57028

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • vol. 93 • nov.-dez. / 2011

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • vol. 93 • nov.-dez. / 2011

Presidência
Marta Saad

Coordenação
Helena Regina Lobo da Costa

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Helena Regina Lobo da Costa.

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Bruno Shimizu, Heloisa Estellita e Mariângela Lopes.

CONSELHO EDITORIAL – Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, André Augusto Mendes Machado, Andrei Zenkner Schmidt, Carina Quito, Carlos Weis, Carolina Dzimidas Haber, Celso Eduardo Faria Coracini, Cleunice Valetim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Denise Provasi Vaz, Diogo Malan, Eduardo Reale Ferrari, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Giovani Agostini Saavedra, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Karyna Sposato, Juliana Garcia Belloque, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho Araujo, Pedro Vieira Abramovay, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Sanches Rios e Sérgio Salomão Shecaira.

COLABORADORES PERMANENTES

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Alberto Silva Franco, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Ivette Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luís Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Ana Isabel Pérez Cepeda, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gimenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Nicolás Rodriguez García, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e Urs Kindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • vol. 93 • nov.-dez. / 2011

Edição Especial – Justiça de Transição

Coordenação

HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

Repositório de Jurisprudência autorizado pelos Tribunais Regionais Federais das 1.ª, 4.ª e 5.ª Regiões.

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • vol. 93 • nov.-dez. / 2011

Presidência
MARTA SAAD

Coordenação
HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

A responsabilidade pela revisão e formatação dos textos é da Editora.

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável
ANTONIO BELINELO

Rua do Bosque, 820 - Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 - Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo
São Paulo - Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo - Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br
Visite nosso *site*
www.rt.com.br
editorial.revista@rt.com.br

Impresso no Brasil: [11-2011]
Profissional
Fechamento desta edição: [22.11.2011]



EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2011/2012

Diretoria Executiva

Presidente
Marta Saad

1.º Vice-Presidente
Carlos Vico Mañas

2.º Vice-Presidente
Ivan Martins Motta

1.ª Secretária
Mariângela Gama de Magalhães Costa

2.ª Secretária
Helena Regina Lobo da Costa

1.º Tesoureiro
Cristiano Avila Maronna

2.º Tesoureiro
Paulo Sérgio de Oliveira

Assessores da Presidência
Adriano Galvão
Rafael Lira

Conselho Consultivo

Alberto Silva Franco
Marco Antonio Rodrigues Nahum
Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Sérgio Mazina Martins
Sérgio Salomão Shecaira

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
Fernanda Regina Vilares

Coordenadorias Regionais e Estaduais
Adriano Galvão

Cursos
Fábio Tofic Simantob

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Fernanda Carolina de Araújo

Internet
João Paulo Martinelli

Mesas de Estudos e Debates
Eleonora Nacif

Monografias
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Núcleo de Pesquisas
Fernanda Emy Matsuda

Pós-Graduação
Davi de Paiva Costa Tangerino

Relações Internacionais
Marina Pinhão Coelho Araújo

Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC
Renata Flores Tibyriçá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Helena Regina Lobo da Costa

Presidentes das Comissões Especiais

Amicus Curiae
Heloisa Estellita

Código Penal
Renato de Mello Jorge Silveira

Corretora dos Trabalhos de Conclusão do VI Curso de Direito Penal Econômico e Europeu
Heloisa Estellita

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Ana Lúcia Menezes Vieira

Direito Penal Econômico
Heloisa Estellita

Doutrina Geral da Infração Criminal
Carlos Vico Mañas

História
Rafael Mafei Rabello Queiroz

Infância e Juventude
Luis Fernando C. de Barros Vidal

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Novo Código de Processo Penal
Maurício Zanoide de Moraes

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

15.º Concurso de Monografia de Ciências Criminais
Diogo Rudge Malan

17.º Seminário Internacional
Carlos Alberto Pires Mendes

Coordenadorias Regionais

1.ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Luis Carlos Valois

2.ª Região (Maranhão e Piauí) – Roberto Carvalho Veloso

3.ª Região (Rio Grande do Norte e Paraíba) – Oswaldo Trigueiro Filho

4.ª Região (Alagoas e Sergipe) – Daniela Carvalho Almeida da Costa

5.ª Região (Espírito Santo e Rio de Janeiro) – Márcio Barandier

6.ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins) – Pierpaolo Bottini

7.ª Região (Mato Grasso e Rondônia) – Francisco Afonso Jawsnicker

8.ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) – Rafael Braude Canterji

Coordenadorias Estaduais

1.ª Estadual (Ceará) – Patrícia de Sá Leitão e Leão

2.ª Estadual (Pernambuco) – André Carneiro Leão

3.ª Estadual (Bahia) – Wellington César Lima e Silva

4.ª Estadual (Minas Gerais) – Felipe Martins Pinto

5.ª Estadual (Mato Grosso do Sul) – Marco Aurélio Borges de Paula

6.ª Estadual (São Paulo) – João Daniel Rassi

7.ª Estadual (Paraná) – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

8.ª Estadual (Amapá) – João Guilherme Lages Mendes

9.ª Estadual (Pará) – Marcus Alan de Melo Gomes

APRESENTAÇÃO

Fighting impunity and pursuing peace are not incompatible objectives.
(Ban Ki-moon)

A recente aprovação do Projeto de Lei que institui a Comissão da Verdade no Brasil renova as atenções para as questões relacionadas com a Justiça de Transição. Trata-se, como se sabe, de um complexo de medidas e de mecanismos que são alimentados pela necessidade de se promover a reconstrução e a restauração dos valores ligados ao Estado de Direito, à democracia e à dignidade humana em sociedades que foram vitimadas por maciças e sistemáticas violações de direitos humanos.

Embora não seja possível estabelecer-se um roteiro único para o processo de confronto e de superação do passado violento em razão das múltiplas variáveis que tocam os diferentes casos, há certo consenso quanto à necessidade de cumprimento de quatro deveres, a saber: a revelação da verdade com o resgate da memória histórica; a punição dos responsáveis pelos graves crimes cometidos; a reparação das vítimas (bem como de seus familiares) e, finalmente, a depuração da máquina administrativa, mediante o afastamento dos criminosos das funções públicas e dos postos de autoridade.

No caso do Brasil, a perspectiva de funcionamento de uma comissão especialmente desenhada para a apuração dos abusos cometidos durante os dois períodos de exceção vividos no século passado abre o caminho para que a revelação da verdade assuma o mesmo posto que, até então, fora ocupado, com exclusividade pelas reparações financeiras. Já a punição dos agentes responsáveis pelos abusos cometidos durante a repressão não tem avançado, em que pese a eloquência do pronunciamento e das determinações da CIDH quando do julgamento do Caso Lund. Neste campo, o silêncio fixado pela Lei de Anistia parece perpetuar-se.

É, portanto em meio a esse cenário que o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais dedica um volume especial ao debate das questões que tocam, tão profundamente, a Justiça de Transição. Embora

a temática não seja nova, vem ela ocupando a agenda de diversos países latino-americanos, sobretudo em face do passado autoritário que em muito aproxima as experiências. Daí a opção por um estudo que perpassasse pelo método comparativo.

Os artigos que aqui são publicados compõem parte de pesquisa científica que foi realizada, há alguns anos, pelo *Grupo Latino-americano de Estudos de Direito Penal Internacional*. O Grupo, que trabalha conjuntamente desde 2002, é promovido pela *Fundação Konrad Adenauer* no âmbito do *Programa Estado de Direito para América do Sul*. Conta com a cooperação do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional do Instituto de Ciências Criminais da Universidade de Göttingen, Alemanha, sob a coordenação científica do Prof. Kai Ambos. É integrado por diversos estudiosos da América Latina e da Europa os quais se reúnem anualmente para o intercâmbio de suas investigações acadêmicas. O IBCCrim sente-se honrado em compartilhar tais experiências na qualidade de representante brasileiro do Grupo.

É certo que os sucessivos acontecimentos relacionados com a Justiça de Transição exigiram a publicação de novos estudos que foram especialmente preparados para este volume. O objetivo, longe de lançar verdades, é o de promover o debate científico. Uma análise comparativa é, portanto, útil, senão indispensável. Afinal, muito embora as experiências guardem pontos de contato e de proximidade, as soluções dadas pelos diferentes Estados não são uniformes. A intenção, desta forma, é a de alimentar o pesquisador com um material que lhe permita alçar voos mais amplos no estudo do embate, sempre dramático, entre os valores da paz/justiça e da punição/reconciliação.

É evidente que um trabalho de tal envergadura supõe algumas limitações. Daí a necessidade de se estabelecer um corte. As opções, desta forma, ficaram circunscritas às experiências da Colômbia, do Uruguai, do Chile, do Peru, da Alemanha, da Espanha, da Itália além, obviamente, do Brasil. A diversidade das situações, por si só, propicia um quadro bastante amplo dos inúmeros problemas que tocam a Justiça de Transição.

Mas não é só. Ao final, são apresentados dois julgados. O primeiro deles, proferido pelo STF quando do julgamento do pedido de Extradição 1.150, formulado pela República Argentina, contém uma interessante análise sobre as características que cercam o crime de

desaparecimento forçado de pessoas. De fato, calcados na apreciação do momento consumativo daquele crime, os Ministros fizeram importantes considerações acerca da prescrição punitiva. E, por se tratar de decisão proferida após o julgamento da ADPF 153, que manteve a eficácia jurídica da Lei de Anistia, há certa expectativa de que aquela decisão possa servir de parâmetro para o enfrentamento das questões jurídicas que envolvem a persecução penal dos responsáveis pelo desaparecimento forçado e pela execução sumária dos perseguidos políticos no Brasil, ainda que sob diferente adequação penal típica.

O segundo julgamento, como não poderia ser diferente, vem da Argentina. Afinal, há muito tempo aquele país vem trilhando o caminho punitivo no enfrentamento de seu passado autoritário. As condenações vêm se multiplicando ao longo dos anos e com elas inúmeras questões e instigantes dilemas. Ao invés de se reproduzir as decisões proferidas pela mais alta Corte daquele país, e que já são mais do que conhecidas do meio acadêmico, optou-se por trazer ao leitor o julgamento proferido pelo Tribunal Oral Criminal Federal da Província de Córdoba, em dezembro de 2010. Com efeito, naquela oportunidade, o ex-Presidente, Jorge Rafael Videla, assim como outros réus, foram condenados à prisão perpétua pela prática de vários crimes dentre os quais o de tortura e homicídio.

O julgamento é um exemplo bastante vivo do raciocínio que se sedimentou na cultura jurídico-penal daquele país. Há, de fato, vários pontos polêmicos, tais como o procedimento de dupla tipificação e a imposição da pena perpétua. A grande extensão do julgado, que conta com mais de 600 páginas, impôs diversos cortes que, todavia, não comprometem a compreensão das questões que foram ali debatidas. Merecem especial atenção do leitor a recepção, pelo direito interno, dos princípios e regras do Direito Penal Internacional e o longo tratamento dado à teoria da autoria mediata desenvolvida por Roxin.

Como exposto, esta edição especial da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* não guarda a pretensão de fixar respostas ou soluções definitivas. A bem da verdade, o que se pretende é lançar algumas luzes no debate sobre a Justiça de Transição, sobre os seus rumos e sobre as suas perspectivas no caso brasileiro. Especial gratidão há de ser dirigida aos autores que, desde o início, aderiram a mais uma empreitada científica, assim como ao IBCCrim pela constante e reju-

venescida sensibilidade em abraçar causas intimamente vinculadas com a proteção dos direitos humanos.

São Paulo, novembro de 2011.

MARCOS ZILLI

Professor-Doutor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP. Membro do Grupo Latino-americano de Estudos de Direito Penal Internacional.

SUMÁRIO

Edição Especial – Justiça de Transição

Apresentação 7

Doutrina

1. Persecución penal nacional del homicidio en persona protegida: un ejemplo de los alcances y límites del Derecho Penal en contextos de justicia transicional
   Alejandro Aponte Cardona 15

2. O regime militar e a Justiça de Transição no Brasil. Para onde caminhar?
   Marcos Zilli 61

3. ¿Superación del pasado y comisión de la verdad en el Perú?
   Dino Carlos Caro Coria 103

4. Justicia transicional en España. Cuatro años de vigencia de la Ley de Memoria Histórica
   Alicia Gil Gil 143

5. A superação jurídico-penal das injustiças e dos atos antijurídicos nacional-socialistas e real-socialistas na Alemanha
   Kai Ambos e Nils Meyer-Abich 183

6. La persecución de los crímenes nazi-fascistas en Italia
   Emanuela Fronza 225

7. Panorama y problemas de la justicia de transición en Chile
   José Luis Guzmán Dalbora 269

8. Justicia de transición y elaboración del pasado en Uruguay
   Pablo Galain Palermo 313

Jurisprudência Internacional

Tribunal Oral Federal 1 de Córdoba
Resenha por Helena Regina Lobo da Costa 339

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL ANOTADA

1. Acórdão

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EXTRADIÇÃO - Sequestro qualificado - Requisitos do Tratado Específico que são cumpridos - Crime de "desaparecimento forçado de pessoas" que corresponde ao tipo penal de sequestro qualificado • EXTRADIÇÃO - Prescrição - Sequestro qualificado - Alegado decurso do prazo prescricional em razão do suposto falecimento das vítimas - Delito de natureza permanente, cujos efeitos se prorrogam no tempo
Resenha por HELENA REGINA LOBO DA COSTA 449

RESENHA

1. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, de Renato de Mello Jorge Silveira
Resenha por VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ 487

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 501

TEMAS 502

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 505

57029

1 Persecución penal nacional del homicidio en persona protegida

Un ejemplo de los alcances y límites del Derecho Penal en contextos de justicia transicional

Alejandro Aponte Cardona

Doctor en Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad de Saarland, Saarbrücken, Alemania. Profesor investigador, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana. Consultor internacional.

Área do Direito: Penal; Constitucional

Resumen: El siguiente artículo evalúa los avances y límites a nivel nacional del juicio por homicidio de una persona protegida por cometer un crimen internacional. El análisis se hace bajo el contexto general de diferenciación y coordinación entre las áreas de protección de derechos humanos. Como consecuencia, el sistema de justicia penal no se congestionaría de manera disfuncional, en nombre de la justicia de transición, cuando haya que revelar y demostrar todas las circunstancias que rodean la perpetración masiva de crímenes internacionales. Por el contrario, desde una perspectiva amplia y no sólo criminal, el artículo enfatiza la armonía necesaria entre el uso de mecanismos de la justicia de transición y la distinción de áreas de protección de derechos humanos, para poder avanzar coherentemente

Abstract: The following article studies the advances and limits of the national prosecution of the homicide of a protected person as an international crime. The analysis is made under the general context of differentiation and coordination among different areas of Human Rights Protection. As a consequence, the criminal justice system would not be congested in a dysfunctional way when, in the name of the transitional justice, it is required to reveal and demonstrate the entire circumstances that surround the massive perpetration of international crimes. On the contrary, from a broad and not only criminal perspective, the article emphasizes in the necessary harmonization of the employment of transitional justice mechanisms and the differentiation of

tanto en el juicio criminal por el homicidio de personas protegidas, como también de otros delitos que constituyan crímenes internacionales.

