para la Paz del 2000);
- persecución penal y posible condena (2005-), reparaciones materiales y simbólicas (quizás en algún momento, solicitud de perdón y auténtica reconciliación).

5.10. Así las cosas, en este lugar y en consideración a los hechos analizados, se puede concluir que, a más de treinta años de cometidos los crímenes y a más de veinte de recuperado el Estado de derecho, ni el proceso de *transición* ni el proceso de *elaboración del pasado* han culminado en el Uruguay.

de resolución de los conflictos violentos en Latinoamérica, Simon y Galain (coords.), San Pablo: Universidad Metodista de Piracicaba, agosto 2007.

Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas

Ezequiel Malarino

SUMARIO

El trabajo presenta, esquemáticamente, los dos aspectos en los cuales la experiencia latinoamericana ha enriquecido particularmente las discusiones sobre justicia de transición. El autor se refiere, por un lado, al derecho a la verdad y a los mecanismos institucionales para ejercerlo y, por el otro, a la cuestión del rol del derecho penal como herramienta de superación del pasado, esto es, a la cuestión de la tensión, siempre presente en los procesos de transición, entre justicia y paz. Especialmente sobre esta última cuestión el autor efectúa algunas consideraciones más profundas. Critica la doctrina de los límites absolutos a la facultad de amnistiar con base en la gravedad de los crímenes, establecida por la CorteIDH en el caso *Barrios Altos* y seguida por varios tribunales de países latinoamericanos, y rescata la función que, en ciertas ocasiones, puede cumplir una amnistía conciliadora para obtener o mantener la paz, bien que considera superior a la punición de los crímenes en cuanto constituye la condición indispensable para el desarrollo de cualquier forma elemental de convivencia social y por ello también para la existencia misma de un Estado de derecho.

1. En las últimas décadas del siglo pasado, la mayoría de los países latinoamericanos fueron el escenario de sangrientos enfrentamientos entre diversos sectores políticos y sociales; en algunos casos —Colombia es el ejemplo— esta situación de conflicto perdura hasta nuestros días. Los conflictos tuvieron como protagonistas tanto a grupos al margen de la ley (agrupaciones guerrilleras de diverso tipo, escuadrones de la muerte, grupos de autodefensa o paramilitares) como al mismo Estado. El mantenimiento del orden, la defensa de la seguridad nacional y, a veces, la protección de ciertos valores occidentales y cristianos fueron los motivos usualmente alegados por las autoridades estatales —en general, aunque no exclusivamente, por dictaduras militares— para justificar su participación en tales episodios. Guiados ideológicamente por la doctrina de la seguridad nacional, varios Estados de América Latina dieron inicio así a una lucha contra la subversión que degeneró en cruentas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos: detenciones arbitrarias, torturas, asesinatos extrajudiciales, desaparición de personas fueron moneda corriente del actuar estatal y signos evidentes de una política de lucha frontal contra el opositor político. Fue dicha criminalidad de Estado la que marcó especialmente el pasado reciente de gran parte de los países de la región. Luego de la terminación del conflicto (restablecimiento de la democracia, finalización de la guerra) o, a veces, ya en medio de la situación de conflicto, los Estados de América Latina han puesto en práctica diversos mecanismos o políticas para superar, elaborar o hacer frente a los complejos escenarios de violaciones sistemáticas a los derechos humanos que habían vivido; muchos de esos mecanismos continúan hoy siendo aplicados.

Los estudios sobre la justicia de transición en la experiencia latinoamericana contenidos en esta investigación confirman, ante todo, una observación ya clásica: más allá de ciertas coincidencias, cada experiencia de transición es diferente de las demás.[1] Ello se debe a que diversos factores, tales como la magnitud y la naturaleza del conflicto, la conformación social y cultural de la sociedad y especialmente la relación de fuerzas entre facciones políticas, sociales y/o militares antagonistas existente en un momento dado, condicionan la elección de los mecanismos concretos de un proceso de transición. De estos factores dependerá qué medidas podrá poner en práctica un Estado, qué características concretas podrán tener tales medidas y en qué momento podrán ser adoptadas. Si el régimen o los sectores sociales o políticos que han estado involucrados en las violaciones a los derechos humanos conservan una amplia cuota del poder político o

[1] Cf. tan solo Kai Ambos: *El marco jurídico de la transición*, trad. de Ezequiel Malarino, Bogotá: Temis, 2008, p. 22, y la bibliografía allí citada (en nota 46). Trabajo también publicado en este volumen.

militar, entonces la elaboración del conflicto a través del derecho penal será problemática o incluso imposible; en estos casos, el precio de la paz será a menudo la renuncia a la persecución penal. Si, en cambio, los sectores o grupos que han producido las violaciones a los derechos humanos han perdido toda cuota de poder, entonces quien diseñe la política de transición (generalmente, el nuevo gobierno) tendrá un margen mucho mayor para elegir qué medidas pondrá en práctica para afrontar el pasado, incluyendo naturalmente la persecución penal de los autores de delitos.[2]

Esta sujeción de la política de transición a la realidad política concreta —también al contexto social y cultural— no solo hace que el repertorio de las medidas utilizadas y la configuración concreta de ellas varíe en cada experiencia de transición y también en cada momento o etapa que atraviesa un proceso de transición, sino que dificulta también la obtención de conclusiones generales confiables sobre la transición en un sector geopolítico tan vasto y disímil como América Latina. Tales conclusiones globales solo pueden obtenerse al costo de enormes simplificaciones, lo que, en definitiva, pone en duda su utilidad; de otro modo: es posible extraer conclusiones globales a partir de generalizaciones de los diferentes procesos de transición, pero tales conclusiones, al prescindir necesariamente de muchos datos de la realidad concreta (factores particulares que incidieron, en cada experiencia, en la adopción de una medida determinada), no darán más que una imagen superficial y, en ciertos casos, distorsionada del problema. La correcta valoración de una medida determinada deberá tener en cuenta las circunstancias particulares y el contexto global en que fue adoptada, y ello solo es posible en el marco de un análisis pormenorizado de un proceso de transición concreto. Tal análisis particular ha sido efectuado en cada uno de los informes nacionales que conforman esta investigación.

Por lo dicho, no describiré aquí de manera general cómo ha sido la transición en América Latina, porque tal grado de generalización no aportaría ningún provecho a la discusión sobre justicia de transición, ni tampoco expondré de manera resumida cómo

[2] Baste aquí recordar algunos claros ejemplos de la experiencia latinoamericana. En Chile, durante los primeros años de democracia, fue imposible siquiera pensar en la responsabilidad penal de los antiguos gobernantes; tal era el poder del viejo régimen que el antiguo dictador conservó por varios años el mando supremo de las fuerzas armadas y un cargo político de importancia (senador vitalicio), y los sectores que habían apoyado su dictadura conservaron un amplísimo poder político en la legislatura. Solo en épocas recientes, cuando esa cuota de poder de los antiguos gobernantes *de facto* comenzó a resquebrajarse, han comenzado a tener éxito en amplia medida los cuestionamientos judiciales del decreto-ley 2198, de autoamnistía. La transición argentina muestra otro clarísimo ejemplo de las vicisitudes que rodearon a la persecución penal debido a la diferente conformación de las relaciones de poder en cada momento histórico: se pasó de una etapa de persecución penal (juicios a los ex comandantes, etcétera) a una de impunidad (leyes de Punto Final y Obediencia debida, indultos) para retornar luego a la persecución penal (nulidad de amnistías e indultos).

ha sido cada una de las experiencias particulares en la región, pues con ello no haría más que repetir información expuesta con mucha mayor precisión en los informes nacionales. Aquí tan solo enunciaré brevemente cuáles son los principales aportes que la experiencia latinoamericana ha hecho a la discusión sobre justicia de transición y analizaré luego con más detalle alguno de estos aspectos. Creo que en dos grandes temas la experiencia latinoamericana ha enriquecido particularmente las discusiones sobre justicia de transición. Por un lado, en lo que se refiere a la verdad como reparación a las víctimas y como base para la reconciliación y la consolidación de la nueva sociedad. Por el otro, en lo que atañe al rol del derecho penal como herramienta de superación del pasado, esto es, a la cuestión de la tensión, siempre presente en los procesos de transición, entre justicia y paz, que se refleja en la contraposición entre el reclamo por la persecución penal de los crímenes y la necesidad en ciertos casos de conceder amnistías.

2. Es indudable que la experiencia latinoamericana ha aportado mucho a la discusión sobre el rol de la verdad en los procesos de transición; ella ha contribuido tanto a la consolidación de un derecho a la verdad como a la de los mecanismos institucionales para poder ejercerlo.

El derecho a la verdad, enunciado ya en los artículos 32 y 33 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949,[3] se ha consolidado y desarrollado principalmente en la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y de ahí ha pasado a la jurisprudencia de los Estados latinoamericanos. Ya en sus primeras decisiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) se había referido al derecho que asiste a los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido, específicamente a saber cuál es el destino de la persona desaparecida y, en su caso, dónde se encuentran los restos.[4] En decisiones posteriores, la CorteIDH reconoció explícitamente el derecho a la verdad como un derecho de la víctima y a la verdad como un componente necesario de la reparación. Básicamente, la CorteIDH entiende el derecho a la verdad como el derecho al esclarecimiento de los hechos violatorios y de las responsabilidades correspondientes;[5] sobre todo en las deci-

[3] El artículo 32 prevé "el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros". El artículo 33 obliga a los Estados partes a buscar a "las personas cuya desaparición haya señalado una parte adversa" (apartado 1).

[4] Cf., entre otros, CorteIDH, *Velásquez Rodríguez contra Guatemala*, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, parágrafo 181; CorteIDH, *Godínez Cruz contra Guatemala*, sentencia del 20 de enero de 1989, serie C, n.º 5, parágrafo 191.

[5] Cf., CorteIDH, *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, n.º 70, parágrafo 201; CorteIDH, *Barrios Altos contra Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75,

siones más recientes se advierte una estrecha vinculación entre este derecho y el derecho a la justicia de las víctimas, en el sentido de que habría una "obligación del Estado de lograr la verdad *a través de procesos judiciales*".[6] La Comisión Interamericana de Derechos humanos (ComIDH), por su parte, ha reconocido el derecho a la verdad como un derecho individual de la víctima, pero también como un derecho colectivo de la sociedad. En palabras de la ComIDH, el derecho a la verdad es un "derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía".[7] El derecho a la verdad también ha sido reconocido en diversas decisiones de tribunales de países latinoamericanos.[8]

La experiencia latinoamericana proporciona también varios ejemplos de mecanismos para ejercitar este derecho a la verdad. Ante todo, América Latina ha tenido una larga experiencia en cuanto a comisiones de la verdad. Inició este camino la Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos Forzados establecida en Bolivia en 1982, la cual, si bien fue disuelta antes de emitir su informe, sirvió de antecedente para la creación de organis-

---

parágrafo 48; CorteIDH, *Carpio Nicolle y otros contra Guatemala*, sentencia del 22 de noviembre de 2004, serie C, n.º 117, parágrafo 128; CorteIDH, *Comunidad Moiwana contra Suriname*, sentencia del 15 de junio de 2005, serie C, n.º 124, parágrafos 203 s; CorteIDH, *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, serie C, n.º 134, parágrafo 297; CorteIDH, *Gómez-Palomino contra Perú*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, n.º 136, parágrafos 76 s; CorteIDH, *Blanco-Romero et al. contra Venezuela*, sentencia del 28 de noviembre de 2005, serie C, n.º 138, parágrafos 95 s; CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C, n.º 140, parágrafos 219, 266; CorteIDH, *Baldeón-García contra Perú*, sentencia del 6 de abril de 2006, serie C, n.º 147, parágrafo 196; CorteIDH, *Masacre de Ituango contra C*olombia, sentencia del 1 de julio de 2006, serie C, parágrafo 399; CorteIDH, *Ximenes-Lopes contra Brasil*, sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, n.º 149, parágrafo 245; CorteIDH, *Servellón-García et al. contra Honduras*, sentencia del 21 de septiembre de 2006, serie C, n.º 152, parágrafo 193; CorteIDH, *Almonacid-Arellano et al. contra Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, parágrafos 148 s; CorteIDH, *Penal Miguel Castro-Castro contra Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2006, serie C, n.º 160, parágrafo 440.

6 Cf. CorteIDH, *Almonacid-Arellano et al. contra Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C n.º 154, parágrafo 150.

7 Cf., entre muchos otros, el informe 136/99 de 22 de diciembre de 1999 en el caso *Ignacio Ellacuría et al.*, parágrafo 224.

8 Véase especialmente la sentencia de la Corte Constitucional peruana en el caso *Villegas Namuche*, del 9 de diciembre de 2004, expediente 2488-2002-HC/TC, donde se reconoció una dimensión individual y otra colectiva del derecho a la verdad (parágrafo 9). Cf. también las sentencias de la Corte Suprema argentina en los casos *Urteaga*, del 15 de octubre de 1998 (derecho a la verdad por medio de la acción de habeas data), y *Hagelin*, del 8 de septiembre de 2003 (derecho a la verdad en el proceso penal). Véanse también las sentencias de la Corte Constitucional colombiana C-578/02, de 30 de julio de 2002, y C-580/02, de 31 de julio de 2002, y también T-249/03, del 21 de marzo de 2003. Sobre algunas de estas decisiones hay un pequeño resumen en Ezequiel Malarino, "Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Conclusiones y consideraciones críticas", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 421-448.

mos similares en otros países de la región. La comisión que adquirió mayor notoriedad en Latinoamérica y fuera de ella fue seguramente la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), creada en Argentina a finales de 1983 con el objetivo específico de averiguar el destino de las personas desaparecidas. Esta comisión ganó notoriedad por ser la primera en la región que culminó su tarea con la emisión de un informe, cuyo título hoy se ha convertido en un lema más allá de las fronteras argentinas y latinoamericanas: *Nunca más*. A partir de entonces casi todos los países han contado con entidades oficiales similares encargadas de la búsqueda de la verdad, aunque con ciertas diferencias en cuanto a naturaleza, composición, funciones y atribuciones.[9]

Además de las comisiones de la verdad, la experiencia latinoamericana nos proporciona otros ejemplos de mecanismos o instancias para ejercer este derecho, que aquí me limitaré tan solo a enunciar. Así, el derecho a la verdad ha sido exigido en el curso de un procedimiento penal normal,[10] a través de instrumentos encaminados a obtener información del Estado, como la acción de *hábeas data,*[11] o bien a través de los llamados *juicios de la verdad*, esto es, procedimientos ante tribunales penales con la única finalidad de investigar los hechos y sin aplicación de sanciones penales. Estos juicios tuvieron lugar en Argentina y fueron la consecuencia de un acuerdo de solución amistosa entre la ComIDH y el Estado argentino —plasmado en el informe 21/00de la ComIDH—;[12] este acuerdo tuvo lugar en un momento en que la persecución penal estaba impedida por las llamadas *leyes de amnistía.*

3. El segundo punto en el que la experiencia latinoamericana ha aportado a la discusión sobre justicia de transición se refiere, como hemos anticipado, al rol del derecho penal como herramienta de superación del pasado. Las reflexiones sobre cómo encarar la tensión entre justicia y paz y, en particular, cómo resolver la contraposición entre un derecho a la justicia concebido cada vez más de manera absoluta y la necesidad

---

9 Sobre las diferentes comisiones de la verdad véase cada uno de los informes nacionales contenidos en este libro. Es preciso destacar aquí que muchas de esas comisiones han tenido un rol importante en la reparación de las víctimas.

10 Esto ha sido señalado en varias decisiones nacionales y también por la CorteIDH en su decisión en el caso *Almonacid-Arellano* (véase la cita en la nota 6). Para una convincente crítica del proceso penal como lugar adecuado para averiguar la verdad y en general para una crítica al llamado *derecho a la verdad*, cf. Daniel Pastor, "¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina", en Pablo Eiroa y Juan Manuel Otero (comps.): *Memoria y derecho penal*, Buenos Aires: Fabián Di Plácido, 2008, pp. 325 ss.

11 Este fue el medio que la Corte Suprema argentina en un primer momento había reconocido para hacer valer el derecho a la verdad (caso *Urteaga*, sentencia del 15 de octubre de 1998).

12 ComIDH, Informe n.º 21/00, caso 12.059, *Carmen Aguiar de Lapacó*, Argentina, 29 de febrero de 2000.

de prescindir de la persecución penal (amnistías, etcétera) o de garantizar reducciones considerables de pena (derecho penal premial) en ciertos casos han rodeado todas las experiencias de transición latinoamericanas y en los últimos tiempos han adquirido un particular fervor. Dos acontecimientos importantes han llevado a primer plano este tipo de discusiones. El primero fue la aparición, el 14 de marzo de 2001, de la sentencia de la CorteIDH en el caso *Barrios Altos contra Perú,* que declaró sin efectos jurídicos dos leyes de amnistía peruanas y sentó la doctrina de los límites absolutos a la facultad de amnistiar con base en la gravedad de los crímenes.[13] Aunque algunos tribunales nacionales latinoamericanos ya se habían ocupado de la cuestión de la validez de las leyes de amnistía referidas a crímenes internacionales o a crímenes graves,[14] fue a partir de la decisión del tribunal interamericano que la tesis de la prohibición absoluta de amnistiar ciertos crímenes graves se abrió paso en la jurisprudencia de algunos países.[15] El segundo acontecimiento importante que revitalizó la discusión sobre la tensión entre justicia y paz en los procesos de transición fue la entrada en vigor de la ley 975 de 2005 en Colombia. Esta ley introdujo una solución de derecho penal atenuado, que premia con una reducción considerable de pena a los implicados en violaciones de derechos humanos a cambio de colaboración en la reconstrucción de los hechos, reparación a las víctimas, desarme y desmovilización. La *doctrina Barrios Altos* y la ley 975 han respondido de manera diversa a la cuestión de cómo solucionar la tensión entre justicia y paz. La primera prioriza el derecho a la justicia y con ello sitúa al derecho penal como herramienta insustituible de la transición; la segunda acepta renunciar parcialmente al derecho penal. Especialmente sobre estas cuestiones, centrales en todo proceso de transición, quiero efectuar algunas consideraciones un poco más detalladas. A ello dedicaré las páginas siguientes.

4. La fuerte dependencia de la transición respecto a la realidad política, de la que hablamos al comienzo de este trabajo, permite una observación que es la causa de la afirmación inicial de que cada experiencia de transición es diferente de las demás: *una*

---

[13] Cf. *Barrios Altos contra Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, parágrafos 41 ss. Esta jurisprudencia ha sido reiterada por la CorteIDH en numerosas ocasiones; cf. tan solo *Almonacid-Arellano et al. contra Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, parágrafos 119 s.

[14] Cf. el auto de apertura de instrucción de 18 de abril de 1995 emitido por la jueza Antonia Saquicuray a cargo del 16.º Juzgado Penal de Lima; la decisión del 6 de marzo de 2001 del juez Gabriel Cavallo a cargo del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal n.º 4, secretaria 7 de Buenos Aires en el caso *Simón*, y la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de septiembre de 1994 en el caso *Uribe Tambley y van Jurick Altamirano* (imputado Romo Mena).

[15] Cf., entre muchas otras, la sentencia de la Corte Suprema argentina del 14 de junio de 2005 en el caso *Simón* y la decisión del Tribunal Constitucional peruano del 29 de noviembre de 2005 en el caso *Barrios Altos*.

transición se hace más como se puede que como se quiere. En otras palabras, un proceso de transición trata de atender a las *necesidades* en el marco de las *posibilidades*. Y esto es así porque un proceso de transición, si quiere lograr su objetivo y tener éxito, no debe arriesgar lo que ha ganado (transición posconflicto) o ganaría (transición durante el conflicto) con la salida del régimen autoritario (transición a la democracia) o la finalización de la guerra (transición a la paz). En efecto, si el fin primario de la transición es superar la situación de conflicto, esto es, pasar del autoritarismo a la democracia o bien de la guerra a la paz, entonces las posibilidades de acción de la política de transición deberán estar siempre limitadas a las medidas que no arriesguen ese objetivo. De ahí que toda medida que ponga en peligro ese objetivo —básicamente, la paz nuevamente conquistada o que busca conquistarse— deba considerarse fuera del marco de una verdadera política de transición.[16] Esta debe ser una regla de oro de todo proceso de transición.

Con esto ya se dice mucho acerca de cómo deberían decidirse los conflictos entre *justicia y paz* en el marco de una transición que realmente quiera ser tal. Puedo resumir la idea con la siguiente fórmula: *tanta justicia como paz lo permita*, o bien, solo puede haber persecución penal si ello no pone en juego la paz, finalidad básica de la transición y, aún más, condición indispensable para el desarrollo de cualquier forma elemental de convivencia social y por ello también para la misma existencia de un Estado de derecho. De ahí que en la clásica disputa existente en el ámbito de la justicia de transición entre *retribucionistas* (que miran hacia atrás) y *pragmatistas* (que miran hacia adelante), o bien entre un modo *idealista* (todo aquel que cometió un delito debe ser castigado) y otro *político* (habrá castigo solo si con ello no se compromete la transición) de encarar el problema,[17] me ubique del lado de los últimos. Prefiero la paz a la pena y al derecho penal. Seguramente el calificativo de *político* —utilizado, a veces, desde el lado de sus contrincantes de manera peyorativa— no suene al oído del jurista tan bien como el de *idealista,* pues, una vez que un delito se ha cometido, los juristas queremos ver a la política lejos del derecho penal. Sin embargo, esta pretensión, compartible en las situaciones de normalidad, deja de ser convincente en situaciones límite en las cuales la punición —o su intento— pondría en riesgo la paz —y con ello la vida de los ciudadanos—, y es por ello

[16] Ya lingüísticamente *transición* significa "acción y efecto de pasar de un modo de ser o estar a otro distinto" (*Diccionario de la Real Academia Española*, 22.ª ed., voz *transición*, primera acepción). La política que obstaculiza este *pasar* no busca primariamente, entonces, la *transición* a la paz o a la democracia, sino, más bien, otros objetivos.

[17] Esta misma contraposición a veces es presentada como *pragmatismo* contra *fundamentalismo* (cf. Iván Orozco Abad: "Sobre el castigo y el perdón", en Jon Elster et al.: *Seminario internacional Justicia transicional en la resolución de conflictos y secuestro. Memorias*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y Vicepresidencia de la República, 2007, p. 97.

que el derecho ha ideado ciertos institutos, como las amnistías, para estas situaciones excepcionales. Para evitar cualquier tipo de confusión, en esto debemos ser bien claros: de lo que se trata es de la alternativa entre el bien paz y el bien punición, *cuando no se pueden conseguir ambos a la vez*. Cuando, en cambio, es posible el castigo del culpable sin comprometer la paz, entonces no hay conflicto entre justicia y paz, y quien cometió un hecho punible debe ser castigado. Con riesgo para la paz, por otra parte, no me refiero a un individuo rebelde o grupo de individuos que amenazan con producir lesiones a bienes jurídicos si se quiere iniciar contra ellos una acción penal, sino a situaciones en las que está en juego la convivencia pacífica de la sociedad en un sentido amplio, situaciones que importan el riesgo a una guerra abierta o el retorno de un Estado criminal. Por eso, en este contexto lo que se menciona como idealismo no es otra cosa que un *idealismo por la pena al costo de la paz*. Un idealismo así ya no suena tan convincente y a él puede oponerse otro mucho más defendible: un *idealismo por la paz al costo de la punición*.[18]

Vistas las cosas de este modo, solo un panpenalismo desenfrenado e hipócrita puede crear y creer en un eslogan, refutado por la experiencia, que dice *no peace without justice*. ¿O es que en España, Italia y muchos otros países que cerraron las puertas a la justicia penal luego de crímenes estatales gravísimos no reina la paz y no se respira democracia? O bien ¿es que el déficit de democraticidad que en ellos pudiera haber, si es que lo hay, se debe a esta ausencia de punición? ¿Es que la ejecución por ahorcamiento de Jodl, Kaltenbrunner, Keitel, von Ribbentrop, Streicher y otros tantos más contribuyó a la democracia alemana de modo que habría que esperar que el ahorcamiento de Hussein contribuya a la paz y a la democracia en Irak? ¿Fue efectivamente el castigo de los jerarcas nazis y nipones lo que llevó la democracia a esos países?, ¿o lo fue más bien el colapso de esos estados criminales, la vergüenza colectiva por lo sucedido y el enorme bienestar económico que esos países, no sin notable ayuda externa, lograron a partir de esa época?

La consolidación de la paz y de la democracia tiene mucho menos que ver con el derecho penal de lo que habitualmente se cree. Es ingenuo ver en el derecho penal un *sanalotodo*[19] de los problemas sociales. La consecución de la paz, la reconciliación

---

[18] Por ello, no debemos dejarnos confundir por las etiquetas. Los calificativos con los que se mencionan las posiciones contrapuestas analizadas, por sí solos, no dicen mucho. Podrán sonar mal o bien, peor o mejor, ser más o menos persuasivos, pero en definitiva son conceptos vacíos. Esto lo demuestra el hecho de que la misma posición es señalada a veces como *idealista* —con una clara connotación positiva— y otras como *fundamentalista* —con connotación negativa— (véase la distinción de Orozco Abad en la nota anterior). Lo que hay que tener siempre en claro para no caer en un engaño de etiquetas es a qué se refiere el idealismo o el fundamentalismo, o qué valor está detrás de la visión pragmatista o política. El resto es pura retórica.

[19] La frase es de Daniel R. Pastor: *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006, p. 75.

social y la democracia deben buscarse principalmente en otros sectores. Son más bien ciertas condiciones económicas, sociales y culturales lo que hace que estos valores sean deseados, aceptados y respetados. El derecho penal solo *contribuye* en una medida mínima —y solo ante el fracaso de otras medidas prioritarias— a garantizar la paz social a través de predisponer una reacción ante la lesión de valores elementales de convivencia, y, en este sentido, solo de manera secundaria contribuye a la obtención de esos fines. En otras palabras, el derecho penal coadyuva a la conservación de la paz, de la convivencia social pacífica, pero él es tan solo un instrumento subsidiario y de segundo orden para el logro de este objetivo. Pero aun quien le asigne a la pena una función principalísima en la obtención de este objetivo no debería confiar más en sus bondades cuando su aplicación, en lugar de asegurar la vida social pacífica, la pone en juego y con ello pone en juego la razón primaria del derecho penal. Por ello, es posible sostener que, siempre que la utilización del derecho penal frustre la finalidad básica que él está llamado a cumplir, entonces ya no está justificado.[20] ¿Sigue teniendo sentido el recurso al derecho penal cuando contribuye a una quiebra de la paz en lugar de a su conservación o consolidación? Muchas veces, mal que nos pese, valdrá el eslogan opuesto al antes mencionado: *no peace with justice*.

Sin embargo, existe un argumento bastante usual a favor de no ceder un ápice en exigencias de justicia. Se dice que el castigo ineludible de los responsables de los crímenes actuales tendría un efecto disuasivo sobre futuros dictadores: al saber estos lo que les espera, se abstendrían de comportamientos criminales.[21] Pero este argumento presenta serios problemas. Desde un plano estrictamente moral no parece convincente arriesgar la vida e incolumidad física de los habitantes de una región para advertir a futuros y eventuales dictadores lo que les sucederá si emprenden el camino del delito. Esto equivaldría a proteger a personas frente a daños futuros eventuales al costo de exponer a otras a daños actuales ciertos. Pero además, como todo argumento basado en la disuasión, tiene el problema de que es difícil conocer con certeza en qué medida la condena de delincuentes ayudará a frenar a otros del delito. Creer que un dictador no dará un golpe de Estado o no luchará contra los opositores políticos a los cuales normalmente considera

---

[20] Ezequiel Malarino: "Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina sulle gravi violazioni dei diritti umani. Un'analisi della sentenza della Corte Suprema della Nazione del 14 giugno 2005 nel caso Simón", en Gabriele Fornasari y Emanuela Fronza (dirs.): *Il superamento del passato e il superamento del presente: l'esperienza argentina e colombiana a confronto* (en curso de publicación), § 2, punto XV.

[21] Cf. Ambos: *El marco jurídico…*, op. cit., p. 36, y la bibliografía allí citada (en nota 80). También, pero desde un punto de vista crítico, James Fearon: "Comentarios acerca del problema del antes y el después en la justicia transicional", en Jon Elster et al., *Seminario internacional…*, op. cit., p. 136.

como los causantes de los males de la Tierra por la existencia de un deber de perseguir y sancionar absoluto es confiar demasiado en los efectos disuasivos de la pena.[22] Es una visión muy optimista creer que quien lleva las riendas de una dictadura criminal cuando está en el apogeo de su poder y goza normalmente de una situación de impunidad se dejará amedrentar por una posible pena futura. Pero si este dictador ya ha cometido los crímenes, la imposibilidad de pactar una salida del poder sin consecuencias penales para él y su grupo lo llevará normalmente a derramar hasta la última gota de sangre para no ceder ese poder que le asegura la libertad. Un deber de punición a ultranza puede provocar en muchas ocasiones, como correctamente fue advertido, el efecto contrario al buscado.[23]

La fórmula antes señalada de *tanta justicia como paz lo permita* tiene en cuenta que en determinadas situaciones es preferible renunciar al derecho penal en pos del interés superior de la paz. Por ello, la finalidad esencial y primaria del proceso de transición es la de obtener y conservar la paz (poner fin a una guerra o a un estado criminal; evitar la reanudación de la guerra o el retorno del estado criminal). Esta paz, definida negativamente como situación de *no guerra* o de *no violaciones sistemáticas a los derechos humanos,* es el primer pilar que debe sostener un proceso de transición y debe ser un pilar lo más resistente posible —aunque en un comienzo por lo general será débil y precario—, pues de él dependerá toda la suerte de la transición. Los restantes objetivos del proceso de transición son secundarios respecto de la obtención de la paz, en el sentido de que solo pueden lograrse si esta está garantizada. La reconciliación social, a través de la reanudación de las relaciones y la consolidación de los vínculos entre los sectores sociales en conflicto y del cierre de las heridas sociales, es otro objetivo importantísimo de un proceso de transición, pero solo puede ser logrado en una sociedad que vive en paz. Lo mismo debe predicarse de la consolidación de las instituciones democráticas y de la vigencia plena de un Estado de derecho.

---

[22] Véase la objeción usual en contra de prevención general negativa tan solo en Günter Stratenwerth: *Derecho penal, parte general I, El hecho punible*, 4.ª ed., traducción de Manuel Cancio Melia y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 42.

[23] Friedrich Dencker, "Crímenes de lesa humanidad y derecho penal internacional. Observaciones críticas", en *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier,* Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 636 s. Por tal razón, si la Corte Penal Internacional (CPI) no respetara una amnistía que ha sido el fruto de las negociaciones de las partes para poner fin a un conflicto sangriento, ello probablemente traería más perjuicios que beneficios para la comunidad internacional, pues los dictadores ya no confiarán más en que la palabra dada en una mesa de negociaciones será respetada y preferirán luchar hasta el fin que sentarse a negociar. Indudablemente, una posición de este tipo por parte de la CPI desconocería que el objetivo básico de la comunidad internacional es el mantenimiento de la paz, tal como lo expresan el preámbulo y el artículo 1 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas.

De este modo, en la afirmación —bastante recurrente en el contexto de la justicia de transición— de que hay situaciones en las que "la persecución penal puede prometer más para facilitar la reconciliación y la construcción nacional, y hasta puede ser un prerrequisito para la verdadera reconciliación",[24] debería estar presupuesto que esa persecución penal no daña la paz, pues sin ella no es posible ningún tipo de reconciliación. Es cierto que una paz sostenible solo es posible si hay reconciliación, pero también lo es que solo puede haber reconciliación si hay paz, al menos, paz entendida como ausencia de agresión. Esto pone en claro que el primer objetivo que debe buscar un proceso de transición, como ya he señalado, es la consecución de una situación de paz, para luego, a partir de allí, buscar la reconciliación social y lograr de ese modo que esa paz en principio precaria se vuelva duradera. Es precisamente sobre esta situación de paz que podrán asentarse todas las restantes medidas del proceso de transición y solo sobre ella podrá comenzar a construirse, como ya he anticipado, un Estado de derecho.

Estos son los motivos por los cuales estimo, en contra de una opinión muy difundida, que no puede haber un equilibrio o compromiso entre justicia y paz. Sostener que en un proceso de transición es "crucial encontrar el justo equilibrio entre los valores contrapuestos de paz y justicia"[25] significa, por un lado, reconocer que las pretensiones de justicia puedan ceder a las de paz (para obtenerla o conservarla), pero, por el otro, también que las pretensiones de paz puedan hacerlo en nombre de la justicia. En la idea del equilibrio, el compromiso, la transacción o la ponderación entre justicia y paz está implícita, lógicamente, una posibilidad de renuncia a la paz. Tal idea acepta entonces que en determinadas situaciones pueda ser preferible la sanción de los responsables de delitos a la evitación de una situación de guerra o del retorno de un estado criminal. Y esto es algo que ningún Estado de derecho debería permitir; aún más: es algo que ningún Estado de derecho podría permitir si no quiere poner en juego la base sobre la cual asienta su existencia.

Por ello, el fin de un proceso de transición no debe ser la búsqueda de un *equilibrio* entre justicia y paz. Entre estos dos valores no debería haber una negociación (*trade off*) en el sentido de que se debe renunciar parcialmente a cada uno de ellos para

[24] Ambos: *El marco jurídico…*, op. cit., pp. 16 s (notas omitidas), con cita de la opinión en el mismo sentido de Darryl Robinson: "Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court", en *EJIL*, vol. 14, n.º 481, 2003, p. 489; Héctor Olásolo: "The prosecutor of the ICC before the initiation of investigations: A quasi-judicial or a political body?", en *ICLR*, vol. 3, n.º 87, 2003, p. 139, y Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon: "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades", en A. Rettberg (ed.): *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*, Bogotá: Uniandes, 2005, pp. 211, 224, 229.

[25] Ambos: *El marco jurídico…*, op. cit., pp. 22 s y pp. 75 ss.

encontrar el justo medio. Esta imagen *mercantilista,* usual en las discusiones de justicia de transición, es extremadamente peligrosa, pues acepta quiebras de la paz para lograr la punición; para ponerlo de modo brutal: *justifica muertes para obtener castigo*. Es indudable que un proceso de transición presupone una *tensión* entre justicia y paz, pero la solución de esta tensión no puede resolverse por medio de una ponderación. La paz es siempre un interés prioritario frente a la persecución y punición de hechos ilícitos, pues la conservación de una situación de paz es la finalidad básica de cualquier forma de asociación política entre ciudadanos y el presupuesto de la convivencia entre seres humanos. Lo que sí, en cambio, deben evaluar las autoridades estatales con la mayor prudencia es si efectivamente la realización de juicios penales contra los responsables de hechos ilícitos pondría en riesgo la paz o si, dado el caso, la paz podría garantizarse sin una renuncia total a la persecución penal. Brevemente: lo único que se puede *transar* y negociar es la justicia. La situación ideal será entonces *paz y justicia;* la situación menos conveniente, en cambio, *paz sin justicia;* entre estos polos podrán darse diversas combinaciones de *paz y algo de justicia* (derecho penal de premios, derecho penal selectivo, exenciones de responsabilidad parciales, etcétera).

Para la protección del bien supremo de la paz, los ordenamientos jurídicos disponen de instrumentos que permiten, en situaciones especiales y extremas, renunciar a la pena o al proceso penal. La amnistía es el caso paradigmático de este tipo de instrumentos. Ella opera, básicamente, en situaciones límite de anormalidad en las cuales la propia supervivencia del Estado de derecho está comprometida, y por ello bien puede ser concebida como una *cláusula de supervivencia* del Estado.[26] Aunque es un instrumento que pone en evidencia que el Estado no puede hacer lo que debe o puede hacerlo solo con

[26] En situaciones normales el Estado debe perseguir los delitos, y por ello sí podrían existir reglas que excluyeran de la amnistía delitos comunes tales como el homicidio, el robo, etcétera, porque ellos no representan riesgo alguno para la paz social en el sentido amplio al que se ha hecho referencia arriba en el texto. Un Estado no perece porque existan ladrones o asesinos. Si no están dadas las condiciones excepcionales para el dictado de una amnistía, entonces el Estado no tiene ninguna necesidad de ceder en la persecución de los delitos. Es claro que me estoy refiriendo únicamente a una amnistía cuyo fin sea la obtención o conservación de la paz. No me ocuparé aquí de amnistías concedidas para el logro de otros fines, como, por ejemplo, las amnistías previstas para descargar la administración de justicia o bien aquellas concedidas por razones económicas, como fue la llamada *amnistía impositiva* alemana del 1 de junio de 1933 a favor del evasor que contribuía económicamente —con un monto al menos igual a la mitad del importe evadido— a un fondo destinado a luchar contra la desocupación, o bien la *amnistía por delitos monetarios o de divisas* del 15 de diciembre de 1936 concedida al infractor de normas penales sobre divisas con la condición de que repatriara valores conservados en el exterior o depositara en el Banco del Imperio valores escondidos —en negro— en territorio alemán. Sobre este tipo de amnistías y otros más, puede verse un resumen en Klaus Marxen: *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1984, pp. 11 ss.

costos altísimos, la amnistía es una herramienta valiosísima para un Estado de derecho, pues protege la condición sin la cual este no sería posible.

En los últimos tiempos, sin embargo, son cada vez más las voces a favor de establecer límites a la posibilidad de amnistiar crímenes graves y en general a favor de establecer reglas jurídicas estrictas para la transición que limiten la discreción de los negociadores.[27] En mi opinión, este objetivo no tiene grandes posibilidades de éxito y en ciertos casos puede ser incluso contraproducente. Por más bienintencionado que sea el tratar de establecer reglas jurídicas preestablecidas, incluso estándares internacionales, acerca de cómo debe ser una transición o bien qué medidas pueden emplearse y con qué presupuestos, condiciones o requisitos, en definitiva tales reglas serán seguidas solo allí donde la relación de fuerzas entre el viejo sistema y el nuevo, entre quienes serán objeto de las medidas de la transición y quienes las diseñan, lo permita. Establecer que una amnistía solo será válida si se otorga *a la sudafricana,* en el marco de una comisión de la verdad que analice caso por caso la petición de amnistía y evalúe la colaboración de la persona a la reconstrucción de los hechos, puede ser, a lo sumo, una propuesta interesante, pero nada asegura que tenga posibilidades de éxito en el caso concreto. Menos posibilidades de ser implementada en una situación de conflicto tendrá una regla que establezca límites absolutos e infranqueables a la facultad de amnistiar crímenes graves, como la afirmada por la CorteIDH en el caso *Barrios Altos* y saludada desde varios sectores. La afirmación de un deber de investigar a ultranza y una prohibición absoluta de amnistías puede no ocasionar problemas políticos —jurídicos muchas veces sí, cuando esta afirmación viene a justificar la quiebra de principios constitucionales superiores— en situaciones en las que el conflicto quedó atrás y quienes cometieron crímenes gravísimos perdieron el poder. Pero, ¿quién estaría dispuesto a afirmar que deba aplicarse a rajatabla la doctrina *Barrios Altos* cuando militares golpistas que poseen el control sobre las fuerzas armadas están apuntando sus tanques a los centros urbanos y dispuestos a avanzar hasta derrocar al gobierno constitucional e incluso a abrir fuego contra la población civil si no consiguen garantías de impunidad por crímenes pasados? En una situación así, solo un mártir principista (porque no cede al principio retribucionista de *a cada cual lo que se merece*) e irresponsable (porque haciéndolo pone en riesgo a la sociedad) seguirá estos *estándares internacionales* preestablecidos. En la situación concreta tales estándares no serán cumplidos (porque nadie, por fortuna, querrá asumir el papel del mártir principista) o serán

[27] Cf. el informe del secretario general de la ONU sobre *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the Secretary-General*, S/2004/616, 23 de agosto de 2004, parágrafos 9 ss. Este objetivo es perseguido por Ambos: *El marco jurídico…*, op. cit., pp. 25 s.

contraproducentes (porque el mártir existió y puso en riesgo a la sociedad, o porque el dictador alargó su dictadura por temor a dicho mártir principista o a la comunidad internacional —por ejemplo, si la CPI se vuelca por el idealismo retribucionista—). Tales límites absolutos al dictado de amnistías solo tendrán éxito —con *éxito* me refiero solo a que no comprometen la paz— si son utilizados de manera atemporal, esto es, si se los aplica, como en la sentencia *Simón* de la Corte Suprema argentina, para anular una amnistía en un momento en que la situación crítica de conflicto ya no existe. Aquí el problema no es político (no hay ya riesgo de reanudación de la guerra o de retorno del Estado criminal), sino en muchas ocasiones jurídico, pues el derribamiento de amnistías puede implicar como costo la lesión de principios básicos del orden constitucional.[28] Pero durante la situación de conflicto tales límites, o bien serán inútiles (porque no serán respetados), o bien contraproducentes (porque el dictador tratará de hacer todo lo posible para no dejar el poder o bien para recuperarlo apenas note que el nuevo gobierno pretende iniciar un procedimiento penal).

Solo las circunstancias de cada caso concreto y las relaciones de poder que existen en una sociedad en un momento histórico dado podrán determinar si se debe renunciar a la justicia, a cuánto de justicia y bajo qué condiciones para conservar la paz. Por ello, en ciertas ocasiones extremas puede estar justificada una amnistía total por crímenes graves; en otras, en cambio, el nuevo sistema será lo suficientemente fuerte como para poder llevar a cabo, sin poner en riesgo la convivencia pacífica, juicios penales contra el grupo de los líderes; en este caso, bastará entonces una amnistía parcial que abarque solo a los subordinados. En ciertas ocasiones, las amnistías podrán estar condicionadas al cumplimiento de prestaciones por parte de los autores y en otras no podrán estarlo. En otros casos, una amnistía puede no ser necesaria para evitar un retorno a —o salir de— la guerra o un estado criminal, y la paz ya puede ser garantizada con medidas menos drásticas, como, por ejemplo, un derecho penal atenuado, en el que la contribución al proceso de paz (en forma de aportes a la reconstrucción de la verdad, el desarme y la desmovilización, la reparación a la víctima, etcétera) sea premiada con descuentos de pena.[29] Finalmente, también habrá casos en los que la persecución de los responsables

[28] Este es un problema diferente que aquí no será abordado. Solo quiero poner en evidencia que esta situación causa un sinsabor implacable: cuando las condiciones políticas para la persecución y sanción de los responsables de crímenes gravísimos no están dadas, las jurídicas normalmente sí lo están. Cuando, en cambio, están dadas las condiciones políticas, las jurídicas ya no lo están. El caso argentino proporciona un ejemplo clarísimo; al respecto cf. Malarino: "Il volto represivo…", op. cit., pássim.

[29] No voy a referirme aquí a los problemas jurídicos que puede conllevar un derecho penal premial, pues esto excedería en mucho el marco de este trabajo.

puede ser llevada a cabo sin comprometer la paz, y en este supuesto ninguna merma en persecución penal debería estar autorizada.

La elección entre una u otra solución dependerá de las circunstancias del caso concreto. Aquí, el nuevo Estado o quienes diseñen la política de la transición deberían guiarse y tratar de cumplir de la mejor manera posible la fórmula antes expresada: *tanta justicia como paz lo permita*. Muchas veces será muy difícil determinar si pueden llevarse a cabo medidas menos drásticas sin arriesgar el proceso de transición. Esta es una dificultad propia del proceso de transición; es un riesgo que solo puede minimizarse con un adecuado análisis de la situación política, pero no excluirse. En todo caso, una renuncia a la punición, por grande que sea, es un costo que una sociedad puede afrontar. Lo que un Estado no puede arriesgar es la pérdida de la paz, pues esta es una condición indispensable para el desarrollo de cualquier forma elemental de convivencia social y por ello también para la existencia de un Estado de derecho. Pérdida de la paz significa guerra, sea abierta o encubierta, y guerra significa muerte. La obtención, conservación y protección de la paz es una función primordial de un Estado moderno, pues el deber primario de una sociedad es defender la vida e incolumidad de la población. Sin ella, además, las demás funciones estatales perderían mucho de su sentido o serían de imposible realización. Es por ello que no puede existir una ponderación entre justicia y paz, de modo que según el caso concreto se pudiera priorizar uno u otro bien. La paz es siempre un interés prioritario frente a la persecución y punición de hechos ilícitos, de modo que una ponderación entre estos bienes está excluida. La única evaluación permitida es si es necesario renunciar al castigo para conservar la paz y, en su caso, en qué medida lo es. La decisión final sobre una renuncia al castigo, total o parcial, si es que ella es necesaria, debería estar confiada, como normalmente lo está, al órgano estatal que más directamente representa la soberanía popular: el Parlamento.

Soy consciente de que en este trabajo he defendido una tesis muy impopular para los tiempos que corren, en los que la idea de retribuir cueste lo que cueste ha ganado terreno y enceguecido a muchos defensores de los derechos humanos. Las corrientes modernas que anatematizan la amnistía, imponiéndole límites absolutos precisamente en el ámbito central de aplicación,[30] desconocen los beneficios que este instrumento aporta.[31]

---

[30] Véase este argumento en relación con la declaración de invalidez de las leyes argentinas en Malarino: "Il volto represivo…", op. cit., § 15.

[31] Me refiero, obviamente, y como ya quedó claro de la exposición, solo a la amnistías conciliadoras y no a las autoamnistías. Véanse algunas de las razones de la prohibición de autoamnistías en Marxen: *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, op. cit., pp. 38 ss.