PALABRAS CLAVE: Proceso penal - Crímenes internacionales - Derechos humanos y derecho penal - Homicidio de una persona protegida - Crímenes atroces - Falsos positivos o ejecuciones extrajudiciales - Atribución de responsabilidad criminal.

areas of Human Rights Protection, in order to advance in a coherent criminal prosecution of, not only the homicide of protected persons, but also other criminal offenses that constitute international crimes.

KEYWORDS: Criminal prosecution - International crimes - Human Rights Law and Criminal Law - Homicide of a protected person - Heinous crimes - False positives or extrajudicial executions - Attribution of criminal responsibility.

SUMARIO: 1. Aclaración a la presente edición - 2. Introducción - 3. La particularidad del caso colombiano: de la guerra como un problema jurídico - 4. Reforma constitucional para la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional - 5. El nuevo Código Penal y la consagración de crímenes internacionales: 5.1 Confusión alrededor de ámbitos normativos diferentes de protección de Derechos Humanos; 5.2 El Derecho Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: relaciones y límites; 5.3 Delitos y violaciones de Derechos Humanos: diferencias y complementos; 5.4 Protección penal de Derechos Humanos - 6. Persecución penal nacional del homicidio en persona protegida como crimen internacional: 6.1 Calificación del conflicto armado: consecuencias jurídicas disímiles frente a perspectivas enfrentadas; 6.2 Los "actos de ferocidad y barbarie": el legado del Derecho Público colombiano al Derecho Penal Internacional; 6.3 "Humanización" del Derecho Internacional Humanitario: un propósito jurisprudencial; 6.4 El conflicto armado: más allá del tiempo y lugar de las hostilidades; 6.5 Conflicto armado interno y límites para el juzgamiento de los delitos; 6.6 Aplicación errónea de tipos penales convencionales; 6.7 Avance cualitativo en la persecución penal del homicidio de persona protegida: 6.7.1 Es irrelevante la calificación sobre las víctimas que adelantan los autores; 6.7.2 Un aporte a la claridad sobre la noción de persona protegida en el Código Penal; 6.8 Los "actos de barbarie" en contextos de conflicto armado interno; 6.9 Los denominados *falsos positivos* o *ejecuciones extrajudiciales*, como homicidios en personas protegidas - 7. Nuevas exigencias respecto de la fundamentación de fórmulas de imputación de responsabilidad penal: 7.1 La Sala de Casación Penal: avance tortuoso hacia fórmulas de imputación de responsabilidad al superior jerárquico; 7.2 Autoría mediata en estructuras de poder mediante "instrumento responsable"; 7.3 El fantasma paralizante de la posible impunidad - 8. "Llenar todos los vacíos de impunidad": una pretensión imposible.

1. ACLARACIÓN A LA PRESENTE EDICIÓN

El presente artículo[1] aborda el estudio de los avances y los límites de la persecución penal nacional del homicidio en persona protegida en tanto crimen

1. El presente texto corresponde a una versión revisada y actualizada del trabajo publicado por el autor, con el mismo título, en la *Revista International Law*. n. 17

internacional. El estudio se adelanta en el contexto general de la necesaria utilización coordinada y diferenciada de diversos ámbitos de protección de Derechos Humanos, de manera que el sistema penal no se sobrecargue disfuncionalmente cuando, a nombre de la denominada justicia transicional, se le pide demostrar todas las circunstancias que han rodeado o rodean la comisión masiva de hechos que constituyen crímenes internacionales. Al contrario, a partir de una reflexión más general y no sólo penal, el escrito hace énfasis en la necesaria armonización del uso de diferentes mecanismos de justicia transicional y en la diferenciación de ámbitos de protección de derechos humanos, con el propósito de avanzar más coherentemente en la persecución penal, no sólo del delito que se estudia, sino también de los diversos delitos que constituyen crímenes internacionales.

2. INTRODUCCIÓN

En el siguiente trabajo, escrito en el contexto general de la denominada justicia transicional o "justicia en la transición", se adelanta una reflexión relacionada con aspectos fundamentales de la persecución penal de crímenes internacionales en Colombia, con énfasis en la persecución penal nacional del homicidio en persona protegida, el cual es concebido a nivel internacional como crimen de guerra y tipificado en nuestro Código Penal como infracción al Derecho Internacional Humanitario. En razón a que se trata de un estudio dentro de un volumen dedicado al tema complejo y comprehensivo de la justicia transicional y con énfasis en el Derecho Comparado, no se hará un análisis meramente penal, sino que éste se adelantará de manera contextualizada, en relación con aspectos sustanciales del proceso de incorporación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional al Derecho Público Interno y la reforma introducida a la legislación penal en el año 1999.[2]

(volumen especial dedicado a la justicia transicional). p. 13-62. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, jul.-dic. 2010.

2. El autor ha redactado un trabajo dedicado a la presentación de aspectos fundamentales que en Colombia asumen diversos mecanismos de justicia transicional. Este trabajo, además, recoge el aporte que, sobre el tema, ha hecho el autor a las discusiones del Grupo de Estudios Latinoamericanos sobre Derecho Penal Internacional. Se trata del trabajo titulado "Colombia: un caso sui generis en el marco de la justicia de transición". *Revista International Law*. vol. 12. p. 395-433. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2008.

Se adelanta una reflexión sobre este delito especialmente crítico en el caso colombiano, que sirve para ilustrar, de manera general, el desarrollo jurisprudencial en materia de persecución penal de crímenes internacionales, al mismo tiempo que sirve de reflexión para pensar en mecanismos de justicia transicional en países que, como es el caso colombiano, padecen una situación de violencia en el tiempo que puede ser concebida, fácticamente, como violencia asimilable a un conflicto armado de carácter interno.

Aunque se trata de datos conocidos en su mayoría por el lector colombiano, se hará breve referencia a éstos en perspectiva comparada, al ser ello útil y necesario para contextualizar críticas y observaciones que hace el autor de este escrito, por ejemplo, sobre la confusión reinante hoy entre diferentes ámbitos de protección de derechos humanos. La confusión señalada, por lo demás, tiene implicaciones concretas sobre las expectativas sociales que se pueden generar a nombre de la justicia transicional: confundir y mezclar, indistintamente, mecanismos de justicia transicional, trae consigo, entre otras consecuencias, la disfuncionalización de la justicia penal o de la justicia administrativa, las cuales estarán, por tanto, sobrecargadas con responsabilidades ajenas a sus competencias, mientras que diversos entes estatales, relacionados, para citar un caso, con el poder ejecutivo, se ven relevados de sus propias funciones.[3]

En cuanto a la presentación del homicidio en persona protegida, se hace relación a recientes decisiones del juez penal colombiano de mayor jerarquía, al tiempo que se hace un recuento, importante en perspectiva comparada, de la tradición colombiana de aplicación de normas, con gran riqueza

3. Dentro de la más diversa bibliografía y, además, de los textos escritos en la revista donde fue publicado el artículo que se presenta, dedicados más específicamente al estudio de las características de la justicia transicional, el autor se remite al trabajo de Kai Ambos, elaborado como introducción al volumen conjunto escrito por diversos profesores de América Latina y Europa sobre el tema, en perspectiva comparada, denominado: "El marco jurídico de la justicia de transición". In: Kai Ambos; Ezequiel Malarino; Gisela Elsner (coords.). *Justicia de transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2009. p. 23-119. En dicho texto, y en general en el volumen, se enfatiza la idea de concebir la justicia transicional como un conjunto de mecanismos diferenciados que confluyen entre sí en la triada verdad, justicia y reparación, de los cuales el Derecho Penal es apenas uno de ellos y no siempre el más importante. El autor del presente trabajo adelanta su estudio a partir de este presupuesto y de la exigencia, cada vez mayor, de diferenciar muy bien la actuación propia de cada uno de los mecanismos de justicia transicional. El libro se encuentra disponible en la coedición de la Fundación Konrad-Adenauer con la editorial Temis de Colombia.

argumentativa, sobre humanización de la guerra y limitación de los efectos de la misma en los civiles no armados.[4] De igual manera, el trabajo se detiene en el estudio de los avances que ha tenido, aunque con dificultades de toda índole, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la aplicación de nuevas fórmulas de imputación de responsabilidad penal por la comisión de conductas que constituyen crímenes internacionales.

3. LA PARTICULARIDAD DEL CASO COLOMBIANO: DE LA GUERRA COMO UN PROBLEMA JURÍDICO

El caso colombiano es muy particular en el contexto de los países que han incorporado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional a su ordenamiento jurídico interno. La situación de conflicto armado crónico que Colombia padece, principalmente, le ha dado especificidad, incluso en el contexto de los países latinoamericanos, con los cuales comparte problemas comunes. Colombia vive una situación de conflicto armado interno desde hace más de cinco décadas, el cual se encuentra hoy en una etapa de degradación y desideologización, cuyo mayor impacto negativo es sufrido por la población civil desarmada. En el contexto reseñado, se cometen innumerables violaciones de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, perpetradas tanto por grupos armados al margen de la ley, como por funcionarios estatales ligados a la dinámica de la guerra.

Para un observador internacional, es difícil entender la convivencia, en una democracia que no es sólo formal, entre la paz y la guerra, entender la existencia de conflicto armado interno, al mismo tiempo en que en la mayor parte del territorio vive en situación de no guerra. Por eso, además, algunos autores hoy hacen referencia también, cuando se trata de sociedades que han padecido graves violaciones de derechos humanos, al concepto de "sociedades bien desorganizadas", donde temas fundamentales como la reparación de las

4. Diversos temas tratados en este escrito han sido trabajados por el autor, desde una perspectiva comparada y como presentación del caso colombiano, en un texto con el siguiente título: Criminal Prosecution of International Crimes: The Colombian Case. *International Criminal Law Review.* n. 4. vol. 10. p. 549-569. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. Además, diversos temas tratados en este estudio han sido desarrollados de manera más comprehensiva y respecto de varios delitos que constituyen crímenes internacionales, en el libro del autor, titulado: *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional.* Bogotá: Fundación Konrad-Adenauer et al, 2010.

víctimas, se mezclan con carencias estructurales de sociedades con Estados ausentes.[5] Es un concepto interesante, que puede compartirse para el caso colombiano, pero que en ningún momento choca con la existencia del conflicto armado interno; al contrario, éste hace que en este tipo de sociedades desorganizadas, los entornos de las víctimas se agraven aún más. Por ello, no se trata tan sólo de sociedades anómicas, para usar un concepto de Durkheim o de Merton, sino de auténticas situaciones de guerra en numerosas partes del territorio nacional.

En razón de la situación expuesta, aunada al hecho de que en Colombia se ha vivido en situación permanente de guerras civiles desde el siglo XIX, cuando se independizó de la dominación española, la discusión jurídico-política nacional ha estado condicionada por la existencia de conflictos armados. Ahora bien, para la racionalidad de occidente la guerra, el conflicto armado, es un hecho que se encuentra de plano desconocido por el orden jurídico. Así, en la vieja fórmula de Hobbes, el Estado es concebido como negación de la guerra; es decir, donde hay guerra no hay Estado y donde existe el Estado no puede existir la guerra.[6] La tradición del Derecho Público europeo se estructura sobre esta premisa. Autores como Max Weber, Hans Kelsen y Niklas Luhmann así lo han enfatizado.[7]

No obstante, en el caso colombiano, la guerra como una constante ha tenido que ser tratada como un problema relevante para el Derecho.[8] En esta lógica se encuentran situadas múltiples figuras del Derecho Público que han sido incorporadas por las constituciones políticas desde el siglo XIX, las cuales han tematizado, específicamente, la situación de conflicto armado. Por ejemplo, este el caso de la incorporación del denominado *Derecho de Gentes* dentro del ordenamiento jurídico interno. A su vez, la noción de delito político y

5. Concepto trabajado para el caso colombiano, por Rodrigo Uprimny y Diana Esther Guzmán, en el texto: "En busca de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales". *Revista International Law*. n. 17. p. 231-286. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, jul.-dic. 2010.

6. Thomas Hobbes. *Leviatán*. Barcelona: Altaya, 1994.

7. Max Weber. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2004; Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979; y Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

8. Como un estudio riguroso de este fenómeno y su especificidad en el caso colombiano, se cita el texto fundamental de Iván Orozco Abad. *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*. 2. ed. Bogotá: Temis, 2006.

su tratamiento especial y la concesión de amnistías e indultos a delincuentes políticos, se encuentran situadas en la lógica expuesta, de conducir la guerra en términos jurídico-políticos. En este orden de ideas, la consagración constitucional hoy del derecho internacional humanitario como estatuto regulador de los estados de excepción, entre otros, es una herencia genuina de la tradición de incorporar el lenguaje de la confrontación armada al lenguaje civil del Derecho. Para la regulación del antiguo estado de sitio se estableció el Derecho de Gentes, el cual era un estatuto que regulaba los efectos negativos de la excepción, estableciendo reglas de juego para la preservación de las garantías, aún en la emergencia. Hoy, como se dice, el Derecho Internacional Humanitario adopta esta función, mucho más compleja y sofisticada, desde luego.

Dentro de este contexto, en extremo problemático y particular, se debe adelantar la reflexión en torno a la adopción del Estatuto de Roma en Colombia; contexto adecuado, igualmente, para analizar la jurisprudencia nacional relacionada con la persecución penal de crímenes internacionales. Lo anterior, pues la comparación entre el Derecho Público Interno y las normas del Estatuto está necesariamente condicionada por la relación entre guerra y derecho. El nuevo Código Penal se encuentra precisamente inscrito en la situación de ambigüedad entre la guerra y la paz que vive el país. Por tanto, éste incorpora normas propias para regular situaciones, por decirlo así, cuyo contexto es la paz consolidada –como es el caso de un hurto normal o, incluso, de normas penales más novedosas como la manipulación biológica–, al tiempo que incorpora tipos penales que se ubican en las fronteras existentes entre la paz y la guerra. Como lo ha sostenido el autor en diversos trabajos y lo ha podido comprobar en el desarrollo práctico de la jurisprudencia sobre crímenes internacionales, la aplicación que tenga lugar en el país, proveniente de la adopción del Estatuto de Roma, depende de manera fundamental del destino que tenga el conflicto armado interno.[9]

Lo anterior ocurre, por nombrar un caso, con las denominadas *infracciones al Derecho Internacional Humanitario*, tipificadas hoy en el Código Penal a partir del art. 135. Estos tipos penales sólo pueden ser aplicados en situaciones de conflicto armado, lo que explica por qué justamente dichas normas

9. El autor se permite la remisión al texto de Alejandro Aponte: "Persecución nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano", In: Kai Ambos; Ezequiel Malarino (coords.). *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina y España.* Montevideo: Instituto Max-Planck para Derecho Penal Internacional de Friburgo y Fundación Konrad Adenauer, oct. 2003.

están siendo aplicadas en el caso colombiano, especialmente el art. 135, que hace referencia al *homicidio en persona protegida*. Mientras que otros países han hecho uso de legislaciones especiales para incorporar normas que, por ejemplo, defienden bienes protegidos por el Derecho Humanitario, en el caso colombiano estas normas –así como aquellas que hacen alusión, desde luego, a las personas protegidas–, son incorporadas al Derecho Penal ordinario.

4. REFORMA CONSTITUCIONAL PARA LA ADOPCIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El Estatuto de Roma ha sido incorporado a la legislación interna mediante reforma del art. 93 de la Constitución de 1991, lo cual fue necesario atendiendo a la normatividad propia del Estatuto, que en algunas cuestiones fundamentales es distinta y contradice normas de carácter interno. Decía la norma en su texto original:

"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia."

Durante los primeros años de vigencia de la Carta Política se presentaron arduas discusiones alrededor del sentido de la norma. De esta forma, se debatió si los tratados prevalecen al orden interno, o si estos deben ser sólo instrumentos fundamentales de interpretación jurídica. Cualquiera que sea el caso, en la Carta Política ya existía una norma propicia para la incorporación de preceptos normativos, aún muy especiales, como aquellos que componen el Estatuto de Roma. Así las cosas, en virtud de la reforma constitucional enunciada con anterioridad, al tenor reseñado se le agregó el siguiente texto normativo:

"El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17.07.1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución, tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él."

Por otra parte, en el proceso de reforma constitucional participaron todas las ramas del poder público. En primer lugar intervino el órgano legislativo; así, mediante el Acto Legislativo 02/2001, el Congreso de la República

reformó el art. 93 de la Carta Política, allanando de esta forma el terreno para la posterior ratificación del Estatuto de Roma. Posteriormente, después de ciertas discusiones de carácter técnico y de algunas diferencias iniciales entre el Congreso y el gobierno, se estableció que este último debía presentar un proyecto de ley aprobatoria del Estatuto de Roma. Se expidió entonces la Ley 742/2002, "por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)".

Finalmente, por disposición constitucional, esta Ley, aprobatoria de un tratado, fue revisada en su constitucionalidad por la Corte Constitucional. En este sentido, en extensa providencia, la Sentencia n. C-578 de 2002, elaborada durante los meses de junio y julio de 2002, la Corte declaró la exequibilidad de la Ley 742/2002. La sentencia de la Corte contiene múltiples elementos relevantes para la discusión, al tiempo que constituye uno de los documentos más importantes para evaluar cómo ha sido el proceso de incorporación del Estatuto de Roma al ordenamiento interno de Colombia. Con mayor razón, si se atiende a que en la providencia que se comenta la Corte intentó aclarar, fundamentalmente, los límites estrictos dentro de los cuales se deben interpretar y aplicar las normas del Estatuto de Roma. De esta forma, el Tribunal Constitucional no se limitó tan sólo a declarar la constitucionalidad del Estatuto y a dejar libre al intérprete en relación con los alcances de su normatividad.[10]

5. El nuevo Código Penal y la consagración de crímenes internacionales

El Código Penal vigente, expedido en julio de 1999 mediante la Ley 599/2000 y cuya vigencia se consagró a partir de julio de 2001, incorpora conductas que,

10. A partir del texto de la reforma constitucional, en el cual se hace referencia a los efectos causados "exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada" en el tratado, la Corte reseña en detalle los aspectos más complejos del Estatuto, para buscar una armonía basada en los límites de los alcances de sus normas, con el resto de las normas constitucionales. Ahora bien, el juez constitucional hubiera podido, una vez reformada la Carta por vía del acto legislativo, adelantar un control meramente formal y menos profundo. Sin embargo, lo que pretendió, con acierto, fue dejar establecidas aquellas bases jurisprudenciales necesarias para la interpretación posterior de las normas del Estatuto de Roma, cuando éstas fueren implementadas. Ello, en consonancia, además, con el literal *c* del art. 21 del "Derecho aplicable" del Estatuto de Roma, que se refiere a los principios desarrollados por el Derecho Interno de los respectivos países.

desde el punto de vista internacional, corresponden a crímenes internacionales. Es así como, mientras en otras naciones se han diseñado legislaciones especiales para hacer lo propio –como es el caso alemán–, o en otras se busca dar aplicación automática de las normas del Estatuto de Roma, tanto aquellas que se refieren a los delitos en particular, como aquellas que condicionan su aplicación o interpretación dogmática, en Colombia existe un Código Penal que contiene delitos concebidos por el Estatuto de Roma como *delitos de lesa humanidad*, así como tipos penales previstos en éste como *crímenes de guerra*. La nueva legislación penal es anterior a la entrada en vigencia del Estatuto; no obstante, la discusión tuvo lugar prácticamente en el mismo periodo.

Ahora bien, en el país tuvieron lugar intentos concomitantes al nuevo Código Penal, de adaptación de la legislación penal interna a las tendencias en el ámbito internacional. Este es el caso, por ejemplo, de la Ley 589/2000, "por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamientos forzado y la tortura y se dictan otras disposiciones". Es importante destacar que el trámite que se dio a esta Ley en el Congreso, es prácticamente simultáneo al trámite y discusión del proyecto de ley del nuevo Código Penal, mientras que su promulgación se efectuó apenas 20 días antes de éste último. En este sentido, el verdadero debate sobre la tipificación de los delitos más graves dentro de los denominados, en el contexto internacional, de *lesa humanidad*, tuvo lugar en el proceso legislativo de la mencionada Ley 589/2000, incorporada y ampliada en el nuevo Código Penal.

5.1 Confusión alrededor de ámbitos normativos diferentes de protección de Derechos Humanos

En los debates legislativos se percibió, desde el inicio, la ambivalencia surgida por la pretensión de adelantar una protección nacional de los derechos humanos, acorde con las tendencias internacionales; pero realizar este objetivo, sin embargo, a través de normas penales, las cuales obedecen, por principio, a una lógica distinta a la del derecho internacional de los derechos humanos. Dentro de este esquema fue recalcado, en múltiples ocasiones, que la tipificación en el ámbito interno de aquellas conductas rechazadas por la comunidad internacional, pretendía "lograr la plena vigencia de los Derechos Humanos en nuestro país y adecuar nuestra normatividad a los postulados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos".[11] Igualmente, fue recalcado

11. Senado de la República, Proyecto de Ley 20/1998, Gaceta del Congreso n. 126 del 22.07.1998, p. 26.

como fin último la adaptación del derecho público interno a las demandas internacionales. Así, se estableció que "todas las normas están orientadas a un mismo fin: el logro de la protección de los derechos fundamentales en nuestro país".[12]

En este sentido, para citar un caso, en la discusión legislativa en torno a la Ley 589/2000, cuando se hizo referencia a las conductas tipificadas en el proyecto, se subrayó que éstas son "violatorias de los derechos humanos fundamentales".[13] Se trata, entonces, según los legisladores, de "conductas gravísimas que lesionan Derechos tan sentidos (...), por el conjunto de los países del mundo".[14] Como se afirmó desde un principio en un estudio premonitorio sobre hechos que se vienen generando hoy: "estos tipos penales garantizan derechos antes que tutelar bienes jurídicos. Así por ejemplo, si bien la vida ha constituido siempre un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, en relación con tipos como el de genocidio, es común emplear la expresión 'Derecho a La Vida' para referirse al bien cuya protección se persigue".[15] Los mismos legisladores han reconocido que "los conceptos de crímenes de lesa humanidad y genocidio son propios del Derecho Penal Internacional y no del Derecho Penal Interno de los Estados".[16]

Cuando se hace referencia aquí a la situación de ambivalencia, es en razón a que en las discusiones y, sin duda, también en la práctica, el lenguaje del Derecho Penal, en relación, entre otros, con el bien jurídico a proteger, ha sido

12. Idem.
13. Idem, p. 27.
14. Senado de la República, Comisión Primera, Acta n. 12 de 20.10.1998, Gaceta del Congreso n. 369 del 23.12.1998, p. 29.
15. Claudia Medina. *El derecho penal de los derechos humanos, el Estatuto de Roma como articulador entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal colombiano*. Tesis de Grado. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2002. p. 146. El estudio destaca que la doctrina también se mueve en esta posición intermedia entre el discurso del Derecho Penal y el discurso de los Derechos Humanos: "la doctrina nacional por ejemplo, al referirse a los bienes que son lesionados con el delito de genocidio, afirma que 'los bienes o Derechos Humanos afectados son los más fundamentales y esenciales", lo que explica por qué el uso de los términos es indistinto. Así, "en lugar de hacer referencia a los múltiples bienes jurídicos que se protegen, se habla de que el genocidio 'lesiona y ofende una diversidad de Derechos Humanos', los cuales, en consecuencia, se enuncian en términos de Derechos (Derecho a La Vida, Derecho a La Integridad Física y Psíquica, Derecho a La Libertad etc.)". Jesús López, citado por Claudia Medina, op. cit., p. 147.
16. Congreso de la República, Gaceta n. 37 de 07.04.1999, p. 2.

sustituido por el lenguaje de los Derechos Humanos; es decir, en la actualidad se presenta una gran confusión entre el lenguaje de los Derechos Humanos y el lenguaje penal propiamente dicho. Igualmente, a partir de dicha confusión, ámbitos distintos de protección de Derechos Humanos están siendo utilizados de forma indiferente y entremezclada.

Valga aclarar al respecto lo siguiente: un ámbito de protección de Derechos Humanos es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con instituciones como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos –cuya tarea es definir la responsabilidad del Estado y no responsabilidades individuales–, mientras que otro escenario es la protección constitucional de Derechos Humanos, la cual es más amplia y afirmativa, promoviendo y exigiendo del Estado y sus instituciones la promoción efectiva de múltiples derechos. Ámbito muy distinto es la protección penal de Derechos Humanos. En otras palabras, el Derecho Penal, incluso en este contexto y con estos objetivos, debe operar como *ultima ratio*, estar basado en la responsabilidad penal individual y respetar cada uno de los principios que le dan sentido. El Derecho Penal es una respuesta frente a la violación de una norma, es un mecanismo de disuasión, no le corresponde promover o afirmar valores.

Sin embargo, cuando el lenguaje de los Derechos Humanos se apropia del lenguaje penal, el sistema judicial penal se ve obligado a dar respuestas que no le corresponden, que lo exceden, que lo sobrepasan. Al contrario, a nombre de las víctimas, al derecho penal no le corresponde dar respuesta a la totalidad de las causas que subyacen a masivas violaciones de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario que han sido perpetradas durante décadas en el país. Se trata de una situación que, como se dice, se advierte, pero que ya se anunciaba desde el principio en la discusión legislativa de reforma al Código Penal.[17]

17. Este es el punto de partida del trabajo que el autor ha elaborado como experto colombiano, miembro del grupo latinoamericano de Derecho Penal Internacional, apoyado por la fundación Konrad, que será publicado en el segundo semestre de 2011, con el título de: "Desplazamiento forzado, Sistema Interamericano y Derecho Penal Interno: hacia una confluencia racional y consistente de diversos ámbitos de protección de Derechos Humanos". Allí se analiza la superposición y confusión entre el ámbito de protección propio del Sistema Interamericano, el sistema constitucional de protección de Derechos Humanos y el sistema penal: los dos primeros arrastran al Derecho Penal y éste se ve obligado a dar respuestas que no le corresponden, anulando en la práctica sus principios y fundamentos. Y todo ello ocurre a nombre de la justicia transicional.

5.2 *El Derecho Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: relaciones y límites*

En la discusión en torno a la Ley 589/2000, prevaleció la idea de incorporar delitos como el genocidio o la desaparición forzada, como *delitos de lesa humanidad* dentro del nuevo Código Penal. Al interior de la Comisión Primera y en la Plenaria del Senado, se presentó la propuesta de expedir una norma que introduciría un nuevo título en el Código Penal, denominado "Delitos de lesa humanidad". En un principio, este título iba a contener los tipos penales de desaparición forzada, genocidio y tortura; sin embargo, más adelante fueron incluidos los delitos de desplazamiento forzado y la denominada "masacre".[18] La noción de masacre, no obstante, fue eliminada del proyecto con buen criterio, en razón a la dificultad para imputar un delito tipificado de esa manera.[19]

Posteriormente, los legisladores se dieron cuenta de la dificultad que acarrea, desde el punto de vista de la racionalidad dogmático penal, la consagración de nuevos delitos bajo la idea de crímenes de lesa humanidad como bienes jurídicos protegidos; idea que, a pesar de ser flexible en el Derecho Internacional, es impropia en el caso del Derecho Penal Interno. La tensión, y muchas veces confusión, entre bien jurídico tutelado por el Derecho Penal y protección de Derechos Humanos como política estatal, se hace aquí evidente. Por ello, en la ponencia para segundo debate, y como parte del pliego de modificaciones introducidos al Proyecto de Ley 142/1998, en la Cámara de Representantes se

18. En palabras de los legisladores: "Los delitos de lesa humanidad, con su ejecución no sólo vulneran los bienes jurídicos de las víctimas, sino que afectan a todo el género humano en su conjunto, por desconocer el respeto universal de los Derechos Humanos. Se les da tal nombre porque agravian, lastiman y ofenden a la universalidad de los hombres". Senado de la República, Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 20/1998, Gaceta del Congreso n. 185 del 17.09.1998, p. 6.

19. Aun cuando, como se dice, este último delito fue eliminado con posterioridad, se puede percibir hoy cómo, en el contexto de la Ley de Justicia y Paz, para citar un caso concreto, la noción de masacre es usada por algunos abogados e intervinientes en el proceso, como si se tratara de un delito o conjunto de delitos. Se usa, por ejemplo, para denunciar, a nombre de las víctimas, que no se investigan *masacres*, sino *homicidios*. Es una confusión que refuerza las complicaciones que surgen cuando conceptos sociológicos sustituyen conceptos normativos. La noción de masacre es sociológica, no existe en el Código Penal como concepto normativo. No obstante, para efectos de la investigación de los delitos, es claro que para poder abordar normativamente el efecto y las consecuencias de una masacre, lo que se debe hacer es investigar los homicidios en el contexto más general de la macrocriminalidad, pero éste es un tema diferente.

propuso eliminar el título de "Delitos de lesa humanidad", pues se reconoció la gran dificultad que ello generaría al momento de ser aplicado en el orden interno.[20]

5.3 Delitos y violaciones de Derechos Humanos: diferencias y complementos

Es necesario diferenciar muy bien cuándo una conducta constituye una violación de derechos humanos y cuándo esta misma conducta constituye un delito. Por ejemplo, el aborto es un delito y no una violación de derechos humanos. En cambio, una desaparición forzada tiene la doble condición de ser tanto delito como violación de derechos humanos. Si estas dos categorías no son diferenciadas correctamente, todo el Código Penal podría convertirse en un tratado de derechos humanos, generando así gran confusión; sin embargo, hoy en día Colombia vive un proceso muy complejo de conversión artificial de muchas conductas en delitos de lesa humanidad. Así mismo, parte de este proceso de conversión artificial se da a partir de la confusión entre delitos y violaciones de derechos humanos, lo que tiene lugar, también, por la confusión que se ha anotado entre diferentes ámbitos de protección de derechos humanos.

Un crimen internacional es una acción que al mismo tiempo que constituye un delito, es una violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Y se trata, además, de una acción que está regulada en estatutos normativos con vocación internacional, como es el caso del Estatuto de Roma. Son conductas que no sólo merecen un reproche de carácter interno, sino que, a su vez, exigen una respuesta a nivel internacional.