Estas modernas corrientes que enarbolan la bandara de los derechos humanos olvidan que sancionar sin excepciones podría implicar en ciertos casos "el sufrimiento, la miseria y la muerte de muchos seres humanos".[32]

[32] Dencker: "Crímenes de lesa humanidad…", op. cit. p. 637.

ALEMANIA

La superación juridicopenal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas

Kai Ambos y Nils Meyer-Abich

Alemania tuvo que superar la transición[1] de un sistema totalitario a un sistema democrático en dos oportunidades durante el siglo pasado: por una parte, durante la lenta elaboración de las injusticias e ilegalidades propias del nacionalsocialismo desde el fin de la segunda guerra mundial (8 de mayo de 1945); por otra parte, durante la elaboración de la criminalidad propia del sistema de la República Democrática Alemana (RDA) desde la caída del muro de Berlín (9 de noviembre de 1989) y la consiguiente adhesión de la RDA a la República Federal de Alemania (RFA) (3 de octubre de 1990).[2]

1. Nacionalsocialismo

1.1. Introducción

Adolf Hitler comenzó a concretar su objetivo de un *Führerstaat autoritario* ya inmediatamente luego de su nombramiento como canciller del Reich, el 30 de enero de

[1] El concepto de la transición es utilizado aquí en sentido amplio. Para su acepción en el ámbito de la ciencia política en el marco de la investigación de procesos de transición véase Burchardt, 2008, p. 79 ss. con más referencias; Wehr, 2008, p. 97 ss. con más referencias.

[2] Por supuesto que el espacio aquí disponible alcanza solo para la presentación de una síntesis. La publicación de un trabajo amplio sobre esta temática se encuentra planeada para el próximo año 2009.

1933.[3] Luego de haber sido abolidos los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar mediante el estatuto de emergencia "para la protección del pueblo y el Estado",[4] fue ampliamente dejada de lado la división de poderes mediante la *Ley de Otorgamiento de Poderes* (*Ermächtigungsgesetz*),[5] de modo que incluso las leyes para una reforma constitucional podían ser sancionadas por el propio gobierno.[6] Al mismo tiempo comenzó la lucha por una comunidad homogénea del pueblo "ario", que por una parte se dirigía contra adversarios políticos y por otra contra los sectores de la población que obstruían el camino al concepto de la *higiene racial.* El resultado fue una creciente discriminación y persecución de, especialmente, comunistas y socialdemócratas por un lado, y de judíos, romaníes y sinti ("gitanos"), homosexuales y discapacitados por el otro. Así por ejemplo, mediante las *leyes raciales de Núremberg* (*Nürnberger Rasse-Gesetze*) se les quitaron a los ciudadanos judíos primeramente sus derechos civiles, entre otros, para luego, a partir de 1936, aislarlos y excluirlos cada vez más, también social y económicamente. Este desarrollo se vio continuado con la guetización en los *campos de concentración* desde 1936, en los cuales muchas personas murieron a consecuencia del trabajo forzado y de los experimentos médicos. El punto culminante se dio a partir de 1939, con la eliminación física de los miembros de estos grupos poblacionales en los campos de exterminio. El asesinato sistemático de enfermos mentales, que también formaba parte de la *higiene racial* en el marco de la llamada *acción de eutanasia*, fue interrumpido en 1941 a causa de las protestas públicas.[7]

Si bien en un principio Hitler se esforzó por cubrir las acciones ilegales con un "mantito legalista",[8] también persiguió sus objetivos en forma secreta con la ayuda del Cuerpo de Protección (*Schutzstaffel [SS]*), de las Tropas de Asalto (*Sturmabteilung [SA]*) y de la Policía Secreta del Estado (*Gestapo*). Las instalaciones de la Gestapo, por ejemplo, en las que se torturaba sistemáticamente, así como los campos de concentración de la SA y la SS, fueron convertidos en espacios de vacío legal.[9] En un primer momento los

---

3 Véase en profundidad para lo que se presenta a continuación: Frei, 2001; Frei y Broszat, 2007, Broszat, 2000.

4 "Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat" del 28.2.1933, en *Reichsgesetzblatt (RGBl.)* 1933 I, p. 83.

5 "Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich del 24. März 1933", en *RGBl.* 1933 I, p. 141.

6 Wesel, 1997, p. 468. Basándose en la ley de poderes extraordinarios el gobierno del Reich sancionó numerosas leyes destinadas a concretar su política contraria a derecho y a toda justicia. Cf. en este punto la enumeración de estas leyes en Götz, 1986, p. 145; Wesel, 1997, p. 479; véanse también las Kontrollratsgesetze n.º 1, del 20.9.1945, y n.º 11, del 30.1.1946.

7 Kramer, 1998, pp. 414-421; Fischer y Lorenz, 2007, p. 206.

8 Cf. Götz, 1986, pp. 48, 58, 74, 145.

9 Cf. para la Gestapo el § 7 de la prusiana "Gesetz über die Gestapo" del 10.2.1936.

nacionalsocialistas también persiguieron el objetivo de la *sincronización del sistema judicial* (*Gleichschaltung*) por vías formalmente legales mediante numerosas leyes, por las cuales por ejemplo se consiguió alejar por completo de sus funciones estatales a jueces judíos o políticamente indeseables.[10] Ya en 1933 comenzaron los nacionalsocialistas con la formación de distintos *tribunales especiales* para asuntos penales de carácter político. En 1934 siguió la formación del *Tribunal del Pueblo* (*Volksgerichtshof*) y en 1936 la del *Tribunal de Guerra del Reich* (*Reichskriegsgericht*) en Berlín. Mientras que los tribunales especiales juzgaban cada vez más en el ámbito de la criminalidad cotidiana, el Tribunal del Pueblo,[11] principalmente desde 1940, se encargó de la eliminación de adversarios políticos.[12]

Luego de la anexión de Austria al Reich y de la ocupación de Checoslovaquia en 1938, comenzó en 1939 con la guerra relámpago contra Polonia el intento de la *conquista de "espacios vitales" adicionales* en el este y, así, la Segunda Guerra Mundial. Tras los soldados del ejército que formaban la vanguardia hacia el este fueron formados en segunda línea grupos operativos, subdivididos a su vez en comandos operativos. Estos fueron responsables del asesinato sistemático de 900.000 personas, principalmente civiles judíos.[13] En total murieron víctimas del *holocausto* alrededor de 6 millones de personas judías.[14]

1.2. Mecanismos de elaboración del pasado y su análisis

La confrontación con el despotismo nacionalsocialista se logró con *medios tanto penales como extrapenales.* En los primeros años luego del término de la guerra fueron

---

[10] "Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums", del 7.4.1933, en *RGBl.* I, p. 175. La creciente eliminación de independencia judicial encuentra también su expresión en la sesión del Reichtag del 26.4.1942 en la que Hitler fue nombrado "juez supremo" (texto en Wesel, 1997, p. 484).

[11] "Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens" del 24.4.1934, en *RGBl.* I, p. 341.

[12] Mientras que los jueces del Tribunal del Pueblo condenaron entre los años 1934 y 1939 a pena de muerte en 85 casos, entre 1940 y 1944 fueron 5181 las condenas a esta pena (Götz, 1986, p. 145-147 más otras referencias). En total la pena de muerte fue aplicada en alrededor de 35.000 casos entre 1933 y 1945 (Frankenberg, 1998, p. 487; Respuesta del Gobierno Federal, BT-Drucks. 10/6566 del 24.11.1986, a una consulta amplia de los Verdes, BT-Drucks. 10/5148 del 5.3.1986, impreso en Frankenberg, 1998, p. 501), posiblemente incluso hasta 50.000 veces (así Wesel: *Geschichte des Rechts*, p. 472, 480).

[13] Zimmermann, 2001, p. 37 con nota 79 y más referencias. Ya el 22.8.1939 se dirigió Hitler a los dirigentes superiores y a los generales al mando: "De este modo, por el momento solo en el este, he preparado a mis Unidades de la Calavera (*Totenkopfverbände*) con la orden de dar muerte sin clemencia ni piedad a todo hombre, mujer y niño de origen y lengua polacos. Solo de esa forma obtenemos el espacio vital que nosotros necesitamos" (impreso en Meyer-Abich, 1949, p. 26).

[14] Sobre el punto Benz, 1996.

principalmente los *aliados*[15] quienes mediante diferentes medidas penales, cuasipenales y extrapenales se encargaron del pasado nacionalsocialista y de la construcción en Alemania de un orden democrático regido por los principios del Estado de derecho. Al mismo tiempo tuvieron lugar ya en 1945 procesos penales por actos violentos nacionalsocialistas también *ante tribunales alemanes*, antes que a partir de 1952 el poder jurisdiccional fuera adscrito completamente a la justicia alemana y así todos los procesos tuvieran lugar exclusivamente ante tribunales alemanes.[16]

Paralelamente ha habido numerosas *acciones de reparación e indemnización,* así como *medidas de rehabilitación*. Ya en el año 1946 fueron comprometidos pagos de reparación a 19 países[17] y a partir de 1947 se sancionaron leyes de reintegro en las correspondientes zonas ocupadas. Más medidas de reparación e indemnización comenzaron en 1952 con un acuerdo con el Estado israelí y con organizaciones judías por el que se pautaba el pago de 3.500 millones de marcos alemanes.[18] En los años cincuenta se sancionaron además numerosas leyes de reparación y recomposición que preveían desembolsos en favor de los que habían sido perseguidos por el régimen nacionalsocialista por motivos racistas, religiosos y políticos, así como en favor de familias judías que bajo el dominio nacionalsocialista habían sido víctimas de expropiaciones.[19] La rehabilitación de los condenados por tribunales nacionalsocialistas comenzó ya en los años cuarenta y fue completada por regulaciones de los distintos estados federados (*Länder*) en las décadas subsiguientes. Recién en 1998, con la ley para la abolición de sentencias injustas (*Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile*) se llegó a sancionar una ley federal por la cual numerosas sentencias fueron anuladas en forma general.[20] Hasta

---

15 Gran Bretaña, Estados Unidos, Francia y la Unión Soviética.

16 Los delitos cometidos en el marco del despotismo nacionalsocialista pueden categorizarse del siguiente modo: eutanasia, crímenes de escritorio, crímenes de guerra, crímenes judiciales, crímenes de exterminio masivo por grupos de intervención, crimen de exterminio masivo en campos de concentración, crímenes violentos del nacionalsocialismo en campos de concentración y denunciaciones (según la sistematización en la gran recopilación de sentencias de los tribunales alemanes occidentales de Rüter, 1968 ss.). Freudiger, 2002, p. 5, distingue entre cuatro categorías: exterminio de los judíos, eutanasia, guerra de exterminio y crímenes judiciales. Cf. también Oppitz, 1976, p. 27.

17 Fischer y Lorenz, 2007, p. 58.

18 Bundesgesetzblatt (BGBl.), 1953 II, p. 35 ss., 85. Un resumen sobre la reparación hasta 1986 en BT-Drucks, 10/6287, p. 8 ss. 1 DM equivale aprox. 0,5 .

19 Como por ejemplo la Ley federal de Resarcimiento (*Bundesentschädigungsgesetz* [BEG]) del 24.6.1956 (BGBl. I, p. 559, entrada retroactivamente en vigencia a partir del 1.10.1953); la Ley federal de Reintegros (*Bundesrückerstattungsgesetz* [BrüG]) del 19.7.1957 (BGBl., 1957 I, p. 734 ss.; en detalle, Goschler, 2004 y 2005).

20 Ley del 25.8.1998 (BGBl. I, p. 2501, modificada 23.7.2002, BGBl. I, p. 2714). La ley para la invalidación de sentencias injustas del nacionalsocialismo del 25.5.1990 (BGBl. 1990 I, p. 966) no rigió en todos los *Länder* (§ 2 Abs. 1) y preveía la invalidación solo a pedido (§ 1 Abs. 1).

principios de 1998 había habido *pagos reparatorios* por un valor total de aproximadamente 102.000 millones de marcos.[21]

1.2.1. La desnazificación

Entre las primeras medidas que se adoptaron al empezarse a trabajar la cuestión de la dominación nacionalsocialista y de los delitos cometidos en su marco se encuentra la *asunción del Poder Ejecutivo* por los aliados y su *Consejo de Control*. Mediante las *medidas de desnazificación*[22] que se adoptaron debía ser reducida la influencia de la ideología nacionalsocialista sobre la sociedad alemana y se debía posibilitar la construcción de un orden social organizado democráticamente y con bases de derecho. Para ello se derogaron en primer término las leyes nacionalsocialistas más importantes[23] y se suprimieron organizaciones e instituciones nacionalsocialistas.[24] También se desvinculó de cargos públicos a personas incriminadas y algunas de ellas fueron encarceladas. Por otra parte, se redujeron las competencias de las autoridades y los tribunales alemanes en la tramitación de asuntos nacionalsocialistas.[25] Al mismo tiempo, numerosas personas recorrían los campos de internación[26] y, mediante encuestas, la población fue dividida en diferentes categorías de recriminación y sometida a dictámenes tribunalicios cuasipenales (especialmente en la zona estadounidense).[27] También se llevaron adelante medidas educativas.[28]

---

21 Leupolt, 2003, p. 201, con nota 1185 y otras referencia. Obsérvese también la reciente ley para la creación de una fundación Recuerdo, Responsabilidad y Futuro (*Gesetz zur Errichtung einer Stiftung "Erinnerung, Verantwortung und Zukunft"*) del 2.8.2000, que prevé pagos por valor de 10.000 millones DM para el resarcimiento de quienes hicieron trabajos forzados en el nacionalsocialismo. Tal monto debe ser puesto a disposición respectivamente por la RFA y por empresas privadas alemanas en partes iguales.

22 Decididas en las Conferencias de Jalta (4-11.2.1945) y Potsdam (17.7.-2.8.1945); véase asimismo Kontrollratsverordnung n.º 24 del 12.1.1946; Kontrollratsdirektive n.º 38 del 12.10.1946, Amtsblatt des Allierten Kontrollrats, p. 62. Importante para la aplicación: US Direktive JCS 1067, cf. Wember, 1991, p. 16; sobre los antecedentes Ambos, 2006, § 6 Rn. 7.

23 Mediante Militärregierungsgesetz n.º 1 y Kontrollratsgesetz n.º 1 (KRG 1) del 20.9.1945.

24 Por ejemplo, el Tribunal del Pueblo y los tribunales especiales, sobre esto, Freudiger, 2002, p. 12, con más referencias.

25 Véase por ejemplo KRG n.º 4, del 30.10.1945, Amtsblatt des Kontrollrats del 30. November 1945, p. 20 ss. También Fischer y Lorenz, 2007, p. 18; Zimmermann, 2001, p. 28.

26 Al respecto Wember, 1991, p. 31 s.

27 Las comisiones de desnazificación designadas como Cámaras de Sentencia, erigidas en apoyo a las autoridades de ocupación, podían dictar distintas sanciones en forma de multa y confiscación de la propiedad, inhabilitación profesional y penas de libertad, dependiendo de la clasificación en una de las posibles cinco categorías previstas (culpable principal, incriminado, incriminado leve, simpatizante, desincriminado) (cf. Götz, 1986, p. 116; Wesel, 1997, p. 514; Zimmermann, 2001, p. 28).

28 Por ejemplo, mediante la proyección de material fílmico sobre los crímenes del nacionalsocialismo (cf. Chamberlin, 1981, p. 420).

1.2.2. Los procesos ante los tribunales militares de los aliados

El proceso ante el *Tribunal Militar Internacional* (*Internationaler Militärgerichtshof [IMG]*) en Núremberg contra 24 criminales de guerra principales y seis organizaciones catalogadas de criminales[29] terminó el 1 de octubre de 1945 con la imposición de la pena de muerte en 12 casos, tres prisiones perpetuas, cuatro penas de prisión temporales y tres absoluciones. La SS, la SD, la Gestapo y el cuerpo dirigente del NSDAP[30] fueron calificados de criminales. El fundamento jurídico para el proceso del IMG fue el *Acuerdo Londinense de las Cuatro Potencias* (*Londoner Statut*), del 8 de agosto de 1945,[31] que junto con reglas jurídicas procesales y organizacionales de los tribunales preveía en su artículo 6 los tipos penales del crimen contra la paz, los crímenes de guerra y el crimen contra la humanidad. Estos tres tipos penales, además del delito de pertenencia a organizaciones nacionalsocialistas declaradas criminales por el IMG, también se encuentran en la *Ley del Consejo Controlador n.º 10* (*Kontrollgesetz n.º 10, KRG 10*).[32] Esta ley conforma la base jurídica para los siguientes procesos (artículo II, párrafo 1, *a-d,* KRG 10)[33] llevados a cabo ante los tribunales militares de los aliados en sus respectivas zonas. De destacar son los llamados *procesos subsiguientes a los juicios de Núremberg* ante los tribunales militares estadounidenses. En este caso se trata de procesos llevados adelante entre diciembre de 1946 y abril de 1949 contra las elites funcionales del Tercer Reich.[34] Asimismo, hubo muchos otros procesos frente a los tribunales militares de los aliados.[35]

---

[29] Partido laboral nacionalsocialista alemán (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei [NSDAP]), las tropas de asalto (Sturmabteilung [SA]), el Escuadrón de Protección (Schutzstaffel [SS]), el Gobierno del Reich (Reichsregierung), el Cuerpo de Generales y altos Mandos de las Fuerzas Armadas (Generalstab und Oberkommando der Wehrmacht [OKW]), la Policía secreta del Estado (Geheime Staatspolizei [Gestapo]), y el Servicio de Seguridad (Sicherheitsdienst [SD]).

[30] IMG, Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg, 14. Nov. 1945 - 1. Okt. 1946, tomo XXII, Núremberg, 1948; sobre esto también Ambos, 2006, § 6 Rn. 7; Götz, 1986, p. 16. La sentencia del proceso fijaba solo el carácter criminal de las organizaciones en cuestión. La determinación de la culpabilidad individual de cada uno de los miembros la dejó en cambio para procesos posteriores (Dienststelle des Generalinspekteurs in der Britischen Zone für die Spruchgerichte, s/d, p. 1; véase también Zimmermann, 2001, p. 23 s.).

[31] UN Treaty Series 82 (1951), 280; también ‹www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtconst.htm›; versión alemana entre otras en IMG: *Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher,* 42 tomos, 1947-49, tomo 1, p. 10.

[32] Amtsblatt des Kontrollrats vom 20. Dezember 1945, p. 50.

[33] Cf. también Rückerl, 1968, p. 63.

[34] Cf. Ostendorf, 2003, p. 126; sobre cada uno de los procesos Götz, 1986, pp. 22-26. En total fueron acusadas 186 personas, de las cuales fueron absueltas 35 y condenadas a largas penas de prisión 96, a cadena perpetua 23 y a muerte 25 (Fischer y Lorenz, 2007, p. 23).

[35] Ante tribunales militares estadounidenses hubo en total 1517 condenas en procesos contra 1941 personas, de las cuales 324 fueron condenas a muerte, 247 a cadena perpetua, 946 a penas de prisión temporales, 367 absoluciones y 57 suspensiones (Götz, 1986, p. 26). En la zona británica hubo 1085 condenas, 240 a muerte (v. Raab-Straube, 2003, p. 157; Zimmermann, 2001, p. 22, con más referencias en nota 14, Rückerl, 1984, pp. 96-99); en la zona francesa las condenas fueron 2107, de las cuales 104 fueron a muerte (v. Raab-

Lo más conflictivo desde el punto de vista jurídico fue la supuesta lesión al *principio de irretroactividad de la ley*, ya que ni el Londoner Statut ni el KRG 10, y por tanto tampoco los tipos penales contenidos en ellos, existían en el momento de la comisión de los hechos. Los tribunales negaron sin embargo una violación a este principio con el fundamento iusnaturalista y de derechos humanos de que los acusados habrían violado principios jurídicos fundamentales reconocidos por todos los pueblos civilizados de la tierra y que estos principios ya existían cuando los hechos se cometieron. El IMG entendió el principio de irretroactividad de la ley como un *principio de justicia* en el sentido de un hecho de confianza subjetivo, y en sentido objetivo como expresión de un orden jurídico dinámico, que no tendría su fuente en el derecho positivo, sino en el derecho consuetudinario y natural, y que se debe adaptar "mediante permanente ajuste a las necesidades de un mundo cambiante".[36] Esta argumentación, trasladable a todos los tipos penales del estatuto del IMG, también fue seguida sin más por los tribunales de los Procesos Subsiguientes a los Juicios de Núremberg.[37] Junto con la cuestión de la lesión del principio de irretroactividad de la ley se discutieron, por supuesto críticamente, *otras cuestiones* también de derecho internacional público. Por razones de espacio es necesario remitir a publicaciones anteriores sobre este punto.[38]

1.2.3. Los tribunales alemanes

Al mismo tiempo, los tribunales alemanes comenzaron a partir de 1945, luego del reinicio de sus actividades, con la elaboración juridicopenal de los delitos nacionalsocialistas.[39] De su jurisdicción estaban en un principio excluidas las acciones "que se dirigían contra miembros de las naciones aliadas o contra su propiedad, así como

---

Straube, 2003, p. 157; Zimmermann, 2001, p. 22 con más referencias en nota 14, Rückerl, 1984, pp. 96-99); en la zona soviética hubo hasta enero de 1947 17.886 acusados, de los cuales fueron condenados 8.055, 436 de ellos a muerte (Zimmermann, 2001, p. 22, con más referencias en nota 14; Wieland, 1994, p. 389).

36 IMG 1948, p. 247

37 Cf. Ambos, 1997, p. 40 con nota 11, 14.

38 Así por ejemplo la doctrina del *act-of-state*, el principio de la *tu-quoque*, la infracción contra el principio de la división de poderes entre otras, cf. Leupolt, 2003, pp. 196-198; Ambos, 2004, p. 84 ss. En general sobre la crítica Oppitz, 1976, p. 20; Perels, 1998, p. 384; Friedrich, 1985, p. 252; Freudiger, 2002, p. 22; Ostendorf, 2003, pp. 129-133.

39 Rüter, 1968 ss.; véase también la recopilación de sentencias de crímenes del nacionalsocialismo ante tribunales nacionales editada por las Naciones Unidas (UNWCC, 1947/49, tomo 1-15). Entre 1945 y 1949 los tribunales alemanes condenaron con sentencia firme a 4419 personas por crímenes nacionalsocialistas (Bundesministerium der Justiz: *Statistik über die Verfolgung nationalsozialistischer Straftaten in der Bundesrepublik Deutschland*, citado en Freudiger, 2002, p. 16, con nota 29; hasta 1950 fueron condenadas 5228 personas; también Rückerl, 1984, p. 121).

intentos de reconstrucción del régimen nazi o de reinicio de la actividad de las organizaciones nazis" (artículo III.*b* KRG n.º 4 del 30 de noviembre de 1945).[40] Con la KRG n.º 10 ya mencionada se completó esta norma: excepto los asuntos penales, que según el Estatuto-IMG estaban encargados a los tribunales aliados, los tribunales alemanes podían tratar "crímenes cometidos por ciudadanos alemanes o por aquellos pertenecientes al Estado alemán contra otros ciudadanos alemanes o pertenecientes al Estado alemán, o contra apátridas" (artículo III n.º 1 d KRG 10).[41] Así vino a aplicarse, junto con el derecho penal alemán,[42] también el KRG 10, del cual se hizo sin embargo un uso muy mesurado.[43] En estos casos (por ejemplo, en el caso de las denunciaciones, que a causa de sus consecuencias generalmente gravísimas fueron vistas como delito contra la humanidad y por tanto subsumidas bajo el artículo II KRG 10) se apelaba a la *fórmula de Radbruch*[44] como fundamento, a fin de evitar la violación del *principio de irretroactividad de la ley* y justificar la aplicación del KRG 10.[45] En lo que respecta a la jurisprudencia de los años entre 1945 y 1949, tuvieron lugar condenas en la mayoría de los casos por *comisiones en las modalidades autoría y coautoría*, y solo en casos excepcionales por participación.[46]

---

40 Texto íntegro (alemán) en ‹www.verfassungen.de/de/de45-49/verf45-l1.htm›.

41 Tanto el gobierno militar británico, de acuerdo con la ordenanza n.º 47 del 30.8.1947 (Amtsblatt der britischen Militärregierung, 1946, p. 306), como el gobierno militar francés, a través de la ordenanza n.º 173 del 23.9.1948 (Amtsblatt des Französischen Oberkommandos in Deutschland 1948, p. 1684), hicieron uso de esa habilitación. O sea que dentro del marco mencionado ambos transfirieron la competencia en general a los tribunales alemanes. En la zona estadounidense, en cambio, fue decidido en cada caso en particular (Rückerl, 1984, p. 108).

42 En la versión que en cada caso resultaba menos severa (cf. Kontrollratsgesetz n.º 11 del 30.1.1946 y § 2 Abs. 2 StGB en la versión del 4.8.1953).

43 Oppitz, 1976, p. 21; Freudiger, 2002, p. 14 s., con más referencias. Discutible fue también aquí la cuestión de una eventual violación del principio de irretroactividad (cf. sobre el punto Götz, 1986, p. 37; en detalle OLG Düsseldorf del 18.12.1947, impreso en Rüter, 1968, tomo I, p. 596 s.).

44 "El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debe solucionarse en vistas a que el derecho positivo asegurado por su promulgación y por poder tenga prioridad aun cuando su contenido sea injusto e inadecuado, salvo que la forma en que la ley positiva contradice a la justicia haya alcanzado un grado tan intolerable que la ley, por ser 'derecho injusto', deba ceder ante la justicia" (Radbruch, 1946, p. 107). En este último caso, por tanto, el derecho positivo no podía tener efecto en el momento del hecho y en consecuencia tampoco podía desarrollar una seguridad jurídica que debiera ser protegida, ya que tal derecho positivo se encontraba en contradicción con el núcleo mismo del derecho, de base iusnaturalista. Por tanto, no hay retroactividad en la aplicación posterior del derecho que es acorde a ese núcleo iusnaturalista, ya que ese núcleo ya estaba vigente en el momento del hecho —hubiera o no hubiera estado normado positivamente.

45 Götz, 1986, p. 37.

46 Así por ejemplo la Corte Suprema Federal (Bundesgerichtshof [BGH]) el 5.7.1951, BGHSt 8, 393, 397 ss. En detalle Heynckes, 2005. Freudiger, 2002, a partir de p. 35, realiza un análisis de sentencias donde investiga las tendencias exculpatorias respecto de determinados grupos de autores, para lo cual compara las figuras jurídicas aplicadas en los ámbitos de autoría, participación, homicidio/asesinato, error sobre la antijuridicidad.

1.2.4. Los Tribunales de sentencia

Una posición especial dentro de la jurisdicción alemana adoptaron los tribunales de sentencia (*Spruchgerichte*), ubicados organizacionalmente bajo el control británico y que preveían dos instancias.[47] Estos *tribunales penales* (normales), conformados exclusivamente por alemanes, asumieron en la zona británica[48] la persecución penal de la "pertenencia a sabiendas a una organización declarada criminal en la sentencia de Núremberg"[49] y fueron desde 1949 poco a poco otra vez disueltos.[50] También la *Cámara Superior para la zona británica* conformada en 1948 (*Oberster Gerichtshof für die Britische Zone [OGHBrZ]*), que fue la instancia superior de revisión hasta que en 1950 se constituyó la Corte Federal, consideraba que la aplicación del KRG 10 por los tribunales de sentencia era acorde con el principio de irretroactividad de la ley.[51]

En los años posteriores a 1949 la persecución penal de los crímenes violentos del nacionalsocialismo tuvo que enfrentar numerosas dificultades. Con la agudización de la Guerra Fría entre los aliados occidentales y la Unión Soviética creció en los primeros el interés por un aliado estable y, en consecuencia, por una reconstrucción efectiva de la administración, de la justicia y de la economía en la República Federal de Alemania.[52] Al mismo tiempo, tras la devolución de la competencia ilimitada de la persecución penal a los tribunales alemanes[53] —en los cuales las condenas por hechos violentos

---

[47] Las bases jurídicas eran: artículo 9 del Estatuto de Londres (véase nota 31), la sentencia del IMG (véase nota 30) y KRG 10 (véase nota 32). La ordenanza n.° 69 del gobierno militar, del 31.12.1946, relativa a procesos contra miembros de organizaciones criminales regulaba la aplicación de la sentencia de Núremberg sobre las organizaciones criminales en la zona británica (Amtsblatt der Militärregierung Deutschland, britisches Kontrollgebiet, n.° 16, pp. 405 ss.; impreso también en Meyer-Abich, Mittelbach y Schierholt, pp. 6-59); la tramitación de los procesos estaba regulada por el Reglamento de Procedimiento para los Tribunales de Sentencia alemanes para el juzgamiento de miembros de organizaciones criminales del 17.2.1947 (Verordnungsblatt für die Britische Zone, 1947, pp. 57 ss.; Meyer-Abich, Mittelbach y Schierholt, pp. 62-95), complementada por el derecho procesal penal alemán general. Los Cuerpos de Sentencia de los Tribunales de Sentencia eran las Cámaras y Senados de Sentencia, que no deben ser confundidos con las Cámaras de Sentencia en los procesos de desnazificación arriba mencionadas. Estas últimas, a diferencia de los Tribunales de Sentencia, no trataron originariamente cuestiones penales (cf. Schreiben des Justizministers von Nordrhein-Westfalen an den Ministerpräsidenten von Nordrhein-Westfalen, del 7.3.1951 y del 13.3.1951 en Bundesarchiv Z 42 I/232).

[48] Distinto fue en las zonas estadounidense y francesa, en las cuales estas tareas eran cumplidas por las Cámaras de Desnazificación.

[49] Inspector general Meyer-Abich, citado en Frei, 1997, p. 33 s., con nota 19. Véase también Bundesarchiv Z 42 I/21, Blatt 55; en detalle: Wember, 1991, capítulo VII, Operation "Old Lace": Aburteilung von Angehörigen verbrecherischer Organisationen durch deutsche Spruchgerichte, pp. 276-357.

[50] Los Tribunales de Sentencia concluyeron en total 24.154 procesos: mediante juicio en 12.748 casos; 8352 personas fueron absueltas (Zimmermann, 2001, p. 26 s.).

[51] OGHSt, tomo 2, p. 375.

[52] Cf. Zimmermann, 2001, p. 38 s.

[53] El KRG 10 de facto no se aplicó más a partir de 1951, luego de que con el KRG 13 del 1.1.1950 las fuerzas de ocupación occidentales habían transferido de momento a los tribunales alemanes federales la com-

nacionalsocialistas eran fuertemente regresivas[54] y en los que a partir de ese momento se aplicaba exclusivamente el derecho penal alemán—, se instalaba en forma mayoritaria en la refundada República Federal un sentimiento de reinicio unido a una *mentalidad de punto final*.[55] Así tuvieron lugar muchas amnistías, por una parte todavía a través de los mismos aliados[56] y por otra a través del legislador federal alemán, mediante las llamadas *leyes de impunidad* (*Straffreiheitsgesetze*). La primera, de 1949, preveía la impunidad para hechos cometidos antes del 15 de septiembre de 1949 para los que a su vez estuvieran previstas penas privativas de la libertad no mayores de seis meses de prisión.[57] Una segunda ley, de 1954, declaró impunes determinados hechos cometidos en la etapa final de la guerra que previeran penas de hasta tres años.[58]

Por otra parte, la *prescripción de la persecución penal* ya había llevado en 1950 a que solo pudieran seguir siendo perseguidos los delitos de asesinato, homicidio y lesiones graves.[59] En este contexto, numerosos ex miembros del NSDAP o de otras organizaciones del régimen nacionalsocialista, así como personas que habían trabajado en la administración o en el sistema judicial del Estado nazi, regresaron a sus cargos en los años cincuenta, o fueron de diversas maneras integradas en la construcción administrativa o judicial de la RFA.[60] Esta *resocialización* o *reintegración* fue asegurada normativamente por la ley reguladora del artículo 131 de la Constitución, la cual concedía un derecho a

---

petencia por crímenes del nacionalsocialismo también contra miembros de los estados aliados (cf. ordenanza n.º 234 del gobierno militar británico, del 31 de agosto de 1951, Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission, p. 1137; ordenanza n.º 171 del gobierno militar francés, del 31 de agosto de 1951). Sin embargo, un término formal recién tuvo lugar con la ley de derogación del derecho de ocupación (Gesetz zur Aufhebung des Besatzungsrechts, del 30.5.1956, BGBl. I 1956, pp. 437 ss.; sobre ello Ambos, 2006, § 6 Rn. 10, con nota 52 y más referencias; Zimmermann, 2001, p. 36).

54 Finalmente las condenas quedaron paralizadas casi en su totalidad en los años 1952-1954 (Freudiger, 2002, p. 33, con nota 152; Fischer y Lorenz, 2007, p. 61; Zimmermann, 2001, p. 38, con nota 82 y otras referencias). Esto vale también para la cifra de las instrucciones de sumario (Frei, 1997, p. 20; Götz, 1986, p. 35 s.).

55 Frei, 1997, pp. 54-69.

56 En forma de indultos (cf. Besatzungsstatut, Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission 1949, p. 13; véase también Rückerl, 1984, p. 132, Ostendorf, 2003, p. 128 s.).

57 Ley de concesión de Impunidad (Gesetz über Gewährung von Straffreiheit) del 31.12.1949 (BGBl. 1949 I, p. 37; in extenso sobre esto Frei, 1997, pp. 29-53).

58 Ley sobre el dictado penas y multas y sobre la anulación de procesos penales y de imposición de multas (Gesetz über den Erlass von Strafen und Geldbußen und die Niederschlagung von Strafverfahren und Bußgeldverfahren) del 17.7.1954 (BGBl. 1954 I, p. 203; in extenso Frei, 1997, pp. 100-132). Esta ley canceló asimismo todos los antecedentes penales sobre condenas impuestas por los Tribunales de Sentencia anteriores a 1949, en tanto la condena impuesta no superara los cinco años (§ 20 Abs. 2).

59 El 8.5.1950, de acuerdo con el plazo de 5 años del § 67 II (versión anterior) StGB.

60 Sobre la reintegración de catedráticos de derecho y economía (con particular énfasis en el caso de la Georg-August-Universität Göttingen), véase Schumann, 2008, pp. 108 ss.

reempleo y restablecía las pretensiones de abastecimiento de integrantes del servicio público que por servicio militar, expulsión o desnazificación habían perdido sus cargos.[61]

La jurisprudencia de esta época se caracterizó por una parte por el reemplazo del tipo penal del *asesinato* por el de *homicidio* y, por otra, por el creciente número de condenas por *participación* en lugar de por *(co)autoría.*[62] Al mismo tiempo fueron cada vez más aceptadas las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad.[63] Asimismo, la jurisprudencia formuló *estrictísimas exigencias* para llegar a condenar a ex jueces nacionalsocialistas por las condenas a muerte dictadas por ellos. La responsabilidad penal fue así solo aceptada cuando el contenido de las sentencias impuestas por aquellos jueces en los casos en cuestión, por un lado, encuadraran en el tipo penal del prevaricato —así llamado *privilegio de los jueces* (*Richterprivileg*)— y, por otro, este hubiera sido cometido con dolo directo (*dolus directus*). Un *dolus eventualis* no era suficiente.[64]

A fines de los años cincuenta tuvo lugar un *cambio de paradigma.* El proceso ante el Jurado de Ulm contra integrantes de un grupo de intervención que había participado en el homicidio de 120.000 judíos mostró que gran parte de los actos violentos del nacionalsocialismo aún no habían sido registrados, ni mucho menos esclarecidos.[65] Como consecuencia, en 1958[66] se fundó en Ludwigsburg la Oficina Central de las Administraciones Judiciales de los Länder para el Esclarecimiento de Crímenes del Nacionalsocialismo (*Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltung zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen*). Esta oficina posibilitaba por primera vez llevar adelante una persecución penal sistemática, centralizada e independiente de la predisposición de denuncia de la población.[67] La Oficina Central, que realizaba investigaciones preliminares

---

61 Ley de regulación de las relaciones jurídicas de las personas consideradas en el artículo 131 de la Constitución (Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 des Grundgesetzes fallenden Personen) del 10.4.1951 (así llamada *131er Gesetz;* in extenso Frei, 1997, pp. 69-99).

62 Cf. BGHSt 2, 234; BGH DriZ 1966, 59; BGHSt 18, p. 87 ss.; LG Frankfurt 20.12.1968, Ks 2/66, del BGH (2 StR 105/70), confirmado el 27.10.1972, p. 115 (sobre esto Heynckes: *Täterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen*, 2005, p. 228, con nota 610 y otras referencias). Consecuencia de ello fue no solo una reducción del monto de la pena, sino incluso a menudo que ya se había dado la prescripción del hecho (sobre ello véase también Benzler, 1998, p. 406 ss.; Freudiger, 2002, p. 35 ss.; Oppitz, pp. 23, 33-36).

63 En detalle Benzler, 1998, pp. 394-406.

64 Cf. Ostendorf, 2003, p. 133 s., Homann, 1998, p. 756, con nota 24. Esto posibilitó a los ex jueces del nacionalsocialismo resguardarse en la afirmación de que habían partido de la legalidad de la sentencia en el momento de dictarla.

65 Así llamado *Ulmer Einsatzgruppenprozess*, del 28.4.-29.8.1958 (sobre esto Rückerl, 1968, p. 65; Zimmermann, 2001, p. 40 s. Götz, 1986, p. 117). Recién con la intervención de la Fiscalía General se llevaron adelante amplias investigaciones en el Tribunal Superior de Stuttgart, durante las cuales pudieron ser investigados y condenados aún más involucrados. (cf. Rückerl, 1984, pp. 140 ss.).

66 Erigida por la Conferencia de Ministros de Justicia del 18.9.1958.

67 Cf. Rückerl, 1984, p. 145. Si bien la actividad de la Oficina Central condujo claramente a la obtención de los objetivos arriba formulados (véase Freudiger, 2002, pp. 27 ss., 32), se vio también aquí la problemática

por su cuenta pero que para la presentación de denuncia entregaba el caso a la Fiscalía,[68] existe hasta hoy, aunque en el presente se dedica sobre todo al acercamiento científico a los crímenes violentos del nacionalsocialismo.[69]

Por los motivos mencionados tuvo lugar con posterioridad a la creación de esta oficina un claro *aumento de los procesos,* que posibilitó un *esclarecimiento* sistemático de los delitos violentos del nacionalsocialismo.[70] Además, en el mismo ámbito judicial se levantó resistencia, junto con las protestas públicas, contra la llamada *judicatura participativa* (*Gehilfenjudikatur*).[71] En los en total cuatro *debates sobre la prescripción* (*Verjährungsdebatten*) entre 1960 y 1979 se extendieron cada vez más los plazos de prescripción para los hechos violentos nacionalsocialistas aún pendientes, hasta que finalmente en 1979 se declaró la *imprescriptibilidad del asesinato*.[72] Se negó la violación del principio de irretroactividad de la ley por cuanto este se referiría al tipo penal, no así a su prescripción.[73] Desde los años ochenta la elaboración penal ha *perdido importancia* nuevamente. Allí se han tramitado muy pocos procesos. En total, entre el 8 de mayo de 1945 y el 1 de enero del 2004 fueron condenadas con sentencia firme por tribunales alemanes occidentales 6.498 personas por delitos nacionalsocialistas y se abrieron instrucciones de sumarios contra 106.496 acusados.[74]

En resumen puede decirse que la elaboración del despotismo nacionalsocialista en Alemania occidental se deja ordenar en *cuatro fases,* en las cuales se entrecruzan en diferente medida mecanismos y reacciones juridicopenales, extrajuridicopenales y sociales de otras formas:[75]

---

antes mencionada: más de una docena de sus miembros, incluido su primer director, habían pertenecido al NSDAP y/o a otras organizaciones del Estado nacionasocialista (cf. Zimmermann, 2001, pp. 41 ss. con otras referencias).

68 Rückerl, 1968, p. 66.

69 Fischer y Lorenz, 2007, p. 69. De momento (31.12.2007), sin embargo, hay todavía 24 procesos pendientes en estado de investigación preliminar, cf. ‹www.zentrale-stelle.de›.

70 Como por ejemplo el Proceso de Auschwitz, llevado adelante en Fráncfort entre 1963 y 1965, el Proceso sobre Eutanasia, también llevado adelante en Fráncfort en 1966-1967, así como numerosos procesos contra los cuerpos de vigilancia de los campos de concentración y de exterminio.

71 La jurisprudencia de la Corte Suprema fue en este punto criticada mediante la llamada *Königsteiner Entschließung*, una resolución de la Jornada de Juristas Alemanes del 1.-3.4.1966 (cf. Just-Dahlmann y Just, 1988, p. 263).

72 En detalle Freudiger, 2002, p. 28 s.

73 BGH 50, 138, 139.

74 Estadística de persecuciones penales contra delitos del nacionalsocialismo (NS-Strafverfolgungsstatistik), 2003-2004, impresa en Heynckes: *Täterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen*, 2005, p. 230 s.

75 Cf. también Frei, ‹http://www.forumjustizgeschichte.de/Bericht-zur-Fac.36.0.html›, cuya terminología es adoptada aquí para la denominación de estas fases; cf. también Freudiger, 2002, p. 33.

- La *primera fase* abarca aproximadamente de 1945 a 1949 y se caracteriza por una *voluntad de limpieza* para hacer a un lado estructuras nacionalsocialistas. Para ello se disuelven instituciones, se deciden despidos y se llevan adelante medidas reeducativas. Mientras tienen lugar en Núremberg los procesos contra los nacionalsocialistas de las líneas dirigentes, comienzan también los tribunales alemanes con la elaboración juridicopenal de los delitos nacionalsocialistas. La prosecución, sin embargo, no se realiza en forma sistemática.
- La *segunda fase*, entre 1950 y 1960, es el período de la *política del pasado*,[76] cuyos destinatarios no fueron las víctimas del nacionalsocialismo sino los ofensores. Estos fueron amnistiados, integrados y protegidos contra futuras medidas de persecución penal.
- Luego del cambio, hacia fines de la década de 1950 siguió la *tercera fase*, la de la *superación del pasado,* que se extendió aproximadamente entre 1960 y 1980, en la que por primera vez tuvo lugar un procesamiento sistemático y la prescripción fue pospuesta una y otra vez.
- Penalmente irrelevante es, finalmente, la *cuarta fase*, iniciada aproximadamente en 1980: la de la *preservación del pasado*.

1.3. Impacto de los mecanismos utilizados

Los efectos de las diferentes medidas están estrechamente relacionados con las fases mencionadas. En la *primera fase* el impacto es inmediato, ya que se trató de la supresión de incriminados políticos, de la disolución y el cierre de instituciones y organizaciones, de la prohibición de símbolos nacionalsocialistas, etcétera. Dado que estas medidas tenían un efecto de muy corto plazo y además muchos involucrados lograron evadirlas, deben ser vistas (aunque hayan sido un importante paso hacia la democratización)[77] como el *intento frustrado de una limpieza política masiva*. La elaboración juridicopenal (nuevamente de acuerdo con los períodos arriba mencionados) ha sido *percibida de formas muy diversas* y ha desarrollado por tanto efectos también diversos. Mientras que los procesos de Núremberg contra los principales criminales de guerra ganaron la atención de la población y contaron ampliamente con su aceptación,[78] los procesos

[76] Sobre este concepto véase Frei, 1997, pp. 13-17.
[77] Fischer y Lorenz, 2007, p. 19.
[78] Zimmermann, 2001, p. 20 s., con nota 10; Götz, 1986, p. 21.

subsiguientes a los procesos de Núremberg fueron apenas percibidos por el público.[79] Así también, los procesos ante los tribunales alemanes volvieron a despertar la atención del público alemán recién en los años setenta.[80] El *efecto preventivo,* que ya en aquella época era esperado junto con el represivo, se ha mantenido hasta hoy inquebrantable, fundamentalmente a causa del rol que en especial el proceso de Núremberg contra los principales criminales de guerra tuvo para la emergencia y el desarrollo de un verdadero derecho penal internacional.[81] Llamativo es también en este contexto que en Alemania (a diferencia, por ejemplo, de Francia o de Italia) no haya habido actos de *ajuste de cuentas* por la población, por medio de linchamientos u otras prácticas.[82] La explicación de esto reside claramente en que en aquel momento todavía había una *amplia aceptación del nacionalsocialismo* por parte de la población,[83] a causa de la cual también tuvo aceptación solo la condena en Núremberg de unos pocos criminales de guerra principales, pero no la condena del *hombre común* en los procesos posteriores.[84]

La *mentalidad del punto final* de la *segunda fase* provocó diversas interacciones. Así, por ejemplo, a causa de los indultos decididos por los aliados, los fiscales y jueces alemanes se sintieron animados a ni siquiera investigar o a paralizar procesos pendientes.[85] También la discusión política dejó sus huellas en la práctica jurídica: la jurisprudencia en los *Länder* prescindió de la elaboración sistemática de las injusticias e ilegalidades propias del nacionalsocialismo, ya que "se habría creído en una moda que estaba presente en el público, de no tener que seguir dando valor a la persecución de aquellos delitos".[86] También las *leyes de impunidad y los indultos* tuvieron su impacto: Solo hasta el 31 de mayo de 1951 fueron indultadas 792.176 personas; si bien no se conoce la proporción de criminales nacionalsocialistas, su número alcanza estimativamente las cinco cifras.[87]

---

79 Fischer y Lorenz, 2007, p. 23; Götz, p. 26. Según diversas encuestas estuvieron de acuerdo con las medidas de desnazificación primeramente el 50% (1945) y el 57% (1946) de la población. En 1949, en cambio, solo un 17% (Fischer y Lorenz, 2007, p. 19). La creciente crítica que en ese primer momento se hizo al tratamiento desigual, o *justicia del vencedor,* respecto de los procesos de Núremberg se apaciguó luego a la vista del justo proceder que se evidenciaba en los procesos y especialmente a causa de las absoluciones habidas. (Fischer y Lorenz, 2007, p. 22; véase también Wesel, 1997, p. 515; Leupolt, 2003, p. 197).