Puede suceder, no obstante lo anterior, que una conducta que en situaciones normales sea meramente un delito, pueda ser también, en otro contexto, una violación de derechos humanos y, en la actualidad, un crimen internacional. Por ejemplo, el acceso carnal violento o violación, es una conducta que no constituye, por sí misma, una violación de derechos humanos ni un crimen internacional. Sin embargo, si esa agresión sexual tiene lugar en un escenario de conflicto armado interno o internacional, donde una mujer ha

20. En última instancia, el peligro de la consagración de tipos penales extremadamente indeterminados, en blanco y, por ello mismo, con la obligación de remisión permanente al contexto internacional, condujo a los legisladores a incorporar las conductas dentro de aquellos títulos que consagran bienes jurídicos tradicionales. Al fin y al cabo, con base en el principio de integración, los instrumentos internacionales están presentes, de hecho, en la interpretación y aplicación de las normas internas. Cámara de Representantes, Gaceta del Congreso n. 450, de 18.11.1999, p. 6.

sido violada a manera de represalia contra enemigos por ser líder o, en todo caso, por agredirla no sólo a ella sino también a su comunidad en medio de dicho conflicto, esa acción constituye una violación al Derecho Internacional Humanitario, un delito tipificado como tal en la legislación penal y, a su vez, un crimen internacional. Es por esto que la delimitación de los contextos es una tarea tan importante en el proceso de imputación de las conductas. Lo decisivo para establecer cuándo una conducta concebida como delito puede llegar a constituir una violación de Derechos Humanos, es el contexto en el cual los hechos tienen lugar. Lo importante es, ante todo, respetar, como se dice, las diferencias que se han reseñado entre diferentes ámbitos de protección de derechos humanos.

5.4 Protección penal de Derechos Humanos

Como fue manifestado previamente, en el proceso de modificación y adecuación de las normas internas, el Código Penal vigente ha introducido algunas conductas que constituyen crímenes internacionales conforme lo dispuesto por el Estatuto de Roma. Así las cosas, teniendo en cuenta el proceso de reforma legislativa, cuatro conductas constituyen lo que podría denominarse el *núcleo duro de protección penal de Derechos Humanos*: se trata del *desplazamiento forzado*, la *desaparición forzada*, el *genocidio* y la *tortura*.[21] Por su parte, tal como se ha señalado, el Código Penal consagra, en un capítulo único de la parte especial, los delitos que constituyen infracciones al Derecho Internacional Humanitario, lo que se traduce en un catálogo general de diversas conductas que a nivel internacional son concebidas como crímenes de guerra.

Conforme a lo expuesto, en el caso de la Fiscalía General de la Nación, la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario ha depurado una serie de criterios para asumir la investigación de aquellas conductas que no sólo son delitos, sino que a su vez tienen la connotación de violaciones de derechos humanos y DIH y que constituyen, además, crímenes internacionales. No obstante, ha sido esto un proceso muy complejo que, luego de casi 20 años de funcionamiento de la Unidad, aún se encuentra en desarrollo. Por su parte, y de manera fundamental, la Unidad de Justicia y

21. Aun cuando la última conducta referida ya estaba regulada en el Código Penal de 1980, fue modificada en algunos de sus apartes fundamentales en el nuevo Código Penal. Las otras tres conductas fueron incorporadas por primera vez al Código Penal en el proceso de reforma legislativa.

Paz de la Fiscalía ha avanzado enormemente en la conceptualización de estas conductas, lo mismo que los magistrados que adelantan el proceso.[22]

6. PERSECUCIÓN PENAL NACIONAL DEL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA COMO CRIMEN INTERNACIONAL

Excede los límites de este trabajo analizar cada una de las conductas reseñadas. Por tanto, a continuación se hará énfasis, precisamente por la especificidad del caso colombiano, al delito de homicidio en persona protegida. La norma pertinente dispone:

"Art. 135. Homicidio en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses, multa dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666,66) a siete mil quinientos (7.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de Derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.

La pena prevista en este artículo se aumentará de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al Derecho Internacional Humanitario:

1. Los integrantes de la población civil.

2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.

3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.

4. El personal sanitario o religioso.

---

22. Véase, a propósito, el estudio que sobre el tema y en el contexto del proceso de Justicia y Paz, adelantó Alejandro Aponte como director del Área de Justicia del Observatorio Internacional para el seguimiento del proceso de DDR y la Ley de Justicia y Paz, del Centro Internacional de Toledo para la Paz, denominado: "Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz", In: *Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, Segundo informe*. Madrid-Bogotá: CITpax, 2009. p. 17-86. El texto puede ser consultado en la siguiente dirección: [www.toledopax.org/uploads/CITpax_Segundo_Informe_Observatorio_DDR_Ley_Justicia_y_Paz_Colombia_noviembre_2009.pdf].

5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.

6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.

7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.

8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse."

El capítulo de estos delitos está constituido por dos columnas principales: personas protegidas, tal como se ha visto regulado por los arts. 135 y subsiguientes, y bienes protegidos, como lo señala el art. 154, que se refiere a la "destrucción y apropiación de bienes protegidos". De otro lado, conductas que, desde el punto de vista internacional, pueden constituir delitos de lesa humanidad, están consagradas también en este capítulo como infracciones al derecho internacional humanitario, siempre y cuando se comentan "con ocasión y en desarrollo" de un conflicto armado interno. Es el caso, por ejemplo, de la tortura en persona protegida o del desplazamiento forzado cuando tienen lugar en un conflicto armado.

En consecuencia, el operador judicial tiene que identificar muy bien el contexto dentro del cual ocurrieron las conductas, para luego establecer de forma precisa si éstas tuvieron o no lugar en desarrollo de un conflicto armado. Sin embargo, no se trata de una operación fácil, sobre todo porque la guerra civil no ha sido declarada formalmente en el caso colombiano, ni se trata de una guerra que tiene lugar en todo el territorio. Los hechos propios de conflicto armado tienen lugar en puntos del país todavía aquejados por situaciones similares a las categorizadas por Gabriel Almond y Lucian Pye, dos grandes autores de la tradición anglosajona, como *crisis de integración* y *crisis de penetración*.[23]

23. Estas crisis se originan en la incapacidad estatal de promover una burocracia nacional, garantizar las fuentes de percepción de los impuestos, estabilizar y regir un orden político y agenciar proyectos políticos comunes. En el contexto jurídico, esta crisis entraña la inexistencia de una territorialización efectiva del Derecho. Para mayor información ver: Gabriel A. Almond; Bingham G. Powell Jr.; Kaare Strøm; Russell J. Dalton. *Comparative politics: a theoretical framework*. 4. ed. Londres: Longman Publishing Group, 2003; y Lucian W. Pye. *Aspects of political development: an analytic study*. Boston: Little, Brown and Company, 1966).

6.1 Calificación del conflicto armado: consecuencias jurídicas disímiles frente a perspectivas enfrentadas

Colombia no es un país en el cual la presencia estatal se encuentra consolidada en todo su territorio. Por el contrario, éste ha sido escenario de disputas entre diferentes actores, como las guerrillas y los grupos denominados de autodefensa o grupos paramilitares. Así mismo, en algunos lugares el Estado fue sustituido por grupos irregulares; territorios donde no ejerció su presencia y en los cuales han tenido lugar toda clase de conductas delictivas, perpetradas, sobre todo, contra ciudadanos indefensos que viven en esos territorios y deben someterse a las reglas de verdaderos paraestados.

No debe olvidarse, además, que en el país existen dos posiciones enfrentadas, por decirlo de esta manera, respecto de la concepción que del conflicto económico, político y social, se tenga. Una de ellas, prohijada especialmente por la cabeza saliente del poder ejecutivo, aunque no ha sido monolítica y no lo es bajo el nuevo gobierno, considera que en el país se vive una amenaza terrorista a una democracia en consolidación; la otra concepción, mayoritaria y compartida por todo el sistema judicial desde hace décadas, considera, si bien con rasgos absolutamente propios y heterodoxos respecto de otros países, que Colombia vive una situación de conflicto armado interno en diversos territorios. En la expedición de la nueva Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras, en la cual el actual gobierno ha puesto mucho énfasis y que presupone la restitución masiva de tierras a campesinos que han sido despojados por años de las mismas, el punto de partida para la calificación de víctima es que se trate de víctimas del conflicto armado interno: o sea, hay un reconocimiento expreso de esa situación por parte de la ley y este reconocimiento es compartido hoy por el poder ejecutivo, el poder judicial y el parlamento.[24]

En este orden de ideas, de la prevalencia de una u otra concepción dependen formas diversas de imputación de conductas. En otras palabras, si prevalece la idea del terrorismo, los operadores judiciales aplicarán, sobre todo, normas como el homicidio con fines terroristas, lesiones con fines terroristas etc. Por el contrario, si prevalece la segunda concepción, como efectivamente ocurre de manera mayoritaria en el sistema judicial, los operadores imputarán conductas concebidas como infracciones al derecho internacional humanitario. En el caso de los fiscales de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía, la

24. Para mayor información sobre este aspecto, se sugiere consultar el art. 3.º de la Ley 1.448/2011: "Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones".

Unidad de Justicia y Paz, los jueces de instancia y los magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, afrontando las dificultades propias de imputar o calificar conductas que tienen lugar en escenarios poco ortodoxos, aplican normas que, como se dice, constituyen crímenes internacionales.[25] (Para la imputación de estas conductas, los operadores judiciales deben hacer uso de todo el desarrollo internacional que ha tenido el derecho internacional humanitario, al tiempo que deben tener en cuenta la tradición colombiana de guerra y Derecho, así como la especificidad del caso colombiano).

6.2 Los "actos de ferocidad y barbarie": el legado del Derecho Público colombiano al Derecho Penal Internacional

Precisamente en desarrollo de la tradición mencionada desde un principio, de cómo la guerra en Colombia ha sido fuente de tematización jurídica –de su concepción como un fenómeno con relevancia jurídica para minimizar sus efectos nocivos–, en este país el sistema judicial colombiano trabajó durante muchos años, y a instancia de legislaciones penales anteriores a la vigente, con la noción de *delitos atroces*. De esta manera, una diversidad de actos que hoy son imputados como infracciones al Derecho Internacional Humanitario, fueron concebidos en su momento como delitos atroces, para así castigar aquellas acciones de combatientes concebidas como acciones contrarias a las leyes de la guerra.

En este sentido, por ejemplo en el caso de la regulación del delito político, ligado en la historia del país al delito de rebelión –el cual ha aplicado por tradición a miembros de la guerrilla–, los actos ligados al combate, propios de la guerra, quedaban siempre incorporados al delito de rebelión, de tal manera que no se castigaban independientemente: se trataba de lo que se denominó *la complejidad del delito de rebelión*, concebido en la lógica de los conflictos armados internacionales. Es decir, el combatiente de las guerras internas ha sido asimilado, en la tradición colombiana, al combatiente de las guerras interestatales europeas.

En virtud de ello, incluso si un guerrillero mataba a un soldado del ejército estatal, no se le castigaba por dos conductas, sino que se le castigaba sólo por rebelión, pues quedaban excluidos de esta operación y de este tratamiento aquellas conductas que constituyeren "actos de ferocidad y barbarie", tal

25. Se aclara, al respecto, que el terrorismo o el narcotráfico no constituyen crímenes internacionales, de acuerdo con la exposición que se ha realizado a lo largo de este texto.

como lo consagraba el art. 127 del Código Penal de 1980.[26] También quedaban excluidos estos actos de las amnistías e indultos que, en desarrollo de procesos de paz, fueran otorgados a miembros de la guerrilla que entregaran sus armas y se sometieran a la ley civil del Estado colombiano. Pero, ¿qué constituía, exactamente, "actos de ferocidad y barbarie"? Se trataba, como se ha dicho, de aquellos actos contrarios al derecho de gentes, contrarios a disposiciones que hoy son propias del Derecho Internacional Humanitario, como asesinar a combatientes rendidos, torturar a personas que no participan de los combates, usar armas de destrucción indiscriminada etc.[27]

Un caso fallado por el máximo tribunal de la justicia penal ordinaria ilustra esta característica extraordinaria en la historia del Derecho Público colombiano. Los hechos son los siguientes: en la tarde del 12.02.1992, en zona urbana del municipio de San Vicente de Chucurí (Santander), cerca a la central de abastos estalló una bomba cuando transitaba una patrulla del Ejército Nacional. Como consecuencia, resultaron muertos un soldado y dos colegiales, mientras que fueron heridos un capitán, el conductor de la volqueta que los transportaba y dos personas más. En este caso, la Sala Penal estableció lo siguiente:

"El medio utilizado, artefacto explosivo, llevó implícito el resultado de causar temor en los habitantes de San Vicente de Chucurí. Los tornillos y otros elementos de hierro contenidos en la bomba para aumentar su poder destructivo, expelidos con el estallido, estuvieron destinados a agravar

26. El art. 127 establecía lo siguiente: "Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo". Se recuerda que esta norma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en Sentencia n. C-456 de 1997, bajo el entendido de que ella constituía una especie de amnistía generalizada para actores irregulares. En razón a la aplicación de normas favorables en el tiempo, la norma fue aplicada varios años después de la expedición de la providencia y, en todo caso, aún hoy numerosos operadores, continúan haciendo referencia, en la parte motiva de sus decisiones, a las nociones de ferocidad y barbarie, así como también a la noción de delitos atroces: se trata de conceptos muy arraigados en la tradición del Derecho Público colombiano.

27. Para profundizar en el análisis de diversas providencias del juez penal colombiano, en el contexto de los crímenes atroces, el autor se permite la remisión al texto: Alejandro Aponte, "Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia". *Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. XXVII. n. 81. p. 15- 46. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

las heridas y aumentar los padecimientos de las víctimas afectadas con la explosión, lo cual torna bárbaro el acto."[28]

En esta sentencia, la Sala Penal se ocupó del fenómeno de la complejidad del delito de rebelión y del fenómeno de la conexidad, de acuerdo con el cual, como se ha dicho, los actos propios de la guerra, la muerte por ejemplo, no eran imputados de manera independiente, sino que quedaban incorporados al delito de rebelión. Así las cosas, lo que castigó la Sala Penal en este caso, fue el medio utilizado por la guerrilla, el hecho de utilizarse armas no convencionales y con poder de destrucción generalizado sobre la población civil. Es lo que la Sala Penal llama tornar "bárbaro el acto".

Otro caso emblemático ilustra lo expuesto. En la providencia con radicado n. 12-051 del 25.09.1996, la Sala de Casación Penal estableció:

"Son actos de ferocidad y barbarie los que reprueba el Derecho Internacional Humanitario o Derecho de Gentes, precisamente por evidenciar la crueldad innecesaria en los procedimientos y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios a los niños, mujeres, personas débiles o impotentes, y en general a la población civil que se afectó con semejante explosión en un populoso barrio."[29]

El Derecho de Gentes, como estatuto regulador de los impactos de las acciones ligadas a la confrontación, es concebido como un marco general de interpretación de las normas. Con él, su sucedáneo: el Derecho Internacional Humanitario. En este caso se trató de la activación de una carga de dinamita en la ciudad de Medellín,

28. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27.05.1999, radicado n. 12.661, MP: Nilson Pinilla Pinilla.

29. Es necesario aclarar que el Código Penal vigente ha asimilado específicamente esta tradición, al consagrar como infracción al Derecho Internacional Humanitario, en el art. 145, los "actos de barbarie". Entre ellos, cometidos con ocasión del conflicto armado, y siempre y cuando no constituyan otros delitos, se consideran los actos de no dar cuartel, de abandonar a heridos y enfermos, de atacar a una persona fuera de combate etc. Esta norma ya ha sido aplicada en una providencia judicial muy importante cuando, en la tipificación de delitos cometidos contra civiles que habían sido secuestrados por la guerrilla, entre ellos el posterior homicidio de éstos, algunas de las acciones cometidas se consideraron constitutivas de barbarie. Es muy interesante esta compleja decisión, además, porque la privación de la libertad de civiles se sancionó contra miembros de la guerrilla como toma de rehenes y, además, se sancionaron las muertes como homicidios en personas protegidas. Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, sentencia ordinaria mixta n. 20-06, de 22.03.2006, consideraciones.

lo cual le otorga un carácter específico a la acción, sobre todo por la posibilidad de generar consecuencias sobre los civiles. La carga explosiva se encontraba adecuada y preparada con metralla y otros elementos. Aun cuando la carga no produjo la muerte o heridas de civiles, la Sala Penal enfatizó los diversos daños que se ocasionaron en las edificaciones vecinas del sector.

6.3 "Humanización" del Derecho Internacional Humanitario: un propósito jurisprudencial

En esta última providencia, la referencia a la protección de los civiles es clara, así como también lo es su necesaria protección en situaciones de conflicto armado. Incluso, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia abordó el Derecho Humanitario desde una perspectiva filosófica y no meramente jurídica:

"Del reconocimiento de la guerra o de los conflictos armados como una realidad y, por ende, del altruista propósito de sujetar a los combatientes a unas reglas que limiten sus métodos y medios de acción, con el fin de proteger a la persona humana, no se sigue alegremente que el Derecho Internacional Humanitario legitima la guerra o la existencia de los conflictos armados o de grupos insurrectos (...). Sólo con el compromiso de los enfrentados en el conflicto, tanto los irregulares como la fuerza pública, de humanizar la terrible confrontación bélica, de evitar las crueldades innecesarias en las operaciones militares de uno u otro bando, para que no siga acreciendo el rencor y el deseo de venganza, se conserva la esperanza de la paz en la república y de la reconciliación entre los opositores armados."[30]

Con esta alusión al fin último del Derecho Internacional Humanitario, la Sala Penal expuso lo indicado hasta el momento: se acepta la tragedia de la guerra como un hecho fáctico con relevancia jurídica, se aplica el DIH, pero no con el propósito de promover la guerra o de aceptarla, sino con el propósito de acotar sus efectos, de regularla y, en última instancia, de acercar a los actores de la guerra para posibles procesos de paz, como ha sido el caso de Colombia. Se trata de procesos similares a aquellos que hoy algunos autores, con mucho sentido crítico e histórico, denominan la *humanización* del DIH.[31] Este es el proceso que

30. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 25.09.1996, radicado n. 12.051, MP: Jorge Aníbal Gómez Gallego.

31. Por ejemplo, Tamás Hoffmann explora la hipótesis de que la sentencia de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Prosecutor* vs. *Dusko Tadic,* constituyó una especie de vehículo para *humanizar* el

ha vivido Colombia: la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, con el propósito de *humanizar* el conflicto armado, de acercar a las partes enfrentadas; de propiciar caminos hacia la paz. Ello, por supuesto, sin inhibir la tarea del sistema judicial que, en todo caso, debe seguir actuando y aplicación sanciones severas a quienes cometen crímenes de guerra o, en el caso del Código Penal colombiano, infracciones al Derecho Internacional Humanitario.[32]

Pero lo dicho anteriormente también refuerza el papel del Derecho Penal en la sanción de aquellas conductas que, más allá de la tragedia de la guerra, no pueden ser toleradas. Ésta es la importancia que para el caso colombiano tiene el castigo del homicidio en persona protegida, como aquella conducta que se ha escogido para el presente análisis: más allá de las justificaciones ideológicas de los actores de la guerra, más allá de cómo se ven ellos a sí mismos, más allá también de la justificación que funcionarios del Estado puedan adelantar frente a la comisión de infracciones al DIH, cuando éstas llegan al sistema judicial, éste debe castigarlas de manera más severa, tal como lo establecen las mismas normas, que consagran penas más altas para estos tipos penales. A continuación, con base en ejemplos concretos se hará referencia a la persecución penal nacional del homicidio en persona protegida, en tanto crimen de guerra concebido a nivel internacional.

6.4 El conflicto armado: más allá del tiempo y lugar de las hostilidades

Un primer problema fundamental que tiene lugar frente a la aplicación de las conductas expuestas, es el relacionado con la noción estrecha de combate

---

Derecho Internacional Humanitario, extendiendo así el margen de protección de los conflictos armados internacionales a aquellos no internacionales. Es un concepto muy sugestivo y, en relación con el caso colombiano, desde ahora se puede establecer que en nuestro país la jurisprudencia, tanto constitucional como penal, ha hecho enormes esfuerzos para *humanizar* –entendido como extensión de su ámbito de protección a las personas protegidas–, el Derecho Internacional Humanitario. Ver: Tamás Hoffmann, "The gentle humanizer of humanitarian law – Antonio Cassese and the creation of customary law of non-international armed conflict", In: Carsten Stahn; Larissa van den Herik (editors.). *Future perspectives on international criminal justice*. La Haya: T.M.C. Asser Press, 2009. p. 58-80.

32. Este es el punto de partida del libro escrito por el autor, en el cual se analiza la persecución penal del homicidio en persona protegida, en concordancia con el proceso de humanización descrito. Ver, al respecto, de Alejandro Aponte. *Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Bogotá: Fundación Konrad-Adenauer, y Facultad de ciencias jurídicas, Universidad Javeriana de Bogotá, abr. 2011. p. 18 (especialmente) y ss.

que manejan algunos operadores. La Sala Penal lo ha definido de manera reiterada, por ejemplo, señalando que combate es una acción que, "comporta un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional. Es una confrontación que implica lucha de contrarios (...) que exige, además, la posibilidad de que se pueda repeler."[33]

No obstante, en los operadores surge un problema que es clave, a saber: ¿en qué momento tiene lugar un combate?, ¿cuándo tiene lugar exactamente esta lucha de contrarios? O, lo que es lo mismo, ¿cómo se mide, en términos temporales, la noción "con ocasión y en desarrollo de conflicto armado"? Este hecho es fundamental, toda vez que se percibe, de manera general en los operadores, una restricción significativa de la noción de combate a la actual ocurrencia del mismo o, máximo, a su inminencia. De igual forma, el conflicto se liga, fácticamente, a la noción de combate. Esto hace que acciones cometidas, por ejemplo, por actores armados o por el ejército, posteriores a un combate o ligadas indudablemente a las hostilidades, en los mismos territorios en los cuales las acciones bélicas han tenido lugar, no sean comprendidas como pertenecientes a la exigencia de ser cometidas "con ocasión y en desarrollo de conflicto armado".[34]

Para citar un ejemplo, en el caso con radicado n. 23.472 del 13.04.2005, en el cual se profirió un auto resolviendo una colisión de competencia por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se presentó la discusión acerca del tipo de conducta cometida, así como de la existencia o no de un conflicto armado y de sus características.

El caso, narrado por la Sala Penal, es el siguiente: el 24.11.2003 un contingente de soldados, al mando del teniente correspondiente y "perteneciente

33. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27.08.1999, radicado n. 13.433, MP: Jorge Córdoba Poveda. p. 43.

34. Para profundizar en el análisis específicamente penal, relacionado con el homicidio en persona protegida, con talleres de caso y estudios de ámbitos de imputación para este delito, el autor se permite la remisión al texto de Alejandro Aponte. *Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, con énfasis en homicidio en persona protegida.* Bogotá: Vicepresidencia de la República de Colombia, 2008. El documento en referencia puede ser consultado en la siguiente dirección: [www.derechoshumanos.gov.co/impunidad/documentos/Protocolo_para_reconocimiento_de_casos.pdf.]. Para ahondar en estos aspectos, ver el libro ya citado de Alejandro Aponte. *Persecución penal de crímenes internacionales...* cit., p. 18 y ss.

al Batallón de Infantería del Ejército Nacional, inició un operativo tendiente a contrarrestar la acción de grupos denominados paramilitares". Previamente, a las 8:00 de la mañana, varias personas "salieron del municipio de Acacías con destino a San José del Guaviare, transportándose en un campero y una camioneta. Aproximadamente a las 10:00 de la mañana, los dos grupos se encontraron en el sector conocido como 'El cruce de la Calandria', jurisdicción del municipio de San Martín (Meta). Los ocupantes de los vehículos se bajaron y se pusieron a disposición de la autoridad".[35] No obstante, "alrededor de las 12:30 del día, por orden del oficial, los soldados dispararon en contra de éstos por la espalda, y les causaron la muerte. Camuflada dentro de dos llantas de repuesto, encontraron una millonaria cantidad de dinero que los militares se repartieron. El teniente Fajardo Barco destruyó los documentos de identidad de las víctimas y los salvoconductos de algunas armas de defensa personal que portaban. Por instrucciones suyas, a las autoridades armadas y judiciales se les informó que los occisos eran 'paramilitares' que los habían agredido, generándose un combate, y que en el cruce de disparos fallecieron".[36]

En este proceso se presentó una colisión de competencia entre dos juzgados de la justicia penal ordinaria y, al mismo tiempo, se presentó la disputa, al interior de la Sala Penal, sobre si el conocimiento de los hechos correspondía a la justicia penal ordinaria o a la justicia penal militar. En el escrito de acusación, del 23.07.2004, en vigencia del nuevo Código Penal, los militares fueron acusados por el delito de homicidio agravado por indefensión de las víctimas, en concurso material con otros delitos. Ahora bien, el avance interesante en este caso está dado por un conflicto de competencia que fue promovido por uno de los juzgados, en virtud del cual se aducía que no se trataba de homicidios agravados sino de homicidio en personas protegidas. Es decir, se planteó la discusión de fondo sobre la posible comisión de infracciones al DIH.[37]

---

35. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 13.04.2005, radicado n. 23.472, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, p. 2.

36. Idem, p. 2.

37. Como se ha dicho, en el caso de las infracciones al DIH y de aquellos delitos que nos competen más directamente en el análisis, los jueces denominados "jueces especializados" son aquellos que tienen la competencia sobre estos delitos. Ello, a pesar de que incluso – y sería un problema de redacción de la norma penal –, dentro del homicidio agravado, sin que corresponda al título sobre DIH, existe también agravación por el homicidio cometido en persona protegida. Es decir, desde el homicidio ordinario se hace referencia a personas protegidas y, en este caso, la competencia no es de los jueces especializados. Esta imprecisión ha generado

A pesar de la discusión importante generada por los juzgados de instancia, la Sala Penal consideró, no obstante, que las personas muertas no tenían calidad de personas protegidas. En este sentido, aun cuando citó numerosas normas de derecho humanitario, consideró que, "en el asunto que se estudia, ninguna prueba indica que los ciudadanos lamentablemente eliminados se hallaran internacionalmente protegidos. Como es claro, los crueles homicidios no fueron cometidos con ocasión y desarrollo de un conflicto armado y, por tanto, las víctimas no se encontraban protegidas por el derecho internacional humanitario."[38]

Se trató, como se ha dicho, de una acción no generada propiamente en desarrollo de un combate, pero que sí tuvo lugar en un territorio agobiado permanentemente por situaciones ligadas al conflicto armado interno.

Dos hechos muy interesantes se presentan aquí: uno está relacionado con la dificultad para concebir la existencia del conflicto armado, mientras el otro, que confluye con el anterior, está ligado con el problema para delimitar la noción de combate. Así, si no se presenta una inmediatez absoluta del mismo, no se considera su existencia y se desconoce, por ende, el mismo conflicto armado. No obstante, hoy existe más claridad en el sistema judicial sobre este hecho; además, y ello es claro, procesos como el de Justicia y Paz no podrían llevarse a cabo coherentemente pues, de hecho, en él se vienen juzgando precisamente acciones cometidas fuera de cualquier opción de combate y contra civiles desarmados e inocentes. A nuestro juicio, y reconociendo desde luego que se trata de un tema muy complejo, en el caso que se reseña, la Sala, tal como lo hizo uno de los jueces de instancia, debió haber reconocido las personas muertas en falsos combates como personas protegidas. Precisamente, debió tener en cuenta la simulación de combate con el propósito de dar muertes a los civiles, para darle sentido de manera coherente a la noción de persona protegida.[39]

---

confusión en los operadores, hecho que ha sido estudiado por la Sala Penal que, en providencia que se reseñará en los próximos apartes, introduce una solución muy loable al problema planteado por las normas. Mucho tiempo se pierde en estos avatares relacionados con la competencia, de tal manera que las implicaciones sobre los procesos y sobre la adecuada reconstrucción de las pruebas son muy grandes y concretas. Todo el sistema penal se resiente con estas dificultades.

38. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 13.04.2005, radicado n. 23.472, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, p. 9.

39. Es una conclusión que debe, no obstante, matizarse. En diversos talleres que ha adelantado el autor del presente texto con operadores judiciales, tanto de la justicia

6.5 *Conflicto armado interno y límites para el juzgamiento de los delitos*

Pero el problema que se suscita con este caso es más complejo aún: uno de los magistrados, con una posición reiterada en varios salvamentos de voto, consideró incluso que no se trataba de una colisión de competencia al interior de la justicia ordinaria, sino que el caso correspondía a la justicia penal militar. Así, según el magistrado,

"La colegiatura ha debido abstenerse de pronunciarse al respecto dado que ninguno de los jueces en conflicto es competente para conocer del asunto, y en ese orden, lo que correspondía era devolver el proceso al juzgado de origen para que formalmente planteara la colisión de competencias con los jueces de la justicia penal militar (...) lo anterior, por cuanto los delitos (...) aquí juzgados, corresponden a un abuso y desvío de la función que la Carta asigna al Ejército Nacional, y por ende, tal como se entendió al comienzo de la investigación, estaban cobijados por el fuero militar."[40]

Debe aclararse, al respecto, que desde 1997, a partir de la sentencia de la Corte Constitucional n. C-358, ha quedado claro que la investigación y el juzgamiento de las conductas que constituyen violaciones de Derechos Humanos o al DIH, no corresponde a la justicia penal militar. Incluso, tal como lo desarrolló la sentencia, de acuerdo con el principio de lesividad, homicidios agravados o violaciones, por ejemplo, sobre mujeres, no pueden ser asumidos por la justicia ordinaria. Es una providencia que ha sido hoy recogida y ampliada en toda suerte de aspectos, por la misma Corte Constitucional.[41] No

---

penal ordinaria como de la justicia penal militar, algunos de ellos han introducido una variante posible del caso, de acuerdo con la cual, si se trató, más que de acciones armadas para contrarrestar enemigos militares, de homicidios con el propósito de hurtar a comerciantes que llevaban dinero en efectivo en la zona, en este caso, dichos homicidios serían más homicidios agravados que homicidios en personas protegidas. Es muy buen argumento y, en todo caso, hay que tener siempre claro que no todas las acciones que se cometen en un escenario de conflicto armado interno son crímenes de guerra o, en nuestro caso, infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

40. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 13.04.2005, radicado n. 23.472, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, salvamento de voto del magistrado Édgar Lombana Trujillo, p. 11.