80 Así hubo en los años setenta una mayor aprobación de la persecución penal. Sin embargo, en 1986 volvía a haber dos tercios de la población a favor del punto final (cifras en Zimmermann, 2001, p. 48 s.).

81 Sobre la influencia que tuvieron los principios desarrollados por el IMG sobre el desarrollo del derecho penal internacional, véase Ambos, 2008, § 6 Rn. 11; Ostendorf, 2003, p. 126; cf. también Meyer-Abich, 1949, p. 12.

82 Zimmermann, 2001, p. 17 con nota 1.

83 Sobre esto Leupolt, 2003, p. 205 con nota 1211 y otras referencias.

84 Cf. Zimmermann, 2001, p. 21 s.

85 Ostendorf, 2003, p. 129.

86 Citado en Kruse, 1978, p. 121.

87 Frei, 1997, pp. 18, 52.

La reincorporación en los años cincuenta de personas incriminadas, entre las cuales se vieron también beneficiados ex miembros de la Gestapo y de la SS armada,[88] llevó además a que instituciones estatales en muchos casos fueron ocupadas mayoritariamente con ex miembros del NSDAP.[89] El resultado de esta *continuidad personal* fue muchas veces no solo la falta de predisposición a la persecución por los juristas,[90] sino también un *clima de impertinencia,* en medio del cual ex nacionalsocialistas pudieron hacerse oír nuevamente.[91]

2. República Democrática Alemana

2.1. Introducción

La fundación de los dos Estados alemanes tuvo lugar luego de que la Guerra Fría entre los Estados aliados occidentales y la Unión Soviética se agudizara marcadamente a partir de 1947 y alcanzara su punto culminante en 1948-1949 con el bloqueo de Berlín.[92] La fundación estatal de la RDA llevada adelante por la Unión Soviética el 7 de octubre de 1949 se concretó con el objetivo de levantar un Estado socialista según el ejemplo de la Unión Soviética. A pesar de contar con una Constitución originariamente burguesa según el ejemplo de Weimar,[93] la RDA devino en un *Estado totalitario* bajo el dominio del Partido Socialista Unificado (*Sozialistische Einheitspartei [SED]*) y

---

88 Fischer y Lorenz, 2007, p. 95; Frei, 1997, pp. 71, 79.

89 Así, por ejemplo, en 1950 alrededor del 80% de los jueces de la Corte Suprema eran ex miembros del NSDAP (Fischer y Lorenz, 2007, p. 145). En la zona británica luego de 1945 habrían sido ex miembros del NSDAP el 30% de los presidentes de Tribunal y más del 80% de los presidentes de tribunales de los diferentes *Länder* (Fischer y Lorenz, 2007, p. 98 s.). Véase también Frei, 1997, p. 81, para la teoría penal cf. Perels, 1998, p. 519.

90 Fischer y Lorenz, 2007, p. 98 s.

91 Frei, 1997, p. 20.

92 Véase un corto bosquejo histórico sobre la fundación, el desarrollo y la caída de la RDA en Eser y Arnold, 2000, II, pp. 3-15, así como Leupolt, 2003, pp. 5-14.

93 GBl. I 1949, p. 5. En la Constitución del 6.4.1968 (GBl. I, 199), en la versión del 7.10.1974, (GBl. I, 429) ya estaba estipulado en su artículo 1, párrafo 1, que la RDA era un "Estado socialista de los trabajadores y campesinos […] bajo la conducción de la clase trabajadora y su partido marxista-leninista".

de la vigilancia y represión del Ministerio para la Seguridad de Estado (*Ministerium für Staatssicherheit [MfS]*).[94]

No existían ni una división de poderes funcional ni elecciones libres. En realidad la justicia fue cada vez más integrada en el aparato estatal a fin de lograr su control y su conformidad política, lo que ya en los primeros años de la RDA llevó a numeras condenas por delitos políticos.[95] A consecuencia de un creciente número de fugas, en 1961 la RDA se aisló herméticamente de la RFA con la construcción del muro de Berlín, así como mediante una frontera severamente asegurada, incluso con minas y dispositivos de disparo automático (*Selbstschussanlagen*), a causa de las cuales numerosas personas perdieron la vida.[96] Bajo el efecto causado por los procesos de derrumbe político de los estados del bloque oriental y por la presión de los reclamos de la población, en 1989 Honecker presentó su renuncia y la RDA abrió sus fronteras. En marzo de 1990 tuvieron lugar las primeras elecciones libres y el 3 de octubre de 1990 se disolvió la RDA como sujeto del derecho internacional público, luego de su adhesión a la RFA (Reunificación) decidida por la Cámara del Pueblo de la RDA, formulada como sucesión en el derecho internacional público y de acuerdo con el artículo 23 (versión anterior)[97] de la Constitución.[98]

---

[94] A la organización del MfS, marcadamente ramificada, pertenecían hacia el final casi 90.000 miembros de alto cargo que eran responsables por maltratos a detenidos penales, denunciaciones, secuestro y detención de opositores políticos, extorsión de ciudadanos de la RDA que pretendían emigrar, escuchas de conversaciones telefónicas, control de envíos postales, sustracción de dinero y otros objetos de valor de cartas provenientes de Alemania occidental, ocultamiento de miembros de la Facción del Ejército Rojo (RAF) de Alemania occidental y violación del secreto profesional, entre otros (Marxen y Werle, 1999, p. 228 s.).

[95] Eser y Arnold, 2000, II, p. 7 con nota 39.

[96] La pregunta sobre cuántas son realmente las personas que murieron al intentar pasar el muro no tiene una respuesta unánime. Los datos abarcan desde 248 muertos (Marxen y Werle, 1999, p. 224) o 264 (Marxen y Werle, 1999, p. 8, con base en las autoridades de investigación), pasan por más de 800 (Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 90; 2000, II, p. 50, con nota 12 y otras referencias que dan cuenta de entre 264 hasta 1000 muertos; cf. también Eser y Arnold, 2000, II; p. 18) y llegan a alcanzar los 1303 (de acuerdo con la directora del Museo del Muro en Berlín, quien también contabiliza los muertos habidos en las otras líneas fronterizas de la RDA, así como aquellas personas fallecidas por otros motivos al intentar cruzar la frontera, FR v. 13.8.2008, p. 9).

[97] El artículo 23 (versión anterior) de la Constitución decía: "Esta Constitución rige primeramente en las regiones de los estados Baden, Bavaria, Bremen, Gran-Berlín, Hamburgo, Hessen, Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Schleswig-Holstein, Wurtemberg-Baden y Wurtemberg-Hohenzollern. En otras partes de Alemania debe ser puesta en vigencia luego de sus respectivas incorporaciones". El artículo 23 (versión anterior) de la Constitución estaba por tanto confeccionado especialmente para el caso de la reunificación y fue debidamente derogado una vez que la unificación estuvo concluida.

[98] Kreicker, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 37.

2.2. Mecanismos de elaboración del pasado

La elaboración de la criminalidad propia del sistema de la antigua RDA se logró *fundamentalmente por medios juridicopenales*. Los procesos fueron llevados adelante primeramente por las autoridades de la persecución penal y por los tribunales ordinarios de la RDA ya en 1989, bajo la presión de la ola de emigración y de la protesta pública; luego de la unificación (3 de octubre de 1990) fueron continuados por las autoridades de la RFA.[99] En el marco de la aplicación de los códigos penales de la RDA y luego de la RFA, fueron también consideradas figuras jurídicas y principios del derecho internacional público. En el ámbito *extrapenal* se sancionaron numerosas leyes de rehabilitación, de reparación y de resarcimiento. Además se crearon dos comisiones, así como una oficina de elaboración del sistema de la RDA que aún continúa funcionando.

2.3. Análisis de los mecanismos

2.3.1. Elaboración penal

Los procesos penales tramitados por las Oficinas de Persecución Penal de la RDA en el último año de su existencia se limitaron en primera línea a los ámbitos de *abuso de autoridad* y de *fraude electoral,* en especial por el fraude en las elecciones comunales de 1989.[100] Las numerosas presentaciones y denuncias de la población, así como los informes mediales críticos, fueron el motivo de la rápida y considerable (a la vista del

---

[99] Los delitos por elaborar —es decir, las expresiones de la criminalidad propia del sistema de RDA— pueden ser clasificados de la siguiente manera: hechos violentos en la frontera alemana-alemana, prevaricato, abuso de autoridad y corrupción, delitos en el ámbito del Ministerio para la Seguridad del Estado (Ministerium für Staatssicherheit [MfS]), denunciaciones, espionaje, fraude electoral, *doping*, infracción de la prohibición de comercio interzonal y delitos económicos, así como hospedaje de miembros de la RAF. Para una rápida visión de la cronología del proceso de transición y de los mecanismos e instrumentos legales más importantes en idioma español, cf. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC): "Memoria Histórica. El Proceso de Justicia Transicional en Alemania, Argentina, Chile, España, Portugal y Sudáfrica", *Boletín de Documentación* n.º 27, septiembre-diciembre 2006, ‹http://www.cepc.es/catalogo_documentos_electronicos.asp?IdClasificacion=13&IdCCatalogados=319›.

[100] Detallado Marxen y Werle, 1999, pp. 148-156; Marxen, Werle y Schäfter, 2007, p. 11. Solamente se encuentra documentado un proceso por un procedimiento violento de la policía y del MfS contra manifestantes pacíficos en octubre de 1989 (cf. Marxen y Werle, 1999, p. 148). No es posible contar con datos exactos acerca del volumen de las actividades investigativas de la justicia de la RDA en general. Sin embargo, ya una documentación interna de la Fiscalía General de la RDA da cuenta de 180 procesos de investigación contra 124 acusados, así como de por lo menos 42 detenciones hasta el 10.5.1990 (cf. Müller, 2001, p. 185 s.; Marxen, Werle y Schäfter, 2007, pp. 11 ss.).

poco tiempo disponible para el gran volumen de trabajo) actividad de las Oficinas de Persecución Penal.[101]

Con la *reunificación* se traspasó a la RFA la elaboración juridicopenal de la criminalidad propia del sistema de la RDA. Numerosos procesos ya iniciados fueron continuados así en la RFA o utilizados para investigaciones propias.[102] El abordaje juridicopenal de esta criminalidad no encuentra mención explícita en el *Contrato de Unificación* que regula las cuestiones legales emergentes en el contexto de la reunificación. Sin embargo, su artículo 8 estipula que el derecho penal de la RDA es reemplazado por el de la RFA y por tanto la *pretensión penal* y las competencias de persecución penal de la RDA *pasan a la RFA*, su sucesora legal. Las autoridades alemanas federales están por tanto obligadas a la persecución de todos los delitos cometidos en la RDA, de acuerdo con el § 152 II StPO (*Strafprozessordnung,* Código Procesal Penal) (Principio de legalidad), *siempre y cuando* estos *sigan siendo punibles* luego de su adhesión a la RFA.[103] Si este es el caso depende de lo siguiente: El reemplazo del derecho penal de la RDA por el de la RFA, estipulado por el artículo 8 del Contrato de Unificación, llevó a excluir la aplicación (única) del derecho vigente en el momento de la comisión del hecho, o sea, el derecho de la RDA. Al mismo tiempo, sin embargo, la única aplicación del derecho penal de la RFA habría conllevado la violación del principio de irretroactividad (artículo 103 II Constitución, § 1 StGB (*Strafgesetzbuch,* Código Penal)), ya que en el momento de la comisión del hecho estaba precisamente vigente (únicamente)[104] el derecho de la RDA.

La *tensión entre el principio "lex posterior derogat legi priori" y el principio de irretroactividad*[105] de la ley penal la resuelve el artículo 315 EGStGB (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch,* Ley Introductora al Código Penal), incorporado en el marco del Contrato de Unificación, en concordancia con el § 2 StGB por medio de dos principios: Por un lado, se aplica el principio *lex mitior,* normado en el § 2, párrafo 3, StGB (al que remite el artículo 315 I EGStGB). Según este principio, en caso de reforma legal

[101] Marxen y Werle, 1999, p. 149; Marxen, Werle y Schäfter, 2007, p. 13.

[102] Marxen y Werle, 1999, p. 232 s.; Marxen, Werle y Schäfter, 2007, p. 54. En total se han llevado adelante luego de 1989 y hasta el cierre del último proceso en el 2005 (sin los casos de espionaje) aproximadamente 74.894 procesos de investigación contra estimativamente 100.000 personas por procederes injustos de la RDA. En 1286 de estos casos hubo sentencia definitiva de tribunal recaída en procesos principales (Marxen, Werle y Schäfter, 2007, pp. 24 s., 54, 38 s., con cuadro 19).

[103] Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 90; Marxen y Werle, 1999, p. 3 s.

[104] Esto es distinto, por supuesto, si el derecho penal de la RFA ya encontraba aplicación mediante las regulaciones del derecho de aplicación de la pena incluso antes de la adhesión de la RDA. En ese caso sería aplicable, de acuerdo con el § 315 IV EGStGB, el derecho penal de la RFA, cf. Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 91; véase también Homann, 1998, p. 754; Marxen y Werle, 1999, pp. 3-5; sobre el derecho penal interlocal en este contexto véase Ambos, 2008, § 1 nota 43 ss.

[105] En detalle Elsner, 2000, pp. 31 ss., 45 ss.

debe ser aplicada en cada decisión judicial la norma menos severa. Por otro lado, debe darse un caso de *continuidad del injusto*.[106] Esto significa que la conducta en cuestión no solo debe estar contemplada típicamente en ambos códigos penales, sino que los tipos penales relevantes deben perseguir además la protección del mismo bien jurídico. A consecuencia de esto, en los casos en los cuales una conducta es contemplada tanto en el código penal de la RDA como en el de la RFA, la conducta es penada según la *ley que en cada caso resulte menos severa*. Por el contrario, en caso de que una conducta no esté contemplada en uno de los correspondientes códigos penales, ya sea porque no existe ese tipo penal o porque un tipo penal es aplicable de acuerdo con su letra pero penaliza otro injusto, tal conducta queda impune.[107]

Junto con las cuestiones mencionadas, relativas al derecho penal aplicable, surgen otros problemas respecto a la prescripción de la persecución penal y de la ejecución de la pena. Esta encuentra su regulación primeramente en el artículo 315.*a* EGStGB, según el cual la prescripción se da por interrumpida al 3 de octubre de 1990 (como día de entrada en vigencia de la adhesión de la RDA a la RFA), en tanto no haya prescrito ya en tiempos de la RDA, y comienza por tanto a correr nuevamente según los § 78 ss. con la limitación del § 78.*c,* párrafo III, del StGB-RFA.[108] La jurisprudencia federal alemana construyó sin embargo (a fin de evitar la probable prescripción de algunos delitos de la RDA) un *cese fáctico de la prescripción* del 11de octubre de 1949 hasta el 2 de octubre de 1990 para los casos en que —como ocurría en general— la persecución penal hubiera sido omitida a causa de la explícita o supuesta voluntad de la conducción estatal y del partido, ya fuera por motivos políticos o por otras causas violatorias de los principios de un orden liberal de Estado de derecho. De esta manera comenzaron a correr los plazos de prescripción recién el 3 de octubre de 1990.[109] Esta postura fue confirmada legalmente con la primera ley de prescripción, del 26 de marzo de 1990,[110] y vuelta a confirmar con

---

[106] Ibídem, pp. 163 ss.

[107] Detallado sobre este párrafo Kreicker, en Eser y Arnold, 2000, II, pp. 37-47,

[108] El cese de la prescripción a los efectos del § 78b StGB impide el inicio o la continuación del plazo de prescripción; en caso de desaparición de la causa de suspensión el plazo de prescripción comienza a correr nuevamente, es decir, la parte de plazo que había corrido antes de la suspensión de la prescripción sigue siendo considerada. Esto es distinto cuando el plazo es interrumpido de acuerdo con el § 78c StGB. En este caso, la parte de plazo que ya había transcurrido es dejada sin efecto por el acontecimiento que interrumpe el plazo, y el plazo comienza a contar de cero luego de la interrupción. Esto, sin embargo, solo dentro de los límites de los plazos absolutos de prescripción: La prescripción tiene lugar independientemente de las interrupciones, de acuerdo con el § 78, párrafo 3, StGB, cuando se ha cumplido el doble del plazo de prescripción legal y por lo menos un plazo de tres años.

[109] Cf. BGH 40, 48, 113, 118; 41, 247, 248, 317, 320. Lo que es por lo menos problemático, ya que, como fue expuesto *supra*, la RDA había comenzado con la elaboración penal ya antes de la reunificación.

[110] BGBl. 1993 I, p. 392.

la cuarta ley de prescripción, del 23 de noviembre del 2007.[111] Las segunda y tercera leyes de prescripción prolongaron los términos de los plazos.[112]

Por lo demás, la jurisprudencia federal alemana consideró particularmente relevantes y por tanto dignos de persecución penal los hechos que, o bien hubieran *atentado en forma grave y manifiesta contra los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional*, o bien aquellos en los que ya se hubiera puesto en marcha la persecución penal por la misma RDA (casos de la así llamada *continuidad de la persecución*).[113] La exigencia de una grave violación de los derechos humanos despliega un efecto tanto legitimante como limitante y es explícitamente aplicado a tres *grupos de delitos*: en los casos de hechos violentos en la frontera alemana-alemana, en los casos de prevaricato y en los casos de denunciación (política). Esta línea es seguida también, aunque sin mención expresa, por la penalización del abuso corporal de prisioneros penales y del doping, y se muestra también en la impunidad de intervenciones menos intensivas por la MfS y en la exigencia adicional de la continuidad de la persecución (especialmente para los procesos por abuso de autoridad y corrupción).[114] Para los casos de la continuidad de la persecución en los cuales generalmente no había violación grave y manifiesta de los derechos humanos, la necesidad punitiva no se desprendía por tanto de la gravedad del acto, sino del hecho de que el proceso ya había sido iniciado por las oficinas de persecución de la RDA como expresión de la voluntad de una gran parte de su población.[115]

De los complejos delictivos mencionados son a su vez de destacar los *hechos violentos en la frontera alemana-alemana*. Aquí resultan de particular interés ante todo dos cuestiones. En primer lugar se presenta la pregunta por una *violación al principio de irretroactividad*, ya que los delitos en la frontera alemana-alemana fueron considerados como justificados por el § 27 de la ley de frontera, especialmente el asesinato, no obstante estar típicamente contemplados en el derecho de la RDA.[116] Por lo tanto, la

---

[111] BGBl. I, p. 2614.

[112] Verjährungsgesetze del 27.9.1993 (BGBl. 1993 I, p. 1657) y 22.12.1997 (BGBl. 1997 I, p. 3223), sobre esto Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 555.

[113] Marxen, Werle y Schäfter, 2007, p. 58 s.

[114] Cf. Marxen y Werle, 1999, pp. 239-241.

[115] Cf. Marxen, Werle y Schäfter, 2007, pp. 57-59; Wingenfeld, 2006, p. 123 s.

[116] Según el § 27, párrafo 2, oración 1, del GrenzG-DDR era: "die Anwendung der Schußwaffe gerechtfertigt, um die unmittelbar bevorstehende Ausführung oder die Fortsetzung einer Straftat zu verhindern, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen darstellt" (§ 27.2, Ley de Frontera de la República Democrática Alemana: "El empleo de las armas de fuego será lícito para evitar la inminente ejecución o la continuación de un hecho punible que de acuerdo con las circunstancias pueda considerarse como un delito grave. También es lícita para detener a las personas altamente sospechosas de haber cometido un delito grave"; traducción según Ambos, 1999, p. 36). Esto fue aceptado regularmente en caso de un "cruce de frontera ilegal", en el sentido del § 213, párrafo 3, DDR-StGB. La situación legal es distinta en casos de hechos ilícitos contra ciudadanos de

jurisprudencia de los tribunales superiores negó una violación del principio de irretroactividad.[117] La Corte Suprema (*Bundesgerichtshof [BGH]*) aplica la ya mencionada fórmula de Radbruch[118] por "infracción grave y manifiesta de los principios fundamentales de justicia y humanidad [derivados de un derecho suprapositivo e internacional[119]]".[120] Dado que la mentada causa de justificación del § 27 de la Ley de Frontera de la RDA fue considerada por tanto inaplicable incluso ya en el momento de comisión del hecho, se negó la violación del principio de irretroactividad.[121]

La Corte Suprema solo confirma en el caso, *a posteriori*, la invalidez de la causa de justificación, que desde su punto de vista ya había sido inválida en el momento del hecho. No se trata por tanto de una invalidación retroactiva. Según el *Tribunal Constitucional Alemán* (Bundesverfassungsgericht [BVerfG]) el principio de irretroactividad (artículo 103 II Constitución) presenta un efecto protector solo limitado, por lo que en definitiva no se lo estaría infringiendo. El principio de irretroactividad como manifestación del principio de Estado de derecho persigue la protección de la justicia material y con ello la protección de la confianza del ciudadano en que solo será penado por un hecho que en el momento de su comisión está amenazado con una pena. En un Estado que se rige según sistema y formas injustas contrarias al Estado de derecho, en el cual tanto la división de poderes como las libertades democráticas y fundamentales están reducidas al extremo y en el que por desprecio a los derechos humanos generalmente reconocidos se ven beneficiados los más graves injustos criminales por la creación de causas de justificación, esta protección solo puede existir de modo muy limitado.[122] De esto se desprende que también el principio de irretroactividad, como mandato de justicia material puede ser aplicado solo en un ámbito muy limitado.[123] La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) confirmó esta decisión y expresó que debía negarse una infracción al principio de irreatroactividad de la ley regulado en el artículo 7 de la Declaración Europea de

---

la República Federal o en territorio de la República Federal, ya que en estos casos, según las reglas de competencia jurídica (§ 3 ss. StGB), rige el derecho penal de la RFA.

[117] Para una discusión en lengua española cf. Ambos, 1999, con traducción de las normas atinentes en p. 35 ss.

[118] *Supra* nota 44.

[119] La Corte Suprema se refiere en este sentido al artículo 6, párrafo 1, artículo 12, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y al artículo 3, artículo 13, n.° 2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (BGHSt 39, 1; cf. también Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 560).

[120] Sobre esto en detalle Leupolt, 2003, pp. 72-89; 113-162.

[121] Cf. BGH, Sentencia del 3.11.1992 (5 StR 370/92), *NJW* 1993, pp. 147-48.

[122] BVerfG, *NJW* 1997, 929 ss., 930.

[123] Cf. BVerfG (Tribunal Constitucional), decisión del 24.10.1996 - 2 BvR 1851/94, *NJW* 1997, 929 ss.; decisión del 21.7.1997, EuGRZ 1997, 413 ss.; decisión del 7.4.1998, *NJW* 1998, 2585 s.

Derechos Humanos, ya que incluso en el derecho de la RDA vigente en el momento de los hechos no habría podido prosperar la justificación de los actos de asesinato.[124] A diferencia de la Corte Suprema, la CEDH vio que se infringían también los principios de proporcionalidad y de protección de la vida humana, contemplados en el artículo 30 I, II y 19 II de la Constitución de la RDA.[125] La jurisprudencia también ha rechazado *otras causas (propias del derecho internacional) de exclusión de la pena*,[126] como por ejemplo la que emerge del principio de inmunidad estatal.[127]

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha recurrido a la teoría de la *autoría mediata por dominio de la organización* para condenar a quienes estaban detrás de lo sucedido y eran política y militarmente responsables de las órdenes. Esto ha sido analizado detalladamente en otra oportunidad,[128] por lo que debe bastar aquí una cita pertinente de la Corte Suprema:

> […] hay grupos de casos en que, pese a que el ejecutor actúa con responsabilidad plena, el aporte del hombre de atrás conduce casi automáticamente a la realización del tipo buscada por ese hombre de atrás. Ello puede darse cuando el hombre de atrás se sirve de determinadas condiciones previas a través de estructuras de organización, dentro de las cuales su aporte al hecho desencadena cursos regulares. Semejantes condiciones previas asociadas a cursos regulares entran en consideración particularmente en estructuras de organización estatales, empresariales o de tipo comercial y en jerarquías de mando. Si en un caso tal el hombre de atrás actúa conociendo estas circunstancias, si se sirve en particular también de la predisposición incondicionada del que actúa de modo inmediato para cumplir el tipo y si quiere el resultado como consecuencia de su propio actuar, entonces es autor en forma de autoría mediata.[129]

---

124 *NJW* 2001, 3035 ss. Crit. Ambos, 2002, con ulteriores referencias.

125 También la Corte Europea de Derechos Humanos ha entendido que hay además una infracción de las regulaciones del derecho internacional. La responsabilidad internacional de la RDA mediante el § 95 DDR-StGB daría también fundamento a la responsabilidad penal del individuo (Gbl. DDR I, p. 1 ss.: "Auf Gesetz, Befehl oder Anordnung kann sich nicht berufen, wer in Missachtung der Grund- und Menschenrechte, der völkerrechtlichen Pflichten oder der staatlichen Souveränität der DDR handelt; er ist strafrechtlich verantwortlich" ("Quien actúe con inobservancia de los derechos humanos y fundamentales; a los deberes que impone el derecho internacional o a la soberanía estatal de la DDR, no puede invocar la ley, orden o instrucción y será considerado penalmente responsable").

126 Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 91; Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, pp. 559 ss.

127 Cf. Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 559 ss.

128 Cf. Ambos, 1998; Ambos, 2005-2006, pp. 216 ss.; Ambos y Grammer, 2003.

129 BGH, *NJW* 1994, 2703, sentencia del 26.7.1994 - 5 StR 98/94, punto 1.b.bb.2; traducción al español en Ambos (coord.), 2008, con mas referencias y un comentario. Referencias jurisprudenciales para todos los ámbitos delictivos que siguen en Eser y Arnold, 2000, II, pp. 596-640.

En la RDA, *en resumen*, fueron condenadas y detenidas por motivos políticos alrededor de 200.000 personas.[130] Esto llevó a que luego de 1989 se hayan llevado adelante más de 12.000 procesos por prevaricato contra jueces y fiscales de la RDA.[131] Aquí se vieron paralelismos con la persecución de los ex jueces del nacionalsocialismo, ya que, pese a estar dada la continuidad del injusto necesaria,[132] la jurisprudencia exigió una manifiesta infracción del derecho para declarar prevaricato y esa infracción debía ser además de altísima intensidad en el sentido de un "acto de arbitrariedad", lo que a su vez solo era confirmado cuando la ilegalidad de la infracción era manifiesta y por su causa hubieran sido gravemente violados los derechos humanos.[133]

La elaboración juridicopenal también llevó a condenas en otros ámbitos de la criminalidad propia del sistema de la RDA, como por ejemplo en los procesos por abuso de autoridad y corrupción,[134] fraude electoral,[135] denunciaciones,[136] doping[137] y las infracciones contra la prohibición del comercio interzonal,[138] así como por otros delitos económicos.[139] En el ámbito de los delitos cometidos por la MfS fueron especialmente

---

130 Schroeder, 1996, p. 81.

131 BT-Drucks 12/8402, p. 4.

132 El prevaricato es punible tanto de acuerdo con el § 244 DDR-StGB, como al § 336 (versión anterior) y al § 339 (nueva versión) BRD-StGB, y ambos protegen el mismo bien jurídico.

133 BGH *NJW* 1994, p. 531 s.; cf. también BGH *NJW* 1995, p. 65, 3325; véase también Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 92 s, Homann, 1998, p. 757. Véase sobre esta temática BGH, Sentencia del 13.12.1993, *NJW* 1994, p. 529 (sobre el desarrollo de la posición central respecto del prevaricato mediante la aplicación del derecho de la RDA), así como BGH, sentencia del 15.9.1995, *NJW* 1995, p. 3324 ss. (con indicaciones detalladas respecto a las pautas de valoración para el prevaricato, así como autocrítico respecto de su jurisprudencia en el marco del tratamiento de los hechos ilícitos del nacionalsocialismo).

134 En la mayoría de los casos, tanto según el derecho de la RDA como por el de la RFA, se castiga como infidelidad, donde en general la norma menos severa es el § 266 Abs. 1 StGB (cf. Marxen y Werle, 1999, p. 230 más otras referencias).

135 Punible de acuerdo con el § 211 DDR-StGB, § 107a BRD-StGB (sobre ello Marxen y Werle, 1999, p. 226 con más referencias).

136 Punible ya antes de la reunificación de acuerdo con el artículo 315.a.4 EGStGB en función del § 241a StGB, que de acuerdo con el § 5 n.º 6 StGB también abarca a ciudadanos de la RDA (BGH 40, 125, 132, *NJW* 1994, 3174, 3176); por lo demás eventualmente por privación de la libertad en autoría mediata de acuerdo con el § 239 StGB, 131 DDR-StGB (cf. Marxen y Werle, 1999, p. 227 con más referencias).

137 Punible generalmente como lesión a los efectos del § 223 BRD-StGB, § 115 DDR-StGB (cf. Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 94, Marxen y Werle, 1999, p. 104 con más referencias).

138 Las infracciones a la prohibición de comercio interzonal eran punibles ya antes de la reunificación, de acuerdo con la Ley de Gobierno Militar (Militärregierungsgesetz [MRG]) n.º 53, que como ley temporal de acuerdo con el § 2, párrafo 4, StGB, continuaba aplicable incluso luego del ingreso a la RFA (sobre esto Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 95; Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 553).

139 El enriquecimiento de dirigentes de la RDA es punible en el caso concreto por infidelidad de acuerdo con el § 161.a, 163 DDR-StGB, § 266 StGB, así como por abuso de confianza de acuerdo con el § 165 DDR-StGB. La evasión impositiva de empresas de la RDA activas en la RFA era punible ya antes de la unificación de acuerdo con el § 370 AO. Todos estos delitos tienen en general una importancia menor (cf. Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 95; Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 553).

los abusos en las detenciones[140] y el secuestro desde la RFA a la RDA de opositores al régimen[141] los que concluyeron en condenas. Quedaron en cambio impunes las infracciones contra el secreto de las telecomunicaciones,[142] la sustracción de objetos de envíos postales,[143] la extorsión pecuniaria de aquellos que querían salir del país[144] y la gran mayoría de los casos de espionaje,[145] así como el ocultamiento de ex miembros de la RAF.[146] Con el término del día 3 de octubre de 2000 se dio la prescripción absoluta (salvo en el caso de asesinato) de los hechos cometidos en el marco de la RDA y su Estado de injusticia contrario a los principios de un Estado de derecho; *desde el 2005* la persecución penal está dada por *concluida*.[147]

2.3.2. Elaboración extrapenal

Así como había sido el caso en el marco de la elaboración juridicopenal, fue también aquí el propio último gobierno de la RDA el que adoptó medidas para la *rehabilitación y reparación* respecto de los actos injustos contrarios a un sistema de derecho cometidos en el ámbito de la justicia. La correspondiente Ley de Rehabilitación

---

140 Por lesiones a los efectos del § 115 ss. DDR-StGB, 223 ss. BRD-StGB (sobre esto Kreicker y Ludwig, 2000, II, p. 548 s, Marxen y Werle, 1999, p. 97 con otras referencias).

141 Punible de acuerdo con el § 234a BRD-StGB también ya antes de la reunificación, y además como privación ilegítima de la libertad de acuerdo con el § 239 BRD-StGB o § 131 DDR-StGB.

142 No está contemplado ni por el § 202 DDR-StGB ni por el § 132, 2.º supuesto, BRD-StGB (sobre esto Marxen y Werle, 1999, pp. 77, 83 más otras referencias).

143 No era peculado a los efectos del § 246 BRD-StGB, ya que en el momento del hecho la apropiación ilícita en beneficio de un tercero no era punible; no era tampoco violación de la obligación de custodia a los efectos del § 133 BRD-StGB (sobre esto Marxen y Werle, 1999, p. 87 ss., más otras referencias).

144 Eventualmente punible como coacción a los efectos de § 240 BRD-StGB, 129 DDR-StGB o como extorsión a los efectos de § 253 BRD-StGB, 127 s. DDR-StGB (sobre esto Marxen y Werle, 1999, p. 91 con otras referencias).

145 Si bien fue básicamente aceptada la punibilidad de acuerdo con el § 94 en función del § 5 n.º 4 StGB y con § 3 ss. StGB, y aun cuando en algunos casos se impuso pena de prisión en suspenso (cf. Marxen y Werle, 2007, p. 51), una condena de los espías de la RDA fue vista mayoritariamente como injustificada, ya que con la caída de la RDA tampoco los espías de la RFA estaban amenazados penalmente. El Tribunal Constitucional entendió que, por tanto, una condena implicaría una violación al principio de proporcionalidad que se desprende del principio del Estado de derecho previsto en el artículo 20 de la Constitución (decisión del 15.05.1995, JZ 1995, 885 ss.).

146 La punibilidad por frustración de pena de acuerdo con el § 258 StGB en definitiva es rechazada, Marxen y Werle, 1999, p. 92 s., más otras referencias.

147 Marxen, Werle y Schäfter, 2007, p. 7. Muy completo sobre la elaboración jurídico-penal: Marxen y Werle: *Strafjustiz und DDR-Unrecht. Dokumentation*, Berlin: de Gruyter 2000 ss. tomo 1: Wahlfälschung (2000); tomo 2, partes 1 y 2: „Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze" (2002); tomo 3: "Amtsmissbrauch und Korruption" (2002); tomo 4: "Spionage" (2004); tomo 5: "Rechtsbeugung" (2007); tomo 6: "MfS-Straftaten" (2006).

(*Rehabilitierungsgesetz [RehaG]*)[148] preveía la posibilidad de la casación de sentencias,[149] así como medidas de rehabilitación referentes tanto a decisiones injustas contrarias a derecho sufridas mediante medidas penales judiciales como mediante medidas legales laborales y administrativas.[150] Si bien a causa de la unificación esta ley no alcanzó a entrar en vigencia, fue sin embargo primeramente incluida por partes en el Contrato de Unificación y luego reemplazada por otras normas,[151] tal como se establecía en los artículos 17 a 19 del mismo contrato.

Así, la Ley de Rehabilitación e Indemnización a las Víctimas de Persecución de Delitos Declarados Contrarios a los Principios de un Estado de Derecho en los Territorios de Adhesión (*Gesetz über die Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet [StrRehaG]*), del 29 de octubre de 1992,[152] preveía la posibilidad de hacer declarar ilegales y de dejar sin efecto medidas y decisiones tanto judiciales como extrajudiciales, así como, dado el caso, la posibilidad de exigir el pago de indemnizaciones con respecto a aquellas decisiones y medidas.[153] Con la Ley de Derogaciones Administrativas Contrarias al Derecho en los territorios de adhesión y de las reclamaciones derivadas de ellas (*Verwaltungsrechtliches Rehabilitierungsgesetz*), del 23 de junio de 1994,[154] y con la Ley de Compensación por Discriminación Profesional para las Víctimas de Persecución Política en los territorios de adhesión (*Gesetz über den Ausgleich beruflicher Benachteiligungen für Opfer politischer Verfolgung im Beitrittsgebiet*), del 23 de junio de 1994,[155] se abrió la posibilidad de rehabilitaciones respecto de decisiones del derecho administrativo y profesional contrarias a derecho. Debe mencionarse además la Ley de Resarcimiento y Compensación (*Entschädigungs- und Ausgleichsleistungsgesetz*), del 27 de septiembre de 1994.[156]

---

148 Del 6.9.1990, GBl. DDR I, 1459.

149 Cuando estas se referían a una grave infracción legal o contenían una sentencia penal manifiestamente incorrecta, § 311, párrafo 2 DDR-StGB (cf. Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 95 s.).

150 § 1 RehaG, exhaustivo Leupolt, 2003, p. 46 ss. Al mismo tiempo fueron reguladas la devolución y reintegración de la propiedad mediante la Ley para la Regulación de Cuestiones Dinerarias No Resueltas (Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen [VermG]), del 28.9.1990 (BGBl, 1990 II, p. 1159; mediante el derecho de la RDA puesto en vigencia por el Contrato de Unificación, Anexo II al Contrato de Unificación, Cap. III, Subtema B, párrafo I, 5).

151 Cf. Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 558.

152 BGBl. 1992 I, p. 1814, modificado por última vez el 31.12.2007 (BGBl. I, p. 2904).

153 Exhaustivo Leupolt, 2003, p. 46-51.

154 VerwRehaG (BGBl. I p. 131, nuevamente redactada el 1.7.1997, BGBl. I, p. 1620, modificada por última vez el 21.8.2007, BGBl. I, p. 2118).

155 BerRehaG (BGBl. I, p. 1311 ss., nuevamente redactada el 1.7.1997, BGBl. I, p. 1625, modificada por última vez el 21.8.2007, BGBl. I, p. 2118).

156 EALG (BGBl. 1994 I, p. 2624). Sobre esto Leupolt, 2003, pp. 55-66.

No hubo disolución de instituciones de la RDA o *limpiezas* (*Säuberungen*) de la administración de la RDA comparables en sus dimensiones a la desnazificación. Las relaciones jurídicas en el servicio público, en realidad, básicamente continuaron. Sin embargo, pudieron concluir anticipadamente ante motivos excepcionales de despido, como las infracciones contra principios de humanidad o del Estado de derecho y la actividad para el MfS.[157] Las *amnistías* fueron exigidas y discutidas reiteradamente,[158] pero nunca se alcanzó la mayoría parlamentaria para ello.[159] Por supuesto, tampoco pudieron imponerse los pedidos de algunos sectores del movimiento de derechos civiles de la RDA que requerían "mesas redondas", es decir, *tribunales* especiales para la elaboración del pasado de la RDA.[160]

Junto con las medidas penales y extrapenales presentadas se dedicaron y aún se dedican otras instituciones a la elaboración histórica y pedagógica y a las consecuencias de la dictadura SED. La *Oficina Gauck*[161] tiene la tarea de archivar las actas del MfS respetando los principios jurídicos de la protección de datos; tiene asimismo la función de ofrecer a los ciudadanos la posibilidad de ver la información reunida sobre su persona. Una dedicación amplia e intensa del tema tuvo lugar en el marco de las dos comisiones Enquete del Bundestag: la Comisión para la Elaboración de la Historia y las Consecuencias de la Dictadura SED en Alemania (*Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland*)[162] y la Comisión para la Superación de las Consecuencias de la Dictadura SED en el Proceso de la Unificación Alemana (*Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit*).[163] Por recomendación de las dos

---

[157] Cf. Anexo I al Contrato de Unificación (Einigungsvertrag), capítulo XIX, subtema A, párrafo III, especialmente 1 (5).

[158] Por primera vez ya en el marco de la discusión sobre el Contrato de Unificación (limitado a espías de la RDA), luego en 1995 como propuesta de una amnistía general, y en 1998 al reclamar el PDS (partido sucesor del SED) la paralización de nuevas medidas de persecución penal y la amnistía de los funcionarios ya condenados, cf. Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 557 s.

[159] Sobre la discusión Freudiger, 2002, p. 2, nota 9 s.

[160] Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 559; Rossig y Rost, en Eser y Arnold, 2000, II, pp. 527-532.

[161] Erigida mediante la Ley de Expedientes del Servicio de Seguridad del Estado de la antigua RDA del 20.12.1991 (Gesetz zum Umgang mit den Unterlagen der Staatssicherheit [StUG] [BGBl. I p. 2272], modificado por la 5.ª ley de modificación [5. StUÄndG] del 2 de septiembre de 2002 [BGBl. I, p. 3446]) y llamado según su primer director, Joachim Gauck; desde octubre del 2000 la Oficina se encuentra bajo la dirección de Marianne Birthler.

[162] Creada por resolución del Bundestag del 12.3. y 20.5.1992 (BT-Drucks. 12/2230 y 12/2597; Informe del 31.5.1994, BT-Drucks. 12/7820; véase Deutscher Bundestag, 1995).

[163] Creada por resolución del Bundestag del 25.6.1995 (BT-Drucks. 13/1535 y 13/1762; Informe provisional del 8.10.1997, BT-Drucks. 13/8700; Informe final del 10.6.1998, BT-Drucks. 13/11000; véase Deutscher Bundestag, 2000).

comisiones se creó en 1998 la Fundación Federal para la Elaboración de la Dictadura SED, a fin de proporcionar un tratamiento duradero del tema.[164]

2.4. Impacto de los mecanismos utilizados

Una particularidad del modo como se llevó adelante la elaboración de la criminalidad propia del sistema político contrario a derecho de la ex RDA consiste primeramente en que no hubo un *proceso de democratización* en la RDA, o en todo caso fue muy corto, y esto por el hecho mismo de su caída y su adhesión a la República Federal.[165] En lo que respecta a la *percepción* pública, fueron los procesos penales, ante todo los llamados *casos de protección del muro*, los que asumieron una posición predominante.[166] Entre los reclamos de tribunales especiales por un lado y las amnistías generales por el otro, la jurisprudencia ha dado con un *punto medio*[167] al exigir que se evidenciaran lesiones graves y manifiestas a los derechos humanos, así como con el principio de continuidad de la persecución. Independientemente de las exigencias de máxima propias de los procesos de transición y de los problemas de aceptación de una *nueva* justicia, los procesos judiciales han podido esclarecer hechos históricos y anclarlos en la memoria histórica social.[168]

La concentración de los procesos que se propuso la jurisprudencia al orientarlos principalmente a cuestiones de derechos humanos, así como la función de señalización e intimidación ligada a tal concentración, y, por otra parte, el fortalecimiento del proceso democrático de formación de voluntad a través de la continuación de los procesos iniciados en la RDA aparecen, en conjunto, como apropiados, y han confirmado el *rol del derecho penal* —no obstante sus conocidas deficiencias— *como elemento importante de la política del pasado.*[169] El rechazo de una amnistía parcial para los espías aparece también entendible si se advierte que tal medida acarreaba el riesgo de ser confundida con una amnistía para colaboradores del MfS, con lo que de esta manera habría podido

---

164 Con la Gesetz über die Errichtung einer Stiftung zur Aufarbeitung der SED-Diktatur del 5.6.1998, BGBl. I, p. 1226, ‹www.stiftung-aufarbeitung.de›
165 Cf. Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 89.
166 Marxen y Werle, 1999, p. 254.
167 Cf. Marxen, Werle y Schäfter, 2007, p. 58 s.
168 Cf. ibídem, p. 59.
169 Así también ibídem, pp. 57-59. Cf. también Wingenfeld, 2006, p. 123 s.

verse amenazada la aceptación de los esfuerzos llevados a cabo para superar el pasado.[170] Por último, también la *positiva reacción de la población* ante las medidas extrapenales[171] ofrecidas muestra que la sola elaboración juridicopenal del sistema injusto y contrario a derecho de la RDA (que se extendía por su parte a amplios ámbitos de la vida social[172] no contemplados por el derecho penal) solo hubiera podido alcanzar un efecto limitado y por tanto insatisfactorio.[173]

3. Evaluación final

La estructura en igual medida totalitaria del Estado nacionalsocialista y del Estado SED, así como la transición de una dictadura a una democracia que pasaron ambos estados, justifican una comparación de estos dos procesos de transición. Sin embargo *no* deben ser mal entendidos como *equiparación* de estos Estados contrarios a derecho, el nacionalsocialista y el SED. Si no se considera la criminalidad propia del sistema de no derecho de la RDA con sus cientos de muertos en la frontera alemana-alemana, el *Estado de injusticia y contrario a derecho del nacionalsocialismo,* con holocausto, guerra ofensiva y sus demás crímenes contra la humanidad sigue siendo *único*.[174] También debe tenerse en cuenta que el nacionalsocialismo fue superado en definitiva desde fuera, mientras que la RDA en cambio fue fundamentalmente superada desde dentro.[175] Además, las víctimas

[170] Cf. Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 558.

[171] Así, como consecuencia de esta ley, fueron solicitados hasta el 31.12.1997 164.000 procesos de rehabilitación y de casación, de los cuales habían sido concluidos 154.000 para el año 2000. El gobierno federal contaba en el 2000 con el pago de casi 2000 millones DM solo en concepto de pago de resarcimientos a víctimas de privaciones de la libertad contrarias al Estado de derecho (cf. Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 559). Hasta junio de 1998 ya habían sido presentadas 2,3 millones de solicitudes referentes a bienes raíces según la VermG (véase nota 150), 145.000 solicitudes según la StrRehaG y 68.000 por la VerwRehaG (véase notas 152 y 154), y para fines de 1996 habían sido pagados según la StrRehaG (véase nota 152) 680 millones, según EALG (véase nota 156) (hasta fin de 1997) 59 millones DM (Leupolt, 2003, p. 43). Lo mismo rige para el trabajo de la Oficina-Gauck: hasta el 1.5.2007 habían ingresado 2,4 millones de solicitudes de 1,6 millones de ciudadanos para ver las actas que sobre ellos había llevado el MfS, así como 3,2 millones de solicitudes del servicio público (8. Tätigkeitsbericht des Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienst es der DDR, p. 38, Anexo 11, p. 109, ‹http://www.bstu.bund.de/nn_712442/DE/Behoerde/Taetigkeitsbericht/taetigkeitsbericht__node.html__nnn=true›).

[172] Como las inhabilitaciones de formación y laborales, expropiaciones, trabas y molestias a familiares, prohibiciones de viaje, etcétera.