41. A manera de ejemplo, además de la providencia fundamental de la Corte Constitucional n. C-358 de 1997, en la cual la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de algunas normas del Dec. 2.550/1988, por el cual se expidió el Código Penal Militar, se reseñan las siguientes providencias de la Corte Constitucional sobre el tema en estudio: Sentencia n. C-017 de 1996, que hace relación a la distinción entre régimen

obstante, persisten los conflictos de competencia, a pesar de la claridad de las numerosas providencias.

6.6 Aplicación errónea de tipos penales convencionales

Un aspecto central que hace relación al gran déficit de persecución penal de las conductas que nos atañen, no sólo tiene que ver con el hecho de que el sistema penal no asume el conocimiento de estos delitos, sino que cuando lo hace aplica las normas de carácter tradicional; es decir, aplica tipos penales convencionales. Así, por ejemplo, en el caso reseñado, en el cual civiles fueron muertos por militares y las ejecuciones se hicieron pasar por muertes en combate, la justicia penal encontró que se trató de un homicidio agravado por indefensión de las víctimas. Esta forma de adecuación típica, que tradicionalmente se ha aplicado en casos tales como aquellos donde se presenta la muerte de una persona minusválida o de quien no puede valerse por sí mismo, es aplicada, no obstante, a conductas propias de conflictos armados.

Lo expresado se observa en otro caso escogido para el análisis, en el cual el día 30.05.2004, según señala un auto proferido por la Sala Penal de la Corte, "cuatro sujetos irrumpieron en la finca Villa Luz ubicada en zona rural del municipio de Sabana de Torres, Santander, y tras requerir la presencia de Bárbara Gómez Guerrero, propietaria del predio, procedieron a dispararle causándole la muerte (...). De acuerdo con la denuncia que formuló Fernando Campos Gómez, el homicidio fue perpetrado por miembros de las 'Autodefensas Unidas de Colombia', quienes el día anterior habían requerido a la señora Bárbara para que alojara a dos miembros de esa organización armada ilegal en su vivienda, solicitud que ella rechazó. Igualmente hizo saber que conocía a uno de los cuatro hombres que dio muerte a su madre

---

disciplinario especial y fuero disciplinario y a la inexistencia de un fuero disciplinario de los miembros de la Fuerza Pública; Sentencia n. C- 368 de 2000, en la cual se abordan fenómenos relacionados con la desaparición forzada y su exclusión del fuero penal militar; y Sentencia n. C-878 de 2000, esencial porque en ella se establece la constitucionalidad de los arts. 1.°, 2.°, 3.° y 195 del Código Penal Militar. En el caso del art. 3.°, se establece que la desaparición forzada, el genocidio y la tortura, que no son de ninguna forma materia de juzgamiento de la justicia penal militar, constituyen meros ejemplos dados por el legislador; no se trata, en consecuencia, de una enumeración taxativa. Ello, en concordancia con el inc. 2.°, del n. 4 del art. 32 del Código Penal, que excluye estas mismas conductas –y desde luego no de manera taxativa–, de la figura de la obediencia debida.

(...), persona ampliamente reconocida en la región como integrante del referido grupo".[42]

El 29.09.2005, la Fiscalía profirió resolución de acusación contra los sindicados por el delito de homicidio agravado por indefensión de la víctima. El conflicto de competencia se presentó cuando el juzgado del circuito aseguró que los delitos cometidos correspondían en su juzgamiento a los juzgados especializados, pero sin que se presentara el debate sobre la noción de persona protegida. Por su parte, al dirimir la competencia, la Sala Penal hizo referencia al carácter de los actores, en este caso, de miembros de grupos paramilitares, asumiendo el estudio de la noción de concierto para delinquir y, frente a él, el de sedición. Son estos problemas muy interesantes y complejos relacionados con la Ley 975/2005 que otorgó, antes de ser declarado ello inconstitucional por la Corte Constitucional, carácter de sediciosos a miembros de grupos de autodefensa; es decir, la Ley de Justicia y Paz, en su versión inicial, los concibió en el horizonte del delito político.

La Sala, justo en razón de la tradición colombiana de excluir delitos atroces del marco del delito político, tal como se anotó al comienzo de este informe, hizo referencia al homicidio en las condiciones en que se cometió, como un *acto atroz* desligado de la sedición. Sin embargo, en toda la reflexión no aparece por ninguna parte lo que es absolutamente evidente: el carácter de persona protegida de la señora asesinada cobardemente. Se puede argumentar, en aras de la confusión y degradación del conflicto armado colombiano, que miembros de un grupo irregular pueden cometer delitos comunes, como de hecho sucede. No obstante, cuando se trata de grupos organizados, con mandos, con jerarquías, que ejecutan actos planeados concienzudamente, que ejercen presencia territorial permanente, como es este el caso, ese asesinato es producido en desarrollo del conflicto armado, por combatientes –léase sediciosos–, y sobre una persona protegida.

La Sala Penal cruzó en su argumentación los problemas de fondo: el carácter de sedicioso de los sindicados, la Ley de Justicia y Paz que les otorga ese carácter, la presencia territorial de los actores, el mando y la jerarquía. Sin embargo, con todo, olvidó una cuestión sustancial: el carácter de las

42. En palabras de la Sala, esta debe decidir sobre "la colisión negativa de competencias suscitada entre los juzgados Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga y Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja, en virtud de la cual rehúsan conocer del juicio adelantado en contra del procesado Jhon Fredy Caicedo Rincón". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 28.02.2006, radicado n. 25.111, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, p. 1.

víctimas. De esta forma, la Sala presentó un retraso notorio en su adaptación a las nuevas exigencias que impone el Derecho Penal Internacional, el uso sofisticado del bloque de constitucionalidad, el uso correcto y la interpretación consistente del Derecho Internacional Humanitario. Es así como el conflicto de competencia se resuelve de manera habitual, con recursos argumentativos tradicionales en el juez penal, con aplicación de tipos penales convencionales y con argumentos procesales referidos a pequeños incisos, pasando por alto la discusión de fondo atinente a la interpretación correcta de aquellos delitos que constituyen crímenes internacionales.

Se trata hoy, no obstante, de una tendencia que viene siendo superada por la misma Sala de Casación Penal de la Corte que, sobre todo en el año 2010, se detiene con mayor juicio en decantar las características de un delito tan complejo. Así, por ejemplo, un caso emblemático de lo que ocurre respecto de la muerte de civiles ajenos al conflicto armado, se avanza respecto de la correcta imputación de las conductas. El caso es el siguiente, tal como lo describe la providencia de la Sala Penal de la Corte: "A las 5:50 am. del 27.03.2008 el Cabo Segundo (...) y el soldado profesional (...), miembros activos del Ejército Nacional, realizaban un patrullaje de registro y control en el municipio de Manaure (Cesar) por el sector de la vereda El Cinco y, tras divisar a los campesinos José Navarro Ávila y a su hijo menor de edad Luis Carlos Navarro Ávila, que salían de la vegetación con destino a su casa luego de revisar un trampero, portando el primero una escopeta, dispararon en su contra. Primero fue herido en la espalda el menor y luego el padre cuando al voltear fue impactado en el pecho. Éste falleció y el primero fue trasladado a un centro asistencial en donde le salvaron la vida".[43]

Una vez capturados los militares, la fiscalía imputó los hechos, en primer lugar, como homicidio simple y lesiones personales; no obstante, con muy buen criterio, la propia fiscalía solicitó cambiar la imputación por homicidio en persona protegida y lesiones personales en persona protegida. El juzgado especializado los condenó por estos delitos y la defensa, como suele ser habitual en estos casos, alegó conflicto de competencia, aduciendo que los jueces competentes sería los jueces de la justicia penal militar. El caso llegó a la Corte Suprema y la Sala Penal, con muy buen criterio, desestimó este argumento. Manifestó la Sala: "El censor se equivoca en sus apreciaciones porque la presencia legítima de los militares en el lugar de los acontecimientos

43. Tomado de la providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con radicado n. 35.099, del 23.03.2011, MP: Augusto Ibáñez Guzmán.

no conlleva necesariamente a afirmar que el homicidio haya sido perpetrado en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas y que, por tanto, tenga que operar el fuero militar".[44]

Luego, se ocupó la Sala del segundo cargo de la demanda y reafirmó el carácter de personas protegidas que tenía la persona muerta y que tiene la persona herida, adelantando un análisis apropiado de los instrumentos internacionales que regulan dicho carácter, lo mismo que el Derecho Interno y confirmando la correcta imputación de los delitos cometidos como infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Como se dice, cada vez hay más claridad en la jurisprudencia en torno a este tema. Es un avance cualitativo, que se estudiará a continuación.

6.7 Avance cualitativo en la persecución penal del homicidio de persona protegida

No obstante la conclusión inmediatamente expuesta, y más allá de los autos reseñados con anterioridad, la Sala Penal, en providencia del 27.01.2010, resolvió un recurso extraordinario de casación interpuesto contra una providencia del 28.08.2008 –se debe destacar la celeridad en este caso en la solución de la demanda. El caso, típico de actuación de miembros de grupos de autodefensas en un municipio de la zona norte del país, narra la muerte de miembros de un grupo indígena calificados por los homicidas como auxiliadores de la guerrilla. Las muertes se produjeron en diferentes lugares: algunas personas fueron muertas en el acto, mientras que otros indígenas fueron muertos luego de ser raptados por hombres armados.

6.7.1 Es irrelevante la calificación sobre las víctimas que adelantan los autores

La Sala recogió argumentos muy sólidos adelantados por la vista fiscal del Ministerio Público, en los cuales se hizo relación a dos cuestiones fundamentales resaltadas en este escrito. Una de ellas: la Sala sustrajo del ámbito discursivo de los actores la calificación de sus acciones y, sobre todo, la calificación de las víctimas. Es decir, no se enredó en el alegato de los actores

44. Ibídem, consideración sobre el primer cargo. Agrega la Sala, además que se ha considerado "que el fuero penal militar es una excepción a la competencia general de la jurisdicción general –la ordinaria– y por tal connotación requiere una interpretación restrictiva".

sobre las víctimas, ni en la autorepresentación de los mismos, sino que hizo relación a la aplicación directa de las normas humanitarias a partir de hechos fácticos propios del conflicto armado; la segunda: no restringió el conflicto al combate y, por lo tanto, concibió las personas muertas como civiles inermes muertos fuera de combate, pero en escenarios de conflicto armado.[45]

6.7.2 Un aporte a la claridad sobre la noción de persona protegida en el Código Penal

La Sala enfrentó, en primer lugar, un tema expuesto anteriormente: la aparente repetición que se incurre en el Código Penal vigente, entre el n. 9 del art. 104 y el art. 135 que hace relación genérica a personas protegidas. En este sentido, resolvió el dilema haciendo alusión a los antecedentes legislativos de la norma, para luego establecer que el n. 9 del art. 104 restringió el ámbito de aplicación de persona internacionalmente protegida, a aquellas personas establecidas en el art. 1.°, n. 1.°, de la Ley 169/1964; es decir, a jefes de Estado o personas de similar jerarquía. Ello, mientras que el art. 135 sí hace relación a personas protegidas por el DIH. Se trata, como manifestó la Sala en otro auto que resolvió un conflicto de competencia similar, de un tipo penal "distinto y autónomo, con riqueza descriptiva mucho más amplia y, por ello, con alcances diferentes, dirigidos precisamente a regular situaciones no previstas en otras normas".[46]

Se trata de una salida posible frente a los dictados de una norma que, por su referencia tan general, causa confusión a los operadores puesto que, en realidad y propiamente, *personas protegidas* son las personas traídas a colación por el art. 135. Así las cosas, es necesario seguir este precedente judicial para evitar las confusiones que acarrean desgaste judicial innecesario, al tiempo que generan contextos problemáticos de imputación de las conductas. Más adelante, apropiadamente, la Sala desarrolló argumentos para comprender el alcance y el significado de la noción de persona protegida según el art. 135; argumentos que deben guiar el trabajo de los operadores y que coinciden con el desarrollo jurisprudencial nacional e internacional que en este trabajo ha sido destacado. Se trata, en efecto, de una posición que continúa siendo seguida por la Sala Penal. Así, por ejemplo, en una providencia de la Sala Penal, del

45. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27.01.2010, radicado n. 29.563, MP: Julio Enrique Socha Salamanca.

46. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 16.09.2009, radicado n. 32.583, MP: Jorge Luis Quintero Milanés.

10.03.2010, mediante la cual la Sala resolvió el conflicto de competencias ocasionado por las dos normas que se han reseñado. En la providencia se enfatizó el carácter especial del art. 135 y el hecho de que este delito "se erige en un tipo penal distinto y autónomo, con riqueza descriptiva mucho más amplia y, por ello, con alcances diferentes, dirigidos precisamente a regular situaciones no previstas en otras normas".[47]

6.8 Los "actos de barbarie" en contextos de conflicto armado interno

Se debe agregar, además, que en un auto que resolvió otro conflicto de competencia, del mes de diciembre de 2009, la Sala abordó un caso según el cual miembros del ejército, actuando en conjunto con miembros de grupos irregulares, perpetraron dos masacres de civiles inocentes. Fue capturado un miembro del grupo irregular, éste se acogió al mecanismo de sentencia anticipada y es interesante destacar que se imputaron cargos por concierto para delinquir, homicidio múltiple en persona protegida y "actos de barbarie", de acuerdo con el art. 145 del Código Penal.

Es decir, para la Fiscalía, acertadamente, la masacre en escenarios de conflicto armado constituye un conjunto de homicidios en persona protegida, pero el contexto general en el cual se comete, puede ser concebido como actos de barbarie. Esta norma es residual, sólo se aplica cuando no existan otras normas para aplicar y, en general, puede decirse que se aplicaría a contextos fácticos complejos que no necesariamente constituyen delitos independientes (de lo contrario habría un caso de concurso aparente).[48] Es una norma que debe interpretarse, además, en el marco de la tradición colombiana de delitos atroces y en función de las nociones que en su momento guiaron el juicio de los jueces, de "actos de ferocidad y barbarie".

6.9 Los denominados falsos positivos o ejecuciones extrajudiciales, como homicidios en personas protegidas

Se agrega, finalmente, que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha avanzado en la denominación más adecuada de aquellos casos conocidos como "falsos positivos". Se trata, para explicar el caso desde el punto de vista

47. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 10.03.2011, radicado n. 33.706, MP: Sigifredo Espinosa.

48. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia del 09.122009, radicado n. 32.949, MP: Jorge Luis Quintero Milanés.

del Derecho Comparado, de personas muertas sin piedad fuera de combate, ajenas al conflicto armado, pero que luego son puestas en escena como "positivos"; es otras palabras, como "logros" de las fuerzas armadas frente a las guerrillas. Numerosos hechos ligados al escandaloso número de casos ventilados y denunciados en el 2009, se encuentran en etapa de investigación y aún no llegan a la etapa de juzgamiento. Sin embargo, la Sala se ha ocupado de casos anteriores a la vigencia del Código Penal y los ha resuelto teniendo en cuenta el principio de legalidad, lo que es correcto para dichos supuestos. No obstante, lo interesante es que se discute, al interior del sistema penal, sobre el hecho de que se trata, ante todo, en una gran mayoría de casos, de homicidios en persona protegida.