[173] Cf. Kreicker y Ludwig, en Eser y Albin, 2000, II, p. 558.

[174] Cf. también Leupolt, 2003, p. 203.

[175] Cf. ibídem, pp. 204 ss.

de la RDA, a diferencia de las del nacionalsocialismo, eran casi exclusivamente de ciudadanía alemana, y si bien fueron perseguidas por su convicción política, no lo fueron en cambio por su raza, religión o por otros motivos discriminatorios; en el caso de la RDA el proceso de superación fue asimismo, primordialmente, un asunto interno alemán.[176] Una dominación nacionalsocialista de 12 años, por último, no pudo provocar las mismas profundas transformaciones sociales que los 40 años de dominación del SED.

Si se intenta una *valoración general*, puede decirse que la joven República Federal, con ayuda de los aliados (occidentales) y en comparación con otros países, ha *logrado lo imposible*[177] en su confrontación con el nacionalsocialismo (a pesar de la dificultad de sus primeros años).[178] Esto es así por cuanto esta confrontación alcanzó una *considerable profundidad* [179] que se aplica al tiempo transcurrido entre aquella época y nuestros días, y ello pese a —o tal vez precisamente a causa de— las numerosas deficiencias, obstáculos y demás problemas con los que tuvo que luchar esta confrontación, así como por los debates y discusiones políticos, jurídicos, históricos y de otro carácter que emergían de aquellas dificultades. Lo dicho vale también, y especialmente, a pesar de que desde el punto de vista penal muchos hechos quedaron impunes debido a una dedicación sistemática iniciada tardíamente, de la retraída actividad investigativa, de la vacilante jurisprudencia, así como de las numerosas amnistías, etcétera.[180] En definitiva, el objetivo de la desnazificación iniciada luego de la guerra fue logrado, esto es, la construcción de un ente estatal democrático y acorde con los principios del Estado de derecho.[181]

La elaboración que se hizo de *la injusticia y las contradicciones al derecho propias de la RDA* se benefició no solo de las experiencias acumuladas en la elaboración del nacionalsocialismo, sino que se enfrentó de por sí a menos dificultades porque pudo darse en el marco del sistema socioestatal de la República Federal: económicamente intacto, políticamente estable y jurídicamente apto para funcionar. No obstante el desafío de superar el conflicto este-oeste que se extendía a toda Alemania, casi no existía por tanto el peligro de división social o de enfrentamientos violentos como suelen darse generalmente en procesos de transición "normales". En consecuencia, los reclamos de amnistía pudieron

---

176 Ibídem, pp. 205 ss.
177 Brumlik: "Vorwort", en Fischer y Lorenz, p. 10.
178 Frei, 1997, p. 8 ss.; Fischer y Lorenz, 2007, p. 61; Oppitz, 1976, p. 39, con otras referencias; Kramer, 1998, p. 413.
179 Cf. también Freudiger, 2002, p. 2, con otras referencias.
180 Cf. Freudiger, 2002, p. 19; Rückerl, 1984, p. 129, Perels, 1998, p. 385.
181 Así también Wesel, 1997, p. 514.

ser rechazados sin que se pusiera en peligro por ello la paz social,[182] así como se pudo llevar adelante el trabajo penal sin que hubiera presión política en lo esencial. También en este sentido se encontró un *"punto medio* entre las ansias de venganza de las víctimas y la necesidad de represión de los autores de delitos y sus simpatizantes".[183] Este punto medio fue hallado especialmente por medio de concentrar la atención, por un lado, en las violaciones graves de los derechos humanos y, por otro, en los casos de continuidad de la persecución.[184] Junto con la elaboración juridicopenal, que también ha aportado al fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y fundamentales,[185] fueron esenciales los medios extrapenales en forma de leyes de rehabilitación, de reparación y de resarcimiento, así como las instituciones creadas para esclarecer y reconocer las injusticias e ilegalidades cometidas. Por tanto, y pese a la crítica —justificada[186] e injustificada—[187] a la elaboración juridicopenal, esta debe ser valorada *en general* como *positiva*.[188]

[182] Distinto se manifiestan los precursores de una amnistía (cf. Rossig y Rost, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 525).
[183] Rossig y Rost, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 535.
[184] Cf. Marxen, Werle y Schäfter, 2007, p. 60.
[185] Cf. Marxen y Werle, 1999, p. 242 s.
[186] Por ejemplo, respecto a la precisión de las regulaciones legales sancionadas, a la larga duración de muchos procesos, a la falta de centralización de la persecución penal, así como a la errada asunción del legislador de que la prescripción, en contra de lo que en realidad sucedió, se suspendió hasta el 2.10.1990 a causa de una insuficiente voluntad de persecución por la RDA, etcétera (cf. Marxen y Werle, 1999, pp. 274-252; Marxen, Werle y Schäfter, 2007, p. 60 s.; cf. también Leupolt, 2003, pp. 108-113).
[187] En especial los reproches contra la *justicia del vencedor* y contra la persecución realizada solo contra los ejecutores "menores" (cf. Marxen y Werle, 1999, pp. 252-254; Marxen, Werle y Schäfter, 2007, p. 60).
[188] Así también Rossig y Rost, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 536.

Bibliografía

Ambos, Kai: *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

— *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts,* 2.ª ed., Berlin, 2004.

— "Nuremberg revisited. Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot", en *Strafverteidiger* (*StV*) 1997, pp. 39-43.

— "Common law y los disparos del muro", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (España), 55 (2002), 319-338 = *Nueva Doctrina Penal* (Argentina), 2003 A, 3-19 = *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (Instituto Tecnológico Autónomo de México), 20, abril de 2004, 41-58 = *Revista de Estudos Criminais* (Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Instituto Transdiciplinar de Estudos Criminais), 15 (2004), 11-22 = *Nuevo Foro Penal* (Medellín), 67 (enero-junio 2005), 105-123.

— *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998; también publicado en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho), t. 3 (enero de 1999), 133-165; *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* (Argentina), 9 (1999), 367-401; *Themis. Revista de Derecho* (Perú), 37 (1998), 175-194; *Ciencias Penales* (Costa Rica), 17 (marzo 2000), 29-47; *Iter Criminis* 10, marzo-abril de 2007, 137-164.

— *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente,* Bogotá: GTZ, Fiscalía General de la Nación y Temis, 2008.

— *Internationales Strafrecht,* Múnich: Beck, 2006 (2.ª ed., 2008).

— *La parte general del derecho penal internacional,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Temis y Duncker & Humblot, 2005, reimpresión Bogotá: Temis, 2006.

Ambos y Grammer: "Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann", en *Revista Penal* (España), 12 (julio 2003), 27; también publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* (Argentina), 16 (2003), 163-196; *Iter Criminis. Revista de Derecho y Ciencias Penales* (Instituto Nacional de Ciencias Penales, México), 8 (2003), 11-41; *Derecho Penal y Criminología* (Revista del Instituto de Ciencias

Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia), XXVI, 77 (enero-abril 2005), 103-130; ‹www.unifr.ch/derechopenal/articulos.htm›.

Benz, Wolfgang: *Dimension des Völkermords. Die jüdischen Opfer des Nationalsozialismus,* Múnich, 1996.

Benzler, Susanne: "Justiz und Anstaltsmord nach 1945", en Redaktion Kritische Justiz (coord.): *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats,* Baden-Baden, 1998, pp. 383-411.

Broszat, Martin: *Der Staat Hitlers,* 15.ª ed., Múnich, 2000.

Brumlik, Micha: "Vorwort", en T. Fischer y M. Lorenz: *Lexikon der "Vergangenheitsbewältigung" in Deutschland. Debatten und Diskursgeschichte des Nationalsozialismus nach 1945,* Bielefeld, 2007.

Burchardt, Hans-Jürgen: "Nachdenken über Demokratie. Plädoyer für eine neue Agenda in der Lateinamerika-Forschung", en *Lateinamerika Analysen* 20, 2/2008, pp. 77-94.

Chamberlin, Brewster S.: "Todesmühlen - Ein früher Versuch zur Massen – 'Umerziehung' im besetzten Deutschland 1945-1946", en *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte* 29 (1981), pp. 420-436.

Deutscher Bundestag (coord.): *Die Enquete-Kommission "Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland" im Deutschen Bundestag,* 9 tomos en 18 partes, Fráncfort, 1995.

— *"Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit": Materialien der Enquete Kommision,* 8 tomos en 14 partes, Fráncfort, 2000.

Dienststelle des Generalinspekteurs in der Britischen Zone für die Spruchgerichte (ed.): *Die Spruchgerichte zur Aburteilung von Mitgliedern der in Nürnberg verurteilten Organisationen, Merkblatt und Gesetzessammlung,* s/d, p. 1.

Elsner, Thomas: *Das intertemporale Strafrecht und die deutsche Wiedervereinigung,* Aachen, 2000.

Eser, Albin, y Jörg Arnold: *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse,* t. 1 y 2, Freiburg im Breisgau, 2000.

Fischer, Torben, y Matthias N. Lorenz (coord.): *Lexikon der "Vergangenheitsbewältigung" in Deutschland. Debatten und Diskursgeschichte des Nationalsozialismus nach 1945,* Bielefeld, 2007.

Frankenberg, Günter: "Die NS-Justiz vor den Gerichten der Bundesrepublik. Eine Große Anfrage im Bundestag", en Redaktion Kritische Justiz (coord.): *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats,* Baden-Baden, 1998, pp. 487-518.

Frei, Norbert: *Der Führerstaat: 1933-45,* 7.ª ed., 2001.

— *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit,* Múnich, 1997.

Frei, Norbert, y Martin Broszat: *Das 3. Reich im Überblick. Chronik, Ereignisse, Zusammenhänge,* Múnich, 2007.

Freudiger, Kerstin: *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts,* t. 33, Tubinga, 2002.

Friedrich, Jörg: *Die kalte Amnestie: NS-Täter in der Bundesrepublik,* Fráncfort, 1985.

Götz, Albrecht: "Bilanz der Verfolgung von NS-Straftaten", *Bundesanzeiger* n.º 137.a del 30.7.1986, Colonia, 1986.

Goschler, Constantin: *Schuld und Schulden. Die Politik der Wiedergutmachung für NS-Verfolgte seit 1945,* Gotinga, 2005.

— "Wiedergutmachung für NS-Verfolgte: Einführung und Überblick", en *Zeitenblicke* 3 (2004), n.º 2, ‹www.zeitenblicke.de/2004/02/goschler/goschler.pdf›.

Heyncks, Heinz-Willi: *Täterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen. Analyse und Kritik der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes,* Berlín, 2005.

Homann, Ulrike: "Die Rechtsbeugungsprozesse gegen ehemalige DDR-Richter und Staatsanwälte vor dem Bundesgerichtshof", en Redaktion Kritische Justiz (coord.): *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats,* Baden-Baden, 1998, pp. 753-766.

IMG: *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg, 14.Nov. 1945 - 1.Okt. 1946,* t. XXII, Núremberg, 1948.

Just-Dahlmann, Barbara, y Helmut Just: *Die Gehilfen. NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945,* Fráncfort, 1988.

Kramer, Helmut: "Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte als Gehilfen der NS – 'Euthanasie' - Selbstentlastung der Justiz für die Teilnahme am Anstaltsmord", en Redaktion Kritische Justiz (coord.): *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats,* Baden-Baden, 1998, pp. 413-439.

Kreicker, Helmut, y Martin Ludwig: "Deutschland", en A. Eser y J. Arnold (coords.): *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse* (Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes), t. 1, pp. 89-96, Freiburg im Breisgau, 2000.

Kruse, Falko: "NS-Prozesse und Restauration. Zur justitiellen Verfolgung von NS-Gewaltverbrechern in der Bundesrepublik", en *Kritische Justiz* 11 (1978), pp. 109-134.

Leupolt, Söhnke: *Die rechtliche Aufarbeitung des DDR-Unrechts,* Colonia, 2003.

Marxen, Klaus, y Gerhard Werle: *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz,* Berlín y Nueva York, 1999.

Marxen y Werle: *Strafjustiz und DDR-Unrecht. Dokumentation.* Berlin: de Gruyter, 2000 ss., tomo 1: "Wahlfälschung" (2000); tomo 2, partes 1 y 2: "Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze" (2002); tomo 3: "Amtsmissbrauch und Korruption" (2002); tomo 4: "Spionage" (2004); tomo 5: "Rechtsbeugung" (2007); tomo 6: "MfS-Straftaten" (2006).

Marxen, Klaus, Gerhard Werle y Petra Schäfter: *Die Strafverfolgung von DDR-Unrecht.* Berlín: Fakten und Zahlen, 2007.

Meyer-Abich, Friedrich (coord.): *Die Masken fallen. Aus den Geheimpapieren des Dritten Reiches,* Hamburgo, 1949.

Meyer-Abich, Mittelbach y Schierholt: *Die deutschen Spruchgerichte in der britischen Zone, Sonderdruck aus der Sammlung "Gesetz und Recht" für den Dienstgebrauch,* Hamburgo, 1947.

Müller, Jan: *Symbol 89 - Die DDR-Wahlfälschungen und ihre strafrechtliche Aufarbeitung,* Berlin, 2001.

Oppitz, Ulrich-Dieter: *Strafverfahren und Strafvollstreckung bei NS-Gewaltverbrechen,* Ulm, 1976.

Ostendorf, Heribert: "Der 'Nürnberger Juristenprozess' und seine Auswirkungen auf eine internationale Strafgerichtsbarkeit", en H. Ostendorf y U. Danker (coords.): *Die NS-Justiz und ihre Nachwirkungen,* Baden-Baden, 2003, pp. 125-135.

Perels, Joachim: "Späte Entlegitimierung der NS-Justiz", en Redaktion Kritische Justiz (coord.): *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats,* Baden-Baden, 1998, pp. 519-526.

v. Raab-Straube, Lothar: "Die justitielle Aufarbeitung der NSG-Verbrechen. Praktische Erfahrungen", en H. Ostendorf y U. Danker (coord.): *Die NS-Justiz und ihre Nachwirkungen,* Baden-Baden, 2003, pp. 155-165.

Radbruch, Gustav: "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en *Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ)* 1 (1946), n.º 5, pp. 105-108.

Rossig, Kai, y Antje Rost: "Alternativen zur strafrechtlichen Ahndung des DDR-Systemunrechts", en A. Eser y J. Arnold (coords.): *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse* (Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes), tomo 2, pp. 519-536, Freiburg im Breisgau, 2000.

Rückerl, Adalbert: "Probleme der Verfolgung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen aus der Sicht der Ludwigsburger Zentralen Stelle", en P. Schneider y H. J. Meyer (coords.): *Rechtliche und politische Aspekte der NS-Verbrecherprozesse,* Maguncia, 1968.

Rückerl: *NS-Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung,* 2.ª ed., Heidelberg, 1984.

Rüter, Christiaan F.: *Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1999,* 39 tomos, Ámsterdam, 1968.

Schroeder, Friedrich Christian: "Geschichtsbewältigung durch Strafrecht?", en *Deutsche Richterzeitschrift (DRiZ),* 1996, pp. 81-96.

Schumann, E.: "Die Göttinger Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1933-1955", en E. Schumann (coord.): *Kontinuitäten und Zäsuren. Rechtswissenschaft und Justiz im "Dritten Reich" und in der Nachkriegszeit,* 2008, pp. 65-121.

Wehr, Ingrid: "Von der low-intensity democracy zur Staatsbürgerschaftsdemokratie? Einige kritische Anmerkungen zur lateinamerikanischen Staatsbürgerschaftsdeba tte", en *Lateinamerika Analysen* 20, 2/2008, pp. 95-124.

Wember, Heiner: *Umerziehung im Lager. Internierung und Bestrafung von Nationalsozialisten in der britischen Besatzungszone Deutschlands, Düsseldorfer Schriften zur Neueren Landesgeschichte und zur Geschichte Nordrhein-Westfalens,* tomo 30, Essen, 1991.

Wesel, Uwe: *Geschichte des Rechts,* Múnich, 1997.

Wieland, Günther: "Die deutsch-deutschen Rechtsbeziehungen zur Ahndung von NS-Verbrechen zwischen Mauerbau und Wiedervereinigung", en H. Grabitz, K. Bästlein y J. Tuchel: *Die Normalität des Verbrechens. Bilanz und Perspektiven der Forschung u den nationalsozialistischen Gewaltverbrechen. Festschrift für Wolfgang Scheffler, Reihe Deutsche Vergangenheit,* tomo 112, Berlín, 1994, pp. 386-407.

Wingenfeld, Heiko: *Die öffentliche Debatte über die Strafverfahren wegen DDR-Unrechts. Vergangenheitsaufarbeitung in der bundesdeutschen Öffentlichkeit der 90er Jahre,*

Berliner Juristische Universitätsschriften, coord. por M. Kloepfer, K. Marxen, R. Schröder: tomo 27, Berlín, 2006.

Zimmermann, Volker: "NS-Täter vor Gericht. Düsseldorf und die Strafprozesse wegen nationalsozialistischer Gewaltverbrechen", en *Juristische Zeitgeschichte NRW,* tomo 10, coord. por Justizministerium des Landes NRW, Düsseldorf, 2001.

ESPAÑA* **

Alicia Gil Gil

SUMARIO

El modelo español de justicia de transición ha sido un modelo de impunidad u olvido absoluto de los crímenes cometidos durante la guerra civil y la dictadura franquista, con rehabilitación parcial de las víctimas. Un modelo fruto de la necesidad y la coyuntura política y social en el que se desarrolló. El resultado de una transición "pacífica" no rupturista, plagada de incoherencias e imperfecciones, pero que es uno de los hechos históricos que más orgullo merecen a los españoles, por haber conseguido evitar una nueva guerra civil. La reconciliación sin justicia penal fue posible por un cúmulo de circunstancias, entre ellas la lejanía en el tiempo de los crímenes más atroces, y sin duda por el sacrificio de la justicia en favor de la paz que muchas víctimas generosamente aceptaron. Junto con la amnistía de todos los crímenes cometidos durante la guerra y la dictadura se han promulgado a partir de la democracia diversas leyes tendentes a compensar a las víctimas, igualar regímenes, reconocer pensiones y derechos, etcétera. Este tipo de medidas culminan con la aprobación de la ley conocida popularmente como Ley de Memoria Histórica, que añade nuevas pensiones, flexibiliza algunos

* La exigencias del Proyecto han hecho que en esta publicación tengan que resumirse los datos, análisis y conclusiones. Una versión ampliada de este informe podrá verse publicada por la editorial Atelier en el 2009 bajo el título *Justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica.*

** Quiero agradecer a Paloma Aguilar Fernández y a Javier Chinchón Álvarez el intercambio de opiniones y de información que tan útil me ha resultado para la elaboración de este informe. También debo agradecer su colaboración al trasmitirme determinada información a José Manuel Gómez Benítez, Manuel Ollé Sesé, Margalida Capellá i Roig y Alfonso Galán.

requisitos para recibir indemnizaciones, compromete la ayuda del Estado para buscar e identificar a los miles de desaparecidos que siguen enterrados en fosas comunes por toda la geografía española, etcétera. Sin embargo, esta ley no ha dado satisfacción a todas las reivindicaciones de las asociaciones de víctimas, sobre todo, la más importante: la anulación por ley de las sentencias por delitos políticos o las dictadas sin garantías procesales. Pero, además de ello, y lo que es más importante, las indemnizaciones se conceden en España de forma gracial y no con base en un reconocimiento de la condición de víctima. Sobre la víctima recae el peso de probar su condición, de exigir un reconocimiento o de pedir una subvención para emprender la búsqueda o identificación de sus familiares desaparecidos. Se puede decir que las víctimas de la guerra civil y el franquismo siguen sin ser bien tratadas por el ordenamiento español.

1. Introducción. El conflicto: la guerra civil española y la dictadura franquista

La guerra civil española estalló el 17 de julio de 1936 tras el golpe de Estado de un sector del ejército contra el Gobierno legal de la Segunda República Española y concluyó el 1 de abril de 1939, con la victoria de los rebeldes y la instauración del régimen dictatorial del general Francisco Franco. El régimen franquista comienza con la proclamación de Franco como *Caudillo de España por la Gracia de Dios* tras vencer la guerra, y acaba con su muerte en 1975 y el referéndum para la reforma política de 1976.[1] Muerto el dictador, la transición a la democracia se realiza sobre un pacto de silencio y olvido sustentado por el miedo a una nueva guerra civil.

El conflicto bélico se prolongó durante tres años y fue sumamente cruento, caracterizado por el incumplimiento sistemático de las normas internacionales que en la actualidad rigen el derecho de la guerra.[2] El *Informe general de la Comisión Interministerial para el Estudio de la Situación de las Víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo*[3] recoge la opinión mayoritaria de los historiadores acerca de que en ambos bandos del conflicto bélico se cometieron atrocidades: ejecuciones extrajudiciales, operaciones de purga sobre

1 Muñoz Conde, 2008, pp. 6 ss.
2 Juliá (coord.), 1999, pp. 175 s.
3 *Informe general…*, p. 22 ss.

grupos minoritarios inicialmente alineados con el bando contrario, represión del adversario político por métodos violentos…[4]

Las detenciones ilegales que acababan en ejecuciones extrajudiciales y ocultación del cadáver en una fosa excavada en la tierra se cometieron de forma masiva, según los investigadores, entre 1936 y 1950.[5] También fueron frecuentes en ambos bandos los juicios sumarísimos ante tribunales de excepción en los que se vulneraban gravemente los derechos del acusado y que con frecuencia terminaban en sentencias a muerte.[6] A todo lo anterior hay que añadir que cientos de miles de españoles se vieron obligados a exiliarse y en ocasiones sufrieron penosas condiciones de vida en los campos de refugiados y campos de internamiento en los que fueron recluidos en algunos de los países de destino.[7] También hubo durante la guerra y la posguerra campos de prisioneros y de refugiados, campos de penados, campos de trabajos para presos políticos… Miles de personas murieron en estos campos, la mayoría por hambre o tuberculosis, pero también por ejecuciones, malos tratos y palizas.[8] Se calcula que más de cinco mil españoles murieron en los campos nazis, la mayoría entregados por los franceses y con el conocimiento y la pasividad del gobierno español

Terminada la guerra, el régimen franquista se caracterizó por la eliminación de los derechos y libertades públicas y por una dura represión de la disidencia política e ideológica.[9] El nuevo régimen articuló un complejo normativo dirigido a desmantelar el régimen republicano, a proscribir los partidos políticos y los sindicatos, y a perseguir cualquier manifestación de disidencia política, religiosa y moral, para instaurar un sistema totalitario con todas sus consecuencias represoras.[10] El franquismo procedió además rápidamente a una "depuración" de todas las instituciones del Estado, e incluso de empresas públicas de gestión privada.[11] Muchos funcionarios fueron suspendidos, sobre todo maestros y profesores,[12] y muchos bienes incautados, en particular los de los sindicatos. Estas medidas fueron sistematizadas en la Ley de Responsabilidades Políticas, del

---

4 Sobre la violencia extrema en ambos bandos Juliá (coord.), 1999, pp. 25 ss., pp. 183 -185, 248-250; González Calleja, 2000, pp. 387 a 391, De la Cueva Merino, 2000, pp. 221 ss.

5 Capellà i Roig, 2006, p. 16 del PDF. Juliá (coord.), 1999, p. 29 y pp. 132 ss.

6 Jiménez Villarejo, 2006, pp. 15 ss. Juliá (coord.), 1999, pp. 171 y ss, pp. 130, 141, 161 ss. Jiménez Villarejo, 2006, pp. 15 ss. Juliá (coord.), 1999, pp. 171 y ss, pp. 130, 141, 161 ss.

7 *Informe general…*, p. 71 ss.; Moreno, en Juliá (ed.), 1999, pp. 282 ss. y pp. 283 ss.

8 *Informe general…*, p. 74 ss. El estudio más completo a día de hoy sobre los campos franquistas es probablemente el de J. Rodrigo, 2005

9 Ortiz Heras, 2004, pp. 203-220.

10 *Informe general…*, p. 23; Jiménez Villarejo, 2006.

11 Cabrera y Del Rey Reguillo, 2000, pp. 284 ss.

12 Moreno, en Juliá (ed.), 1999, p. 330; Reig Tapia, 1995, pp. 175-198.

9 de febrero de 1939,[13] y la Ley de Depuración de Empleados Públicos, de 10 de febrero de 1939.[14] También se reorganizó la Administración de Justicia conforme a los intereses del nuevo régimen; ya en 1938 se aprueba la ley que reorganiza el Tribunal Supremo y se establece un sistema de nombramiento "por el Gobierno" de los nuevos magistrados y fiscales.[15]

Por otra parte, el régimen asumió la persecución de los "crímenes" de los republicanos mediante la llamada Causa General, en la que se debían "reunir las pruebas de los hechos delictivos cometidos en todo el territorio nacional durante la "dominación roja" (*BOE* del 4 de mayo de 1940).[16] Por supuesto, jamás hubo un intento de investigar o enjuiciar los crímenes cometidos por el bando sublevado.

La represión política se articuló asimismo a través de otras leyes, entre las que destacan: la Ley de Represión de la Masonería y el Comunismo, del 1 de marzo de 1940 (*BOE* del 2 de marzo); la Ley de Seguridad del Estado, del 29 de marzo de 1941 (*BOE* del 11 de abril), que contenía un amplísimo catálogo de figuras delictivas destinadas a proteger el "bien jurídico del prestigio, seguridad y unidad de la nación", previendo incluso la pena de muerte para las infracciones más graves;[17] la ley del 2 de marzo de 1943, que equiparaba una serie de conductas al delito de rebelión militar;[18] el decreto ley del 18 de abril de 1947, sobre rebelión militar y bandidaje y terrorismo, cuya vigencia marcó la época más dura de la represión de la posguerra: el trienio del terror, durante el que se acosó de forma implacable a los huidos a la sierra y se persiguió cualquier actividad política clandestina.[19] A estas leyes siguió la Ley de Orden Público del 30 de julio de 1959, que consideraba actos contrarios al orden público los paros colectivos, los cierres de empresas o suspensiones ilegales, las manifestaciones y las reuniones políticas, y la creación de los juzgados y el Tribunal de Orden Público (el TOP), por ley del 2 de diciembre de

---

13 *BOE* de 13 de febrero de 1939; Jiménez Villarejo, 2006, p. 5; Alcaraz Abellán, 1990, pp. 147 ss.; Aguilar, 2002, p. 154, nota 41; González Calleja, 2000, p. 394. Las disposiciones anteriores fueron complementadas por la ley de 23 de septiembre de 1939 sobre "bienes de los antiguos sindicatos marxistas y anarquistas" (Jiménez Villarejo, 2006, p. 8).

14 *Informe general…*, p. 23; Jiménez Villarejo, 2006, p. 13.

15 Jiménez Villarejo, 2006, p. 12 ss.

16 *Informe general…*, p. 23. En ella se documentaban, aunque exagerándolas (Juliá, 1999, p. 133), las torturas cometidas en las *checas* —cárceles improvisadas en las zonas republicanas—, las ejecuciones realizadas en las sacas, etcétera, junto con tipos delictivos directamente inventados por el régimen.

17 *Informe general…*, p. 24.

18 Cerezo Mir, Curso, PG, I, p. 143.

19 González Calleja, 2000, p. 396-297.

1963,[20] que sustituyó al Tribunal para la Represión de la Masonería y el Comunismo[21] y que pasaría a conocer de los delitos políticos y sindicales.

Además se tipificaron como delito las conductas que supusieran ataque o puesta en peligro de los principios en que descansaba el régimen (texto refundido de 1944 y CP de 1963).[22] Junto con el Código Penal franquista se conservó durante muchos años la Ley de Vagos y Maleantes, del 4 de agosto de 1933, pero el nuevo régimen la modificó para introducir nuevos estados peligrosos, como los homosexuales, para los que se preveían medidas privativas de libertad.[23] En 1970 se sustituyó la Ley de Vagos y Maleantes por la ley del 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que seguía considerando peligrosos, entre otros, a "quienes realicen actos de homosexualidad", a los que se castigaba con el internamiento en establecimientos de reeducación. La ley fue utilizada también para la persecución de otras minorías, como por ejemplo la de los gitanos, cuya lengua fue prohibida por el régimen y calificada de argot de la delincuencia.[24]

En los años cuarenta las cárceles estaban atestadas de presos políticos,[25] lo que originó graves problemas de mortalidad como consecuencia de la pésima situación higiénica, alimentaria y psíquica de los presos.[26] En la posguerra además se instauró una estrategia de tortura masiva y generalizada, basada en palizas que a menudo concluían con la muerte del preso, que oficialmente se justificaban como un "intento de fuga".[27]

Asimismo, el régimen franquista promulgó una serie de normas destinadas a proteger, compensar y ensalzar a los muertos, heridos y familiares de las víctimas de la guerra civil, e incluso se previó la búsqueda y exhumación de cadáveres,[28] pero limitando todas estas medidas a las víctimas de su propio bando y excluyendo a las que habían combatido por la República,[29] lo que suponía su revictimización. El nuevo régimen además inventó un discurso oficial sobre la guerra y sobre la República para legitimarse, que planteaba su victoria como una *cruzada contra el mal* y fue impuesto en monumentos, desfiles, rotulación de calles, festividades, libros de texto, noticiarios, documentales…

---

20 Ibídem, p. 397.
21 *Informe general…*, p. 24.
22 Ibídem.
23 Cerezo Mir, Curso, I, p. 147.
24 Véase la declaración de reconocimiento de la persecución y el genocidio del pueblo gitano del Parlament de Catalunya, leída en el pleno del Parlament el día 29 de marzo de 2007.
25 Gómez Bravo, 2006, p. 9; González Calleja, 2000, p. 396; Moreno, en Juliá (ed.), 1999, pp. 288 ss.
26 Ortiz Heras, op. cit., p. 22 del original.
27 Moreno, en Juliá (ed.), 1999, pp. 301 ss.
28 Orden de 1 de mayo de 1940 sobre exhumaciones e inhumaciones de "cadáveres de asesinados por los rojos" (*BOE* de 9 de mayo).
29 *Informe general…*, p. 24.

de manera que durante años la población vivió bajo el adoctrinamiento y la memoria impuesta. Durante años los derrotados no hablaron ni de la guerra ni de la represión.[30]

Las violaciones de derechos humanos que se dieron en la segunda etapa del franquismo no fueron equiparables a las que habían tenido lugar en los años cuarenta, pero llegaron a ser muy frecuentes al final del período, especialmente en el País Vasco.[31] En los últimos años de la dictadura se decretaron numerosos estados de excepción en los que se practicó con frecuencia la tortura.[32]

El 20 de noviembre de 1975 murió el dictador y España se dirigió hacia la democracia.[33] A pesar de que la transición española se pone como ejemplo siempre del tránsito pacífico por excelencia, lo cierto es que entre 1975 y 1982 hubo 644 muertes violentas relacionadas con la política, la mayoría causadas por grupos terroristas, y 140 muertes achacables al Estado,[34] al producirse en el transcurso o en la represión policial[35] de manifestaciones callejeras, etcétera,[36] a lo que habrá que añadir posteriormente la guerra sucia contra el terrorismo.[37]

2. Mecanismos de superación del pasado conflictivo

Muerto Franco España transita hacia la democracia. Acontecimientos clave en esa transición son el referéndum sobre la Ley de Reforma Política, por la que se abre la puerta a la convocatoria de elecciones generales democráticas, la reforma del Código Penal de 19 de julio de 1976 para eliminar la calificación como asociación ilícita de

30 S. Juliá: *Víctimas de la guerra civil*, p. 37. Sobre este tema véase también ampliamente Aróstegui y Godicheau (eds.), 2006.

31 Aguilar, 2002, p. 162.

32 Aguilar, 2002, p 162 y nota 61.

33 Sobre los contactos muy anteriores —desde mediados de los años cuarenta— entre pequeños grupos de la oposición procedentes de los dos bandos de la guerra civil para acordar una transición a la democracia véase S. Juliá: *Víctimas de la guerra civil*, p. 38 ss.

34 Las cifras proceden de una "Base de datos de violencia política" elaborada por Ignacio Sánchez-Cuenca y Paloma Aguilar Fernández. Aún no está publicada, pero forma parte de un proyecto titulado "Explaining Terrorist Target Selection", subvencionado por el Ministerio de Educación (SEJ2006-12462): ‹http://www.march.es/ceacs/proyectos/dtv/index.asp›.

35 Aguilar, 2002, p 168.

36 Sobre los atentados cometidos durante este periodo véase también Juliá: "La estrategia de la tensión", 1996.

37 Ruiz De Azúa, pp. 393 ss.; Gil Calvo, pp. 401 ss., ambos en *Memoria de la transición*, 1996.

todos los partidos políticos, la legalización del Partido Comunista en abril de 1977, la celebración de las elecciones generales el 15 de junio de ese mismo año y la aprobación por referéndum de la nueva Constitución en 1978.[38]

En 1969 Franco había publicado el decreto ley 10/1969, por el que prescribían *todos* los delitos cometidos antes de 1 de abril de 1939,[39] [40] fecha en que concluyó la guerra. En la transición las medidas tomadas en materia penal van destinadas precisamente a evitar la persecución de los crímenes franquistas, junto con los delitos con motivación política cometidos por la oposición democrática o incluso por grupos terroristas que luchaban contra el régimen.

La Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre,[41] que fue aprobada por el primer Parlamento democrático tras 40 años de dictadura, con el voto del 93,3% de los diputados,[42] y ha sido celebrada como "el más significativo hito de todo el proceso de reparación y restitución de la libertad personal a quienes fueron privados de ella por razones políticas vinculadas a la guerra y a la dictadura",[43] escondía en realidad dos artículos que suponían la impunidad de los crímenes cometidos por el régimen: la ley amnistiaba (artículos primero y segundo) todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas, realizados con anterioridad al 15 de diciembre de 1976; los actos de la misma naturaleza, realizados entre el 15 de diciembre de 1976 y 15 de junio de 1977, siempre que se apreciara un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de la autonomía de los pueblos de España; los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad realizados hasta el 6 de octubre de 1977, siempre que no hubieran supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas. Entre esos actos de intencionalidad política tipificados como delitos y faltas se declaraban incluidos en todo caso los delitos de rebelión y sedición, la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar, la denegación de auxilio a la Justicia por negativa a delatar delitos políticos y los actos de expresión de opiniones. Pero también

[38] Muñoz Conde, 2008, pp. 5 ss.

[39] Sobre los indultos generales concedidos entre 1936 y 1975 con detalle Linde Paniagua, 1976, pp. 117 ss.

[40] *BOE* n.º 78 de 1.4.1969.

[41] Completada después por el real decreto 19/1977 de 14 de marzo. A esta ley había precedido el decreto 2940/1975, de 25 de noviembre de 1975, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de su majestad don Juan Carlos de Borbón como rey de España, *BOE* n.º 284, de 26 de noviembre de 1975, que sin embargo no contemplaba de forma expresa medidas de gracia para los delitos de carácter político.

[42] Finalmente la ley se aprobó con 296 votos a favor, 2 en contra, 18 abstenciones y un voto nulo. Véase *Informe general…*, pp. 29 ss., Chinchón Álvarez, 2007, p. 126, nota 23, Aguilar, 2002, p. 159, nota 55, Aguilar, 1996, pp. 266-271.

[43] *Informe general…*, p. 27.

se amnistiaban los delitos y faltas cometidos por autoridades, funcionarios y agentes del orden público con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos comprendidos en su ámbito y los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.

En la transición ninguna fuerza política, sindical o social reclamó la adopción de medidas de justicia política (purgas, juicios o comisiones), en parte por el tiempo que había transcurrido desde el momento represivo más álgido del franquismo y en parte por el temor que sentía la sociedad ante las posibles reacciones del ejército y de la extrema derecha.[44]

Tras la muerte de Franco no se purgaron las principales instituciones civiles y militares heredadas de la dictadura,[45] ni el ejército, ni la policía, ni la judicatura fueron *desfranquizados.*[46] Y tampoco se produjo una eliminación de la simbología franquista, por lo que en muchos lugares subsistieron durante muchos años los nombres de las calles que hacen referencia a personajes del régimen, monumentos dedicados a Franco, etcétera, que perpetuaban la discriminación entre vencedores y vencidos.[47]

No se crearon en España *comisiones de la verdad* que investigaran las violaciones de derechos humanos cometidas bajo el franquismo.[48]

2.1. Fuera del ámbito penal

Fuera del ámbito penal, con la llegada de la democracia se fueron promulgando una serie de normas destinadas a compensar a las víctimas de la guerra en el bando republicano y a las víctimas de la represión franquista, pasando así a un "modelo de olvido del pasado 'absoluto' con rehabilitación" de las víctimas.[49] Así, por ejemplo, una serie de disposiciones legales tuvieron como objetivo la rehabilitación de los funcionarios a los que la guerra civil primero y la depuración administrativa después supuso la quiebra de su carrera y la pérdida de sus puestos de trabajo.[50] El real decreto ley 10/1976, el 30 de

[44] Aguilar, 2002, p. 166.
[45] Sobre el lastre que esta decisión haya podido suponer para el funcionamiento de nuestra democracia véase Aguilar: *Las políticas…*, p. 149.
[46] El término está tomado de Agüero, citado por Aguilar, 2002, p. 171, nota 81.
[47] Aguilar, 2002, p. 179 y 184 s.
[48] Aguilar, 2002, p. 136 ss.
[49] Chinchón, 2007, p. 137.
[50] Entre ellas el decreto del 5.12.1975 por el que se declaran revisadas de oficio y anuladas las sanciones administrativas derivadas de la ley del 10 de febrero de 1939 de Responsabilidad Política, la orden del 5.12.1975 por la que se extienden los beneficios del decreto de indulto al ámbito académico, la orden del 17.12.1975 por la que se hace extensivo a las entidades locales la aplicación del decreto de indulto, el decreto de 18.3.1976 por el que se extienden los efectos del decreto de indulto a los funcionarios de corporaciones y empresas concesionarias de servicios públicos, el real decreto de 27.5.1977 de indulto a personal de las

julio, sobre Amnistía, y la propia ley 46/1977 de 15 de octubre, preveían la plena restitución de los derechos activos y pasivos de los funcionarios civiles.

Esta legislación se completó con disposiciones posteriores destinadas a rehabilitar a los funcionarios locales, el personal auxiliar de juzgados y tribunales, los funcionarios docentes, los militares profesionales separados del servicio durante el franquismo.[51] En cambio, a los militares republicanos, que tampoco habían podido reintegrarse en las fuerzas armadas en 1977,[52] se les había reconocido su condición de retirados y determinadas prestaciones correspondientes a tal situación por el real decreto ley 6/1978, del 6 de marzo, y las leyes 10/1980, de 14 de marzo, y 37/1984, del 22 de octubre.[53]

Por otro lado, durante la transición se realizó una ingente labor en materia de reconocimiento de prestaciones a los damnificados por la guerra civil y el franquismo,[54] reconocimiento de pensiones,[55] y además las previsiones contenidas en diversas normas que declaraban sin efecto las sanciones administrativas, los delitos y las faltas de intencionalidad política supusieron asimismo el reconocimiento de un importante número de pensiones a favor de los afectados o sus familiares supervivientes. En materia de reconocimiento y equiparación de pensiones, prestaciones y ayudas económicas se legisló profusamente desde 1975.[56]

A esta normativa hay que añadir una serie de disposiciones adoptadas por las comunidades autónomas para completar, según distintos criterios de territorialidad, el régimen de pensiones estatales otorgadas por privación de libertad por motivos políticos de personas excluidas de la previsión estatal.[57]

- Se dictaron varias normas para la restitución de los bienes incautados a partidos políticos y sindicatos.[58] No se ha procedido en cambio a la devolución

Fuerzas Armadas, el real decreto de 2.6.1977 de integración profesional de maestros del 31 y cursillistas del 36, etcétera. Agradezco a Paloma Aguilar toda la información suministrada sobre este aspecto. Un listado ordenado cronológicamente de todas las medidas adoptadas, tanto de rehabilitación como compensatorias y de reconocimiento personal, puede verse Aguilar, 2008.

51 Sobre toda esta legislación con mayor detalle Gil Gil, 2009 (en prensa).

52 Aguilar, 2002, p. 163.

53 Para más detalles sobre todas estas normas véase Chinchón, 2007, p. 138 ss.

54 Sobre cómo se gestaron las principales leyes dictadas a tal efecto véase *Informe general…*, p. 38. Una lista exhaustiva y cronológicamente ordenada de las ayudas y los reconocimientos económicos puede verse en Aguilar, 2008.

55 Sobre lo mucho que costó llegar a la equiparación de las pensiones de los mutilados, funcionarios o viudas de republicanos, y las discriminaciones que sufrieron durante años, véase Aguilar, 2002, pp. 180-183.

56 Véase Gil Gil, 2009 (en prensa).

57 Sobre ellas véase Chinchón, 2007, p. 143.

58 Ley 4/1986, de 8 de enero, de cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado (desarrollada por el real decreto 1671/1986, de 1 de agosto; ley 43/1998 de 15 de diciembre, de restitución o compensación a los partidos políticos de bienes y derechos incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del período 1936-1939 (desarrollada por el real decreto 610/1999, de 16 de abril, modificada re-

con carácter general —salvo en el País Vasco— de los bienes incautados a particulares o asociaciones distintas a los sindicatos, o al menos a una indemnización en caso de no ser posible la devolución.

- En relación con la búsqueda y recuperación de los cadáveres de personas ejecutadas extrajudicialmente, las comunidades autónomas han iniciado ya actuaciones en este campo por tener transferidas las competencias en materia de policía sanitaria y mortuoria.[59] Pero lo cierto es que, al depender esta cuestión hasta el momento de cada comunidad autónoma, su tratamiento ha sido desigual a lo largo de la geografía española, y mientras algunas comunidades han mostrado gran sensibilidad e interés por el tema, otras, en cambio, no lo han hecho. En España ya hay localizadas 284 fosas comunes de la guerra civil y la posterior represión franquista, con un número indeterminado de personas en su interior. La Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica en los últimos seis años ha exhumado 900 cuerpos en cerca de 80 de estos enterramientos.

El 20 de noviembre del año 2002 el Congreso de los Diputados aprueba la declaración institucional sobre el reconocimiento de los derechos de las víctimas de la guerra civil y del régimen franquista,[60] que incluye medidas respecto a los documentos y archivos relativos a la guerra civil (singularmente la creación del Archivo General de la Guerra Civil —en un Centro Documental de la Memoria Histórica—,[61] así como la obligación de las administraciones públicas de facilitar el acceso a las fosas comunes y de ayudar a la identificación de los restos.[62]

Por real decreto 1891/2004, de 10 de septiembre del 2004 se crea la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo.[63] Dos años más tarde la ley 24/2006, del 7 de julio, declaró el 2006 como Año de la Memoria Histórica.[64]

---

cientemente por la ley de 26.12.2007). Sobre el resultado del proceso de devolución véase *Informe general…*, pp. 62 ss.

59 *Informe general…*, pp. 80 ss.

60 La declaración se aprobó por unanimidad mientras gobernaba el PP. Sobre otras medidas de reconocimiento o reparación de carácter simbólico adoptadas desde 1978 véase la tabla 11 de Aguilar Fernández, 2008, en prensa.

61 Véase Chinchón, 2007, p. 144.

62 Aguilar, 2006, p. 272.

63 Sobre sus cometidos véase Chinchón, 2007, p. 144 y ss.

64 La Ley se aprobó con 176 votos a favor y 131 en contra, lo que es indicativo de la polémica que el tema generó en la última legislatura entre el gobierno del PSOE y sus socios, de una parte, y el principal partido de la oposición, el PP, de otra.

La Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, una vez estudiada toda la normativa existente, advierte de la necesidad de afrontar algunos temas pendientes. Así, formuló una serie de propuestas que han sido recogidas en la ley 52/2007, del 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura,[65] popularmente conocida como *Ley de la Memoria Histórica*.

La tramitación de la ley ha originado una agria e inmerecida polémica entre el gobierno y el principal partido de la oposición. La ley mantiene la regla de la impunidad y de la no investigación, y solo contempla medidas de indemnización, reparación y reconocimiento de las víctimas, de eliminación de los símbolos franquistas o de exaltación de uno solo de los bandos de la guerra y de promoción del conocimiento y la investigación de estos periodos históricos. La ley fue aprobada con el voto de todos los grupos parlamentarios excepto el del Partido Popular y el de Esquerra Republicana de Catalunya, por motivos opuestos. Los primeros consideran la ley innecesaria y perjudicial por "reabrir heridas", los segundos en cambio la consideran insuficiente por no anular las sentencias franquistas. Los principales puntos de la ley son los siguientes:

2.1.1. Medidas de reconocimiento general

- Declaración del *carácter radicalmente injusto* de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, o por el ejercicio de conductas vinculadas con opciones culturales, lingüísticas o de orientación sexual, durante la guerra civil o durante la dictadura, y declaración de la injusticia que supuso el exilio de muchos españoles durante la guerra civil y la dictadura (artículo 2). Lo anterior da derecho a la víctima o sus familiares a obtener del Ministerio de Justicia una *declaración de reparación y reconocimiento personal,* que es compatible con cualquier otra fórmula de reparación prevista en el ordenamiento jurídico pero no constituirá título para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado ni de cualquier administración pública, ni dará lugar a efecto, reparación o indemnización de índole económica o profesional (artículo 4).

[65] *BOE* de 27.12.2007.

- Declaración de la *ilegitimidad* de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la guerra civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como de sus resoluciones, en especial las del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los tribunales de responsabilidades políticas y consejos de guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, y declaración de ilegitimidad, por vicios de forma y fondo, de las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución (artículo 3). Lo anterior da derecho a la víctima o sus familiares a obtener del Ministerio de Justicia una *declaración de reparación y reconocimiento personal* con los efectos vistos en el párrafo anterior (artículo 4).

2.1.2. Mejora y extensión de prestaciones e indemnizaciones y otros reconocimientos

- Mejora de las prestaciones reconocidas por la ley 5/1979, de 18 de septiembre, de reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social en favor de las viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada guerra civil (artículo 5).
- Aumento de las pensiones de orfandad (artículo 6).
- Ampliación de pensiones por prisión a quienes acrediten haber sufrido privación de libertad en establecimientos penitenciarios o en batallones disciplinarios[66] y a familiares de condenados a muerte ejecutados antes de cumplir tres años de prisión (artículo 7) que tuvieran cumplida la edad de sesenta

[66] Esta ampliación trae su causa de la STC de 180/2005, de 4 de julio de 2005.

años el 31 de diciembre de 1990. Estas indemnizaciones están exentas de tributación (artículo 8), por lo que además se prevé la devolución en forma de ayuda a quienes en años anteriores hubiesen tributado por ellas (artículo 9).

- Concesión de indemnización por muerte en defensa y reivindicación de las libertades y los derechos democráticos durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1968 y el 6 de octubre de 1977 (artículo 10).
- Concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales (artículo 18).
- Posibilidad de acceder a la nacionalidad española para los hijos y nietos de españoles que perdieron su nacionalidad por el exilio (DA 7ª).
- Reconocimiento a las asociaciones de víctimas (artículo 19).
- Aplicación de la ley 37/1984, del 22 de octubre, a efectos de reconocimiento de pensión al personal de la Marina Mercante que fue incorporado al Ejército Republicano desde el 18 de julio de 1936 (DA 5ª).

2.1.3. Desaparecidos y fosas comunes

- Establecimiento del deber de colaboración de las administraciones públicas con los descendientes de desaparecidos en la búsqueda e identificación de sus familiares y compromiso de la Administración General del Estado de elaborar planes de trabajo y establecer subvenciones para tales fines. Mandato al gobierno de elaborar un protocolo de actuación conjunta y obligación de preservar los terrenos en los que puedan localizarse enterramientos. Obligación de las administraciones públicas de autorizar las prospecciones. Declaración de las tareas de búsqueda como actividades de interés público a efectos de permitir la ocupación temporal de terrenos (artículos 11 a 14).

2.1.4. Símbolos y monumentos públicos

- Retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la guerra civil y de la represión de la dictadura. Entre estas medidas podrá incluirse la retirada de subvenciones o ayudas públicas. Se exceptúan las

menciones que sean de estricto recuerdo privado, sin exaltación de los enfrentados, o aquellas en las que concurran razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley (artículo 15).

- El Valle de los Caídos se regirá estrictamente por las normas aplicables con carácter general a los lugares de culto y a los cementerios públicos. En ningún lugar del recinto podrán llevarse a cabo actos de naturaleza política ni exaltadores de la guerra civil, de sus protagonistas, o del franquismo (artículo 16). Además la fundación gestora del Valle de los Caídos incluirá entre sus objetivos honrar y rehabilitar la memoria de todas las personas fallecidas a consecuencia de la guerra civil y de la represión política que la siguió, con objeto de profundizar en el conocimiento de este período histórico y de los valores constitucionales. Asimismo, fomentará las aspiraciones de reconciliación y convivencia que hay en nuestra sociedad (DA 6ª).

2.1.5. Documentos y archivos

- Creación del Centro Documental de la Memoria Histórica y Archivo General de la Guerra Civil en Salamanca, a disposición de los interesados, con el fin de fomentar la investigación sobre la guerra civil y el franquismo (artículo 20) y compromiso de la administración de adquirir documentos y fondos para el archivo (artículo 21).
- Se garantiza el derecho de acceso de los particulares a los fondos documentales relativos a la materia de esta ley depositados en los archivos públicos o privados sostenidos con fondos públicos y la obtención de las copias que se soliciten (artículo 22).

2.1.6. Leyes franquistas

- En congruencia con lo establecido en el punto 3 de la disposición derogatoria de la Constitución, se declaran expresamente derogados el bando de guerra del 28 de julio de 1936, de la Junta de Defensa Nacional, aprobado por decreto número 79, el bando del 31 de agosto de 1936 y, especialmente, el decreto del general Franco número 55, de 1 de noviembre de 1936: las leyes de seguridad del Estado, de 12 de julio de 1940 y 29 de marzo de 1941,

de reforma del Código Penal de los delitos contra la seguridad del Estado; la ley del 2 de marzo de 1943 de modificación del delito de rebelión militar; el decreto ley de 18 de abril de 1947, sobre rebelión militar y bandidaje y terrorismo, y las leyes 42/1971 y 44/1971, de reforma del Código de Justicia Militar; las leyes del 9 de febrero de 1939 y la de 19 de febrero de 1942, sobre responsabilidades políticas, y la ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y el comunismo, la ley del 30 de julio de 1959, de orden público y la ley 15/1963, creadora del Tribunal de Orden Público (DD).

En realidad esta disposición es superflua, pues toda esa legislación se encuentra ya derogada, bien expresamente durante la propia dictadura, o bien, las que no lo hubieran sido antes, por la Constitución del 78.

2.2. La persecución penal

En el ámbito judicial son pocos los particulares que han denunciado ante los tribunales alguno de estos crímenes, pues la persecución se ve imposibilitada por las leyes de amnistía. Una excepción fue el caso *Ruano*, en el que el abogado de la acusación particular exigió para la aplicación de la amnistía que los dos policías acusados de haber matado a un joven estudiante reconocieran haber cometido el delito y haber actuado por motivos políticos, tal y como exigían, en su opinión, los presupuestos de aplicación de la ley del 77. Sin embargo, los policías negaron haber matado a Ruano y actuar por motivos políticos, con lo que se rechazó que la amnistía fuera aplicable al caso.[67] Esta interpretación acercaría más nuestra Ley de Amnistía a un mecanismo de averiguación de la verdad y no de olvido absoluto. Pero esta táctica no se siguió en ningún otro caso.

Recientemente ha habido un intento de acudir a los tribunales apelando a las figuras del derecho penal internacional. La asociación para la recuperación de la memoria histórica de Mallorca ha interpuesto una denuncia ante la AN por la desaparición de 194 personas, muchas de las cuales se recoge en la propia denuncia que fueron ejecutadas.[68]

---

[67] La Audiencia asumió que la aplicación de la ley exigía probar un móvil político y rechazó por falta de prueba del móvil en aquel momento procesal admitir la aplicación de la ley de amnistía como cuestión de previo pronunciamiento y sugirió examinar la cuestión en el juicio oral (auto de la Sección Segunda de la AP de Madrid, de 19 diciembre 1995), pero ello debería llevar a la defensa a alegar tal móvil político en el juicio, a lo que los acusados no accedieron, pues suponía asumir su culpabilidad. Finalmente fueron absueltos por falta de pruebas, Sobre este caso con mayor detalle véase Gil Gil, 2009 (en prensa).

[68] La denuncia puede consultarse en ‹http://www.memoriadelesilles.org/public/armhm/armhm.asp›.

La denuncia no identifica a los presuntos autores más que con el término genérico de "un grupo de falangistas", y menciona a algunos responsables políticos y militares ya fallecidos.[69] Para la calificación de los hechos como crímenes contra la humanidad en el momento en que fueron cometidos se apela en la denuncia a la "cláusula Martens".[70]

El fiscal ha pedido el archivo de las actuaciones[71] argumentando, en mi opinión con razón, que la figura de los crímenes contra la humanidad no existía al tiempo de la guerra civil española, y recordando que el TS en la sentencia sobre al caso *Scilingo* ha vetado la posibilidad de aplicar retroactivamente la figura del crimen contra la humanidad introducida en nuestro CP en el año 2003.[72] Como crímenes comunes el fiscal recuerda que los hechos están amnistiados, lo que supuso la extinción de la responsabilidad penal, consecuencia que además se habría alcanzado hoy de todas maneras y sin duda alguna a través de la prescripción.[73] Además recuerda el fiscal que al haberse cometido los hechos en territorio español su conocimiento no compete a la AN sino a las audiencias provinciales y los juzgados de instrucción.[74]

El juez Garzón no ha afirmado todavía su competencia, pero ha solicitado información a diversas administraciones y otras entidades, con lo que parece que comienza así un "juicio por la verdad". Es decir, la utilización de la justicia penal como mecanismo solo para conocer lo que ocurrió y para obligar al Estado a implicarse de manera activa en la búsqueda de los desparecidos y no para obtener realmente una sanción penal, que es un mecanismo importado de Argentina.[75]

El juez Garzón, ante una denuncia interpuesta por una *supuesta asociación de víctimas* por la matanza de Paracuellos del Jarama,[76] en auto del 8 de marzo del 2000, confirmó el archivo de la querella al desestimar el recurso presentado por la asociación, haciendo suyos los argumentos del fiscal, que había argumentado en contra de los querellantes que los hechos estaban prescritos, amnistiados y que la tipificación como genocidio no era aplicable al ser posterior a los hechos.[77]

---

69 Ello hace pensar que la denuncia no busca realmente el castigo de nadie, sino implicar al Estado, a través de sus tribunales, en la búsqueda e identificación de los desaparecidos.

70 Sobre la fundamentación jurídica véase Capellá i Roig, 2006.

71 Agradezco a Manuel Ollé y a Margalida Capellá que me hayan hecho llegar el informe del fiscal sobre este caso.

72 Informe del fiscal, punto tercero, pp. 2 ss.

73 Informe del fiscal, punto cuarto, p. 5.

74 Informe del fiscal, punto quinto, pp. 5-6.

75 Contra este tipo de procesos véase Pastor, 2007, pp. 95 ss. y 101 ss.

76 Agradezco a Manuel Ollé que me haya hecho llegar toda esta información.

77 Sobre este caso con mayor detalle Gil Gil, 2009 (en prensa)

3. Análisis de los mecanismos utilizados

3.1. Medidas de restitución, reparación/compensación, rehabilitación, no repetición.

Aunque las medidas compensatorias establecidas por la legislación han sido por lo general bien acogidas por las ONG, también se critica su carácter parcial, casuístico y la elusión de una responsabilidad patrimonial del Estado por la *declaración de reparación y reconocimiento personal.*[78] En realidad, todas estas medidas económicas no son según nuestro TC indemnizaciones, sino prestaciones establecidas gracialmente por el legislador.[79] Y eso es precisamente lo más criticable.[80]

La ausencia de un reconocimiento personal viene en parte a subsanarse con la *declaración de reparación y reconocimiento personal.* Sin embargo, esta presenta también defectos: recae de nuevo sobre la víctima la tarea de probar su condición y de tomar la iniciativa para ser reconocida. En segundo lugar, los efectos limitados por la propia ley que se otorgan a esa declaración. La no declaración de nulidad de las sentencias franquistas por delitos políticos y aquellas dictadas con falta de garantías ha sido uno de los puntos más criticados de la nueva Ley de Memoria Histórica. El Tribunal Supremo, en aplicación del recurso de revisión,[81] ha anulado una sentencia y en cambio ha declarado improcedente anular otras muchas, cuando a su juicio los recurrentes no han conseguido aportar nuevas pruebas, o no ha considerado suficientes las presentadas, de la inocencia del condenado.[82] No se admite el recurso extraordinario de revisión para declarar injusta una condena por el contenido injusto de la ley aplicada o su infracción del principio de legalidad o tipicidad, ya que no son estos los fines que la ley asigna a este recurso.[83]

Algunos autores se han manifestado a favor de la anulación de este tipo de condenas.[84] En mi opinión, solo el legislador tiene la llave para modificar por ley el ámbito

---

78 Amnistía Internacional: "Víctimas de la guerra civil y el franquismo", pp. 31 ss.
79 Chinchón, 2007, p. 143.
80 Ibídem, p. 181.
81 El recurso de revisión se regula en el artículo 328 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril.
82 Así por ejemplo, los autos del TS, Sala de lo Militar, del 5.7.2007 y de 18.12.2006.
83 Véase el auto de la Sala de lo Militar de 21.9.2006 que resume la jurisprudencia del TS.
84 Véase por ej. la crítica de Marc Carrillo, 2004, a la resolución de la sala de lo Militar del TS anulada en amparo por la STC 123/2004, de 13 de julio de 2004. Véase también a favor de la anulación de condenas la opinión del magistrado del Tribunal Supremo Martín Pallín, "Nacido en el 36", en *El País*, "Opinión", 12.11.2004. A favor de considerar nulos los juicios por aplicar un derecho injusto y por no respetar las garantías procesales básicas se manifiesta Muñoz Conde, 2008, p. 2, remitiéndose a la doctrina de Radbruch del derecho injusto y el derecho supralegal. Sobre la citada doctrina véase Radbruch, 1971.

del recurso de revisión o para introducir nuevos recursos que hagan posible la anulación de estas sentencias injustas, en particular las que condenan por hechos que según la Constitución no podrían calificarse de delictivos, sino, por el contrario, de ejercicio de un derecho fundamental, o aquellas sentencias recaídas en procesos absolutamente carentes de las más básicas garantías procesales. De la misma forma que se hizo en Alemania[85] al promulgarse la Ley de Rehabilitación e Indemnización de las víctimas de resoluciones penales contrarias al Estado de derecho, del 29 de octubre de 1992,[86] y la Ley para la Eliminación de las Sentencias Nacionalsocialistas Injustas en la Administración de Justicia Penal, del 25 de agosto de 1998.[87] Pero el legislador español ha decidido no emprender esta reforma legislativa.

También resulta criticable la actitud pasiva que el Estado adopta en la ley 52/2007, del 26 de diciembre, respecto al tema de las fosas comunes. De nuevo se privatiza una tarea que en realidad debería ser entendida como una obligación del Estado.

3.2. La Ley de Amnistía. Su validez a los ojos del ordenamiento internacional

Recientemente se ha cuestionado la validez de la Ley de Amnistía española a los ojos del derecho internacional.[88] La obligación internacional de perseguir determinados delitos es clara en la actualidad, viene impuesta en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y ya antes, en determinados convenios internacionales como el Convenio contra el Genocidio, el Convenio contra la Tortura o los Convenios de Ginebra, en relación con las graves violaciones de los derechos humanos, pero solo obliga a los Estados parte, y respecto de los delitos tipificados en cada uno de ellos.[89] Por tanto estas obligaciones son posteriores a la Ley de Amnistía, además de que en la mayoría de los casos simplemente no resultan aplicables al conflicto español por no encajar los hechos en los tipos descritos, como veremos infra. No puede decirse, en mi opinión, por tanto, que en 1977, al promulgar el Parlamento democrático la Ley de Amnistía violara

[85] También a favor de seguir este modelo alemán Joan Queralt: "Los Juicios", ponencia en el seminario *Justicia transicional*, 14 de marzo de 2007.

[86] ‹http://www.gesetze-im-internet.de/strrehag/index.html›.

[87] El texto de la ley, traducido al español por Joan Queralt, puede consultarse en ‹http://www.juristasporlamemoriademocratica.org/documentos/Alem_LcSTinjusta_20_27b3.pdf›.

[88] Chinchón, 2007, p. 123 ss., y p. 201; de la misma opinión Amnistía Internacional: "Víctimas de la guerra civil y el franquismo: no hay derecho", pp. 19 ss., que defiende incluso la ilegalidad en derecho internacional de las leyes de amnistía aun cuando estas sean aprobadas por un Parlamento democrático.

[89] Ambos, 2008, p. 30-31.

ninguna obligación internacional de perseguir penalmente los crímenes recogidos en ninguno de estos tratados de los que España fue parte con posterioridad.

Algunos autores,[90] la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (en adelante ComIDH y CIDH) han deducido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o en el caso de las segundas de los textos regionales de derechos humanos, la obligación de perseguir penalmente las violaciones a los derechos fundamentales, apoyándose en la exigencia de recurso del artículo 2 (1) y (3) del pacto o el paralelo en los textos americanos.[91] Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH)[92] negó que hubiese violación del artículo 2.3 del PIDCP cuando las violaciones de derechos humanos se hubiesen producido antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado en cuestión, y aunque la ley de amnistía se haya promulgado después de esa entrada en vigor, apoyándose en la literalidad del artículo, ya que el derecho al recurso solo nace desde que una violación del pacto ha sido establecida, y para establecer una violación del pacto tiene que estar vigente el pacto en el momento de la violación.[93] Así pues, para el CDH no hay violación del artículo 2.3 PIDCP en el caso español, pues, aunque la amnistía es posterior a la adhesión de España al pacto, las violaciones de derechos humanos que darían origen al nacimiento de la obligación del artículo 2.3 son anteriores a él, por lo que, al no poder afirmarse que constituyen una violación del pacto, tampoco el no poner a disposición de la víctima un recurso judicial efectivo por ellas lo es.[94] En 1977 no podemos constatar que otro instrumento internacional obligara a España a la persecución penal y prohibiera, por tanto, una amnistía. La única opción es afirmar la existencia de una obligación de perseguir penalmente determinados delitos (torturas, ejecuciones extrajudiciales, etcétera) que prohibiría las amnistías, como norma consuetudinaria de *ius cogens* anterior a 1977,[95] para lo que nos

---

[90] Para Chinchón, en prensa, p. 23, la ley 46/1977 de Amnistía, con las previsiones del artículo 2.*e* y *f*, ignoraba, y por tanto violaba, el contenido del artículo 2.3 del PIDCP en su letra y en su espíritu.

[91] Sobre esta argumentación y mi contestación con mayor detalle: Gil Gil, 2009 (en prensa).

[92] Se trataba de casos en los que se cuestionaba la validez de la ley argentina de Punto Final ante lo dispuesto en el artículo 2.3 del Pacto en relación con asesinatos y desapariciones. El Comité declaró la irretroactividad del Pacto incluso para los casos de desapariciones en los que la víctima seguía desaparecida. Véase *Y. S. E. v. Argentina* (comunicación n.º 275/1988: Argentina. 4.4.90. CCPR/C/38/D/275/1988, 4 de abril de 1990) y *R. A. V. N. et al. v. Argentina* (comunicaciones n.º 343, 344 y 345/1988: Argentina: 5.4.90. CCPR/C/38/D/343/1988, CCPR/C/38/D/343/1988 5 April 1990. En sentido similar, comunicación n.º 717/1996: Chile. 16.9.99, CCPR/C/66/D/717/1996.

[93] Ambos, 1999, p. 136.

[94] Con mayor detalle Gil Gil, 2009 (en prensa).

[95] El auto de la AN (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), de 4 noviembre 1998, Recurso de Apelación n.º 84/1998 (ARP 1998/5943). Fundamento jurídico octavo, en relación con las leyes argentinas 23492 y 23521, de Punto Final y de Obediencia Debida, admitió la posibilidad de que fueran contrarias al *ius cogens* internacional y a los tratados ratificados por Argentina; sin embargo, no fue el argumento concluyente este para no aplicarlas,

faltaría una práctica de los Estados que es inexistente, e incluso una *opinio iuris* que tampoco creo que pueda constatarse en la época que nos ocupa.[96] En realidad es a partir del decenio de los años noventa cuando puede verse un giro radical en el tema y observarse decisiones claras de los órganos internacionales en contra de la admisibilidad jurídica de las amnistías de determinados delitos.[97]

La ley española de amnistía no sería por supuesto un obstáculo para la persecución por tribunales de otro país, en ejercicio de la jurisdicción universal, de los crímenes *que en el momento de su comisión fueran tipificables como delitos internacionales* y que no hubieran prescrito conforme a la legislación del país que persigue, como no lo fueron tampoco las leyes de punto final y de obediencia debida para la persecución seguida por la AN española.[98] El tercer Estado que lleva adelante la persecución está ejerciendo su propia jurisdicción y, en consecuencia, no está vinculado por los obstáculos de procedimiento existentes en otra jurisdicción, y si los crímenes perseguidos son tipificables como delitos internacionales según el derecho internacional vigente en el momento de comisión, la persecución por otro Estado desconociendo la ley interna de amnistía no puede entenderse que vulnere la soberanía del Estado que amnistió.[99]

---

sino el de que no vinculaban a los tribunales españoles ni eran un indulto (posterior a la necesaria condena) que evitara la persecución universal según el artículo 23 LOPJ: "Con independencia de que dichas Leyes *puedan tenerse por contrarias al 'ius cogens' internacional y hubiesen contravenido tratados internacionales que Argentina tenía suscritos*, las indicadas Leyes vienen a ser normas despenalizadoras […] no sería encuadrable en el supuesto de imputado absuelto o indultado en el extranjero [letra *c* del apartado 2 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial], sino en el caso de conducta no punible —a virtud de norma despenalizadora posterior— en el país de ejecución del delito [letra *a* del mismo apartado 2 del artículo 23 de la Ley citada], lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación del principio de protección o de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado 5 del tan aludido artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". La AN reconoce así la *posible* existencia de una norma general que prohibiría las amnistías absolutas, pero referida a finales de los ochenta, mientras que la amnistía española es diez años anterior.

96 Desde luego, a la doctrina española de la época ni se le pasaba por la cabeza la idea de que la amnistía pudiera ser inválida jurídicamente por exigencias del derecho internacional. Linde Paniagua, en la que fue sus tesis doctoral defendida en la Universidad de Bolonia en 1975, habla de la amnistía como un instrumento para facilitar los cambios jurídicos que exigen los cambios políticos y sociales, y propone como condiciones de su aceptabilidad su aprobación por el Parlamento, que su ámbito guarde relación con su fundamento y que respete el principio de igualdad. Pero ni una alusión a límites relacionados con los derechos humanos; al contrario, no se veían límites al posible objeto de la amnistía; véase Linde Paniagua, *Amnistía e indulto en España*, 1976.

97 Chinchón: *Derecho internacional…*, 2007, p. 445.

98 Auto Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), 4 de noviembre de 1998 (ARP 1998/5943). Fundamento jurídico octavo. Véase también Gil Gil, "España", 2003, p. 357.

99 Ambos, 2008, p. 103 s.

3.3. ¿Existe todavía alguna posibilidad de persecución penal?

3.3.1. Como crímenes internacionales

En relación con los crímenes cometidos por uno y otro bando durante la guerra civil no es posible afirmar su carácter delictivo conforme al derecho penal internacional, que se desarrolló con posterioridad.[100]

Cosa distinta debe decirse de los crímenes posteriores a 1954.[101] Si podemos demostrar el carácter general o sistemático de los atentados contra bienes jurídicos fundamentales, estos podrían calificarse de crímenes contra la humanidad.[102] A pesar de ello nos encontramos con dos problemas para su enjuiciamiento como tales por los tribunales españoles (dejando aparte el tema de la amnistía). El primero es que nuestro CP introduce el tipo de los crímenes de lesa humanidad en el artículo 607 *bis* por la LO 15/2003, del 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre del 2004, y nuestro TS ya se ha manifestado en contra de la posibilidad de aplicarlo retroactivamente a hechos anteriores a su entrada en vigor con el argumento de que la prohibición de tales conductas ya existía en derecho internacional consuetudinario, por vulnerar tal argumentación la regulación del principio de legalidad de los delitos y de las penas recogida en nuestra Constitución.[103]

En segundo lugar, nos encontramos con el problema de la prescripción de los hechos. No creo que antes de 1998 se pueda afirmar una costumbre internacional que declare la imprescriptibilidad, y, aunque ello se defendiera, no podría remontarse, en mi opinión, a antes de su codificación en la Convención de las Naciones Unidas de 1968.

---

[100] Con mayor detalle Gil Gil, 2009 (en prensa).

[101] Fecha en que por primera vez se independiza el crimen contra la humanidad de la situación de guerra. Y ello si damos por buena la idea de que la versión final del primer proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad codificaba lo que ya era costumbre internacional (tema sobre el que siempre caben dudas, dado que le proyecto no llegó a buen puerto hasta 1998, y que la redacción de los crímenes contra la humanidad ha cambiado notablemente desde 1954 hasta hoy. Por ejemplo, en la versión de 1954 se exigía para todas las conductas actuar por determinados móviles, lo que después desaparecería, y no se exigía la comisión generalizada o sistemática, requisito que aparece en 1996 —véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 139 y 143—). Sobre la evolución detallada del contenido del delito en cada uno de los proyectos de las Naciones Unidas véase Liñán Lafuente, tesis doctoral inédita, pp. 161 y ss.

[102] Aunque hacemos la trampa de trasladar el concepto actual a 1954, ya que en esa época no se exigía comisión sistemática sino determinados móviles, concepto que no llegó a prosperar, lo que vendría a demostrar únicamente que hasta 1998 no ha estado claro el contenido del crimen contra la humanidad, y podría desmontar toda la idea de una norma consuetudinaria existente en aquella época, a no ser que nos conformemos para seguir defendiendo la existencia de la norma con constatar su núcleo mínimo: la prohibición de determinados ataques a civiles en determinado contexto de victimización global, y claramente independiente de una guerra internacional a partir de 1954.

[103] STS n.º 798/2007 de 1.10.2007.

Aunque admitiéramos esta, luego tendríamos que afirmar además su carácter retroactivo, pero aun así nada de esto nos serviría, pues el TS ha rechazado ya en su sentencia n.º 798/2007 del 1 de octubre del 2007 la costumbre como fuente de derecho penal aplicable por los tribunales españoles en contra del reo. Y como norma interna la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad se introdujo en el CP por LO15/2003, del 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre del 2004, y el TS en numerosas ocasiones se ha manifestado en contra de la retroactividad de los cambios legislativos en materia de prescripción que puedan perjudicar al reo. En el sistema jurídico español, por tanto, no es posible castigar estos hechos como crímenes contra la humanidad.

Nos quedaría abordar el tema de las desapariciones forzadas, por su carácter de delito permanente. Pero en realidad este delito ya no se comete apenas desde 1950. Si se admitiera, lo que veo complicado, que por su carácter de delito permanente las desapariciones forzosas no prescriben hasta que aparece el cadáver, en todo caso estarían amnistiadas. El carácter permanente del delito no tiene nada que ver en mi opinión con la posibilidad o no de amnistiarlo, ya que tanto qué delitos se amnistían como de qué manera se cuentan los plazos de prescripción es algo que se determina en la ley.[104] Y al respecto la Ley de Amnistía señala que se amnistían los realizados antes de determinadas fechas y añade en su artículo 1, II: "A los meros efectos de subsunción en cada uno de los párrafos del apartado anterior, se entenderá por momento de realización del acto aquel *en que se inició* la actividad criminal".[105] Y además, al tiempo de la aprobación de la ley de amnistía todas las situaciones antijurídicas —privación de libertad fuera del amparo de la ley— habían cesado. Lo único que permanecía y permanece es el desconocimiento de la ubicación de los restos mortales de las víctimas, lo que en mi opinión no constituye el contenido de injusto del crimen de desaparición forzada.

Por supuesto, no es posible afirmar que las desapariciones forzadas por su carácter permanente que duraría hasta hoy son calificables conforme al nuevo tipo penal del artículo 607 *bis* sin que ello suponga una aplicación retroactiva de la ley, pues para

---

[104] Mantiene que no están amnistiados Capellá, 2006, p. 20. También defiende que la desaparición forzada de personas no es amnistiable Rodríguez Arias, 2007, p. 73, apoyándose en el artículo 18 de la *Declaración de la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992*. Pero es evidente que tal declaración no tiene fuerza jurídica vinculante y que, si la tuviera, en todo caso no sería de aplicación retroactiva.

[105] El TS aparentemente se saltó este precepto en un caso que calificó de "delito permanente", aunque en realidad se refería a una continuidad de la actividad delictiva después de los plazos establecidos en la ley y no a un mero delito permanente. El caso se refería a dos acusados de colaborar con ETA que habían mantenido una cuenta abierta con dinero de la organización, realizando movimientos por orden de ETA después de las fechas fijadas en la ley de amnistía. STS de 20 de enero de 1986. La estructura del supuesto no es de de delito permanente sino continuado.

la calificación de los hechos debe elegirse la ley vigente en el momento de *la realización de la conducta*, y no la ley posterior desfavorable, aun cuando se argumente una consumación permanente y que la ley posterior está vigente en el momento de esa consumación permanente, pues así lo dispone claramente el artículo 7 del CP español.

Por último, es preciso señalar que la Corte Penal Internacional no es competente para conocer los crímenes cometidos durante la guerra civil española y el franquismo, pues los hechos son anteriores a la entrada en vigor del Estatuto de Roma. Aun cuando se pudieran calificar los *paseos* y *sacas* de desapariciones forzadas constitutivas de crímenes contra la humanidad —lo que no veo posible por ser los hechos anteriores a la codificación internacional— y se calificasen de delitos permanentes que perduran en la actualidad —lo que tampoco veo posible por haber terminado las detenciones hace años—, la Corte no sería competente porque el componente de ataque masivo o sistemático cesó muchos años antes de la entrada en vigor del ER, y los Elementos de los Crímenes[106] señalan que el crimen será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque contra la población civil en el que se incardina se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto.[107]

3.3.2. Como crímenes internos

Las ejecuciones, las torturas, las detenciones ilegales, etcétera, eran claramente delictivas incluso desde el derecho interno. Pero desde esta perspectiva todos estos crímenes se hallan prescritos, pues han pasado 70 años desde la guerra y 33 desde que murió el dictador.[108] La mayoría de ellos habían prescrito incluso antes de la aprobación de la Ley de Amnistía del 77.[109] Las desapariciones forzadas no existían como tales en el CP español al tiempo de comisión del delito, sino solo como detenciones ilegales, con la agravación por no dar razón del paradero del detenido aplicable solo a los particulares y solo a partir de 1944.[110] Las detenciones ilegales cometidas por funcionario público o autoridad eran tipos privilegiados castigados con penas ridículas[111] en el anterior CP[112] que prescribieron antes de la entrada en vigor de la Ley de Amnistía.

---

[106] Artículo 7.1.*i*, Crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, nota 23.
[107] Por ello se equivoca Rodríguez Arias, 2007, p. 74.
[108] De acuerdo con esto Capellá, 2006, p. 17.
[109] Sobre ello con detalle Gil Gil, 2009 (en prensa).
[110] Véase el artículo 483, que fue reintroducido en 1944, pues no existía en el CP de 1932.
[111] Criticadas ya por los comentaristas del anterior CP. Véase Rodriguez Devesa: *Derecho penal español*, *PE*, 1966, p. 617.
[112] Véanse los artículos 184 ss. del antiguo CP, que ya figuraban así en 1944, y que imponían solo penas de *suspensión* por detenciones ilegales menores de tres días o *suspensión y multa* si la detención duraba hasta 15

4. Impacto de los mecanismos utilizados

El caso español es un ejemplo de que es posible una reconciliación nacional sin justicia penal si se dan una serie de circunstancias muy específicas, como el relevo generacional en la negociación de la transición, la distancia de los crímenes más cruentos de la guerra y la posguerra, el miedo a una nueva guerra civil,[113] el sentimiento de culpabilidad de quienes vivieron la guerra por las atrocidades cometidas por los dos bandos y por quienes no la vivieron por la connivencia o al menos la no oposición de una gran parte de la población al franquismo, etcétera.[114] El deseo de transición pacífica que predomina sobre los deseos de justicia o de venganza permitió un acuerdo casi absoluto de los españoles acerca de no exigir responsabilidades por el pasado.

Una parte considerable de los analistas sigue insistiendo en que la no revisión del pasado fue una decisión atinada y síntoma de la madurez política de los españoles,[115] y, lo que es más importante y sintomático, la transición española es motivo de orgullo para la gran mayoría de los ciudadanos. En el año 2000, un 86,1% de la población se sentía sumamente satisfecho con el proceso de transición.[116] Como señala Aguilar Fernández: "El elevado orgullo que suscita la transición a la democracia nos permite pensar que se ha producido un proceso de reconciliación de la ciudadanía española consigo misma".[117]

La ausencia de demandas de justicia en la población se debe, según Aguilar,[118] en parte al miedo a una nueva guerra civil, en parte a que sorprendentemente un sector importante de la sociedad veía todavía en el año 2000 el franquismo como una etapa que tuvo cosas buenas y cosas malas, y a este sentimiento de ambivalencia hay que añadir un alto grado de apatía y desafección política, junto con el sentimiento de culpa por la brutalidad de la guerra y por la connivencia de una gran parte de la población con la dictadura, que haría a los españoles preferir soslayar todo lo referente a estos crímenes.

---

días, previendo prisión solo si la detención pasaba de un mes. Hoy, por el contrario, la cualidad de funcionario o autoridad del sujeto activo es motivo de agravación y no de privilegio (véase el artículo 167 del actual CP).

[113] Hay que tener en cuenta el hecho de que al morir Franco el poder y la fuerza seguían en manos de los franquistas y la oposición democrática se encontraba en una situación de debilidad en la negociación.

[114] Aguilar Fernández, 2002 y 2006, pássim.

[115] Citados por Aguilar, 2002, p. 190.

[116] Aguilar, 2006, p. 264.

[117] I bídem, p. 265.

[118] Véanse los análisis de diferentes encuestas y sus correspondientes gráficos en Aguilar, 2006, pp. 264 ss., sobre esta cuestión en particular pp. 268-269.

Una encuesta llevada a cabo por el CIS en el 2005 (estudio n.º 2622), realizada con motivo de los trabajos de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, pone de manifiesto que la mayoría de la población está de acuerdo con la idea de reparar a las víctimas de la guerra civil.[119] En las respuestas a las preguntas de esta encuesta son significativas las diferencias existentes en quienes habitan en pueblos pequeños y por edades en la generación que protagonizó la transición.[120] En opinión de Aguilar, "resulta sorprendente lo poco partidaria que es de estas medidas la generación que protagonizó la transición (aquellos que en 2005 tenían entre 55 y 64 años). Esta cohorte parece estar más convencida que las demás de que lo mejor que puede seguir haciendo la sociedad española es dejar de lado el pasado". Según la explicación de Aguilar Fernández, es muy probable que ello sea así porque atribuyen buena parte del éxito de la transición a la decisión de relegar las viejas rencillas. De hecho este grupo coincide con el que más orgulloso se siente de la transición española. Frente a ello quisiera destacar que algunas de las asociaciones para la recuperación de la memoria histórica están lideradas por personas de entre 30 y 40 años, es decir, la generación de los nietos.

Pero si hemos concluido que en España ha habido reconciliación sin justicia, otra cosa diferente son las consecuencias que este tipo de transición haya dejado en nuestro sistema político y si nuestra democracia presenta hoy determinados déficit que pueden achacarse a nuestra historia.

Mientras para algunos historiadores la transición española fue modélica, para otros la falta de medidas de justicia política, resultado de las claudicaciones de la oposición democrática, ha traído consecuencias negativas para la democracia española y es la causa del comportamiento oligárquico de nuestros partidos políticos, la corrupción, episodios como los de los GAL,[121] o un déficit de cultura democrática en nuestra sociedad.[122] Muy significativa resulta la frase de Colomer: "las virtudes de la transición se han convertido en los vicios de la democracia".[123] Esta frase resumiría la idea de que, si bien en la transición se hizo lo único que se podía hacer para pasar pacíficamente a la

---

[119] La información se ha extraído de Aguilar Fernández, 2008, pp. 402 ss., quien critica que las preguntas están en su mayoría mal formuladas y pueden distorsionar las respuestas. Resumidamente puede verse también el contenido de esta encuesta y los comentarios de Aguilar Fernández en Gil Gil, 2009, en prensa.

[120] Señala Aguilar, 2008, pp. 404 ss., que en los pueblos y ciudades pequeñas, donde más claramente pueden atribuirse las responsabilidades, es donde más aversión existe a hurgar en el pasado.

[121] Véanse las distintas opiniones recogidas por Aguilar, 2002, p. 186.

[122] Vinçens Navarro: "Consecuencias de la transición inmodélica", en *El País*, Madrid, 8.1.2003. De transición incompleta la califica Muñoz Conde, 2008, p. 3.

[123] Colomer, 1998, citado por Aguilar, 2002, p. 191.

democracia, sin duda lo que se pudo hacer era imperfecto y ha tenido sus consecuencias, y las sigue teniendo en nuestro sistema político.

La idea de revisar el pasado sigue levantando polémica hoy, no solo en el terreno político, también en el doctrinal. Si la mayoría de la doctrina, de los políticos y de la propia sociedad opina que no es hora de buscar responsabilidades penales, pero sí de honrar e indemnizar convenientemente a las víctimas, en ninguno de estos puntos nos ponemos todavía de acuerdo sobre la mejor manera de hacerlo. Lo cierto es que hoy en día ni siquiera los hijos y los nietos de las víctimas que reclaman un reconocimiento de sus seres queridos han pedido el castigo de los autores, sino solo una reparación moral,[124] o la implicación activa del Estado en la averiguación de la verdad y en la localización de los restos de sus familiares.[125]

5. Evaluación final

El modelo español de justicia de transición ha sido un modelo de olvido absoluto con rehabilitación parcial; un modelo fruto de la necesidad y la coyuntura política y social en el que se desarrolló. El resultado de una transición "pacífica" no rupturista, plagada de incoherencias e imperfecciones, pero que es uno de los hechos históricos que más orgullo despiertan en los españoles, por haber conseguido evitar una nueva guerra civil. La reconciliación sin justicia penal fue posible por un cúmulo de circunstancias y sin duda por el sacrificio de la justicia en favor de la paz que muchas víctimas generosamente aceptaron. La lejanía de los crímenes más atroces de la guerra y la posguerra fue un factor a favor de la amnistía.

Personalmente estimo que la Ley de Amnistía de 1977 no fue contraria al derecho internacional vigente en la época. Se ha criticado a los tribunales españoles la incoherencia política de perseguir crímenes cometidos en otros países desconociendo leyes de amnistía, mientras no persigue los cometidos en España amparados por una ley de amnistía.[126] Sin embargo, en un país con división de poderes y con independencia judicial, las decisiones de los tribunales no tienen por qué ser políticamente correctas, ni políticamente coherentes, sino solo jurídicamente correctas, y al respecto entiendo que la decisión de la AN respecto

[124] Muñoz Conde, 2008, p. 15.
[125] Este es, como ya dije, el sentido que tenía la querella por desapariciones forzadas interpuesta por la Asociación de Memoria Histórica de Mallorca ante la AN.
[126] Sancinetti y Ferrante, 1999, p. 15.

de las leyes argentinas de Punto Final y Obediencia Debida es jurídicamente correcta, como también lo es someterse a la propia ley de amnistía, que sí vincula a los jueces españoles —no a los extranjeros cuando persigan crímenes claramente tipificables como internacionales en el momento de su comisión.

Pero, si bien en España se consigue una reconciliación nacional sin acudir a la vía penal, lo cierto es que todavía existen muchas deudas pendientes con las víctimas de la guerra civil y del franquismo, y que el *cómo* se debe afrontar el pasado no es un asunto sobre el que exista consenso todavía. Finalmente, la ley conocida popularmente como Ley de Memoria Histórica no ha dado satisfacción a todas las reivindicaciones de las asociaciones de víctimas, sobre todo, la más importante: la anulación por ley de las sentencias por delitos políticos o las dictadas sin garantías procesales. Pero, además de ello, y lo que es más importante, las indemnizaciones se conceden en España de forma gracial y no con base en un reconocimiento de la condición de víctima. Sobre la víctima recae el peso de probar su condición, de exigir un reconocimiento o de pedir una subvención para emprender la búsqueda o identificación de sus familiares desaparecidos. Se puede decir que las víctimas de la guerra civil y el franquismo siguen sin ser bien tratadas por el ordenamiento español.

Sin embargo, a la vista del revuelo político que una ley tan imperfecta e incompleta como la que se aprobó en diciembre del 2007 ha generado,[127] parece claro que la sociedad española —o quizás solo la interesada clase política— no está todavía preparada, tras treinta años de democracia, para cumplir la obligación moral de investigar los hechos —aunque estén prescritos y amnistiados— como violaciones de derechos humanos, para reconocer a las víctimas en su condición de tales e indemnizarlas convenientemente.

[127] No hay más que leer los discursos de los parlamentarios del PP en el Parlamento en la defensa de sus enmiendas a la totalidad presentadas contra la ley. En la enmienda n.o 91, el Grupo Popular califica la ley como un paso más en "una estrategia de ruptura con el pacto de convivencia que los españoles formularon a través de la Constitución de 1978". Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A: Proyectos de ley, 14 de marzo de 2007, n.o 99-20.

Bibliografía

Abogacía General del Estado: Dictamen del 16 de septiembre del 2003, "Incautación de solar al amparo de la ley de responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939", en *Anales de la Abogacía General del Estado,* n.º 2003, enero 2005.

Aguilar Fernández, P.: "Justicia, política y memoria: los legados del franquismo la transición española", en VV. AA.: *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias,* Istmo, 2002.

— "Presencia y ausencia de la guerra civil en la democracia española. Reflexiones en torno a la articulación y ruptura del 'pacto de silencio'", en J. Aróstegui y F. Godicheau (eds.): *Guerra civil, mito y memoria*, Madrid, 2006.

— *Memoria y olvido de la guerra civil española,* Madrid: Alianza, 1996.

— *Políticas de la memoria y memorias de la política en la dictadura y en la democracia,* Madrid: Alianza, en prensa.

Aguilar y Hite: "Historical Memory and Authoritarian Legacies in Processes of Political Change: Spain and Chile in Comparative Perspective", en P. Cesarini y K. Hite (eds.): *Authoritarian Legacies and Good Democracies*, Indiana: University of Notre Dame Press, 2004.

Alcaraz Abellán: "La Ley de Responsabilidades Políticas y su aplicación en Fuerteventura (1939-1942)", en *Anuario del Archivo Histórico Insular de Fuerteventura,* n.º 3, 1990.

Ambos, K.: *Impunidad y derecho penal internacional*, 2.ª ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

— *El marco jurídico de la justicia de transición,* trad. de Ezequiel Malarino, Bogotá: Temis, 2008.

Amnistía Internacional: "Víctimas de la guerra civil y el franquismo: no hay derecho. Preocupaciones sobre el proyecto de ley de 'derechos de las víctimas de la guerra civil y del franquismo'", ‹http://www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/No_hay_derecho.pdf›.

— "Víctimas del franquismo", ‹http://www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/victimas_franquismo_05.pdf›.

Aróstegui, J., y F. Godicheau (eds.): *Guerra civil, mito y memoria*, Madrid, 2006.

Cabrera, M. y Del Rey Reguillo, F.: "La patronal y la brutalización de la política", en S. Juliá (dir.): *Violencia política en la España del siglo XX,* Madrid, 2000.

Capellà i Roig, "Las 'desapariciones forzadas' en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de derecho internacional sin reparación ni castigo", en J. Soroeta Liceras (ed.): *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional,* Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. VI, 2006, pp. 265-301.

Carrillo, M.: "El Tribunal Constitucional y la memoria histórica", en *El País,* Madrid, viernes 27 de agosto del 2004 (también en ‹http://www.juristasporlamemoriademocratica.org/documentos/Carrillo_TC_11b1.pdf›).

Cerezo Mir, J.: *Curso de derecho penal español,* t. I: "Introducción", Madrid, 6.ª ed., 2004.

Chinchón Álvarez, J.: "El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos,* vol. 45, 2007.

— "Transición española y justicia transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política de España", en *La memoria como conflicto. Memoria e historia de la guerra civil y el franquismo*, dossier monográfico de *Entelequia*, *Revista Interdisciplinar*, n.º 7, 2008 (en prensa).

— *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Madrid, 2007.

De la Cueva Merino: "Si los curas y frailes supieran… La violencia anticlerical", en S. Juliá (dir.): *Violencia política en la España del siglo XX,* Madrid, 2000.

Del Águila, Juan José: *El TOP*, Barcelona, 2001.

Gil Calvo, E.: "Aprendices de brujo y avestruces", en *Memoria de la transición*, Madrid: El País, 1996.

Gil Gil, A.: *Derecho penal internacional, Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, 1999.

— "Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra", en *Revista española de Derecho Militar* n.º 58, enero-junio 2006.

— "España", en K. Ambos y E. Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003.

— *Justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica,* Atelier (en prensa).

Gómez Bravo: "El desarrollo penitenciario en el primer franquismo (1939-1945)", en *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea,* n.º 6, 2006.

González Calleja: "El Estado ante la violencia", en S. Juliá (dir.): *Violencia política en la España del siglo XX,* Madrid, 2000.

Gor, F.: "De la justicia franquista a la Constitución", en *Memoria de la transición*, Madrid, 1996.

Informe Brincat, para la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, ‹http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc05/EDOC10737.htm›.

Informe General de la Comisión Interministerial para el Estudio de la Situación de las Víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo, ‹http://www.ub.edu/dpenal/›.

Jiménez Villarejo: "En defensa de los derechos de las víctimas del franquismo", intervención en la Jornada sobre la Memoria Histórica y Contra la Impunidad convocada por la Fundación Entrepobles i URV Solidária, Barcelona, 2005, en ‹http://www.fundanin.org/jimenezvillarejo.htm›.

— "La destrucción del orden republicano (apuntes jurídicos)", en *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea,* n.º 6, 2006, ‹http://hispanianova.rediris.es›.

Juliá, S.: "Bajo el imperio de la memoria", en *Revista de Occidente,* n.º 202-203, julio-agosto del 2006, también en ‹http://www.ortegaygasset.edu/revistadeoccidente/articulos/(302)Santos_Julia.pdf›.

— "De nuestras memorias y de nuestras miserias", en *Historia Nova,* n.º 7, 2007.