Así se ventiló, por ejemplo, en otro proceso que suscitó un conflicto de competencias. Este caso, en virtud del cual se produjo la muerte de civiles fuera de combate, en un principio fue asumido por la justicia penal militar. Hubo sobreseimiento, pero se trató de una decisión revocada y el proceso, como es debido, fue asumido por la justicia penal ordinaria, donde ocurrió un hecho interesante, tal como reza el auto:

"La Juez Penal del Circuito de Caucasia aduce que de conformidad con los hechos probados se trata de un 'falso positivo', es decir, de la muerte de un civil acaecida fuera de combate en procura de obtener beneficios, conducta que se adecua al delito de homicidio en persona internacionalmente protegida, en cuanto de trata de un integrante de la población civil (art. 135 de la Ley 599/2000), cuya competencia para la fase del juicio corresponde a los jueces penales del circuito especializado (art. 35 de la Ley 906/2004), comportamiento que si bien no estaba tipificado para la época en que ocurrieron los hechos (1999) lo cierto es que desde julio de 1978 Colombia ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos y desde 1970 ratificó la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad."[49]

La Sala Penal, como es evidente, rechazó la argumentación de la jueza en función del principio de legalidad, lo que constituye una cuestión que debe recalcarse: no se pueden deducir tipos penales *ad hoc*, inexistentes al momento de los hechos, utilizando para ello los tratados o instrumentos internacionales. Es un procedimiento en el cual se incurre, con base en la confusión entre ámbitos de protección de Derechos Humanos diferentes entre sí, tal como se ha reseñado en este escrito. Ésta es, además y así hay que defenderla, una

49. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia del 09.02.2009, radicado n. 31.210, MP: María del Rosario González de Lemos.

postura clara hoy de la Sala Penal en procesos tanto más complejos, como es el caso del proceso de Justicia y Paz: debe prevalecer el principio de "legalidad estricta".[50] Sin embargo, es muy interesante y rescatable la argumentación que hace la funcionaria respecto de cómo estos casos de muertes fuera de combate, en función de beneficios en la guerra, constituyen casos claros de homicidios en personas protegidas y no de homicidios agravados.

El tema es de legalidad y se deben imputar las normas vigentes a la ocurrencia del hecho; no obstante, una salida posible y coherente con estos límites, radica en la fundamentación en torno a la comisión de crímenes internacionales: el énfasis está dado por los argumentos que se usan en la providencias. Hoy, en teoría del Derecho y teoría de la interpretación constitucional y legal, es clara la importancia cada vez mayor que adquiere la parte motiva de las providencias, así como la fundamentación de las mismas. Por eso, se insiste, se deben aplicar las normas vigentes al momento de los hechos, pero los jueces pueden y deben destacar en formas argumentativas sofisticadas, lo que en la realidad sociológica ocurrió y el significado real, de acuerdo con el contexto en el cual las conductas fueron cometidas.

Además, se trata de un procedimiento recurrente en el sistema judicial, que ha preservado el principio de legalidad pero ilustrando los hechos como corresponde, en desarrollo del Derecho a La Verdad de Las Víctimas. Por ejemplo, en el caso especialmente crítico de las masacres de "Honduras", "La Negra" y "La Mejor Esquina", ocurridas en vigencia del Código Penal anterior, la Sala de Casación Penal, en providencia de casación, sancionó las conductas de homicidio con fines terroristas y acciones concebidas en esta lógica, pero argumentó, y la vista fiscal de la Procuraduría es muy importante en ello, en función de la comisión de crímenes internacionales.[51]

En la misma dirección comentada frente a este grupo de casos concebidos como "falsos positivos", y aunque también aquí se respetó el principio de legalidad como era debido, se pronunció la Sala Penal por vía de casación penal, en otra decisión muy reciente, en virtud de la cual los casos de falsos

50. De manera concluyente, la Sala afirma: "Así, los hechos referidos en los casos (...) sucedidos antes de entrar la Ley 599/2000, no resisten el calificativo de crímenes de guerra y sí el de homicidios agravados en virtud del principio de legalidad estricta". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 11.03.2010, radicado n. 33.301, MP: Alfredo Gómez Quintero.

51. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 25.10.2001, radicado n. 18.499, MP: Nilson Pinilla Pinilla.

positivos no se ven como acciones individuales, sino cohesionadas por órdenes de superiores jerárquicos.[52]

En este tema, de muertes de civiles inocentes, fuera de los combates y tal como se ha señalado, se advierte una tendencia de la jurisprudencia, a imputar estos casos, no como homicidios agravados por indefensión de las víctimas, sino como auténticos casos de homicidios en personas protegidas. Si se dan las condiciones enunciadas anteriormente, para que se pueda probar el contexto de conflicto armado interno, como es de hecho en una mayoría de casos, debe imputarse la infracción al Derecho Internacional Humanitario. Así, por ejemplo, en un caso recientemente documentado por los medios, se condenó a un militar por hechos típicos de ejecuciones extrajudiciales o, en el caso colombiano, de muertes de personas protegidas, fuera de acciones de combate.

Se sintetiza así el caso: el 01.11.2007 "tropas de la Fuerza de Tarea Conjunta de Sucre reportaron la baja de *Roberto Sanabria* y *Leonidas González*, dos presuntos subversivos en el corregimiento El Pantano, municipio de Galeras (Sucre), en un supuesto enfrentamiento que permitió la incautación de un fusil AK-47 y una pistola calibre 9 milímetros. Sin embargo, los familiares de las víctimas declararon a la Fiscalía que los jóvenes fueron contactados en la ciudad de Sincelejo para labores agrícolas en la zona. Posteriormente, el comandante del mencionado destacamento militar, (...), confesó que se trató de homicidios premeditados y relacionó nombres de oficiales, suboficiales y soldados que intervinieron tanto en ese como en otros hechos perpetrados por la misma unidad castrense, cuya posible responsabilidad en no menos de 50 homicidios es investigada".[53] Es decir, se confiesa el hecho macabro,

52. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 21.10.2009, radicado n. 25.682, MP: Yesid Ramírez-Bastidas.

53. El militar, que se acogió al mecanismo de sentencia anticipada, a partir del reconocimiento de los crímenes, fue sancionado con la pena principal de 23 años de cárcel: "Luis Fernando Borja Aristizábal, condenado por concierto para delinquir agravado, desaparición forzada agravada y homicidio en persona protegida, hechos ocurridos el primero de noviembre de 2007". La noticia se puede hallar en los siguientes publicaciones: *Revista Semana*, Condenan a comandante en Sucre por falsos positivos, en: [www.semana.com/justicia/condenan-comandante-sucre-falsos-positivos/160298-3.aspx]; Kien&Ke, *El coronel que confesó 57 falsos positivos*, en: [www.kienyke.com/2011/08/30/el-coronel-que-confeso-57-falsos-positivos/]; y EFE: *Condenados excomandante y cuatro militares a 23 años de cárcel* en: [www.colombia.com/actualidad/portada/sdi/18586/condenados-excomandante-y-cuatro-militares-a-23-anos-de-carcel].

de la ocurrencia de múltiples personas muertas de manera sistemática para reportarlos como "positivos" en la guerra contra grupos armados ilegales.

7. NUEVAS EXIGENCIAS RESPECTO DE LA FUNDAMENTACIÓN DE FÓRMULAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

Al hacer referencia a una tendencia, hoy insoslayable, de la jurisprudencia penal internacional, consistente en elaborar fórmulas de imputación de responsabilidad penal a superiores jerárquicos o, en todo caso, fórmulas más ligadas a la responsabilidad de aquellos que no son necesariamente los autores materiales de los delitos, se hace referencia con ello al avance necesario, también a nivel nacional, en la deducción de fórmulas más adecuadas de imputación de responsabilidad penal. Así, el juez penal colombiano de mayor jerarquía avanza lentamente en este proceso.

No obstante, ya la Fiscalía, por ejemplo en la Unidad de Justicia y Paz, desde hace varios años ha desarrollado fórmulas más adecuadas de imputación de responsabilidad en contextos propios de la macrocriminalidad, tales como la fórmula de autoría mediata en estructuras organizadas de poder. En este sentido, en un caso en el cual un indígena fue hallado responsable, como miembro de un grupo guerrillero, de cometer diversas conductas imputadas, la Fiscalía estableció la "necesidad de entender que en las estructuras organizadas de carácter ilegal como son los grupos subversivos, existe una manifestación del dominio mediato del hecho, como es el dominio de la voluntad en virtud de dichas estructuras de poder organizadas".[54] La Fiscalía se adentró en el estudio de las tesis de Roxin, citó textualmente al profesor alemán, hizo relación a la fungibilidad del autor y concluyó:

"Esta teoría, antes que una posición dogmática, refleja lo que sucede en organizaciones como las Farc, en donde quienes conforman su cúpula (...) pueden confiar que sus órdenes se van a cumplir sin que tengan que conocer al ejecutor, sin que tengan que acudir a medios coactivos o engañosos, pues saben que si uno de los miembros que participan en la comisión de los delitos no cumple su cometido, otro lo reemplaza, no quedando afectada la ejecución del plan global."[55]

Se trata de una posición doctrinal que se ha repetido en el ente investigador, al mismo tiempo que ha sido asumida por diversos jueces de la justicia

54. Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, radicado n. 1.556 del 13.05.2005, p. 24.

55. Idem, p. 24.

especializada. Como se dice, el punto de partida necesario es el hecho de tratarse de macrocriminalidad, de violaciones masivas de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, de máquinas de guerra que comenten toda suerte de crímenes internacionales.[56]

Por supuesto, también al interior del proceso de Justicia y Paz, aunque esta posición no es aún mayoritaria, se viene discutiendo la aplicación posible de esta teoría. En todo caso y es un logro fundamental de la Unidad, por disposición directa de su antiguo coordinador, Luis González, se deben investigar no conductas aisladas, sino hechos propios de la macrocriminalidad: se deben investigar conductas que confluyen en acciones de grupos o máquinas organizadas.[57] Éste es el principio, bien sea que se aplique la tesis problemática de *joint criminal enterprise* por ejemplo, o la teoría del *control over the crime*, más semejante al denominado "dominio funcional del hecho", o la tesis de autoría mediata en estructuras organizadas de poder.

7.1 La Sala de Casación Penal: avance tortuoso hacia fórmulas de imputación de responsabilidad al superior jerárquico

En relación con esta última fórmula que se viene comentando, se debe anotar que desde el año 2009, especialmente, se han venido produciendo discusiones interesantes en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, y en función del avance en la argumentación, en cuanto a la atribución de responsabilidad a superiores jerárquicos, incluso si ellos no pertenecen directamente a la cúpula militar de una máquina de guerra. Así, la Sala Penal, en una providencia del mes de septiembre de 2009, hizo referencia a los aparatos de poder o a máquinas de guerra, pero se extraña un proceso de fundamentación mayor. En esta providencia, con radicado n. 29.640 del

56. Por ejemplo, en otra decisión de la misma Unidad, la Fiscalía sentó su posición frente a la autoría. Así, reconoció y en ningún caso eludió el hecho de que la responsabilidad penal es individual; no obstante, consideró que las complejas actuaciones de individuos que operan en organizaciones o estructuras de poder, "no se pueden construir con los baremos del delito individual". La Fiscalía citó a Roxin y su tesis central del dominio del hecho por dominio de la voluntad en organizaciones de poder. Se trató de un caso en el que más de 40 sujetos activos fueron individualizados; es decir, los hechos atendieron a una verdadera estructura o aparatos de poder. Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, radicado n. 2000, 03.10.2005, p. 136 y ss.

57. Véase, a propósito, el estudio anteriormente citado de Alejandro Aponte. *Fórmulas de imputación*... cit., 2009, p. 76-77.

16.09.2009, se sancionó a un político del departamento de Santander por concierto para delinquir agravado. En este contexto, la Sala recogió uno a uno testimonios que involucraban al senador con grupos paramilitares y que, además, involucraban a funcionarios del DAS en la región etc. La Sala, a partir de esta conexión, enfatizó el hecho de que no se trató de un mero aprovechamiento con fines políticos de la actuación de grupos ilegales, sino de una verdadera actuación programada y coordinada a lo largo, además, de tiempos considerables: existe un acervo probatorio muy importante.

De esta manera, la Sala sancionó al político por concierto para delinquir agravado y, prácticamente, definió la pertenencia del mismo a la empresa paramilitar. Sin embargo, luego la providencia dio un salto imprevisto, toda vez que diversos magistrados agregaron una aclaración de voto respecto de la sentencia, siendo especialmente severos y, en relación con el tema que nos interesa, hicieron referencia a aparatos organizados de poder, pero mezclando esta referencia, entre otros, con temas de coautoría. Al final de la aclaración, la Sala estableció que el modo de pertenencia a un aparato organizado para delinquir del político "permite avizorar que el congresista-paramilitar también debe responder penalmente por el conjunto de crímenes que se le atribuyen a los comandantes o jefes de los bloques, frentes o unidades que hacían parte de la asociación criminal".[58]

Pero no debe hacerse una referencia tan abstracta. Hay que diferenciar, por lo menos, entre órdenes genéricas, por ejemplo de comisión de crímenes, y aquellos delitos que se cometen por fuera de esas directrices, incluso si son cometidos aprovechando el aparato organizado. La sola noción de "jefes" y su asimilación al aparto en sí, no indica, por sí misma, que sea aplicada automáticamente la teoría. Además, y esto es lo fundamental, lo que se extraña es la falta de ilustración de la teoría. Ella no se explica. Si son decisiones que sirven de antecedentes, deben tener una carga argumentativa fundamental. En este caso particular que se estudia, la reconstrucción probatoria es bien interesante y, por ello, debería dicha reconstrucción ofrecer las opciones para una fundamentación mayor de la decisión.

7.2 Autoría mediata en estructuras de poder mediante "instrumento responsable"

No obstante lo anterior, tal como se ha dicho, la Sala ha avanzado en complejidad y en sofisticación argumentativa. De esta forma, en el año 2010

58. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, 16.09.2009, radicado n. 29.640, adición de voto de los de los magistrados Yesid Ramírez Bastidas, Alfredo Gómez Quintero, María del Rosario González de Lemos y Augusto Ibáñez Guzmán.

pareció consolidarse esta tendencia de avanzar en fórmulas de imputación de responsabilidad al superior jerárquico, en la medida en que la Sala problematizó las teorías y enfrentó sus dilemas. Por ejemplo, en una providencia del mes de febrero del año 2010, la Sala abordó de nuevo el tema y, además, se enfrentó al hecho de la existencia de diversas formas de autoría que pueden tener lugar en un mismo sujeto activo. Así, en dicha providencia, dictada contra un antiguo congresista vinculado con actos delictivos concretos llevados a cabo por grupos paramilitares, la Sala Penal destacó que lo hizo, frente a un delito concreto, como determinador.