— "La estrategia de la tensión", en *Memoria de la transición*, Madrid: El País, 1996.

— "Víctimas de la guerra civil", Madrid, 1999 (las páginas se citan de la reimpresión del 2006).

Linde Paniagua: *Amnistía e indulto en España*, 1976.

Liñán Lafuente: *El desarrollo del crimen de persecución en el ámbito del crimen contra la humanidad y su reformulación en el* artículo *607. bis, del CP español: Una propuesta alternativa,* tesis doctoral inédita, Universidad Complutense de Madrid, 2007.

Martín Pallín: "Nacido en el 36", en *El País,* Madrid, 12.11.2004.

Muñoz Conde: "La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de derecho", en *Portal Iberoamericano de Ciencias Penales,* 2008, ‹http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/munoz%20conde-franquismo.pdf›.

Navarro, V.: "Consecuencias de la transición inmodélica", en *El País,* Madrid, 8.1.2003.

Núñez, M. G.: "Políticas de igualdad entre varones y mujeres en la segunda república española", en *Espacio, tiempo y forma,* serie V, H Contemporánea, t. 11, 1998.

Ortiz Heras: "Instrumentos *legales* del terror franquista", en *Historia del Presente,* n.º 3, 2004.

Pastor, D. R.: "¿Procesos penales solo para conocer la verdad?", en *Jueces para la Democracia,* n.º 59, julio 2007.

Queralt: "Los Juicios", ponencia en el seminario *Justicia transicional,* celebrado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 14 de marzo del 2007.

Radbruch: "Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes", en *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid: Aguilar, 1971.

Reig Tapia: "La depuración 'intelectual' del nuevo estado franquista", en *Revista de Estudios Políticos,* n.º 88, 1995.

Remiro Brotons: "Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial", en *El derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, p. 120.

Rodríguez Arias: "Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado ante el crimen de desaparición forzada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Jueces para la Democracia,* n.º 60, noviembre del 2007.

Rodríguez Devesa: *Derecho penal español,* PE, 1966.

Rodrigo, J.: *Cautivos. Campos de concentración en la España franquista, 1936-1947*, Barcelona: Crítica, 2005.

Rubiales Torrejón, A.: "Evolución de la situación jurídica de la mujer en España", conferencia pronunciada el 31 de octubre del 2003, en ‹http://www.ciudadanas.org/documentos/textoCONFERENCIA.pdf›.

Ruiz De Azúa: "Las manos sucias", en *Memoria de la transición*, Madrid: El País, 1996.

Sancinetti, M., y M. Ferrante: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos,* Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

ITALIA

*Emanuela Fronza**

SUMARIO

El trabajo analiza la experiencia italiana de transición del régimen fascista a la democracia, en particular a partir del 8 de septiembre de 1943, fecha en la cual se rompe la alianza entre Italia y Alemania y esta última deviene una potencia invasora enemiga. Luego de ilustrar brevemente la fisonomía del conflicto, el trabajo examina los mecanismos puestos en práctica para hacer frente a la criminalidad nazifascista. Si bien en la fase inicial se ha intentado perseguir, mediante jurisdicciones especiales, los crímenes nazifascistas, en líneas generales no ha habido una verdadera ruptura con el pasado fascista. En particular, no ha habido una amplia persecución penal, ni tampoco una depuración en los órganos estatales de las personas que habían apoyado el régimen. En cuanto atañe a la persecución penal, los crímenes cometidos por italianos fueron amnistiados en junio de 1946, y aquellos cometidos por los alemanes en principio fueron investigados, pero en 1960 los procesos fueron ilegítimamente archivados. En conclusión, es posible afirmar que Italia privilegió, en un primer momento, la respuesta penal (común y militar), pero luego las exigencias por normalizar el país y por salir de la guerra civil terminaron por predominar. El resultado fue la escasa persecución de los

* La investigación fue concluida en el Cátedra de Derecho Penal Alemán e Internacional, Derecho Procesal Penal e Historia del Derecho (*Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Juristische Zeitgeschichte*) a cargo del Prof. Gerhard Werle en la Universidad Alexander von Humboldt de Berlín, en la cual la autora realiza una estancia de investigación financiada por la Fundación Alexander von Humboldt.

crímenes, la ausencia de una construcción de la memoria clara y compartida sobre aquellos sucesos trágicos y, en general, la remoción del pasado fascista y la falta de una verdadera reconciliación de la sociedad, cuya división es aún hoy observable.

1. Introducción

Según las categorías desarrolladas en el último veintenio del siglo pasado, la depuración, las medidas y las sanciones adoptadas contra los responsables de crímenes cometidos en Italia durante el fascismo integran el fenómeno hoy definido como *transitional justice.*[1] El estudio de la experiencia italiana durante la transición posfascista presenta problemáticas bastante similares a aquellas que emergen hoy en otras áreas geopolíticas, interesadas en procesos de transición a la democracia y en las que se presenta la necesidad de un *coming to terms with the crimes of the past.*[2] En otras palabras, la justicia de transición describe todas aquellas situaciones en las que hay un cambio de régimen y en las cuales el derecho del Estado que está naciendo y el derecho del régimen que está desapareciendo están, por decirlo de algún modo, ambos ausentes y presentes. Se trata de un momento constituyente en el cual es preciso construir o afirmar algunos principios ético-jurídicos y una Constitución.

Usar como lente de análisis de la situación italiana la (reciente) categoría de la justicia de transición permite una mirada de conjunto y a la distancia sobre aquellos

[1] Sobre tal concepto —como elemento fundamental para la construcción y la legitimación de un nuevo sistema democrático— desde un punto de vista histórico, véase John Elster: *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004. Para un tratamiento jurídico general de la noción se reenvía, además, a Neil Kritz (dir.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Washington: United States Institute of Peace Press, 1995.

[2] Con el término *justicia de transición* se indica una dinámica judicial que se desarrolla a partir de las transiciones políticas de la posguerra fría. Múltiples regímenes autoritarios, autocráticos o dictatoriales, luego de la caída del Muro de Berlín, han debido negociar con fuerzas democráticas de distinto tipo nuevos equilibrios institucionales y constitucionales. Es en este marco que, a partir de 1989, las culpas por los crímenes cometidos en el pasado han sido afrontadas con base en estrategias de política criminal que escapan de una lógica rígidamente retributiva. Los procesos, la reconstrucción de la responsabilidad penal personal y la pena debían, en el contexto de la transición negociada pos-89, tener como fin contener la violencia política entre las diversas facciones y asegurar el éxito de las negociaciones democráticas. Se ha comenzado, por ello, a hablar de una *justicia de transición* para diferenciar la administración y oportunidad de la pena en esta situación tan particular y excepcional; sobre el punto Andrea Lollini: "Fare i conti con il passato: osservazioni sulla struttura e sulle funzioni dei meccanismi di risoluzione dei conflitti nelle transizioni costituzionali", en Grazia Mannozzi y Francesca Ruggeri (comps.): *Pena, riparazione, riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo Millennio*, Atti del Convegno di Como, 13-14 maggio 2005, Varese: Insubria University Press, 2007, pp. 119-136.

sucesos históricos y encuadrar los crímenes cometidos como violaciones de los derechos humanos. En términos más generales, esta perspectiva de análisis permitirá interrogarse sobre las funciones de la justicia de transición y también comprender por qué la experiencia italiana constituye un interesante paradigma de esta.

La desfascistización, la depuración, la elaboración de la respuesta jurídica al fascismo y los procesos a la resistencia, desarrollados en un período dramático y políticamente bastante confuso, siguen los delicados equilibrios de los frágiles gobiernos que precedieron la adopción de la nueva Constitución republicana de 1948.[3] Debe también señalarse que la multiplicidad de los actores del conflicto determinó manera relevante las formas de la transición a la democracia. En efecto, a partir del 8 de septiembre de 1943 combatían en Italia el ejército alemán y los ciudadanos italianos que colaboraban con el régimen nacionalsocialista contra las fuerzas aliadas y los italianos de la resistencia. Tal configuración del conflicto ha tenido directas y significativas repercusiones sobre la elección de los mecanismos para hacer frente al pasado nazifascista.

De manera preliminar debe precisarse que en Italia se recurrió, en un primer momento, a una solución penal. Pero la persecución penal fue posteriormente limitada, tanto por la jurisprudencia como por una amnistía condicionada aplicable a los ciudadanos italianos.

En las páginas que siguen, luego de una brevísima reconstrucción histórica del conflicto y de los elementos que determinaron las elecciones jurídicas para la transición hacia la democracia, serán enumerados y examinados los diversos mecanismos o medidas para hacer frente a los crímenes de guerra cometidos en Italia. La transición italiana se basó en la distinción fundamental entre ciudadano alemán y ciudadano italiano. Esta dicotomía, basada en la nacionalidad del autor del delito, repercutía tanto sobre la jurisdicción competente como sobre el derecho aplicable.

Un análisis histórico-político no puede ser desarrollado en este lugar ni siquiera en sus rasgos esenciales y tampoco constituye el objeto de esta investigación. Aquí nos limitaremos a recordar algunos ejes histórico-políticos relevantes para una reflexión jurídica sobre la experiencia italiana de transición.

---

[3] Actualmente, las formas de la justicia de transición están condicionadas no solo por el contexto histórico y por las exigencias de la política, sino también por *inputs* supranacionales. Importantes indicaciones se encuentran, en efecto, no solo en los diversos instrumentos concernientes a la Corte Penal Internacional, sino también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La justicia de transición puede, así, asumir formas antitéticas: la llamada *justicia retributiva* (que opta por el punitivismo) o la llamada *justicia restaurativa* o *conciliadora* (que elige la vía de la impunidad o del perdón).

El conflicto que se desarrollaba en Italia cambió de manera significativa en julio de 1943. El 24 y 25 de julio de ese año, el Gran Consejo, con el apoyo del rey Vittorio Emanuele III, obligó a renunciar a Benito Mussolini, quien luego fue arrestado. Como jefe de gobierno fue nombrado Pietro Badoglio; su gobierno duró solo 45 días, hasta el 8 de septiembre.[4] Ese mismo día se firmó el armisticio con Alemania (llamado *armisticio Badoglio*), que constituyó un momento de cesura histórico-político, pero también jurídico. A partir de entonces la situación se configuró de manera muy diferente para la Italia septentrional y la Italia meridional.[5] En el norte, ocupado todavía por Alemania, fue creada la *República Social Italiana (RSI):* un Estado sin soberanía y dependiente del ejército alemán.[6] En el sur, en cambio, hasta la liberación de Roma en junio de 1944, el monarca instituyó el *Gobierno del Sud,* cuya sede estuvo primero en Brindisi y luego en Salerno. Dada también la fuerte conexión de la monarquía con el régimen, este gobierno garantizaba la continuidad jurídica y política del Estado italiano, que el 13 de octubre de 1943 declaró la guerra a Alemania.

Se inició así aquella fase calificada por muchos como *guerra civil.*[7] De un lado estaban los alemanes y los italianos que habían decidido adherir a la RSI; del otro, los italianos posicionados contra los alemanes, junto con las fuerzas aliadas angloamericanas. Se advierte entonces de manera muy clara la complejidad del conflicto italiano y la ambigüedad en la misma población italiana (algunos "colaboraban" y apoyaban al enemigo alemán, otros luchaban por vencerlo).[8]

A partir de junio de 1944, liberada Roma de las fuerzas de ocupación alemanas por las fuerzas angloamericanas, el Gobierno italiano se instaló en la capital. El decreto real n.º 140, del 5 de junio de 1944, nombró lugarteniente a Umberto I de Saboya, y

---

4 La desfascistización, vista la presencia en muchas instituciones de miembros del régimen fascista, comenzó de manera muy blanda. Sobre el punto cf. Romano Canosa: *Storia dell'epurazione in Italia. Le sanzioni contro il fascismo*, Milán: Baldini e Castoldi, 1999.

5 El texto del armnisticio se encuentra en *La nascita della repubblica. Mostra storico-documentaria*, Roma, 1987, p. 58; cf. también Elena Aga-Rossi: *Una nazione allo sbando. L'armistizio italiano del settembre 1943*, Bolonia: Il Mulino, 1993.

6 Giuliano Vassalli: "La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza della Corte di Cassazione", en Giuliano Vassalli y Gabriele Sabatini: *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Roma: La Giustizia Penale, 1947, p. 42.

7 Cf. Claudio Pavone: *Una guerra civile. Saggio storico sulla moralità della Resistenza*, Turín: Bollati Boringhieri, 1991; Mimmo Franzinelli: *L'amnistia Togliatti. 22 giugno 1946. Colpo di spugna sui crimini fascisti*, Cles: Mondadori, 2006, p. 18; Massimo Donini: "La gestione penale del passaggio dal Fascismo alla Democrazia in Italia. Appunti sulla memoria storica e l'elaborazione del passato "mediante il diritto penale", intervención en el Congreso de Sevilla sobre *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*, Sevilla, 7-9 de febrero de 2008. Con la finalización de los combates se iniciaron una serie de actos de violencia originados por la justicia revolucionaria y por episodios de venganza privada.

8 Así Toni Rovatti: *La questione della colpa*, inédito.

su padre, Vittorio Emanuele III, le cedió el poder (12 de abril de 1944).[9] El 22 de abril se constituyó el gobierno de unidad nacional, presidido por Badoglio, quien fue apoyado por primera vez por los representantes de los partidos antifascistas del Comité de Liberación nacional (CLN).[10]

De esta sinergia surge el decreto ley real n.º 134, del 26 de mayo de 1944, sobre la "Punición de los delitos y de los ilícitos del fascismo", que sería el texto de referencia del sucesivo decreto ley del lugarteniente n.º 159, del 27 de julio de 1944, sobre "Sanciones contra el fascismo",[11] adoptado por el gobierno de Bonomi,[12] que contenía las normas fundamentales para la depuración[13] y para la adopción de sanciones contra el fascismo. Entre las medidas adoptadas debe señalarse la abolición de la pena de muerte del Código Penal común (decreto ley del lugarteniente n.º 224, del 10 de agosto de 1944).[14] Esta pena permaneció, sin embargo, para algunos delitos políticos de los líderes y de los ministros del fascismo, así como también para los delitos de los códigos penales militares, que se aplicaban extensivamente a los hechos cometidos durante la guerra y, por lo tanto, a los fascistas y colaboracionistas, aunque no fueran militares.[15] Al mismo tiempo fueron incorporadas nuevas normas penales para castigar los delitos fascistas y reintroducidas normas del Código Zanardelli sobre la determinación de la pena (como las circunstancias atenuantes genéricas) y sobre la relación con los poderes públicos,[16] que habían sido derogadas por el Código Rocco.

---

9 A partir de aquel momento las medidas legislativas no serán más *decretos reales*, sino *decretos del lugarteniente*, emanados por el lugarteniente, decididos políticamente por el CNL, y formalmente por el Consejo de Ministros, ante la ausencia de un Parlamento.

10 Así Toni Rovatti: op. cit.

11 Este decreto se encuentra en *Supplemento alla Gazzetta Ufficiale*, serie especial del 29 de julio de 1944, n.º 41. Cf. Hans Woller: *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, Bolonia: Il Mulino, 1997, 193-205; Romano Canosa: op. cit., pp. 48 ss.

12 El gobierno se había formado el 8 de junio de 1944 inmediatamente después de la liberación de Roma. Así Rovatti: op. cit.

13 Sobre la depuración fracasada cf. Romano Canosa:. op. cit.; Marcello Flores: *L'epurazione*, en AA. VV.: *L'Italia dalla liberazione alla Repubblica*, Milán: Feltrinelli, 1977; Guido Neppi Modona: *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milán: Franco Angeli, 1984; Alessandro Orlandini y Giorgio Venturini: *I giudici e la resistenza. Dal fallimento dell'epurazione ai processi contro i partigiani: il caso di Siena*, Milán: La Pietra, 1983; Claudio Pavone: *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Turín: Bollati Boringhieri, 1995; Domenico Roy Palmer: *Processo ai fascisti*, Milán: Rizzoli, 1996; Hans Woller: *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, Bolonia: Il Mulino, 1997; Zara Algardi: *Processi ai fascisti*, Florencia: Vallecchi, 1958; Achille Battaglia: *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, en AA. VV.: *Dieci anni dopo 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari: Laterza, 1955, 342 ss.

14 Para un comentario cf. Battaglino y Giuliano Vassalli: *La nuova legislazione penale*, vol. I, Milán: Giuffrè, 1946, 71 ss.

15 Señala el carácter contradictorio Massimo Donini: op. cit. Cf. también Giorgio Rochat: *Duecento sentenze nel bene e nel male. I Tribunali militari nella guerra 1940-43*, Udine: Gaspari, 2002, 48 ss.

16 Se reintroduce, por ejemplo, la eximente de la reacción legítima a actos arbitrarios de parte de funcionarios públicos por desacato (artículos 341, 342, 343 CP), violencia o resistencia al funcionario público

Otro momento fundamental desde el punto de vista jurídico es 1946: el 2 de junio fue votada por referéndum la República y el 22 de ese mes el entonces ministro de justicia, Palmiro Togliatti, adoptó una amnistía para los crímenes cometidos por los italianos.

En 1948 fue finalmente aprobada la Constitución;[17] la mayor parte de la legislación fascista permanecería sin embargo en vigor (piénsese, por ejemplo, en el Código Penal, en el Código de Procedimiento Penal, en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil).

2. Mecanismos de superación del pasado

El camino seguido por Italia para hacer cuentas con los crímenes de guerra nazifascistas puede ser definido, en líneas generales, como lineal y coherente. Antes que nada debe anticiparse que, si bien es cierto que inmediatamente a la caída del régimen se adoptaron algunas medidas para la persecución de los crímenes nazifascistas, Italia ha preferido la vía del olvido. Como se verá, esto obedeció a exigencias de pacificación y reconstrucción del país, a la necesidad de legitimar y afianzar al nuevo gobierno, y al hecho de que las estructuras estatales estaban en su mayor parte, luego de la guerra, compuestas por personas que habían adherido al régimen fascista, lo que garantizaba en cierto modo una continuidad institucional; esto era así en particular en los órganos judiciales. Como veremos, si bien hubo una ruptura o discontinuidad en el plano legislativo-formal (adopción de la Constitución y de las leyes para sancionar los crímenes fascistas), hubo también una continuidad sustancial a causa de la composición y el funcionamiento de los órganos judiciales. Estos elementos contribuirían a una política de remoción que constituye la nota distintiva de la transición del fascismo a la democracia y que todavía hoy caracteriza la situación histórico-política italiana respecto a aquellos hechos. Sobre las modalidades concretas de esta política nos detendremos más adelante.

(artículos 336-337 CP) y violencia a amenaza a un cuerpo político, administrativo o judicial (artículo 338 CP).

[17] La Constitución también instituyó una Corte Constitucional, cuya integración no se completó hasta 1955 y por tanto comenzó a funcionar siete años después de su creación. Al respecto debe resaltarse que fue precisamente la Corte Constitucional la que empezó, a través de algunas decisiones fundamentales, a hacer limpieza de algunas normas fascistas y a volver verdaderamente ejecutiva la Constitución.

Al finalizar el conflicto existía, por un lado, la necesidad de pacificar el país y, por el otro, de mitigar los impulsos de venganza de las víctimas del régimen. Así, fue urgente instituir órganos de justicia estatal, únicos capaces de evitar episodios de justicia sumaria y venganzas personales y refundar un orden legal institucional compartido.[18]

Las reacciones a los crímenes nazifascistas fueron, como se adelantó, diversas y cada una tuvo un andamiento diferente. A la primera fase, en la que se buscó una reacción y hacer justicia, siguió otra en la cual se renunció a cuestionar y depurar el personal que habían apoyado el fascismo (en particular el judicial)[19] y a perseguir tanto a los italianos como a los alemanes, aunque con trámites y caminos y distintos.

2.1. La respuesta penal: la persecución de los crímenes nazifascistas ante las jurisdicciones militar y ordinaria

En general, se puede decir que Italia ha preferido reaccionar a los crímenes nazifascistas —al menos en los primeros momentos luego de la finalización del conflicto— con una respuesta *penal*.[20] Se han celebrado procesos ante la jurisdicción ordinaria y militar, aplicando las normas ya existentes del derecho penal (especialmente los códigos penales militares) e introduciendo normas *ad hoc* para reprimir el fenómeno del colaboracionismo. Sin embargo, en estos procesos se ha ido interpretando progresivamente la ley en sentido favorable a la no punición de los criminales.

Dicho esto, es preciso volver a acentuar que el momento de cesura para comprender los mecanismos de justicia de transición en Italia es el ya mencionado armisticio Badoglio, que cambió sensiblemente las relaciones entre Italia y Alemania. Desde ese momento, esta última se convirtió en fuerza ocupante y esto influyó en la elaboración de los instrumentos normativos y judiciales puestos en práctica, los cuales siguieron cursos diferentes según que los criminales fueran alemanes o italianos.

---

[18] Toni Rovatti: "Punizione dei crimini di guerra e costruzione della memoria: la legislazione speciale italiana 1945-1947", en Seminario ISEC, Sesto San Giovanni, 21-22 de abril de 2008, *Fonti e temi per la storia delle occupazioni italiane all'estero (1920-1945)*, inédito, p. 2.

[19] Guido Neppi Modona: *La magistratura dalla liberazione agli anni Cinquanta*, en AA. VV.: *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III, Turín: Einaudi, 1997, 84 ss., definió la depuración como un fracaso. En línea con tal elección fue mantenida la legislación del veintenio fascista, incluso el Código Rocco.

[20] Se retoma aquí la clasificación penal, pseudopenal y no penal propuesta por los editores. Sobre el resarcimiento y la indemnización, cf. en la página de SISSCO, ‹www.sissco.it›, las intervenciones de Bertilotti sobre "Riconoscimento, reintegrazione e risarcimento delle vittime della persecuzione razziale in Italia (1945-1965)" y de Focardi y Klinkhammer sobre "Risarcimenti per i partigiani? L'accordo italo-tedesco del 1961 e le politiche di indennizzo per le 'vittime del nazionalsocialismo'", en el marco del encuentro de Marsala (septiembre 2007) sobre *L'Italia repubblicana e i conti col passato: procedimenti giudiziari e politiche di risarcimento*.

Antes de analizar los mecanismos particulares es oportuno señalar algunos aspectos de la experiencia italiana en su conjunto.

En primer lugar, debe ponerse en evidencia un aspecto que concierne a los principios que gobiernan el derecho penal: para sancionar los crímenes cometidos durante el régimen nazifascista han sido utilizadas —predominantemente— categorías y normas *preexistentes* a la comisión de los crímenes y pertenecientes al derecho penal nacional (común o militar),[21] con el fin de respetar el principio constitucional de irretroactividad de la norma penal.

Otro elemento importante es la existencia de un *ordenamiento militar* que, a diferencia del Código Penal común, aplicado por la jurisdicción ordinaria, es aplicado por la jurisdicción militar (en realidad existen dos códigos penales militares, el de tiempos de paz y el de tiempos de guerra).[22] Muchas de las normas que han sido aplicadas (directamente o a través de un reenvío) para el castigo de los crímenes nazifascistas pertenecían a los códigos militares (de 1941).

En fin, debe resaltarse que la experiencia italiana se caracteriza por la naturaleza *especial* y *territorial* de los mecanismos de justicia creados para la represión de los crímenes fascistas en línea con las exigencias de justicia sustancial y ejemplar provenientes de la opinión pública.[23] Se suceden así, en un primer período, órganos de justicia especial representados por la Alta Corte de Justicia (ACJ), por las cortes extraordinarias de Assise (CEA), sustituidas en un segundo momento por salas especiales en las cortes de Assise (CA).[24] Las sentencias pronunciadas por estos órganos podían ser impugnadas ante la Suprema Corte de Casación (SCC), lo que sería determinante en la transición.

---

[21] Se trata de normas que se refieren con frecuencia al derecho internacional. A título de ejemplo, pueden citarse las normas sobre el delito de genocidio, introducidas en el derecho penal italiano como consecuencia de la ratificación de la convención internacional de 1948, o algunas disposiciones del CPMG del 1941 basadas en las convenciones de La Haya de 1899 y de 1907.

[22] Sobre la jurisdicción militar de guerra cf. el artículo 103 de la Constitución. Cf. además David Brunelli y Giuseppe Mazzi: *Diritto penale militare*, Milán: Giuffré, 2007, pp. 531-536.

[23] Esta fuerte descentralización territorial no ayudará a una reconstrucción homogénea y orgánica con repercusiones significativas sobre el "tipo" de memoria. Cf. Toni Rovatti, que pone en evidencia el vínculo entre la forma de justicia elegida y la reconstrucción poco orgánica (op. cit., p. 3).

[24] Con el decreto n.º 625 del 5 de octubre de 1945 se suprimen las Cortes extraordinarias de Assise y la sala especial provisoria de la Corte de Casación. Las salas especiales tenían competencia funcional específica para determinados delitos, cf. Gabriele Sabatini: "L'amnistia politica", en Giuliano Vassalli y Gabriele Sabatini: op. cit., pp. 465-468. La Alta Corte de Justicia permanecerá en funciones para el juicio político de los senadores.

2.2. La reacción no penal: la Comisión Parlamentaria de Investigación sobre las Causas de la Ocultación de los Crímenes Nazifascistas

Solo recientemente, luego el descubrimiento de dos mil expedientes concernientes a crímenes cometidos principalmente por ciudadanos alemanes, aunque no únicamente, se ha instituido una Comisión Parlamentaria de Investigación sobre las Causas de la Ocultación de los Crímenes Nazifascistas.

3. Análisis de los mecanismos utilizados

3.1. La doble vía

Ante todo, es preciso poner en evidencia nuevamente que el modelo de justicia de transición que se decidió seguir estuvo condicionado por el tipo de conflicto que existió en Italia. El verdadero punto de inflexión desde el punto de vista histórico y jurídico fue el armisticio de Badoglio, que introdujo lo que podemos definir como *doble vía* en la persecución de los crímenes según que los autores de los delitos fueran alemanes o italianos. A partir de allí, Alemania no podía seguir siendo considerada como aliada, sino como potencia ocupante, lo que trajo consigo importantes consecuencias en el plano jurídico, sobre todo en lo que concierne a la jurisdicción competente y la calificación jurídica de los crímenes cometidos por los alemanes.

Desde el punto de vista político, algunos miembros del régimen fascista —no dispuestos a aceptar la idea de una derrota militar— intentaron salvar la situación precedente con la constitución de la ya mencionada, e ilegítima, *Repubblica Sociale Italiana.* Exactamente a partir de este momento Italia asume una doble naturaleza de agresor y agredido, de víctima y victimario. Muchas de las peculiaridades, y especialmente de los silencios, que caracterizaron todo el período sucesivo y que conciernen a los crímenes fascistas (cometidos en Italia y también en el extranjero) y a los crímenes de los partisanos derivan de este elemento. Se alimentó un conflicto muy fuerte, que unos autores califican como guerra civil, especialmente en el norte del país. El armisticio tuvo también el efecto de desencadenar una reacción muy violenta de parte de Alemania contra la población civil y contra las milicias partisanas que, con actos de guerrilla, atacaban al ejército alemán.

Para comprender la experiencia italiana debe tenerse presente la distinción central entre crímenes de guerra cometidos por italianos en Italia y crímenes de guerra cometidos por alemanes en Italia. Esta fisonomía de los actores del conflicto debe ser tenida en cuenta, porque tuvo repercusiones muy importantes no solo en la jurisdicción competente (ordinaria en el primer caso, militar en el segundo),[25] el derecho aplicable y la calificación de los hechos (nace el macrotipo de *colaboracionismo* con el enemigo, con problemas de legalidad del delito y de las penas, y también de presunciones absolutas de culpabilidad), sino también en los mecanismos de persecución de los crímenes que fueron cometidos en aquel período.

Antes de comenzar el análisis de los diversos mecanismos es útil esquematizar la evolución de la justicia de transición en Italia a partir de 1943.

3.2. Las tres etapas de la justicia de transición en Italia

A grandes rasgos es posible diferenciar tres etapas en cuanto a la persecución penal, en Italia, de la criminalidad nazifascista.[26]

La primera etapa comienza a partir del armisticio de Badoglio en 1943, y puede considerarse finalizada con la amnistía de 1946. Esta etapa se caracteriza, de un lado, por una *exigencia de justicia*[27] y, del otro, por una política de persecución penal diferenciada o especial según la nacionalidad de los autores de los crímenes, es decir, alemanes o italianos. Los ciudadanos alemanes, en cuanto miembros de una potencia ocupante, fueron juzgados por los tribunales militares por crímenes de guerra en aplicación del Código Penal Militar de Guerra de 1941; los ciudadanos italianos, en cambio, fueron

[25] Sobre la relación entre la jurisdicción militar y la jurisdicción ordinaria cf., además del artículo 103 de la Constitución, la sentencia de la Corte de Casación, en pleno, 25 de octubre de 2005, n.º 5135, en la que se estableció que, cuando existe conexión entre procedimientos de competencia del juez ordinario y procedimientos de competencia del juez militar, la jurisdicción corresponde al juez ordinario según el artículo 13, segundo párrafo, CPP, solo si, tratándose de procedimientos por delitos diversos, el delito común es más grave que el militar. En todos los demás casos no hay acumulación. Por lo tanto, cuando la conexión concierne medidas relativas al mismo delito cometido por militares en concurso con civiles el juez militar mantiene la competencia respecto de los primeros.

[26] Cf. informe "Italia", en Kai Ambos, Gisela Elsner, Ezequiel Malarino (comp.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008. Se hace referencia aquí exclusivamente a las formas "más humanas" (así Woeller) asumidas luego de la liberación en cuanto a hacer las cuentas con el fascismo. Además de hacer las cuentas por medio de la justicia, deben señalarse los despidos en masa, las venganzas y las retorsiones espontáneas, esto es, la llamada *depuración salvaje*. Sobre el punto cf. Hans Woller: op. cit., pp. 373-410.

[27] El sistema de justicia especial, puesto en práctica inmediatamente luego de la guerra, debía servir para normalizar el país, excluyendo la justicia sumaria, y para facilitar el proceso de legitimación formal de la clase dirigente antifascista.

juzgados, primero, por tribunales especiales (la Alta Corte de Justicia, las cortes extraordinarias de Assise y después la salas especiales de las cortes de Assise) y posteriormente por la justicia ordinaria, por el delito de *colaboracionismo* establecido en el artículo 5 del decreto 159/44.[28] Las características esenciales de la persecución en Italia de los crímenes nazifascistas durante esta etapa fueron las siguientes: una *doble vía* dictada por la calidad del sujeto activo del crimen, la naturaleza *especial* de los organismos competentes (fueron creados organismos especiales para juzgar a los italianos), la existencia en Italia de una legislación y de una jurisdicción penal militar, la coexistencia de normas preexistentes (códigos penales militares) y dificultades de coordinación con las nuevas normas (algunas en parte retroactivas)[29] introducidas para hacer frente a la transición a la democracia.

La segunda etapa se caracteriza por la decisión de no perseguir penalmente los crímenes cometidos durante el periodo nazifascista, y comienza con el decreto de amnistía del 22 de junio de 1946, conocido como *amnistía Togliatti.*[30] También este decreto trata de modo diferente la criminalidad nazi y la criminalidad fascista. En efecto, la amnistía solo operaba respecto de crímenes cometidos por ciudadanos italianos. En lo que concierne a los procesos contra los ciudadanos alemanes en virtud del CPMG, esta etapa se caracteriza por una *ausencia de persecución de facto*. En 1960 el procurador general militar decidió el archivo provisional de estos procesos,[31] creando un instituto jurídico *ad hoc* que no estaba previsto en la legislación procesal, con el objeto de frustrar el ejercicio de la acción penal. Retomando unas consideraciones del profesor Giuliano Vassalli, se puede afirmar que esta medida era ilegal por dos razones. La primera,

---

[28] Para el texto del decreto presidencial véase el suplemento de la *Gazzetta Ufficiale* (boletín oficial), serie especial del 29 de julio 1944 (n.º 41). Esta norma introdujo el tipo de "colaboracionismo" que sancionaba según las disposiciones del Código Penal Militar de Guerra a quien, luego del 8 de septiembre de 1943, cometía delitos contra la fidelidad y la defensa militar del Estado (se refiere, evidentemente, al —legítimo— Estado del Sur y no a la República de Salò) a través de cualquier forma de entendimiento o *colaboración* con el invasor alemán. Sobre las normas del CPMG aplicables cf. Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 75-98.

[29] Sobre las normas penales en parte nuevas y retroactivas respecto a los delitos políticos y no políticos cf. Massimo Donini: op. cit., pp. 9-13.

[30] Palmiro Togliatti fue secretario del Partido Comunista y en ese momento era ministro de Gracia y Justicia en el gobierno de Parri.

[31] Cf. Paolo Pezzino: "Sui mancati processi in Italia ai criminali di guerra tedeschi", en *Storia e memoria*, n.º 1, 2001, pp. 9-25; Mimmo Franzinelli: *Le stragi nascoste. L'armadio della vergogna: impunità e rimozione dei crimini di guerra nazifascisti 1943-2001*, Milán: Mondadori, 2002, pp. 121-133; Franco Giustolisi: *L'armadio della vergogna*, Roma: Nutrimenti, 2004. Cf. sobre la responsabilidad político-administrativa la investigación interna de la magistratura militar, contenida en la "Relazione approvata dal Consiglio della Magistratura Militare (CMM) in data 23 marzo 1999", en *Storia e Memoria*, n.º 2, 1998, pp. 165-178; sobre estas investigaciones internas hasta 1996 cf. la *Relazione di minoranza della Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti*, pp. 377 ss. Una investigación más profunda será desarrollada por la Comisión de investigación parlamentaria (véase *infra*); cf. al respecto, sobre el contexto de tal ocultación la *Relazione di minoranza*, en particular pp. 196 ss., y sobre el archivo provisional, pp. 255-265.

porque este instituto no existía en el plano formal, aunque podría ser interpretado como una suspensión provisoria de la actividad de investigación. La segunda porque la titularidad de esta decisión no pertenencia al procurador general militar, sino a las diferentes fiscalías militares. A partir de allí, también la persecución de los crímenes cometidos por alemanes quedó frustrada.

Esta situación perduró hasta 1994, cuando, a raíz de las investigaciones llevadas a cabo en el proceso *Priebke*, el procurador Intelisano descubrió centenas de expedientes que habían sido previamente "archivados" dentro de un armario en el palacio Cesi, sede de la Procuración Militar de Roma. El descubrimiento del *armario de la vergüenza*[32] tuvo el efecto de reactivar varios procesos por crímenes de guerra cometidos por alemanes durante la época de ocupación.[33]

Con esto comienza la tercera etapa, en la cual tuvo lugar *el inicio* de la persecución penal *efectiva* de los crímenes de los alemanes, que antes había frustrado el titular mismo de la acción penal. Sin embargo, como observa Giuliano Vassalli, también en este caso se registra una falta de actividad: muy pocos expedientes han sido enviados a las fiscalías competentes.

3.3. Un derecho penal diferenciado para los italianos y los alemanes

3.3.1. Los crímenes cometidos por los italianos

La normativa concerniente a la persecución de los crímenes de guerra cometidos por ciudadanos italianos es bastante detallada y distribuida en diversos textos.

[32] Esta expresión ha sido acuñada por los periodistas y también dio el título al libro de Franco Giustolisi: op. cit.

[33] Sobre el punto y sobre los trabajos de la Comisión Mixta (7 de noviembre de 1994-26 de mayo de 1995), instituida para efectuar un análisis del material encontrado y para identificar las medidas a adoptar, cf. *Relazione di minoranza*, op. cit., pp. 343-362.

3.3.1.1. El decreto 159

El decreto ley del lugarteniente n.º 159,[34] del 27 de julio de 1944, contiene las normas definidas como *sanciones contra el fascismo* y constituye el texto normativo más importante en cuanto a los procesos contra el fascismo.[35]

Este mismo texto instituye la Alta Corte de Justicia para juzgar los delitos del fascismo,[36] el Alto Comisariado para la punición de los delitos y de los ilícitos del fascismo,[37] órgano con competencia para actuar en la etapa instructoria y en las investigaciones y para participar en los debates ante la Alta Corte de Justicia.

El artículo 2 establecía la pena de reclusión a perpetuidad y reintroducía la pena de muerte para los miembros del gobierno fascista y los altos mandos del fascismo, culpables de haber anulado todas las garantías constitucionales, destruido las libertades fundamentales, creado el régimen fascista, comprometido y traicionado la suerte del país y haberlo conducido a la catástrofe. Aquellos que tenían precisas responsabilidades en la instauración del régimen fascista, considerados culpables de alta traición, debían ser juzgados ante la Alta Corte de Justicia. La condena preveía también la confiscación de los bienes y la interdicción de cargos públicos. Estaba prevista la posibilidad de un recurso ante una sección especial de la Corte de Casación.

---

[34] El texto se encuentra en *Supplemento alla Gazzetta Ufficiale*, serie especial del 29 de julio de 1944, n.º 41. La base de este texto fue el decreto-ley real del 26 de mayo de 1944 n.º 134 sobre la punición de los delitos y de los ilícitos del fascismo. Sobre este texto como *Magna Charta* de la depuración política cf. Hans Woller: op. cit., pp. 193-242. Sobre las medidas para la depuración que sustituirán las contenidas en este decreto a consecuencia de la Ley Nenni del 14 de noviembre de 1945, cf. siempre Hans Woller: op. cit., pp. 462-472. Debe observarse que para Nenni la "pacificación", en 1945 era un presupuesto para las primeras elecciones libres después del fascismo, por lo que el discurso sobre la depuración era, en aquel entonces, un factor de perturbación para el objetivo del rol de Italia en Occidente. Así Hans Woller: op. cit., p. 500. Sobre la abolición del Alto Comisariado para la depuración cf. ibídem, pp. 514-520.

[35] Sobre tal texto se pronunciaron numerosos e importantes juristas. Merece ser señalado el debate entre Jemolo y Calamandrei. Cf., Arturo Carlo Jemolo: "Le sanzioni contro il fascismo e la legalità", en *Il Ponte*, 1945, pp. 277 ss., y las observaciones de Calamandrei en pp. 285 ss.

[36] La Alta Corte de Justicia —con base en el artículo 2— era competente para juzgar a las principales personalidades fascistas. Ella estaba compuesta por ocho miembros nombrados por el gobierno y estaba presidida por un consejero de Casación. El Alto Comisariado estaba dividido en cuatro secciones: punición de los delitos fascistas, depuración, avocación de las ganancias del régimen, liquidación de los bienes fascistas. Sobre el primer proceso, iniciado el 18 de septiembre de 1944 contra Caruso, cf. Zara Algardi: *Processo ai fascisti. Anfuso, Caruso, Graziani e Borghese di fronte alla giustizia*, Florencia: Vallecchi, 1958; cf. también Hans Woller: op. cit., p. 329; Toni Rovatti: op. cit., pp. 31-38. Las sentencias de la Alta Corte de Justicia no eran apelables. De 99 casos juzgados, 31 fueron condenas —4 a la pena capital— y 68 absoluciones. Los datos fueron obtenidos de Mirco Dondi: *La lunga liberazione. Giustizia e violenza nel dopoguerra italiano*, Roma: Editori Riuniti, 1999, 33. Cf. Liuzzi: "Bilancio dell'Alta Corte", en *Rivista Penale*, 1945, pp. 345 ss. Las Cortes Extraordinarias de Assise lograron enviar a juicio a un número mayor de figuras claves del régimen. Cf. Romano Canosa: op. cit., pp. 20 ss. La Alta Corte de Justicia fue suprimida el 5 de octubre de 1945.

[37] En los artículos 11 ss. se regulaba la depuración de los fascistas de la administración.

El artículo 3 regulaba hipótesis menos graves, sancionando a los organizadores de los escuadrones fascistas que habían realizado devastaciones y actos de violencia contra quienes habían promovido la insurrección del 22 de octubre de 1922 y el golpe de Estado del 3 de enero de 1925 y contra quienes habían contribuido con actos relevantes a mantener en vigor el régimen fascista. Estos comportamientos eran punibles por alta traición con base en las sanciones previstas en el artículo 118 del Código Zanardelli, norma nueva y absolutamente retroactiva.[38] Por lo tanto, a los delitos juzgados se les aplicaban sanciones no previstas al momento de su comisión en violación del principio de irretroactividad de la ley penal.

Ambos tipos penales (previstos en los artículos 2 y 3) podían ser aplicados a hechos cometidos hasta el 25 de julio de 1943 y eran encuadrados, remitiéndose al artículo 120 del Código Zanardelli, en el delito de "Insurrección armada contra los poderes del Estado", castigado con reclusión de 18 a 24 años.[39] La competencia de estos delitos correspondía a la Alta Corte de Justicia si eran cometidos por imputados que revestían posiciones de dirigencia; de lo contrario, correspondía a la magistratura ordinaria.

La otra disposición fundamental estaba contenida en el artículo 5, que sancionaba, según las disposiciones del Código Penal Militar de Guerra, a quien, luego del 8 de septiembre de 1943, hubiese cometido delitos contra la lealtad y defensa militar del Estado (se refiere al Estado legítimo del sur y no a la República de Salò) a través de cualquier forma de inteligencia o correspondencia o *colaboración* con el invasor alemán, o de ayuda o asistencia prestada a este (se trata de la figura definida como *colaboracionismo*).[40] Por tanto, las normas del Código Penal Militar de Guerra eran extendidas excepcionalmente también a civiles. Esta previsión planteó la cuestión del respeto del principio de irretroactividad,[41] dado que estas figuras delictivas solo estaban previstas para los militares. Además, la elección de calificar como delito de colaboracionismo a los hechos cometidos entre el 8 de septiembre de 1943 y el 25 de abril de 1945 tenía dos consecuencias claras: por un lado, remarcar el contexto de guerra, con el resultado de

---

38 Así Massimo Donini: op. cit., p. 10.

39 Cf. Hans Woller: op. cit., p. 200.

40 Al respecto, cf. Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 75-98. Se reenvía también al trabajo de Vassalli para un examen profundo de las normas del Código Penal Militar de Guerra que prevén los delitos de ayuda al enemigo (artículo 51), de inteligencia y correspondencia con el enemigo (artículo 54) y de ayuda al enemigo en sus designios políticos (artículo 58); ibídem, p. 102. Sobre el concurso entre el delito de colaboracionismo y otros delitos, cf. ibídem, pp. 320-341.

41 Cf. Ugo de Siervo: "Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo", en *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, 1969, p. 547; Achille Battaglia: op. cit., p. 342 ss. Hablan de normas retroactivas respecto de los civiles Massimo Donini: op. cit., pp. 9 ss., 29; Toni Rovatti: op. cit., p. 4.

acentuar las formas de colaboracionismo militar en perjuicio de las de colaboracionismo político, disminuyendo así la importancia de los crímenes cometidos contra civiles inermes[42] respecto a los cometidos contra partisanos (reconocidos como combatientes legítimos); por el otro, negar la hipótesis de una violencia fascista autónoma respecto al invasor alemán con finalidades propias y específicas.[43]

Respecto a los militares eran competentes los tribunales militares, mientras que respecto a los civiles era competente la magistratura ordinaria.[44] Con tal instrumento de "justicia pública y legal" se pretendía atenuar el ansia de venganza de las víctimas del régimen pasado y de la RSI, evitando formas de justicia sumaria.[45]

La disposición que introduce el macrotipo de colaboracionismo ha dado lugar, a causa del reenvío al Código Militar y de su formulación poco taxativa, a numerosas cuestiones hermenéuticas, algunas de las cuales serán mencionadas en las páginas siguientes.[46]

El artículo 6, en fin, excluía la prescripción como causa de extinción del delito, así como la aplicabilidad de las amnistías e indultos aprobados luego del 28 de octubre de 1922, y declaraba inexistentes las sentencias precedentes "cuando en la decisión haya influido el estado de coerción moral determinado por el fascismo".

Se sancionaba en definitiva el retorno al derecho precedente, anulando normas y jurisprudencia consideradas como ilegales (artículo 1 del decreto mencionado).

En este primer período, además de los órganos mencionados, el órgano competente para juzgar los hechos punibles según el artículo 3 era la magistratura ordinaria: cortes de Assise, tribunales y pretores. El artículo 4 del decreto establecía que las cortes de Assise debían estar integradas por dos magistrados y por "cinco jueces populares elegidos por sorteo de listas de ciudadanos de conducta moral y política intachable". Según el artículo 5, contra estas sentencias no era admisible ningún medio de impugnación, ni siquiera la revisión.

En realidad, hasta el 25 de abril de 1945 el sistema de justicia institucional no logró funcionar de manera eficaz: la Alta Corte de Justicia no logró juzgar a miembros

---

42 Toni Rovatti: op. cit., p. 4.

43 Cf. Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 210-215.

44 Sobre la extensión a los civiles de las normas del Código Penal Militar de Guerra sobre el colaboracionismo cf. Ettore Gallo: "Giustizia e resistenza", en Enzo Collotti, Renato Sandra y Frediano Sessi (comp): *Dizionario della Resistenza*, Turín: Einaudi, vol. II.

45 Así Toni Rovatti: op. cit., p. 2.

46 Por todos, Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 67-413.

de alta jerarquía del régimen pasado, y, por tanto, no pudo destruir la continuidad que la ligaba al régimen precedente.[47]

3.3.1.2. La remoción: el decreto 142

El 22 de abril de 1945 el gobierno de Parri aprobó el decreto del lugarteniente n.º 142.[48] El texto traduce claramente el cambio de rumbo en cuanto a la represión de la criminalidad fascista a fin de tener en cuenta las nuevas exigencias de pacificación.

En efecto, Palmiro Togliatti, secretario del Partido Comunista y ministro de Gracia y Justicia del gobierno de Parri, comenzó, por un lado, a dar espacio a la idea de la pacificación nacional, que estaba difundiéndose en la esfera pública, y, por el otro, a mitigar la idea de reprimir de manera radical los crímenes fascistas. Muchos de los que habían sufrido la violencia del régimen y que compartían la ideología comunista no vieron con buenos ojos este cambio. Tal sensación se tradujo luego en profunda frustración cuando, al año siguiente, el mismo Togliatti adoptó una amnistía.

Al mismo tiempo, el decreto 142 rediseñaba la competencia de los órganos judiciales para tratar con los crímenes fascistas. Se abandonó la justicia ordinaria (también para los delitos menos importantes) y se instituyó una justicia especial: las cortes extraordinarias de Assise (CEA),[49] transformadas luego en salas especiales de las cortes de Assise (con el decreto 625 del 5 de octubre de 1945). Las CEA estaban integradas por un juez profesional y cuatro jueces populares, composición que se reveló determinante —como veremos— en el andamiento del proceso de transición. Estas jurisdicciones eran competentes de manera exclusiva para los delitos cometidos por los fascistas luego del 8 de septiembre de 1943, encuadrados como delitos de colaboracionismo, tal como se preveía en el decreto del 27 de julio de 1944, n.º 159.[50]

---

[47] Cf. Liuzzi: "Bilancio dell'Alta Corte", en *Rivista Penale*, 1945, pp. 345 ss.; y F. Borsato: *La leggendaria fuga del generale Roatta*, Siracusa: Corso, 1965.

[48] Cf. el texto "Istituzione di Corti Straordinarie d´Assise per i reati di collaborazione con i tedeschi", en *Supplemento alla Gazzetta Ufficiale*, n.º 49, 24 de abril de 1945.

[49] Se trata de jurisdicciones que representan un compromiso político entre la visión del gobierno de Parri (y de Togliatti) y los proyectos de ruptura de las organizaciones partisanas del Comité de Liberación Nacional de la Alta Italia (CLNAI). Sobre las CEA cf. Hans Woller: op. cit., pp. 410- 423. Sobre las CEA como organismos creados para bloquear el proyecto de justicia del CLNAI y sobre el proyecto especial de este último, cf. T. Rovatti: op. cit., pp. 38-45. Sobre las diferencias estructurales entre las CEA y la justicia prefigurada por la resistencia, ibídem, p. 48. Sobre la Alta Corte de Justicia y sobre el funcionamiento de las Cortes Extraordinarias de Assise, cf. Mirco Dondi: op. cit., pp. 31-44.

[50] Hans Woller: op. cit., p. 410 ss.; Mirco Dondi: op. cit., pp. 33 ss.

Además, en Milán fue creada una sala especial provisoria de la Corte de Casación para conocer sobre los recursos contra las sentencias de las CEA.[51] Se trata de un elemento esencial, dado que precisamente tal posibilidad permitiría a la Casación entre 1945 y 1947 redimensionar las condenas de primera instancia y, por lo tanto, en definitiva frustrar la interrupción del vínculo con el pasado. La posibilidad de recurrir en casación y los poderes reconocidos a tal instancia jurisdiccional superior constituyen un punto crucial para comprender el proceso de remoción respecto a los crímenes nazifascistas.

Las CEA eran definidas extraordinarias no solo por su integración y por la legislación especial que aplicaban, sino también por los tiempos limitados previstos para su actuación. Se pensaba, en efecto, que habrían debido funcionar solamente seis meses, período considerado suficiente para juzgar los delitos del fascismo (pasado este tiempo la competencia retornaba a la magistratura ordinaria). Este período se consideraba suficiente para cerrar las cuentas con los delitos del fascismo. Se quería, así, controlar las pulsiones de venganza —que ya habían surgido y eran controladas con dificultad— para sancionar de modo rápido y ejemplar a los ex fascistas y partidarios de la RSI (*repubblichini*) y evitar que se realizara un proyecto judicial de resistencia.[52] En realidad ellas operaron por dos años y medio hasta el final de 1947.

El decreto 142 introdujo también algunas presunciones de responsabilidad para los máximos líderes militares y civiles de la República Social Italiana.[53] El artículo 1 enumeraba una serie de cargos o de actividades considerados condición suficiente no solo para el reenvío a juicio del acusado, sino también para su condena por el delito de colaboracionismo con el alemán invasor.[54] Esta norma, que contenía una presunción *juris et de jure* de colaboración con el invasor alemán para ciertas categorías de personas (ministros, subsecretarios de Estado, presidentes, miembros del Tribunal Especial para

---

[51] Estas Cortes dejaron de funcionar el 13 de octubre de 1945 y los recursos pendientes fueron remitidos a la Corte Suprema de Casación; cf. Gabriele Sabatini: "Il sistema processuale per la repressione dei crímenes fascisti", en Giuliano Vassalli y Gabriele Sabatini: op. cit., pp. 454-458.

[52] Así Toni Rovatti: op. cit., p. 7, que cita el proyecto de justicia del CLNAI, el cual contemplaba la posibilidad de que las víctimas se constituyeran en partes civiles y la inimpugnabilidad de las sentencias de los tribunales de mérito de primera instancia.

[53] Cf. F. Scalambrino: *I Guardasigilli comunisti Togliatti e Gullo: sanzioni contro il fascismo e processo alla resistenza*, en Miccoli, Guido Neppi Modona y Paolo Pombeni: *La grande cesura. La memoria della Guerra e della resistenza nella vita europea del dopoguerra*, Bolonia: Il Mulino, 2001, pp. 327-353. Sobre la jurisprudencia y sobre cómo esta ha interpretado la naturaleza y los límites de estas presunciones cf. Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 225-240.

[54] El artículo 1 no sirvió, salvo casos excepcionales, para punir a los máximos responsables del régimen nazifascista. Estos últimos, si no habían podido escapar a la persecución, lograron evitar una pena gracias a la amnistía. La Corte de Casación, en efecto, negó que el cargo o la función revestidos por el agente pudiera obstaculizar la amnistía en aquellos casos en los cuales la condena hubiera sido dictada con base en la presunción de colaboracionismo. Cf. Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 283-284, nota 1.

la Defensa del Estado y de los tribunales extraordinarios, jefes de provincia, secretarios o comisarios federales, directores de periódicos políticos, oficiales superiores con funciones político-militares), permitía prescindir no solo de la prueba del elemento subjetivo, sino también del resultado y del nexo de causalidad.[55] Todos colaboracionistas *ex lege*.[56] La composición popular (mayoritaria) en primera instancia y la publicidad de las audiencias[57] determinaron los resultados bastante severos de estas cortes en los primeros meses de actividad. Los procesos concluían con frecuencia con la condena a muerte o con la prisión a perpetuidad.[58]

Sin embargo, este escenario cambió en poco tiempo.

Por un lado, este esquema presuntivo fue superado rápidamente por la doctrina[59] y la jurisprudencia, tanto de mérito como superior:[60] también, porque en algunos casos —a pesar de la función revestida— las personas habían utilizado de hecho su cargo para contrarrestar la actividad de los alemanes.

Por otro lado, hacia el final del verano de 1945 comenzó a tener lugar una transformación en el comportamiento de las cortes. La posibilidad de apelar las decisiones de las CEA ante la Sala Especial de la Corte de Casación[61] y el hecho de que la resistencia y los antifascistas no hubieran podido lograr la depuración de este tribunal permitió la anulación de sentencias de primera instancia, lo que trajo como resultado una sustancial impunidad de los delitos fascistas.[62]

Las CEA tuvieron que desarrollar esta difícil tarea política y jurídica en una fase en la cual la sociedad italiana estaba todavía fuertemente dividida y en la cual se desarrollaban cotidianamente actos de violencia. Al inicio de los años cincuenta la mayoría de quienes habían sido condenados habían recuperado la libertad (según la nota del

---

55 Así la jurisprudencia de casación. Para un análisis de estas decisiones cf. Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 227-240.

56 Así Massimo Donini: op. cit., p. 12.

57 Señala la enorme participación popular en los procesos Hans Woller: op. cit., p. 413.

58 M. Dondi: op. cit., p. 47 ss.; Hans Woller: op. cit., p. 412.

59 Cf. los autores citados por Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 231, nota 1. Estrechamente vinculada a la naturaleza de las presunciones es la cuestión de la naturaleza y los efectos del reenvío al Código Penal Militar por el apartado cuarto del artículo 1; cf. Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 240-245.

60 Sergio Vinciguerra (voce): *Fascismo. Sanzioni contro il fascismo*, Enc. Del Diritto, XVI, Milán: Giuffré, 1967, p. 912; sobre la sentencia de la CEA de Como del 29 de noviembre de 1945 (*Petazzi*) cf. Toni Rovatti: op. cit., p. 64.

61 No eran impugnables, en cambio, las sentencias de la Alta Corte de Justicia.

62 Cf. Achille Battaglia: op. cit., pp. 346 ss.; Guido Neppi Modona: "Il problema della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo", en Luigi Bernardi, Guido Neppi Modona, Silvana Tesori (comp.): *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milán: Franco Angeli, 1984, 34 ss. Los criterios —jurídicamente incuestionables— adoptados por la Corte de Casación fueron progresivamente adoptados también por las CEA; así Hans Woller: op. cit., p. 416.

Ministerio de Gracia y Justicia al presidente del Consejo del 21 de enero de 1953, el número de detenidos al 31 de diciembre de 1952 era de 266, y a esa época 5594 personas ya habían sido condenadas por colaboración con el enemigo).[63]

3.3.1.3. La prórroga de la actuación de la justicia especial: las salas especiales de las Cortes de Assise: el decreto 625

Con el decreto n.º 466, del 2 agosto 1945, se atribuyó a las cortes extraordinarias competencia respecto de todos los delitos cometidos en el territorio nacional, incluidos los delitos cometidos por los militares.

El 5 de octubre del mismo año, el ministro Togliatti aprobó el decreto n.º 625 del lugarteniente ("Modificaciones de las normas sobre las sanciones contra el fascismo"),[64] que, sin modificar la naturaleza especial de los órganos judiciales responsables del juzgamiento de los delitos fascistas, abolió las CEA y la sala especial de la Corte de Casación de Milán[65] y creó las salas especiales de las cortes de Assise, organizadas según los mismos criterios, regidas según el mismo procedimiento y competentes sobre los mismos delitos. La fisonomía siguió siendo la misma.

Con el decreto del lugarteniente n.º 201, del 12 de abril de 1946 ("Texto de las disposiciones para la punición de los delitos fascistas y para la represión de algunas actividades fascistas"),[66] se introdujeron, además, algunos cambios en cuanto a la integración de las cortes y a los criterios para su formación. En todo caso, en menos de tres años los órganos especiales fueron suprimidos y se tornó definitivamente a la competencia ordinaria.[67]

Según el historiador Hans Woller, desde 1945 hasta 1947 fueron celebrados, primero por las CEA y luego por las salas especiales ante las cortes de Assise, entre 20.000 a 30.000 procesos y existieron 1.000 condenas a muerte (debe tenerse presente que en

---

63 Vale la pena observar que —como ha sido puesto de relieve por el historiador Klinkhammer— se registra una diferencia grande entre Italia y Alemania en la función atribuida a los procesos. En Italia, los procesos ante las CEA, aunque fueron una fuente histórica importante para la reconstrucción de tales complejos sucesos, no estaban pensados para construir una memoria, sino más bien para manejar políticamente la transición a la democracia y legitimar la nueva República. En Núremberg, en cambio, los procesos sirvieron para construir una memoria en torno al pasado nacionalsocialista. Mientras en Alemania se creó una cultura de la culpa, en Italia se construyó una cultura de la indulgencia y el olvido.

64 En *Gazzetta ufficiale*, 13 de octubre de 1945, n.º 123.

65 Esta Sala Especial dejó de funcionar a los treinta días de la entrada en vigor del decreto n.º 625; el decreto entró en vigor el 13 de octubre de 1945.

66 En *Gazzetta Ufficiale*, 27 de abril de 1946, n.º 98.

67 Cf. Giuliano Vassalli: *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milán: Giuffré, 2001, 215 ss.

Italia solo en la primavera de 1945 los ajustes de cuentas *salvajes* habían provocado entre 5.000 y 8.000 víctimas).[68] La CEA y las salas especiales desarrollaron una actividad importante en cuanto a la punición de delitos fascistas.[69] De estas cortes y de las salas especiales se puede decir con certeza que han calmado una parte considerable de la rabia y furor que se había acumulado, impidiendo mayores explosiones de violencia.[70]

Debe observarse, sin embargo, que la gran mayoría de las sentencias de condena impuestas en primera instancia fueron luego —como se ha anticipado— anuladas en la Corte de Casación. Esto ocurría no solo por la simpatía de los jueces de la casación con el régimen caído, sino también por las deficiencias notables de las sentencias de mérito.[71]

3.3.1.4. El decreto de amnistía del 22 de junio de 1946

El camino emprendido con la supresión de las CEA continúa y encuentra completa expresión en la disposición de amnistía propuesta por el ministro de Justicia Togliatti, cuyo título era: "Amnistía e indulto para los delitos comunes, políticos, militares". La amnistía fue aprobada por unanimidad en junio de 1946 por el Consejo de Ministros presidido por Alcide De Gasperi y fue fundada en razones de unidad y concordia nacional; algunos, sin embargo, han percibido a esta medida como el fracaso de la revolución.[72]

No podré aquí ocuparme con profundidad de tal medida, ni de la interpretación y aplicación jurisprudencial.[73] Es preciso sin embargo poner en evidencia que la amnistía por crímenes de guerra cometidos por italianos[74] fue dispuesta luego del *referéndum*

---

68 Hans Woller: op. cit., p. 419.

69 Ibídem.

70 Ibídem, p. 421. Cf. sobre la actividad de las CEA también Mirco Dondi: "Considerazioni sulle Corti Straordinarie d'Assise: i casi di Bologna e Ravenna (1945-46)", en *L'Almanacco. Rassegna di studi storici e di ricerche sulla società contemporanea*, 1991, p. 19.

71 Cf. Hans Woller: op. cit., p. 420. Sobre las incorrecciones formales de estas sentencias, cf. Mirco Dondi: op. cit., pp. 57-58. Sobre la utilización de las "sentencias suicidas", cf. Giuliano Vassalli, en *Giustizia Penale*, III, pp. 45 ss.

72 El texto, publicado el 23 de junio de 1946 en la edición extraordinaria de la *Gazzetta Ufficiale*, contenía como introducción la relación del ministro de la Justicia. Dos otras medidas de clemencia habían precedido al la esta amnistía: el decreto del lugarteniente del 17 de noviembre de 1945, n.º 719 sobre amnistía para los delitos antifascistas y el decreto del lugarteniente del 29 de marzo de 1946, n.º 132 sobre amnistía por delitos militares.

73 Para un examen y un comentario de este texto se reenvía a Gabriele Sabattini: "L'amnistia…", op. cit., pp. 521 ss. Sobre la *amnistía Togliatti* véanse ulteriores referencias bibliográficas en Mimmo Franzinelli: op. cit.; Massimo Donini: op. cit., p. 21. Sobre el debate acerca de las soluciones para el *retorno a la normalidad* y sobre los diferentes proyectos de amnistía anteriores al decreto definitivo, cf. Hans Woller: op. cit., pp. 533-559; Mirco Dondi: op. cit., pp. 59-70; sobre el debate acerca de si convenía extender o no la amnistía a los delitos políticos además de a los comunes cf. Bracci: "Come nacque l'amnistia", en *Il Ponte*, n.º 11-12, 1947, p. 1101.

74 En cuanto concierne a los delitos cometidos por los alemanes es preciso señalar que, bajo la presión del propio gobierno alemán y tal como estaba sucediendo en otros países europeos, fueron concedidas diversas

popular del 2 de junio de 1946, que había establecido que Italia deviniese una república democrática, abandonando la precedente forma monárquica. La amnistía se presentaba, por lo tanto, como acto de renovación y de cesura con el pasado.[75]

Se preveía la no punibilidad tanto de los delitos fascistas (mientras no existiesen —como veremos— causas impeditivas) como de los delitos de los partisanos cometidos hasta el 1 de julio de 1945. De este modo, se trataba de afianzar el proceso de pacificación y reconciliación.

La amnistía era inmediata para los casos en los cuales la ley preveía una pena no superior a los cinco años de reclusión (artículo 1). En los casos en que la pena prevista en la ley era mayor de cinco años de reclusión se preveía una conmutación de pena de hasta tres años.

El artículo 2 contemplaba la amnistía para los delitos políticos (aun cuando la pena fuera superior a cinco años) en caso de que hubiesen sido cometidos en partes individuales del territorio nacional luego del inicio en ellas de la administración militar aliada o en el territorio bajo la administración del gobierno legítimo luego del 8 de septiembre de 1943.[76] Por lo tanto, se había decidido no sancionar los delitos de los grupos partisanos cometidos luego de la liberación.

En cuanto a los delitos cometidos antes de la liberación por los fascistas, la solución adoptada fue la de prever una serie de causas impeditivas que, si estaban presentes, obstaban la aplicación de la amnistía (se trataba, por tanto, de una amnistía condicionada). El artículo 3, en efecto, establecía que la amnistía se concedía:

---

medidas de gracia a favor de personas condenadas (Wagener Otto, con DPR del 15.5.1951; Niklas Herbert, con DPR del 29.5.1951; Mai Walter, con DPR del 24.4.1951; Felten Johann, con DPR del 23.2.1951; Schmidt Alois, con DPR del 10.10.1950). A Herbert Kappler se le concedió, en cambio, la suspensión de la pena el 13 de marzo de 1976 y el 13 de noviembre del mismo año fue liberado y sometido a libertad vigilada. A Walter Reder, en cambio (condenado a prisión perpetua el 31 de octubre de 1951 por el tribunal militar de Bolonia), le fue concedida la libertad condicional en 1980. El 24 de enero de 1985, en fin, fue repatriado a Austria.

[75] Toni Rovatti: op. cit., p. 52. Cf. también Bracci: op. cit., p. 1098. La amnistía, a diferencia de la no persecución de hecho de los crímenes, supone realmente una especie de reconocimiento general de los delitos que han sido cometidos por el régimen. Así, Klaus Marxen y Gerhard Werle: *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: eine Bilanz*, Berlín: Walter de Gruyter, 1999, p. 256. Sostiene, en cambio, que la amnistía es una solución de cancelación total de las consecuencias de los crímenes que termina por resolverse en una amnesia de lo sucedido que cancela toda diferencia entre víctimas y perseguidores, Alessandro Gamberini: "Elementi di riflessione sul processo di giustizia transizionale in corso in Colombia", en Gabriele Fornasari y Emanuela Fronza (comp.): *Il superamento del passato e il superamento del presente: l'esperienza argentina e colombiana a confronto*, Atti del Seminario Tenutosi a Trento, 27 de novembre de 2007, en curso de publicación, p. 4.

[76] Tal cuestión se reveló particularmente delicada, cf. Bracci: op. cit., pp. 1101 ss.; Toni Rovatti: op. cit., pp. 53-54. Para los delitos políticos que no estaban comprendidos en la amnistía, el artículo 9 preveía la posibilidad de conmutar la pena de muerte en pena de prisión a perpetuidad —salvo los casos de excepción del artículo 3—, la pena de prisión a perpetuidad en pena de treinta años de prisión, y de reducir en un tercio las penas superiores a cinco años.

> […] respecto de los delitos previstos en los artículos 3 y 5 del decreto legislativo del Lugarteniente de 27 de julio de 1944, n.º 159 y en el artículo 1 del decreto legislativo del Lugarteniente del 22 de abril de 1945, n.º 142 […] salvo que hayan sido realizados por personas que ejercían altas funciones de dirección civil y política o de mando militar, o bien hayan sido cometidos actos de matanza, sevicias particularmente crueles, homicidio o saqueo, o bien delitos realizados con fines de lucro.[77]

El artículo 4 excluía de la amnistía a los culpables del delito de homicidio (artículo 575 CP), salvo en los casos en que el delito hubiera sido cometido antes del 31 de julio de 1945 "en las condiciones previstas por el artículo 4, primer apartado, del decreto legislativo del Lugarteniente del 17 de noviembre de 1945, n.º 719".

El artículo 8 regulaba los delitos comunes y preveía la remisión de las penas inferiores a tres años y, en caso de penas superiores a esta cifra que habían sido impuestas o que debían imponerse, la reducción de ellas hasta tres años.

El artículo 9 concernía, en cambio, a los delitos políticos no comprendidos en la amnistía: fuera de los casos regulados en los primeros tres artículos del decreto, la pena de muerte podía ser transformada en prisión a perpetuidad (salvo las excepciones mencionadas en el artículo 3); la pena de la prisión a perpetuidad podía ser transformada en prisión de treinta años, las penas de detención superiores a cinco años reducidas en un tercio y las penas pecuniarias, anuladas.

El artículo 13 preveía además la exclusión de la amnistía respecto a quienes habían cometido delitos contra las fuerzas aliadas o habían sido juzgados por tribunales aliados o se encontraban bajo juicio ante esos tribunales.

Por lo tanto, salvo las excepciones previstas en los artículos 3 y 4, la amnistía abarcaba una amplia serie de delitos, aunque el imputado podía decidir renunciar a ella con el fin de demostrar, en el proceso, su inocencia (artículo 6).

---

[77] Decreto presidencial del 22 de junio de 1946, n.º 4, "Amnistía e indulto para delitos comunes, políticos y militares", en *Gazzetta ufficiale*, del 23 de junio de 1946, n.º 137. Sobre las causas obstativas cf. Gabriele Sabatini: "L'amnistia politica", op. cit., pp. 535 ss.; Massimo Donini: op. cit., pp. 24-28. Sobre la interpretación jurisprudencial de la fórmula de las "sevicias particularmente crueles" cf. Gaiardoni: "I fatti di sevizie particolarmente efferate come causa ostativa dell'amnistia", en *Rivista penale*, 1947, pp. 241 ss.; Mirco Dondi: op. cit., pp. 64-66; Mimmo Franzinelli: op. cit., pp. 236-250. Sobre las decisiones de la Corte de Casación sobre los delitos de homicidio, saqueo y delito con fin de lucro, que obstaban la aplicación de la amnistía, cf. Mimmo Franzinelli: op. cit., pp. 224-250.

3.3.1.5. La interpretación "restrictiva" de la jurisprudencia y las sentencias aberrantes[78]

Las fórmulas muy indeterminadas[79] contenidas en el texto permitieron a la magistratura (y en particular a la Corte de Casación) una aplicación bastante extendida a favor de los criminales fascistas.[80] La nota característica del decreto era, en efecto, la discrecionalidad dejada al órgano judicial.[81] La interpretación que hizo del decreto la Corte de Casación (de composición netamente fascista) anuló en los hechos las condiciones que obstaban a la operatividad de la amnistía, lo que provocó un freno casi total de los procesos contra ciudadanos italianos por el delito de colaboracionismo. Por ejemplo, la casación interpretó de manera tan restringida el concepto de sevicias crueles (*sevizie efferate*)[82] que arrancar las uñas de un detenido no fue considerado una sevicia grave: los jueces llegaron a esta interpretación, que en verdad modificaba el precepto interpretado, para disminuir indebidamente el alcance de la norma impeditiva. No se trataba ya de una interpretación restrictiva, sino de una franca reforma de la ley pseudointerpretada.

Por lo demás, la posición de la Corte de Casación, contraria a perseguir a los *colaboracionistas* italianos, ya se había mostrado antes del decreto de amnistía a través de la anulación de muchos procesos que habían comenzado por el delito de colaboracionismo.

A raíz de la amnistía, por lo tanto, solo unos pocos procesos por el delito de colaboracionismo que no cumplían las *condiciones* previstas en el decreto pudieron seguir adelante.[83] La interpretación dada al decreto de amnistía por la jurisprudencia planteó muchas críticas en la opinión pública y el mismo Togliatti envió una circular a las fiscalías generales ante las cortes de apelaciones.[84] En este documento se llamaba la atención

---

78 Esta expresión fue usada por Piero Calamandrei y otros juristas democráticos para definir las sentencias de la Corte de Casación que convertían a los delitos fascistas en comportamientos poco menos que correctos. Cf. el documento de la Asociación Nacional de Magistrados en *Magistratura*, n.º 3/1949, p. 1; Achille Battaglia: op. cit., p. 319; Guido Neppi Modona: op. cit., pp. 95 ss.

79 Debidos al hecho de que Togliatti quería evitar conflictos con el Poder Judicial; así Mimmo Franzinelli: op. cit., p. 48. Cf. también Romano Canosa y Pietro Federico: *La magistratura in Italia dal 1945 ad oggi*, Bolonia: Il Mulino, 1974, pp. 140 ss.

80 Cf. F. Scalambrino: op. cit.; Achille Battaglia: "Gli atti rilevanti", en *Cassazione Penale*, 1945, pp. 279 ss.; Mimmo Franzinelli: op. cit.; Mirco Dondi: op. cit., pp. 56-59.

81 Hans Woller: op. cit., p. 539, habla de "enorme poder discrecional" de los jueces.

82 Cf. la jurisprudencia citada en Paolo Barile y Ugo De Siervo: "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", en *NSSDI*, Turín: Utet, 1969, XVI, pp. 541 ss.; Mimmo Franzinelli: op. cit., pp. 236 ss.; Achille Battaglia: op. cit., pp. 347 ss.; Mirco Dondi: op. cit., pp. 65 s.

83 Probablemente, el ministro Togliatti no imaginó este desarrollo en la aplicación del decreto de amnistía. Para un elogio de la jurisprudencia de la Corte de Casación cf. Remo Pannain: "L'opera della Suprema Corte di cassazione", en *Archivio penale*, 1946, I, 331, quien, es preciso señalar, en aquel entonces fue defensor de muchos criminales fascistas que solicitaban la amnistía ante la Corte de Casación.

84 Circular telegráfica de 2 de julio de 1946, n.º 9796/110, titulada "Amnistía para los crímenes fascistas".

sobre la "necesidad de que la amnistía fuese aplicada de acuerdo con el espíritu del legislador que quiere que continúe la acción punitiva contra los responsables fascistas". Se añadía, además, que si surgían dudas acerca de la extensión de la aplicación de los términos del decreto, debían orientarse según las categorías contenidas en el decreto ley del lugarteniente n.º 142, donde se establecía la presunción de colaboracionismo. Esta circular fue vista como una intromisión política y en la práctica permaneció en letra muerta.[85]

Los historiadores sostienen que los jueces, contra la voluntad de los legisladores, han ampliado el alcance de la amnistía transformándola casi en una amnistía general.[86] Sin embargo, todavía hoy —a causa de la escasez de investigaciones históricas— poco se sabe acerca de los resultados políticos e históricos de la amnistía.[87] La rendición de cuentas con el pasado tuvo prácticamente un fin con esta medida.[88]

3.3.1.6. Las cuestiones

El debate sobre el carácter retroactivo de las disposiciones sobre el colaboracionismo

El ya mencionado decreto n.º 159 fue objeto de algunas impugnaciones dirigidas a obtener la declaratoria de inconstitucionalidad, dado que contenía disposiciones retroactivas no permitidas por el artículo 2 primer párrafo CP.[89]

La Alta Corte de Justicia y la Sala Especial de la Corte de Casación respondieron a tales objeciones. Esta última afirmó que "no es exacto que con los decretos legislativos en cuestión se hayan creado nuevos delitos con efecto retroactivo" porque tanto el artículo 5 del decreto legislativo del 27 de julio de 1944 como el artículo 1 del decreto legislativo n.º 142 disciplinan hipótesis de delito que estaban ya previstas en los artículos 241, 242 y 243 CP y en los artículos 51, 54 y 58 CPMG y que han sido mejor especificadas para adecuarlas a las exigencias actuales en relación con las nuevas circunstancias verificadas

---

85 Mimmo Franzinelli: op. cit., p. 52. Cf. al respecto también Achille Battaglia: "A proposito dell'amnistia. Una cattiva legge ed una indebita circolare", en *Rivista Penale*, 1946, pp. 856 ss. Sobre la discusión acerca de las fórmulas indeterminadas y a veces contradictorias que caracterizaban al decreto de amnistía, cf. Carlo Galante Garrone: *Vita e opinioni di Alessandro Perfetti*, Milán: Franco Angeli, 1992, 70 ss.; A. Visco y F. Guarnieri: *Le amnistie dopo la liberazione*, Roma: Ateneo, 1947, pp. 79 ss.

86 Hans Woller: op. cit., p. 539.

87 Ibídem, pp. 542-543.

88 Ibídem, p. 570.

89 Sobre estas normas como normas retroactivas y sobre el debate acerca de tales cuestiones cf. el profundo análisis y las referencias bibliográficas en Massimo Donini: op. cit., pp. 9-15.

luego del 8 de septiembre de 1943".[90] Y agregó: "la eficacia de la ley en orden al tiempo es materia que entra en el poder discrecional del legislador y al juez no queda otra cosa que atenerse a la nueva ley, aunque tenga efecto retroactivo".[91] Según esta argumentación, el principio de legalidad establecido en el código se dirige al *juez* prohibiéndole penar con base en fuentes diversas de la ley, como la analogía o la costumbre. Nada prohíbe, sin embargo, al legislador disponer que la norma penal sea aplicada a hechos cometidos antes de su emanación.[92]

En cuanto concierne a la primera de las dos argumentaciones citadas, desde un punto de vista estrictamente jurídico,[93] la casación ha afirmado que las novedades legislativas son que la ley militar se extiende a los civiles, que se define como enemigo al invasor alemán y que se refiere al período posterior al 8 de septiembre de 1943. De estos tres elementos innovadores solo el primero parece ser una aplicación retroactiva del artículo 5 y de las disposiciones a las que reenvía;[94] extensión que tiene como consecuencia no tanto la punibilidad de los comportamientos que, de todos modos, eran punibles, cuanto la modificación, en sentido desfavorable, de la disciplina de las causas de justificación, de las circunstancias atenuantes y del régimen sancionador mucho más severo.[95] Sin embargo, esto no quita que el principio de irretroactividad haya sido de todos modos violado, porque aunque tales hechos eran de todas maneras punibles, su tratamiento habría sido más favorable con base en la normativa vigente en el momento de la comisión del hecho. Actualmente, en efecto, a la luz de la Constitución de 1948, el principio de irretroactividad atañe no solo al precepto, sino también a la pena, y vincula —como es sabido— también al legislador. En aquel entonces, en cambio, como fue precisado en la sentencia de la casación, en el sistema preconstitucional el legislador podía establecer excepciones al principio de irretroactividad.[96]

---

90 Texto reproducido en Giuliano Vassalli: "La collaborazione…", op. cit., p. 11.

91 Texto reproducido ibídem, pp. 11 y 29.

92 Para esta afirmación y para un análisis de esta posición según la cual la violación del principio de irretroactividad de la ley penal por el legislador no es una violación de un principio del derecho positivo, cf. Giuliano Vassalli: "La collaborazione…", op. cit., pp. 12-14. El carácter retroactivo del decreto en examen fue sostenido en un manifiesto firmado por varios juristas. Así, Mimmo Franzinelli: op. cit., pp. 28-29.

93 Para un análisis de un punto de vista histórico-político según el cual "hablar de retroactividad en sentido político respecto de la represión penal del colaboracionismo es […] un sinsentido", cf. Giuliano Vassalli: "La collaborazione…", op. cit., pp. 14-16.

94 Cf. ibídem, p. 17.

95 Las conductas eran punibles de todos modos según las normas del favorecimiento; profundamente, Giuliano Vassalli: "La collaborazione…", op. cit., pp. 22-29.

96 Cf. la sentencia de la Corte Constitucional n.° 102/57 que declara al artículo 5 constitucionalmente legítimo y habla de "retroactividad aparente". La Corte en esta decisión limita su análisis al precepto.

Sobre la naturaleza del gobierno fascista republicano

Parece interesante, si bien muy brevemente, mencionar también los pronunciamientos que han respondido la cuestión de si a la República Social Italiana podía serle reconocida la cualidad de Estado en el sentido del derecho internacional.[97] La jurisprudencia ha afirmado que la República Social Italiana era un acto arbitrario y jamás un verdadero y propio Estado, tanto porque su constitución careció de consenso popular como porque fue combatida por el Estado legítimo a través de la guerra declarada a Alemania, de la cual ella era un instrumento.[98]

El macrotipo penal de colaboracionismo: la remisión al Código Penal Militar

Como ya ha sido evidenciado, el artículo 5 del decreto ley del lugarteniente n.º 159, del 27 julio de 1944, establecía: "Quien, posteriormente al 8 de septiembre de 1943, haya cometido o cometa delitos contra la lealtad y la defensa militar del Estado, a través de cualquier forma de inteligencia, correspondencia o colaboración con el invasor alemán, de ayuda o asistencia prestada a este, es penado según las disposiciones del Código Penal Militar de Guerra". Se trataba de un reenvío integral. Esta disposición, en efecto, extendía a los civiles los delitos propios previstos antes solo para los militares; tal extensión era aplicable retroactivamente a los hechos cometidos después del 8 de septiembre.

También las penas establecidas para los militares por el Código Penal Militar de Guerra se aplicaban a los no militares. Se trataba de sanciones retroactivas mucho más graves y que preveían la pena de muerte, que estaba excluida por el Código Penal común aplicable a los no militares.[99]

El correcto encuadre de los delitos de colaboración con el invasor alemán se deriva además del artículo 1 segundo, tercer y cuarto párrafos del decreto n.º 142, del 22 de abril de 1945 (cuyo título es "Institución de las Cortes Extraordinarias de Assise para los delitos de colaboración con los alemanes")[100] en la parte donde enumera una

[97] Al respecto, cf. Giuliano Vassalli: "La collaborazione…", op. cit., pp. 42-43.

[98] Ibídem, pp. 42-54. Sobre los efectos penales del reconocimiento —o no— de la calidad de "legítimo beligerante" de los miembros de las fuerzas armadas fascistas, cf. ibídem, pp. 55-64. Los partisanos, en cambio, han sido considerados como pertenencientes a las fuerzas armadas del Estado italiano. Cf., profundamente, ibídem, pp. 64-67.

[99] Así, Massimo Donini: op. cit., p. 11.

[100] El estrecho vínculo entre los dos instrumentos es recordado en las premisas del decreto del 22 de abril de 1945, sobre cuya base las CEA eran competentes para juzgar los delitos previstos por los artículos 3 y 5 del decreto 159.

serie de funciones y de actividades que constituyen *per se* actos de colaboración, ayuda o asistencia al invasor alemán, previendo también en este caso una remisión al Código Penal Militar de Guerra. A este se reenvía no solo para los elementos constitutivos de los delitos de colaboracionismo, sino también para las penas aplicables.

3.3.2. Los crímenes cometidos por los alemanes

La hipótesis de un único gran proceso a los criminales alemanes no encontró acogida, también por razones de carácter histórico-político.[101] Entre estas, debe señalarse la necesidad de cubrir la responsabilidad de los italianos que habría podido emerger de procedimientos contra los nazis.

Desde 1947 los ingleses habían renunciado a procesar a los militares alemanes en Italia,[102] dejando esta tarea a la justicia militar italiana, y ya desde 1945 todas las investigaciones desarrolladas por los aliados y por los italianos fueron reunidas en la Procuración General del Tribunal Supremo Militar.[103] Esta última habría debido enviar los expedientes a los diversos tribunales militares territorialmente competentes, pero pocos fueron enviados. Solamente fueron celebrados 12 procesos contra comandantes alemanes que habían operado en Italia.[104]

Muchos expedientes, como fue expuesto en la introducción, permanecieron en la Procuración y en 1960 fueron objeto de una disposición de archivo provisorio.[105] Es

---

[101] De aquí la expresión "el ausente Núremberg italiano" que también es título de un libro: Michele Battini: *Peccati di memoria. La mancata Norimberga italiana e la democracia dell'oblio*, Bari: Laterza, 2003.

[102] Sobre los procesos celebrados en Italia ante las cortes militares británicas y en particular sobre el proceso de Roma contra Mältzer y von Mackensen y sobre el proceso de Venecia contra Kesselring, cf. Filippo Focardi: "La questione dei processi ai criminali di guerra tedeschi in Italia: fra punizione frenata, insabbiamento di Stato, giustizia tardiva (1943-2005)", en *Storicamente*, ‹http://www.storicamente.org/focardi_shoa.htm›.

[103] Hasta 1947, las investigaciones sobre los crímenes cometidos por los alemanes en Italia y Austria fueron llevadas a cabo por la agencia nacional de la UNWCC; cf. Luca Baldissarra: "Giudizio e castigo", en Luca Baldissarra y Paolo Pezzino (comp.): *Giudicare e Punire. I processi per crimini di guerra tra diritto* e *politica*, Nápoles: L'Ancora del Mediterraneo, 2005, pp. 50 ss. Después de 1947 las investigaciones sobre tales crímenes fueron desarrolladas por el War Crimes Group para Europa del Sud.

[104] Sobre tales procesos seguidos en los Estados Unidos, Inglaterra e Italia (por tribunales especiales ingleses) cf. Luca Baldissarra: op. cit., p. 51 ss.; en el mismo volumen cf. Michele Battini: *Sul processo Kesselring e dintorni*, pp. 177 ss. En cuanto concierne a los procesos conducidos en los primeros años luego de finalizada la guerra por los tribunales militares italianos cf. Filippo Focardi: "La questione dei processi ai criminali di guerra tedeschi in Italia: fra punizione frenata, insabbiamento di Stato, giustizia tardiva (1943-2005)", en *Annali dell'Istituto Ugo la Malfa*, marzo de 2006, pp. 179-212.

[105] Sobre el archivo provisorio y sobre la influencia del contexto político internacional de la guerra fría en esa decisión cf. Mimmo Franzinelli: *Le stragi nascoste. L'armadio della vergogna: impunità e rimozioni dei crímenes di guerra nazifascisti 1943-2001*, Milán: Mondadori, 2002; Paolo Pezzino: op. cit., pp. 9 ss.; Franco Giustolisi: op. cit.; Filippo Focardi: op. cit., p. 545; Giuliano Vassalli: *La formula…*, op. cit., p. 228; sobre el archivo provisorio como "medida absolutamente ilegal" cf. Bartolomeo Costantini: *Mischa l'aguzzino del Lager di*

preciso señalar que los expedientes concernían no solo a crímenes de guerra realizados por las tropas de ocupación alemanas en Italia, sino también a crímenes cometidos por unidades de la República Social Italiana.[106]

Respecto a los crímenes cometidos por los alemanes son competentes las fiscalías militares. El derecho aplicable es el derecho penal militar.[107] En Italia, como ya se ha dicho, existen dos códigos penales militares, ambos de 1941 (Código Penal Militar de Guerra y Código Penal Militar de Paz). La relación con el derecho penal común está gobernada por el principio de especialidad.[108] El derecho penal militar presenta, en efecto, reglas particulares, que responden a precisas características del ordenamiento militar. Sin embargo, a pesar de la marcada especialidad de los contenidos del derecho penal militar y su autonomía en el terreno de la codificación, se debe tener presente que se trata siempre de un derecho penal del Estado y, como tal, debe adecuarse y responder a los principios fundamentales de derivación constitucional que informan el ordenamiento (penal) italiano. El mismo artículo 53 de la Constitución italiana establece que "el ordenamiento de las fuerzas armadas se informa según el espíritu democrático de la

---

Bolzano, inedito, p. 3; habla de medida "ilegal" también Giuliano Vassalli: "No existe en nuestro ordenamiento el archivo provisorio en sentido formal. El archivo es archivo sin otros adjetivos. Debería hablarse, en todo caso, de suspensión de la actividad instructoria por la adquisición de nuevos elementos"; y agrega, además, que la Procuración general no era competente para tomar esta medida. Ella debía seleccionar el material en bloque y enviarlo a las fiscalías militares competentes; así, Giuliano Vassalli, audiencia del 6 de diciembre de 2005 ante la Comisión de investigación parlamentaria sobre las causas de la ocultación de los expedientes sobre los crímenes nazifascistas (*Commissione parlamentare di inchiesta sulle cause dell'occultamento di fascicoli relativi a crímenes nazifascisti*), pp. 4-5. La Comisión de investigación parlamentaria tenía por función, de acuerdo con la ley n.° 107 del 15 de mayo de 2003, indagar sobre: *a*) las causas del archivo "provisorio", el contenido de los expedientes y las razones de encontrarse en el palacio Cesi, en lugar de en el archivo de las actuaciones de los tribunales de guerra suprimidos y del Tribunal especial para la defensa del Estado; *b*) las causas que habrían llevado a la ocultación de los expedientes y las eventuales responsabilidades; *c*) las causas de la falta de identificación o de la falta de persecución de los responsables de actos y de comportamientos contrarios al derecho nacional e internacional. La Comisión terminó su trabajo en el 2006. El informe final y el informe de la minoría se encuentran en: ‹http://legxiv.camera.it/_bicamerali/nochiosco.asp?pagina=/_bicamerali/leg14/crimini/home.htm›. En el informe de la minoría se define el archivo provisorio como un "intento […] de formalizar la decisión de no dar curso a aquellos procesos"; cf. *Commissione parlamentare di inchiesta sulle cause dell'occultamento di fascicoli relativi a crímenes nazifascisti*, Relazione di minoranza, 24 de enero de 2006, p. 264.

[106] Ningún procedimiento fue iniciado, sin embargo, contra italianos. Cf. para mayores referencias, Toni Rovatti: op. cit., pp. 8-9. Italia tuvo una posición ambivalente durante la segunda guerra mundial; salió del conflicto con un doble estatus: país fascista responsable de los crímenes cometidos durante la guerra de agresión y nación cobeligerante junto con los aliados a través de la guerra partisana y la resistencia popular; así Rovatti: op. cit., p. 22, y Filippo Focardi: op. cit.

[107] Sobre el derecho penal militar y sobre las importantes reformas de este último, en particular aquella introducida con la ley n.° 6 del 31 de enero de 2002, cf., por todos, David Brunelli y Giuseppe Mazzi: *Diritto penale militare*, Milán: Giuffré, 2007.

[108] Sobre el modelo de especialidad del derecho penal militar italiano y sobre sus desarrollos recientes, cf. Giovanni Fiandaca: "Quale specialità per il diritto penale militare?", en *Défense Sociale*, ‹http://www.defense-sociale.org/xvcongreso/ponencias/Fiandaca.pdf›.

República". El ordenamiento penal militar, por lo tanto, como parte complementaria del ordenamiento común, debe necesariamente conciliar el principio de autoridad con el respeto de los derechos constitucionales.

3.3.2.1. El descubrimiento de los expedientes en el palacio Cesi y la reapertura de los procesos

Los procesos contra los alemanes, como ha sido dicho, fueron poquísimos a causa del archivo provisorio de 1960. Solo en 1994, durante el trámite del proceso contra el ex SS Erich Priebke, fueron descubiertos por el procurador militar Antonino Intelisano 695 expedientes que antes habían sido archivados, concernientes a crímenes de guerra cometidos en el territorio italiano. El llamado *armario de la vergüenza* contenía el memorándum *Atrocities in Italy* ('Atrocidades en Italia') del servicio secreto británico, que había recogido las denuncias de las víctimas y que fue entregado a los jueces italianos; estos, por su parte, solo hicieron conocidas las denuncias en las que no había un autor indvidualizado. Emergieron, así, los exicidios de Santa Anna di Stazzema, de las Fosas Adreatinas, de Spalato y Cefalonia, las masacres de Marzabotto,[109] de Korica, de Lero, del Duomo di San Miniato y finalmente los crímenes de M. Seifert en el *Lager* de Bolzano. A partir de ese momento, algunos procesos penales, aunque pocos, fueron reabiertos. Entre noviembre de 1994 y mayo de 1996 fueron transmitidos a las fiscalías militares competentes los 695 expedientes; en 280 no había un imputado individualizado; en los 415 restantes sí lo había y en su mayor parte eran militares alemanes, aunque también fascistas italianos partidarios de la RSI.[110]

En la mayoría de los casos las fiscalías han declarado que no podía procederse en virtud de la prescripción de la acción o porque los imputados habían fallecido.

En algunos casos, sin embargo, se han podido reabrir los procedimientos contra presuntos criminales de guerra todavía en vida; sin embargo, dado que la Ley

---

[109] Antes de la reapertura del proceso, el único condenado a prisión perpetua por aquella matanza —ocurrida entre el 29 de agosto y el 5 de septiembre de 1944— por el tribunal militar de Bolonia había sido Walter Reder, comandante del 16.º batallón de la 16.ª División de voluntarios de las SS *Panzergrenadier-Reichsfuhrer*. Reder fue luego indultado gracias a la intervención del gobierno austríaco. Sobre los procesos por crímenes de guerra en Italia, cf. *Ministero della Difesa*, ‹http://www.difesa.it/GiustiziaMilitare/RassegnaGM/Processi/›.

[110] Giuliano Vassalli sostiene que luego del descubrimiento de los expedientes se ha registrado una segunda falta de actividad, pues muchos de ellos permanecieron en la Procuración General Militar. Giuliano Vassalli, audiencia del 6 de diciembre de 2005, cit., p. 8.

Fundamental alemana impide la extradición de ciudadanos alemanes, los procesos en Italia solo han podido desarrollarse en contumacia.[111]

En fin, el fortuito descubrimiento del *armario de la vergüenza* ha permitido, a cincuenta años del fin de la guerra, la reapertura de algunos procesos archivados por la razón de Estado y de este modo se ha posibilitado restablecer la justicia negada.[112]

3.3.2.2. La Comisión de investigación parlamentaria como solución no penal

Paralelamente a los procesos penales actualmente en curso, se ha buscado echar luz sobre las responsabilidades políticas por el archivo de dichos procesos en 1960. Luego de una investigación interna del Consejo de la Magistratura, que trató de cubrir y no difundir lo sucedido, se instituyó una comisión de investigación parlamentaria para indagar sobre las causas de la ocultación de los crímenes nazifascistas.

La comisión fue instituida con la ley del 15 de mayo del 2003 y estaba compuesta por 15 senadores y 15 diputados. Su misión era, como ya se ha anticipado, investigar sobre las causas anómalas de la ocultación de los expedientes concernientes a crímenes de guerra cometidos por las fuerzas de ocupación alemanas en Italia y en parte también por las unidades de la RSI en contra de la población civil. La comisión concluyó sus trabajos en el 2006 con la emisión de dos informes, uno de la mayoría (dirigido por el senador Raisi, del partido Alleanza Nazionale) y otro de la minoría (dirigido por el senador Carli). En particular en este último se sostiene la responsabilidad política del Estado italiano en la ocultación de dichos expedientes.[113] Los trabajos de la comisión constituyen una fuente importante de documentación para la reconstrucción de los crímenes nazifascistas.

---

[111] Así Filippo Focardi: "La questione dei processi ai criminali di guerra tedeschi in Italia: fra punizione frenata, insabbiamento di Stato, giustizia tardiva (1943-2005)", op. cit.; publicado además en Norbert Frei (dir.): *Transnationale Vergangenheitspolitik. Der Umgang mit deutschen Kriegsverbrechern in Europa nach dem Zweiten Weltkrieg*, Gotinga: Wallstein, 2006.

[112] Así Filippo Focardi: op. cit. El historiador citado sostiene que volver a poner en funcionamiento una justicia negada por tantos años debe considerarse, sin dudas, una acción meritoria. Pero indica que rememorar la Resistencia y el antifascismo únicamente a través del recuerdo de las matanzas y de las reacciones emotivas que de allí emergen, aunque pueda ser una acción eficaz, presenta ciertas limitaciones. Sería deseable que en la conciencia histórica del país encontrase un lugar no solo la memoria de los crímenes nazifascistas sufridos por italianos, sino también los crímenes de guerra cometidos por militares y civiles italianos contra poblaciones extranjeras (etíopes, libios, griegos, albaneses, yugoslavos, rusos).

[113] Cf. ‹http://legxiv.camera.it/_bicamerali/nochiosco.asp?pagina=/_bicamerali/leg14/crimini/home.htm›. Véase en particular el Informe de la minoría, pp. 424 ss.

4. Impacto de los mecanismos utilizados

No se conocen estudios empíricos al respecto.

5. Conclusión: la transición incumplida

No es simple una valoración de la compleja etapa de la transición del fascismo a la democracia en Italia. Queremos, sin embargo, efectuar algunas consideraciones conclusivas.

Por un lado, deben señalarse dos medidas políticas principales, que podemos definir como inhibitorias y que de hecho frenaron y hasta neutralizaron la represión de los crímenes nazifascistas, a saber: primero, la amnistía de 1946; segundo, el "archivo provisional" ocurrido en 1960. Si bien la primera medida ha sido objeto de análisis tanto por los historiadores como por los juristas,[114] la segunda solo recientemente ha merecido un examen más profundo a causa del descubrimiento de los documentos ocultos en el palacio Cesi, sede de la Procuración Militar de Roma. Las dos medidas inhibitorias mencionadas (amnistía y archivo provisional) han desempeñado un papel fundamental en la contención de la acción judicial por los crímenes cometidos en Italia, persecución que, apenas finalizada la segunda guerra mundial, había conocido, al menos en el Norte, una fase bastante vigorosa. Sin embargo, la actividad judicial fue sucesivamente limitada. Para ello pesaron, por un lado, las razones políticas conexas a la exigencia de pacificación nacional de posguerra que desembocaron en la amnistía de 1946 y, por otro, la razón de Estado que subyace a la insólita medida del "archivo provisional" de la Procuración Militar de Roma.[115]

---

[114] Para un análisis jurídico véase Gabriele Sabatini: "L'amnistia politica", op. cit., pp. 416 ss.

[115] La expresión *razón de Estado*, junto con otros factores tales come las nuevas relaciones económicas entre Italia y Alemania al finalizar la guerra, los vínculos de los magistrados que dispusieron el archivo provisorio con el régimen fascista y las nuevas condiciones políticas impuestas por la guerra fría son mencionados como causas de la neutralización de la acción de justicia respecto de los crímenes internacionales cometidos por

Otro aspecto que ha acompañado y forjado el caso italiano ha sido la configuración del conflicto a partir especialmente del 8 de septiembre de 1943. Los italianos eran victimarios y víctimas, colaboracionistas y partisanos. A esto deben sumarse los crímenes cometidos por los italianos en el extranjero y aquellos cometidos por los partisanos en venganza de los crímenes nazifascistas (ejecuciones sumarias).

En fin, es preciso poner de relieve un elemento que marca la experiencia italiana: el olvido y el silencio en torno a los crímenes nazifascistas. Tras el fin de la guerra no se realizó en Italia un juicio como el de Núremberg (se habla, al respecto, "del ausente Núremberg italiano", aunque tal vez sea más correcto hablar de *justicia negada*), y tampoco se aceptó la extradición de numerosos individuos que habían cometido crímenes en el extranjero; además, fue muy difícil no solo el juicio de los criminales,[116] sino también llevar a cabo una purga de los fascistas de las instituciones públicas. Se buscó restar importancia al rol de los fascistas, limitando la persecución de los crímenes cometidos por estos, y se trató de dibujar a los fascistas en la memoria del país como meros asistentes de los alemanes.

En 1945 era claro que el objetivo primario era reconstruir el país, reconducirlo a la normalidad, y para este fin el único camino transitable era limitar la persecución de los crímenes: olvido y silencio. Y el silencio en torno a los crímenes nazifascistas persiste todavía hoy: casi no se habla del trabajo hecho por la Comisión parlamentaria que ha investigado sobre las causas del encubrimiento de los expedientes sobre crímenes cometidos, no exclusivamente, aunque sí mayoritariamente, por alemanes, como tampoco se habla de los juicios ventilados ante los tribunales militares a sesenta años de distancia de la fecha de la comisión de los hechos.

Así, los propios italianos han sepultado la transición del fascismo; de aquí que la transición italiana sea tan poco conocida en el extranjero.

Como es sabido, la justicia de transición es un momento político y constituyente, antes que un momento jurídico,[117] en donde se decide qué nueva sociedad ha de construirse. La justicia de transición permite, en efecto, articular la relación entre memoria

---

militares alemanes en Italia. Así el Informe de la minoría dirigida por el senador Carlo Carli de la Commissione Parlamentare di Inchiesta sulle Cause dell'Occultamento di Fascicoli Relativi a Crimini Nazifascisti (instituida con ley de 15 de mayo de 2003 n.° 107). Véanse en particular las conclusiones en las pp. 422 ss. El texto se encuentra en: ‹http://legxiv.camera.it/_bicamerali/nochiosco.asp?pagina=/_bicamerali/leg14/crimini/home.htm›.

[116] Así, no se logró a caracterizar al fascismo como Estado criminal, sino solo a afirmar la naturaleza criminal de algunos comportamientos individuales.

[117] Cf., también para ulteriores referencias, Andrea Lollini: *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, Bolonia: Il Mulino, 2005.

y espacio público en los años venideros. De las experiencias de justicia de transición que han sido realizadas hasta ahora emerge claramente que la investigación de la verdad de los hechos no es un obstáculo para la reconciliación, sino, antes bien, un presupuesto de esta. No puede haber reconciliación si no hay claridad y reconocimiento de las injusticias cometidas.[118] El instrumento penal, por lo tanto, aunque importante en los procesos de transición, es un canal rígido y estrecho, tanto para construir un espacio de memoria como para la determinación de las responsabilidades individuales. Frente a un fenómeno sistémico de criminalidad colectiva, como es el caso aquí analizado, el mecanismo penal muestra sus limitaciones.

La experiencia italiana muestra por un lado y *dramáticamente* que la ausencia de una clara atribución de responsabilidades es una de las causas de que no se haya podido establecer una memoria compartida.[119] Por otro lado, es evidente que Italia ha optado por la *remoción* del propio pasado fascista, en nombre de la necesidad de *reconciliación* nacional y de la *reconstrucción* del país. Este era el objetivo que, sin embargo, no fue alcanzado: el país permaneció dividido, no se logró un espacio de memoria colectiva y compartida y, como ya ha sido puesto de manifiesto, pese al cambio de régimen y el paso a la democracia, no hubo una profunda ruptura con el régimen fascista,

De aquí, el silencio, ayer y hoy. Podríamos resumirlo con esta fórmula: antaño y hogaño, política del silencio, del olvido y de profundo compromiso con las exigencias políticas que surgieron, primero, de la guerra civil y, más recientemente, respecto del *armario de la vergüenza,* con la exigencia de silencio de estos nuevos juicios, porque hablar significaría hablar de la responsabilidad de los italianos.

---

[118] Así Gerhard Werle: "La elaboración jurídica del pasado, ¿castigo o amnistía?, ¿comisión de reconciliación o comisión de la verdad?", intervención en el Congreso de Sevilla sobre *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado,* Sevilla 7-9 de febrero de 2008.

[119] Habla de "memoria inorgánica y opaca sobre los crímenes fascistas realizados en la patria" Toni Rovatti: "Punizione dei crimini di guerra e ostruzione della memoria: la legislazione speciale italiana 1945-47", p. 1, en curso de publicación en *Storia Contemporanea*.

LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Informe del Seminario
Valparaíso, 1 al 4 de abril de 2008

Juan Luis Modolell González

I

Entre los días 1 y 4 de abril de 2008 tuvo lugar el VI encuentro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, en las ciudades de Viña del Mar y Valparaíso (Chile), sobre justicia de transición en América Latina y Europa y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. El seminario fue patrocinado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad de Valparaíso.

Las jornadas se iniciaron con una introducción del Prof. Dr. Kai Ambos (Universidad de Gotinga) en la cual sostuvo que un proyecto de este tipo debía salir del estricto marco del derecho penal. En efecto, dijo Ambos, para la superación del pasado el derecho penal muchas veces cumple una función bastante limitada, por lo que se requiere un abordaje interdisciplinario.

II

1. En cuanto a los informes nacionales sobre la justicia de transición en América Latina, el Prof. Dr. Daniel Pastor (Universidad de Buenos Aires) comenzó su exposición sobre el caso argentino con reflexiones sobre la duración de la transición y sobre la viabilidad de flexibilizar las garantías penales y procesales en el caso de la persecución de los crímenes internacionales. En Argentina la transición se inició en 1983. La primera reacción para superar el pasado tuvo como fines iniciar una persecución judicial limitada

al enjuiciamiento de las cúpulas militares, conocer todo lo ocurrido durante la dictadura militar en lo que refiere a las violaciones a los derechos humanos y, por último, lograr la autodepuración del poder militar.

Dicha reacción inicial de cierta forma logró sus objetivos, excepto el de la autodepuración militar. En tal sentido, se aplicó el derecho penal común dentro de una persecución minimalista, aunque las sentencias dictadas no fueron objetadas por los juristas. No obstante, en esta primera etapa se dictaron leyes de Punto Final que garantizaban la impunidad de los autores de las violaciones de derechos humanos. Como último detalle de este primer momento debe destacarse que funcionó una comisión de la verdad (Nunca Más) que conoció aproximadamente de 9000 casos, según datos aportados por las ONG.

Una segunda etapa de la transición argentina se caracterizó por el cese de la persecución, salvo los delitos de secuestro de niños, así como por la amnistía de determinados actos. Sin embargo, en dicha etapa, a partir de 1999, se gestó un movimiento para acabar con la impunidad. Igualmente, en el año 2005 la Corte Suprema de Justicia argentina cambió su posición anterior y declaró el carácter inconstitucional de las leyes de impunidad. Según Pastor, se pasó entonces a una posición de persecución maximalista, a tal punto que hoy día existen 800 procesos, 380 imputados y 300 detenciones preventivas, aunque solo 10 condenas y 22 procesos en etapa de juicio. Es concretamente con relación a este punto que Pastor se pregunta si esta reacción maximalista es legítima, y hasta dónde es posible flexibilizar las garantías en estos casos.

En su exposición, Pastor también se refirió a los mecanismos para conocer el pasado, en cuyo desarrollo se pueden apreciar tres momentos fundamentales. El primero fue la publicación del informe *Nunca más,* elaborado por la comisión homónima en 1984. El segundo, a fines de los años noventa, se caracterizó por la existencia de juicios penales para descubrir la verdad, sin enjuiciados; estos juicios no lograron su objetivo, aunque hubo algún descubrimiento importante (verbigracia, fosas comunes). Es de destacar que estos métodos se profundizaron entre los años 2001 y 2005. En ese último año comenzó una tercera etapa, signada por la reapertura de los juicios, e incluso actualmente se ha propuesto la creación de otra comisión de la verdad.

2. El informe de Uruguay fue expuesto por el Dr. Pablo Galain (Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, de Friburgo), para quien el caso uruguayo es el menos conocido de la América del Sur. Al respecto, afirmó que la

transición uruguaya fue calificada hasta el año 2000 como una forma de impunidad. Según Galain, la justicia de transición debe entenderse como un cambio de políticas de gobierno, y no solo como un cambio de la dictadura a la democracia. La transición uruguaya confirma la definición de justicia transicional como una justicia que tiene directa vinculación con *periods of political change*.

En cuanto a los mecanismos de superación del pasado en Uruguay, se pueden destacar varios hitos. Un primer momento, que Galain califica como de *impunidad,* se caracterizó por la existencia de una ley de amnistía pactada en 1985, la cual sin embargo excluía los delitos cometidos mediante estructuras de poder, lo que permitía la denuncia de tales hechos. Un segundo momento, en 1986, se inició con la sanción de una nueva ley de amnistía para cerrar las denuncias anteriores. Dicha ley fue aprobada en 1989 por los ciudadanos a través de un plebiscito, y ratificada por la Corte Suprema de Justicia. En esta etapa el principal objetivo fue mantener la estabilidad institucional. La tercera etapa se ubica en el año 2000 y se caracteriza por la creación de una comisión de la verdad (Comisión para la Paz), la cual se limitó a recopilar información aportada voluntariamente. En sus informes la comisión habla de "criminalidad del Estado", además de acordar la reparación a las víctimas. Por último, en la cuarta etapa, a partir del 2005, se ha recurrido a la persecución penal, se han abierto juicios penales por delitos comunes y delitos de lesa humanidad, aunque es el Poder Ejecutivo el que determina los casos pasibles de ser perseguidos.

3. La exposición del profesor Prof. Dr. h. c. José Luis Guzmán (Universidad de Valparaíso) reseña que en Chile se adoptó una doble vía paralela, de carácter penal y administrativa, representada por el recurso a la justicia penal y la existencia de comisiones de verdad. Desde 1990 hasta hoy el discurso en Chile ha versado sobre la verdad, la justicia penal y la reparación a las víctimas. Actualmente sigue funcionando la justicia penal sin impunidad de los hechos.

En la vía administrativa —aspecto en el cual se centró la exposición de Guzmán— resalta la Comisión de Verdad y Reconciliación de 1991, la cual tuvo como fin lograr la reparación e indemnización de las víctimas, así como la búsqueda de la verdad (precisar los aproximadamente 3200 casos). Una segunda comisión de verdad tuvo como objeto la investigación de los hechos de tortura cometidos durante la dictadura, y arribó a la conclusión de que este método tuvo como fin amedrentar. Dicha comisión, igualmente, hizo propuestas sobre reparación a las víctimas. En relación con este último aspecto,

apunta Guzmán que en general la política del Estado ha sido favorable. Las comisiones de verdad recomendaron una serie de medidas jurídicas; por ejemplo, la adopción de tratados internacionales, como el Estatuto de Roma, recomendación que no fue aceptada.

En cuanto a los efectos de las comisiones, Guzmán se refirió a las consecuencias sobre las fuerzas armadas y la Corte Suprema de Justicia. Las primeras rechazaron de forma virulenta el contenido de los informes. Igualmente, el máximo tribunal judicial tuvo una actitud contraria al informe de 1991. No obstante, en el 2003 se instaló una mesa de diálogo entre militares y civiles que condujo a las siguientes consecuencias: los militares condenaron los golpes de Estado; las fuerzas armadas reconocieron los crímenes, concretamente el informe sobre la tortura, y también los reconoció la Corte Suprema.

4. En cuanto al informe de Brasil, el Prof. Dr. Marcos Coelho Zilli (Universidad de San Pablo) afirmó que la solución adoptada por este país no es comprable con la de Chile o Argentina. El informe se centró en las razones que condujeron a adoptar determinadas medidas para superar el pasado. Al respecto, se destaca que la transición política en Brasil la condujeron los militares, y duró desde 1974 hasta 1979, mientras que desde 1979 a 1985 el gobierno brasileño fue desplazado paulatinamente hacia el poder civil.

En agosto de 1979 se dictó una ley de amnistía que no fue discutida con la oposición al régimen militar, aunque esta la aceptó. La amnistía abarcó a los autores de delitos políticos y conexos. En 1995 se aprobó la ley 9140/95, que estableció el marco jurídico delimitador de las responsabilidades del Estado brasileño por la desaparición de opositores al régimen militar. El profesor Coelho Zilli se refirió igualmente a la actividad del Estado entre el 2001 y el 2003, relativa a la investigación de la represión estatal contra la guerrilla Araguaia. Entre sus conclusiones mencionó que la transición brasileña no implicó un rompimiento brusco con el pasado.

5. En cuanto a Bolivia, la Prof. Elizabeth Santalla (Universidad Andina Simón Bolívar) explicó que en ese país se dieron tanto reacciones penales como no penales. La historia reciente de Bolivia se caracteriza por un largo período de inestabilidad y violencia política, especialmente desde 1974 hasta 1982. Durante ese tiempo destacan dos dictaduras, la de Hugo Bánzer (1974-1978) y la de García Meza (1980-1982). Igualmente, el año 1979 se caracterizó por una importante inestabilidad política, con la sucesión de

varias juntas militares en el gobierno. Por la presión de la opinión pública en 1982 se eligió presidente a Hernán Siles Suazo.

Ese mismo año se creó una comisión de la verdad, solo para determinar casos de desaparición forzada de personas. Dicha comisión funcionó por 90 días y estuvo integrada por varias instituciones, entre las cuales destacaron la Iglesia católica, las fuerzas armadas y la central obrera boliviana. Según Santalla, la conformación de la comisión afectó su imparcialidad, ya que los propios implicados en el problema la integraron. La comisión no elaboró ningún informe final.

Para Santalla, la principal característica de la transición fue la reacción penal, en la cual destaca el juicio al dictador García Meza, que culminó en la primera condena por violación a los derechos humanos. Se lo enjuició por el delito de "masacre sangrienta" —llamado sin mayor fundamentación "genocidio"—, a raíz de la muerte de varios opositores ("subversivos") en el caso que se conoce como la *masacre de la calle Harrington.* Por el mismo delito se enjuició también a otros militares que ocupaban altos cargos. No obstante, según Santalla, en el juicio no se determinó la relación entre el gobierno y el poder militar, ni se precisó cuál fue el rol de las fuerzas armadas en las violaciones a los derechos humanos. En el 2004 se aprobó la ley de resarcimiento a las víctimas de la violencia política.

Concluye Santalla que, de acuerdo con los hechos ocurridos después de las dictaduras bolivianas, resulta difícil afirmar que haya existido un proceso de reconciliación en Bolivia.

6. El Prof. Dr. Carlos Caro (Pontificia Universidad Católica del Perú) se refirió al caso peruano puntualizando primeramente que se trató de un conflicto armado iniciado en 1980 que se extendió hasta mediados de los años noventa, a causa del cual perecieron 69.280 personas. Las respuestas del Estado ante el conflicto sufrieron diversas transformaciones. De 1980 a 1983 el Estado peruano se limitó a negar la existencia del conflicto, mientras que entre 1983 y 1985 no solo lo reconoció, sino que respondió militarizándolo. Esta política de militarización la mantuvo el gobierno de Alan García, que introdujo labores de inteligencia para la persecución del terrorismo. Durante la primera parte del gobierno de Fujimori, este recurrió a normas para la pacificación sin resultado alguno, pero una vez que disolvió el Parlamento, en el llamado *autogolpe*, el Estado peruano libró una lucha sin cuartel contra los movimientos subversivos, en la que cometió gran cantidad de violaciones a los derechos humanos.

Posteriormente se crearon los mecanismos para la superación del pasado. A partir del 2000 se recurrió a la persecución penal, incluso mediante la aplicación del derecho penal internacional. Esta vía implicó una serie de problemas, entre los cuales pueden mencionarse el conflicto con la ley de amnistía de 1995, declarada inaplicable por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente se planteó la cuestión de la prescripción de los delitos, ante la cual la jurisprudencia recurrió a la tesis del delito continuado y a su carácter de lesa humanidad. Debe agregarse que durante esta etapa se creó un tribunal para la persecución de esos crímenes.

La segunda vía para la superación del pasado la representó la Comisión de la Verdad que funcionó entre el 2001 y el 2003, año en que presentó su informe definitivo. Esta comisión no tuvo naturaleza judicial. Su perfil fue bastante amplio, conformada por miembros de la sociedad civil designados por el Poder Ejecutivo. Investigó casos concretos, vinculados a delitos cometidos tanto por los grupos subversivos como por los funcionarios del Estado. Asimismo, estableció responsabilidades políticas, éticas, sociales, etcétera, y recomendó medidas de reparación. En cuanto a sus conclusiones finales, determinó que el 54% de las violaciones de los derechos humanos correspondieron a acciones de los grupos subversivos y que se dirigieron contra los sectores más pobres de la población. La comisión remitió 45 casos al Ministerio Público y 2 al Poder Judicial. Recomendó reparaciones simbólicas, laborales, económicas, etcétera, así como la reestructuración de las fuerzas armadas y del aparato de justicia.

Por último, señaló Caro que en el 2004 se creó la Comisión de Seguimiento de las Recomendaciones de la Comisión de la Verdad y se dictó la Ley de Reparaciones. También mencionó la aprobación de la Ley sobre Desplazados.

7. En cuanto a México, el Prof. Dr. Javier Dondé (Instituto Nacional de Ciencias Penales) hizo alusión a la transición desde el régimen del PRI hacia el sistema de alternancia actual. Así, en las décadas de los sesenta, setenta y ochenta ocurrieron violaciones a los derechos humanos (desapariciones, torturas), fundamentalmente contra miembros de grupos guerrilleros. En el año 2000 ganó las elecciones el PAN y posteriormente se creó una fiscalía especial para investigar hechos del pasado. Según Dondé, el gobierno del presidente Fox impidió la creación de una comisión de la verdad, y en su lugar fomentó más bien la vía penal.

En este sentido, en el ámbito judicial destacó la declaratoria de prescripción en el caso de la *masacre de Tlatelolco.* La Corte Suprema de Justicia intervino en el asunto

y, si bien no se refirió a la aplicación de normas internacionales, sostuvo que la sociedad mexicana tenía derecho a conocer la verdad. Igualmente, como otro hito en la vía judicial mencionada, se refirió Dondé al criterio de la Corte Suprema en un caso sobre la competencia del Distrito Federal mexicano para abrir juicios por desaparición forzada de personas. Según la Corte, la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas debe tener efectos hacia el futuro; además, ese delito tiene carácter permanente, por lo que debe ser siempre investigado. La Corte siguió el criterio de la Corte Interamericana, según el cual la prescripción de la desaparición forzada de personas comienza a correr cuando cesa la permanencia.

Un tercer momento importante en la vía judicial fue el juicio al ex presidente Echeverría por genocidio, caso en el cual se determinó que no hubo prueba del elemento material de dicho delito. Por último, es de resaltar que la fiscalía emitió un informe sobre la acción del Estado en el pasado, concretamente su lucha contra la guerrilla, el cual concluye que se infringió el derecho internacional humanitario y se violaron derechos humanos.

8. El Prof. Dr. Alejandro Aponte (Universidad Javeriana) expuso que en Colombia la justicia de transición se presenta como una solución a un hecho conflictivo, y se trata de un proceso que reúne características de la justicia transicional, como serían la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación de los daños causados a las víctimas.

En cuanto a los mecanismos de justicia transicional utilizados en Colombia, mencionó Aponte en primer lugar la Ley de Justicia y Paz, que prevé rebajas de penas para quienes se acojan al plan de desmovilización, sean paramilitares o guerrilleros, y contempla programas para los desmovilizados (por ejemplo, empleos). Sin embargo, destaca que la aplicación de esta ley es selectiva, tanto respecto a los posibles autores como a los delitos confesados (piénsese, por ejemplo, que por cada homicidio confesado se desprende un gran número de otros delitos).

Un segundo hecho importante de la justicia transicional colombiana lo constituye la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación, conformada de manera muy plural, aunque no es una comisión de la verdad ni tampoco un órgano de justicia. Por último, menciona Aponte el decreto de Reparación Directa, cuyo fin es acordar reparaciones a las víctimas de delitos sin que ello implique un reconocimiento de responsabilidad. También es de destacar la posible depuración de funcionarios públicos relacionados con paramilitares.

9. En la exposición sobre El Salvador, Jaime Martínez (Corte Suprema de Justicia de El Salvador) se refirió al conflicto armado que existió en ese país desde 1980 hasta 1992. Sobre los mecanismos de superación del pasado, mencionó el Acuerdo de Paz de Chapultepec (1992), la Comisión de la Verdad, la depuración de las fuerzas armadas, el cese al fuego, el desarme y la reparación a las víctimas.

La Comisión de la Verdad fue creada por el Acuerdo de Chapultepec y tuvo como fines investigar los crímenes (sin obstaculizar la investigación penal), elaborar un informe final, formular recomendaciones a las partes para evitar la repetición de los hechos, y fomentar la reconciliación. Además, la comisión se refirió a la reparación a las víctimas y a la depuración de otros entes del Estado, como la Corte Suprema de Justicia y el resto del Poder Judicial. El 15 de marzo de 1993 la comisión presentó su informe, aunque no recomendó el enjuiciamiento de los jefes militares con el argumento de que la justicia salvadoreña no estaba preparada para ello.

Para la depuración de las fuerzas armadas salvadoreñas se creó una comisión *ad hoc* que analizó 240 expedientes (correspondiente al 11% de los oficiales) y recomendó la destitución o el traslado de 103 militares, aunque no tomó medidas contra los altos mandos. Las medidas en favor de las víctimas se tradujeron en reparaciones de carácter económico y moral, y en la creación de un Foro de la Verdad. Martínez destaca en sus conclusiones que las recomendaciones de la Comisión de la Verdad no se cumplieron. Además, el gobierno posteriormente dictó una ley de amnistía general que no contiene un reconocimiento de responsabilidad.

10. En cuanto al Ecuador, el Prof. Salvador Herencia (Comisión Andina de Juristas) expuso que en septiembre del 2007 el gobierno actual creó una Comisión de la Verdad para investigar delitos cometidos por el gobierno de Febres-Cordero. Dicha comisión investigó el lapso comprendido entre 1985 y 1989. Para Herencia es claro que la comisión tuvo como fin principal la persecución de los enemigos políticos del régimen de turno.

III

1. Los informes europeos incluyeron los casos de Italia, España y Alemania. El informe de Italia fue expuesto por la Prof. Dra. Emanuela Fronza (Universidad de Trento), quien se refirió específicamente a la transición del fascismo a la democracia.

En la transición italiana se pueden distinguir tres etapas. La primera, entre 1943 y 1946, se caracterizó por la exigencia de justicia y el recurso a la vía penal. En dicho

lapso la persecución penal se diferenció según la nacionalidad de los autores: los alemanes fueron enjuiciados por tribunales militares, mientras que los italianos civiles fueron enjuiciados por tribunales comunes y los militares italianos por tribunales militares. Para la represión de los hechos se recurrió a las normas nacionales preexistentes a los hechos cometidos. La segunda etapa comenzó en 1946 y se caracterizó por la no persecución de los crímenes. En este período se dictó una amnistía para los italianos que excluyó los delitos más graves. Por su parte, los procesos contra los alemanes fueron archivados por decisión de la fiscalía en 1960. La tercera etapa, a partir del año 2000, está caracterizada por la reapertura de los juicios contra los alemanes; sin embargo, ha sido una persecución minimalista, que ha excluido el grueso de los casos. Por último, es de destacar que en el período 2003-2006 funcionó una comisión parlamentaria para investigar la responsabilidad del Estado italiano en esos hechos.

2. Sobre España, la Prof. Dra. Alicia Gil (Universidad Nacional de Educación a Distancia) resaltó la importancia del caso español por tres razones fundamentales. La primera tiene que ver con el hecho de que la transición española se ha citado como ejemplo de un cambio pacífico de la dictadura a la democracia (en el año 2000, 80% de los españoles apoyaba la transición, la cual, según Gil, implicó impunidad). La segunda razón es que la justicia española se ha arrogado la potestad de perseguir crímenes cometidos en países latinoamericanos. Como último motivo destaca la reciente aprobación de la Ley de Memoria Histórica.

De los momentos importantes resaltó Gil, en primer lugar, el año 1969, cuando Franco dictó un decreto ley que declaraba prescritos los delitos cometidos hasta 1939. Además, Franco dictó varios indultos, normalmente por saturación de las cárceles. Un segundo momento importante fue la ley de amnistía dictada por el Parlamento en 1977, que abarcaba delitos cometidos por un móvil político (actos terroristas de la ETA, por ejemplo) y también a los funcionarios públicos que hubiesen cometido delitos contra las libertades individuales. Una vez establecida plenamente la democracia en España se dictaron varias medidas de compensación: indemnizaciones a viudas y huérfanos, devolución de puestos de trabajo, reconocimiento de beneficios laborales de los militares republicanos, indemnizaciones por tiempo en prisión, devolución de bienes a los partidos políticos y sindicatos, exhumación de cadáveres, etcétera. Es de resaltar que en ningún momento hubo un proceso de depuración de la administración pública.

En el 2002 el Parlamento español hizo un reconocimiento a las víctimas durante el franquismo y en el 2007 se aprobó la Ley de Memoria Histórica. Esta ley complementa las medidas de reconocimiento e indemnización a las víctimas, declara ilegitimas de las condenas políticas durante el franquismo —aunque sin anularlas— y ordena el retiro de escudos y nombres alusivos al franquismo. Cabe destacar, afirmó Gil, que hoy día en España comienza a cuestionarse jurídicamente la ley de amnistía de 1977.

3. En el caso de Alemania, el colaborador científico y abogado Nils Meyer-Abich (Universidad de Gotinga), sobre la base de un informe preparado junto con el Prof. Dr. Kai Ambos, distingue dos situaciones: a) la transición del nacionalsocialismo a la democracia y b) el caso de la antigua República Democrática Alemana (DDR) y la reunificación. En ambas el derecho penal cumplió un papel fundamental en la justicia de transición.

En cuanto a los crímenes del nacionalsocialismo se distingue una primera etapa, desde 1945 hasta 1949, caracterizada por el dominio de las potencias aliadas y la erradicación de la influencia nazi. Durante este período ocurrió el paradigmático caso del Tribunal de Núremberg, donde se aplicó el Estatuto de Londres y se invocó el derecho natural para eludir los problemas de retroactividad penal, pero en otros puntos de Alemania hubo procesos penales en tribunales militares y comunes que aplicaron el Código Penal y la Ley del Consejo de Control por las Potencias Aliadas. Una segunda etapa, entre 1950 y 1960, se caracterizó por el surgimiento de diversos obstáculos a la persecución penal iniciada al finalizar la guerra. Hubo amnistías (1949 y 1954) y se reincorporó a funcionarios públicos que habían prestado servicios al régimen nazi. No obstante, también se creó la oficina central para el esclarecimiento de los crímenes del nazismo (1958). En la etapa siguiente, 1960-1980, tras un intenso debate sobre la prescripción de estos crímenes, se afirmó el carácter imprescriptible del asesinato y se impulsó una persecución sistemática y centralizada. Por último, desde 1980 hasta el presente ha habido muy pocos procesos. Meyer-Abich también mencionó las medidas extrapenales adoptadas desde el comienzo de la transición, entre las cuales destacan las indemnizaciones y rehabilitaciones.

En cuanto a la situación de la antigua DDR, se persiguieron los delitos más importantes (actos de violencia en la frontera, prevaricación, secuestros ejecutados por funcionarios estatales, delaciones). Incluso, la persecución penal comenzó en la propia DDR por casos de abuso de autoridad y fraudes electorales. Es de subrayar que la justicia

de transición presentó diversos problemas jurídicos. El Código Penal de la antigua DDR se sustituyó por el de la República Federal Alemana (BRD), lo cual planteó serias cuestiones sobre la irretroactividad de ley penal. Igualmente, surgieron problemas en cuanto a la prescripción, cuyos plazos se extendieron para hacer posible la persecución penal. En los casos de violencia en la frontera resaltaron los problemas de irretroactividad, en particular lo relativo a la aplicación de las causas de justificación contempladas en el Código Penal de la DDR, desestimadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal Supremo alemán. Por otra parte, se argumentó que la prohibición de retroactividad en estos casos se veía limitada por la ausencia de separación de poderes, es decir, por la existencia de un Estado totalitario. La punibilidad de los actos de violencia en la frontera se fundamentó en la tesis de Roxin sobre crímenes cometidos mediante estructuras organizadas de poder. El Parlamento alemán descartó las amnistías para los crímenes de la DDR. A partir de 1990 se dictaron leyes de rehabilitación e indemnización.

IV

1. La segunda parte del seminario versó sobre la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Las exposiciones comenzaron con la ponencia del Prof. Dr. Héctor Olásolo (Universidad de Utrecht), quien desarrolló lo relativo a la participación de la víctima en el juicio oral.

Comenzó apuntando la ambigüedad que existe sobre la definición de *víctima* en las versiones española e inglesa del Estatuto (artículo 68.3). A continuación se refirió a la regla 85, sobre procedimiento y prueba, y a las distintas formas de entender la frase "algún crimen de la competencia de la Corte". Las salas de Cuestiones Preliminares I y II la interpretan conforme a la fase procesal que corresponda, distinguiendo entre la "víctima de la situación" y la "víctima del caso"; por su parte, la Sala de Primera Instancia considera que víctimas son todas aquellas personas que hayan sufrido un daño por un delito competencia de la Corte.

Los criterios de la salas varían también en cuanto a la cualidad del daño que debe haber sufrido la víctima; concretamente, si debe tratarse de un daño directo o indirecto. Así, las Salas de Cuestiones Preliminares I y II consideran que el daño producido a la víctima debe ser directo, producto de alguno de los delitos objeto del proceso, mientras que la Sala de Primera Instancia considera que la referida regla 85 no exige daño directo, por lo cual también admite la existencia de daño indirecto.

En cuanto a la condición de víctima, Olásolo se preguntó si existe o no un estatus procesal de víctima en el marco de las actuaciones procesales penales. Nuevamente la interpretación del artículo 68.3 cambia en función de la sala. La de Cuestiones Preliminares I distingue según la fase en que se encuentre el proceso (fase de instrucción o fase preliminar) y no según la actividad procesal o el elemento de prueba. En cambio, la Sala de Primera Instancia lo determina tras analizar las actuaciones procesales y los medios de prueba uno por uno, por lo que la víctima debe fundamentar su participación en la actuación concreta y cómo se afectan sus intereses. En consecuencia, para dicha sala no existe un estatus general de víctima.

Por último, Olásolo expuso sobre la naturaleza del procedimiento de las solicitudes hechas por las víctimas. Al respecto, la Sala de Cuestiones Preliminares I atribuye un carácter no contradictorio al procedimiento (procedimiento semiautomático), mientas que la Sala de Primera Instancia le atribuye un carácter contradictorio.

2. El Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Universidad de Buenos Aires) y la Prof. Dra. Emanuela Fronza se refirieron a las modalidades de protección de la víctima, una vez aceptada la condición de tal. En ese sentido, según sentencia de la Sala de Cuestiones Preliminares I del 22 de septiembre de 2006 (caso *Lubanga*), se restringió la participación de las víctimas anónimas, las que solo pueden acceder a los actos de carácter público.

Igualmente los expositores se refirieron a la línea jurisprudencial de la Corte según la cual la participación de la víctima se decide no para el proceso en general sino sobre la base de la actuación concreta. Por lo tanto, la víctima debe justificar su intervención en el acto particular en el cual se propone intervenir.

Por último, Malarino y Fronza se ocuparon de la relación entre la participación de la víctima y la celeridad procesal, lo cual ha llevado a la Sala de Cuestiones Preliminares a fundamentar una representación conjunta para las víctimas.

3. La Prof. Dra. Monserrat de Hoyos (Universidad de Valladolid) abordó los criterios de concesión del permiso para apelar las decisiones interlocutorias. Al respecto, se refirió a la interpretación del artículo 82.1.*d* del Estatuto y analizó varias resoluciones de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre los casos *Lubanga* y *Dafur.* A continuación enumeró las siguientes características de las referidas decisiones:

- Solo pueden apelarse puntos tratados en la resolución.

- Solo pueden apelarse puntos que puedan afectar la marcha del proceso. Debe tratarse de algo con entidad suficiente para afectar de manera grave la equidad y eficacia del proceso.
- El recurrente debe demostrar todos los elementos anteriores.
- La apelación de decisiones interlocutorias solo procede excepcionalmente.
- Por lo tanto, los motivos de la apelación deben interpretarse de forma restrictiva.
- El Estatuto prohíbe el recurso de reposición.

De Hoyos se refirió a los criterios sostenidos en sus decisiones por la juez Steiner, magistrada de la Sala de Cuestiones Preliminares I, entre los cuales mencionó que el juez debe ser garante de la legalidad del proceso, por lo cual debe determinarse qué cuestiones concretas solicitan las partes en su apelación. Asimismo, la juez Steiner adopta una interpretación amplia del *debido proceso,* así como se pronuncia a favor de que las apelaciones se autoricen por razones de certeza legal y seguridad jurídica.

Las conclusiones de De Hoyos fueron las siguientes:

- Se han denegado autorizaciones de apelación con base en una errónea interpretación del concepto de *debido proceso.*
- El concepto de *debido proceso* se interpreta según la conformación de la sala; de allí que en ocasiones haya recibido una interpretación restrictiva.
- La Corte Penal Internacional se legitimaría solo si garantizara el debido proceso en los procesos sustanciales.
- El debido proceso debe quedar libre de dudas, hasta el punto de que la sentencia no pueda ser impugnada por infringir dicho principio.

Entre las propuestas formuladas por De Hoyos destaca la necesidad de una interpretación amplia del concepto de debido proceso. Igualmente, opinó que no es correcto exigir pruebas concretas de que la decisión afecta la equidad y eficacia del proceso.

4. El Prof. Dr. Daniel Pastor también se refirió al tema anterior preguntándose qué significa "pedir permiso para apelar". A continuación, planteó algunos problemas. El primero es que las Reglas de Procedimiento y Prueba amplían las condiciones exigidas para la apelación contempladas en el artículo 82.1.*d* del Estatuto, ya que este no

contiene dicha autorización. El segundo es si el referido inciso *d* implica una consulta por el tribunal o una verdadera apelación realizada por las partes. Por último, analizó lo relativo a la facultad discrecional del juez *ad quo* de admitir el recurso.

5. El Prof. Dr. Kai Ambos desarrolló el tema de la preparación de testigos, entendiéndola como una asistencia al testigo. Sostuvo que el Estatuto se refiere a la asistencia como la acción de familiarizar al testigo con el caso. Al respecto, según los criterios de la Sala de Cuestiones Preliminares, no cabe la idea anglosajona del *training* o *coaching* del testigo, ni existe base legal que lo permita. En suma, preparar al testigo significa únicamente familiarizarlo con el caso, cuestión que hace la Unidad de Víctimas y Testigos.

6. El Prof. Dr. Juan Luis Modolell (Universidad Católica Andrés Bello) se refirió a la autoría y la participación en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Su ponencia se centró en el análisis de los criterios sostenidos por la sentencia del 29 de enero del 2007 (Sala de Cuestiones Preliminares I, caso *Lubanga*) para fundamentar la autoría. Luego de exponer la sentencia, comparó los criterios allí sostenidos para determinar la autoría con los esgrimidos por los tribunales ad hoc, concretamente en el caso *Tadic*.

Para Modolell, la sentencia de la sala de la CPI demuestra un mayor desarrollo dogmático, al utilizar el concepto de *dominio del hecho* y no el de *empresa criminal conjunta* propio de los mencionados tribunales ad hoc. Sin embargo, mostró sus dudas respecto a si el caso *Lubanga* constituye un verdadero supuesto de coautoría, como concluyó la referida sentencia, o un caso de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder.

V

Durante el seminario se eligió la ciudad de Buenos Aires (Argentina) como sede del próximo encuentro anual del Grupo Latinoamericano, que se organizará conjuntamente con la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Belgrano.

CÉSAR ALFONSO. Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Asunción, Paraguay). Notario y escribano público por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Asunción). Máster en Derecho Penal por la Universidad del Norte Asunción (Paraguay). Miembro del Centro de Ciencias Penales y Política Criminal.

KAI AMBOS. Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado y Penal Internacional en la Georg August Universität Göttingen (Alemania); jefe del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales. Decano de estudios (*Studiendekan*) de la Facultad de Derecho. Juez del Tribunal estatal de Göttingen. Para más información véase ‹http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos›.

ALEJANDRO APONTE CARDONA. Doctor en Derecho Penal y Teoría del Derecho, Universidad del Saarland en Saarbrücken (Alemania). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana de Bogotá. Consultor y asesor de agencias nacionales e internacionales.

DINO CARLOS CARO CORIA. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), con diversas estancias de investigación en el Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Alemania). Profesor asociado de Derecho Penal y coordinador de la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido asesor de varias comisiones de reformas legislativas en materia penal y procesal penal.

EMANUELA FRONZA. Profesora investigadora (*ricercatrice*) de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, donde enseña Derecho Penal

Internacional. Becaria de la Fundación Alexander von Humboldt en la Facultad de Derecho de la Universidad Alexander von Humboldt, Berlín (Alemania). Es autora de varias publicaciones en diferentes idiomas.

PABLO GALAIN PALERMO. Doctor europeo en Derecho (Universidad de Salamanca, España). Investigador responsable de la Sección Portugal y asistente en la Sección Latinoamérica del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Friburgo, Alemania).

ALICIA GIL GIL. Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza y doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Profesora titular de Derecho Penal en esta Universidad, donde imparte la asignatura de licenciatura Derecho Penal, Parte General, y varios cursos de doctorado, entre ellos Derecho Penal Internacional. Autora de diversas monografías y artículos en esta materia y sobre temas centrales de dogmática penal, publicados en varios países.

FABÍOLA GIRÃO MONTECONRADO GHIDALEVICH. Advogada. Diretora do Departamento Estadual de Direitos Humanos da Secretaria de Justiça e de Direitos Humanos do Estado do Amazonas (Brasil). Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid, España). Doctor honoris causa en Derecho por la Universidad Nacional de San Agustín (Arequipa, Perú) y especialista en Derecho Penal por la Universidad La Sapienza (Roma, Italia). Es catedrático de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral en la Universidad de Valparaíso (Chile).

EZEQUIEL MALARINO. Abogado con diploma de honor (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Doctor en Derecho (Universidad de Macerata, Italia). Profesor en la Universidad de Belgrano (Buenos Aires). Profesor en la Carrera de Especialización en Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires. Profesor visitante de la Universidad de Trento (Italia).

JAIME MARTÍNEZ VENTURA. Abogado y notario. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Ex director y cofundador del Centro de Estudios Penales de El Salvador (CEPES). Coordinador de la Unidad de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

NILS MEYER-ABICH M.A. Ha estudiado antropología social y jurisprudencia. Trabaja como abogado penalista en Hamburgo (Alemania). Desde el 2005 es colabora-

dor científico del Prof. Kai Ambos en su cátedra de Derecho Penal, Derecho Penal Procesal, Derecho Comparativo y Derecho Penal Internacional, Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August Universität (Gotinga, Alemania).

JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ. Profesor de Derecho Penal en las universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela.

ELIA PATRICIA NERI GUAJARDO. Profesora-investigadora del Foro Latinoamericano para la Seguridad Urbana y la Democracia, A. C.

PABLO FERNANDO PARENTI. Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina), con posgrado en Derecho Penal (Universidad de Palermo, Buenos Aires). Ha realizado la II Maestría en Jurisdicción Penal Internacional en la Universidad Internacional de Andalucía (España). Coordina la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, que funciona en el ámbito de la Procuración General de la Nación (Argentina).

LISANDRO PELLEGRINI. Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina), con posgrado en Derecho Penal (Universidad de Palermo, Buenos Aires). Prosecretario Letrado en la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, que funciona en el ámbito de la Procuración General de la Nación (Argentina).

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. Ministra do Superior Tribunal de Justiça (Brasil). Mestre e Doutora em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil). Professora Doutora de Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS. Consultora de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Bolivia). Profesora de Derecho Internacional en la Universidad Privada Boliviana, la Universidad Andina Simón Bolívar y la Universidad Católica Boliviana.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI. Juiz de Direito no Estado de São Paulo (Brasil). Mestre e Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil). Professor Doutor de Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.