En otros, más graves aún, sobre los cuales ha existido con justa razón indignación, no sólo nacional sino también internacional, la Sala atribuyó responsabilidad por autoría mediata. Se trata, en este último caso, de la masacre de Macayepo. Pero aquí la Sala, en su dificultad, digamos, frente al reproche que se le puede hacer a la tesis de autoría mediata, sobre la responsabilidad del autor material, sancionó al político por autor mediato, pero introduciendo un matiz: él actuó a través de un *instrumento responsable*. Para ello y enfrentando el tema de la responsabilidad, muy bien reconocido desde el principio, además, por Roxin, la Sala reconoció que debía cambiar su postura, por lo que advirtió el avance conceptual alrededor de la figura:

"En esa dirección, el debate doctrinal y los desarrollos de la jurisprudencia foránea, unidos a la mejor solución político criminal del problema jurídico, llevan a la Corte a variar su jurisprudencia en punto a que la autoría mediata sólo se presenta, '(...) cuando una persona, sin pacto tácito o expreso, utiliza a otra como simple instrumento para que realice el hecho objetivamente típico. El fenómeno ocurre, entonces, cuando el "hombre de atrás" es el único responsable, porque el instrumentalizado no realiza conducta, o despliega conducta que no es típica, u obra en concurrencia de una causal de no responsabilidad –excluyente de antijuridicidad o de subjetividad– o es inimputable'."[59]

La salida, ahora, es la noción de "*instrumento responsable*", aunque la Sala no parece salir del escollo de la responsabilidad del ejecutor material y, salvo por la no alusión al acuerdo previo o a la división de trabajo, la argumentación parece más sobre coautoría impropia que, dicho sea de paso, es completamente anacrónica e inidónea para dar cuenta de la macrocriminalidad. Señaló entonces la Sala:

59. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 23.02.2010, radicado n. 32.805, MP: María del Rosario González de Lemos. En este caso emblemático, la Corte sentenció a 40 años de prisión al ex senador Álvaro Alfonso García Romero.

"Ciertamente, cuando se está ante el fenómeno delincuencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes –gestores, patrocinadores, comandantes– a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada –comandantes, jefes de grupo– a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados –soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos–, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad."[60]

7.3 El fantasma paralizante de la posible impunidad

Está bien la salida, se diría, en la medida en que se actúa a través de instrumentos que, empero, son responsables. Pero la Sala se enreda con el tema de la impunidad. Esto es importante aclararlo: por supuesto que si se logra capturar o verificar, con las limitaciones del caso, al superior jerárquico, a los mandos medios y a los ejecutores materiales, se deben castigar y ello es lo ideal; pero, ¿y si no se conocen los ejecutores materiales? Allí encuentra su fundamento político-criminal la teoría que se estudia, precisamente para hallar, en el secreto de los crímenes, a aquél que ha dado las órdenes generales, aquél que ha dispuesto todo para la comisión de crímenes que se adelantan con órdenes fragmentadas y compartimentadas, y no para gastar años en perseguir autores materiales fungibles, muchos de ellos casi contingentes. Es un problema de cultura jurídica y política frente al problema de la impunidad.

En ello es justamente agresiva la teoría. Tal como lo estableció Roxin desde un principio, al contrario de fórmulas tradicionales de autoría, en las cuales es la *cercanía* del autor frente al hecho material consumado o ejecutado, aquello que fundamenta la responsabilidad, en esta teoría es justamente la *lejanía* del hombre de atrás, de los hechos, lo que sirve de fundamentación. Parece una conclusión contraintuitiva, pero es ello lo que la convierte en más sugestiva; es ello lo que demuestra su consistencia con realidades fácticas.[61]

---

60. Idem, n. 2.

61. Dice Roxin: "mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida del dominio organizativo que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato". Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, Marcial Pons, 2000. p. 274.

No se debe perder de vista, en todo caso, que es necesario acotar la imputación de la fórmula, de tal manera que se pueda distinguir también entre las diversas órdenes o entre éstas y hechos cometidos más allá de toda orden. Por ejemplo, es importante, en el proceso de imputación, distinguir cuándo se dan órdenes genéricas, acordadas, definidas –como son los asesinatos selectivos, desplazamientos etc., o, en el caso de guerrillas, órdenes de secuestro o retenes ilegales–, para diferenciar estos hechos de acciones particulares adelantados por ejecutores materiales.[62]

Por ejemplo, en versión rendida por un jefe paramilitar desde los Estados Unidos en el proceso de Justicia y Paz, en el mes de febrero de 2009, al ser interrogado por un hecho concreto de un subalterno y respecto del cual el postulado no tenía claro si había sido cometido obedeciendo órdenes generales, o simplemente en ocasión de una riña personal del autor material con la persona muerta, el fiscal le recordó al versionado que no se encontraba obligado a asumir responsabilidad por hechos respecto de los cuales desconocía su real motivación, indicándole que no debía asumir todos los hechos cometidos por sus subalternos por simple cadena de mando, puesto que algunos de éstos eran cometidos por iniciativa propia y sin seguir los postulados propios de la organización. Según el fiscal, por estos hechos cada uno de los actores materiales debían responder por fuera del proceso de Justicia y Paz. Lo interesante del caso, para resaltar más allá de las cuestiones de competencia del proceso como tal, es la diferencia que introdujo el fiscal y que parece muy razonable: por hechos aislados o perpetrados con motivaciones diferentes, que no hacen parte de los designios del aparato, deben responder los ejecutores materiales. El hecho real es que es necesario seguir depurando la teoría con base en los hechos concretos.

Al respecto del trabajo de los diversos operadores en Justicia y Paz, es allí donde, como se ha dicho, se avanza más en la discusión sobre fórmulas de imputación y es allí donde más se avanza en el desarrollo de la tesis de coautoría impropia, a la tesis de autoría mediata. Así, por ejemplo, en un documento muy juicioso e interesante, redactado por un magistrado de control de garantías de Justicia y Paz, Saúl Gutiérrez, sobre los retos de aplicación de la Ley 975/2005, hace un análisis interesante del desarrollo en este proceso especial de justicia transicional, en el cual recoge experiencias de trabajo desde el mes de mayo de 2011, y en el punto cuatro del texto, hace alusión a "la adopción de nuevas

62. Por supuesto que aquí se hace relevante, por otra vía, el tema de la omisión y de la falta de control por parte de los superiores jerárquicos; sin embargo, hay que introducir distinciones y matices.

teorías (autoría mediata por grupos organizados de poder) necesarias para hacer posible" las imputaciones en el ámbito de la criminalidad.[63] El lector, en este documento de trabajo, encontrará reseñadas las decisiones más importantes de los operadores en esta dirección.[64]

8. "LLENAR TODOS LOS VACÍOS DE IMPUNIDAD": UNA PRETENSIÓN IMPOSIBLE

En cualquier caso, el dilema surgido por la pregunta sobre a quién se castiga y a quién no, con recursos limitados, es ciertamente casi una aporía. Pero no se resuelve discursivamente. Es común oír, por ejemplo, cuestiones como "es necesario llenar las lagunas de punibilidad". De acuerdo con ello, habría que perseguir hasta el último delincuente y el último delito: pero esto, incluso si es de muy buena fe en juristas, no es coherente con la realidad, con ninguna realidad a la cual se enfrenta el Derecho Penal; menos aún, con la realidad de la persecución penal nacional de crímenes internacionales. Es un tema planteado desde los albores mismos del Derecho Penal Moderno; se trata de la importancia fundamental del *carácter fragmentario* del Derecho Penal, que no significa o entraña necesariamente impunidad.

Por esa razón, incluso desde el punto de vista estrictamente dogmático, no es posible "llenar esos vacíos de punibilidad"; al contrario, en este esfuerzo se ahoga el sistema judicial, se encierra en un círculo vicioso y se le condena al fracaso: mucho de este ímpetu tiene lugar en el proceso de Justicia y Paz y el país ve cómo grandes esfuerzos se pueden perder por exigencias irresponsables e inconsistentes, vistas ciegamente sólo como ejemplos de impunidad. Obligar

63. El trabajo es un aporte del magistrado a un foro de discusión sobre estos temas, presentado a la oficina del ICTJ de Bogotá, a su directora actual, María Camila Moreno y está elaborado con el membrete del Tribunal Superior de Bogotá, tiene el título "Retos de la implementación de la Ley 975/2005. Investigación y judicialización".

64. Es importante agregar que, el autor de este escrito, en cuanto director del área de justicia del observatorio internacional de la Ley de Justicia y Paz del Citpax, con sede en Colombia, ha discutido ampliamente con operadores del proceso de Justicia y Paz, sobre fórmulas de imputación de delitos y fórmulas de atribución de responsabilidad penal. Los resultados de este proceso de seguimiento, se encuentran en el siguiente documento ya citado: "Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz". *Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, Segundo informe.* Madrid-Bogotá: CITpax, 2009. p. 17-86. El texto puede ser consultado en la siguiente dirección: [www.toledopax.org/uploads/CITpax_Segundo_Informe_Observatorio_DDR_Ley_Justicia_y_Paz_Colombia_noviembre_2009.pdf].

a un fiscal a reconstruir cada hecho de los miles que se confiesan, a establecer incluso, en un hecho ocurrido hace 10 o 20 años, si se disparó con un arma corta o de largo alcance, o si se mató con un arma blanca grande o pequeña, es totalmente irresponsable y crea, eso sí, impunidad, en la medida en que condena a lo imposible al sistema judicial. Parece más una conspiración contra el proceso mismo, a nombre de las víctimas y de la lucha contra la impunidad.

Pero también se trata de un hecho que tiene que ver con la posición expuesta desde un principio: la confusión entre diversos ámbitos de protección de Derechos Humanos y la prelación que parece darse, a nombre de una errónea concepción de justicia transicional, al Derecho Penal, para que dé cuenta de todos los hechos cometidos por máquinas de guerra que actuaron impunes durante años y que obraron en la práctica como sustitutos privados de agentes estatales y, en todo caso, como verdaderos paraestados. Al contrario, en lógica transicional cada mecanismo de la justicia en transición– el denominado Derecho Penal Diferencial, mecanismos de DDR, mecanismos propios de la desvinculación de funcionarios comprometidos de formas diversas en empresas criminales, mecanismos de no-repetición en función de las víctimas–, debe tener su propio peso, de tal forma que no se genere una involución o disfuncionalización del Derecho Penal, que luego deba pagar el sistema judicial frente a la sociedad y las víctimas, apareciendo como responsable de la ausencia de castigo de toda clase de hechos que, en la realidad, lo agobian y lo rebasan.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A harmonização internacional do Direito Penal: ideias e processos, de Luis Arroyo Zapatero – *RBCCrim* 84/49;
- Crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado ou por indivíduos com a conivência estatal à luz do direito interno e internacional, de Jorge Barrientos-Parra – *RT* 903/383;
- Direitos humanos e o direito internacional penal, de Hélvio Simões Vidal – *RT* 877/467;
- El terrorismo internacional: un análisis comparado de la nueva legislación antiterrorista y de la actual política criminal, de María Cecilia Dómine – *RBCCrim* 75/236;
- Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional, de Kai Ambos – *RBCCrim* 49/49;

- Jurisdicción universal – La perspectiva del derecho internacional público, de Jan-Michael Simon – *RBCCrim* 39/63;
- O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI, de Valério de Oliveira Mazzuoli – *RT* 830/421.

Veja também Legislação

- Prevalência do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais: art. 4.º, II, da CF/1988.

57030

O REGIME MILITAR E A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL. PARA ONDE CAMINHAR?

2

MARCOS ZILLI

Prof. Dr. de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP. Membro do *Forum for International Criminal and Humanitarian Law*. Juiz de Direito.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Penal; Processual

RESUMO: A Justiça de Transição no Brasil seguiu por caminhos tortuosos. A transposição do modelo autoritário para o democrático, além de lenta, foi totalmente controlada pelos próprios militares o que explica, de certo modo, a demora para que o país enfrentasse muitas questões de seu passado autoritário. Os passos para a reparação econômica às vítimas da repressão somente foram dados a partir de 1995 quando o Estado brasileiro reconheceu, oficialmente, a sua responsabilidade pelo desparecimento e morte dos perseguidos políticos. Com relação à punição dos agentes públicos responsáveis pelos abusos cometidos, a Lei de Anistia sempre representou óbice para a adoção de qualquer persecução. Nesse passo, a condenação do Estado brasileiro pela CIDH por conta das violações de direitos humanos praticadas durante o regime militar reascendeu a discussão sobre a Justiça de Transição. O artigo procura examinar o contexto histórico em que se deu o golpe de 1964 e as principais medidas adotadas pelo Brasil no confronto de

ABSTRACT: Transitional Justice in Brazil has followed a tortuous path. The substitution of the authoritarian form of justice for the democratic one, albeit slow, was completely controlled by the military itself; to a degree, this explains why it has taken so long for the country to face many of the issues posed by its authoritarian past. Steps towards economic compensation of the victims of repression only began in 1995 when the Brazilian State officially recognized its responsibility for the disappearance and death of those victims of political persecution. The Amnesty Law has always been an obstacle to any kind of accountability regarding the punishment of those public officers responsible for the abuses perpetrated. The condemnation by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) of the Brazilian State for human rights violations during the military regime has rekindled the discussion about Transitional Justice. The intent of this paper is to examine the historic context which led to the military coup of 1964 and the

seu passado. Ao final, são examinadas algumas questões jurídicas que tocam a punição dos crimes praticados pelos agentes públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça de Transição no Brasil - Lei de Anistia - Crimes cometidos durante o regime militar - Caso *Lund* - Desaparecimento forçado de pessoas - Guerrilha do Araguaia.

main measures Brazil adopted to confront its past. Towards the end, there is a review of some legal issues related to the punishment for crimes committed by public officers.

KEYWORDS: Transitional Justice in Brazil - Amnesty Law - Crimes committed during the military regime - The Lund case - Forced disappearance of people - Araguaia guerrilla.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Contexto histórico: 2.1 O golpe militar; 2.2 O regime militar e a repressão política; 2.3 O processo de abertura política - 3. A luta armada e a repressão no Brasil: 3.1 A resistência urbana; 3.2 A "Guerrilha do Araguaia" - 4. As medidas adotadas pelo Estado brasileiro no processo de transição e de consolidação democrática: 4.1 As reparações econômicas: 4.1.1 A Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP); 4.1.2 A Comissão de Anistia; 4.2 O resgate da memória histórica. O projeto para a criação de uma Comissão de Verdade - 5. A ausência de medidas punitivas: 5.1 As frustradas tentativas de punição dos responsáveis por crimes contra a humanidade; 5.2 A afirmação da constitucionalidade da Lei de Anistia - 6. A responsabilização internacional do Estado brasileiro: o caso *Lund* - 7. Exame crítico. Razões para as resistências à implementação integral das medidas relacionadas com a Justiça de Transição: 7.1 A questão histórica; 7.2 A questão jurídica. O mito do abalo à soberania - 8. Para onde caminhar? - 9. Bibliografia - Anexo.

1. INTRODUÇÃO

A Justiça de Transição no Brasil seguiu – e ainda segue – por caminhos tortuosos. Diferentemente de outros países, a superação do regime militar não foi marcada por um ato de ruptura que guardasse a força simbólica do encerramento do período autoritário. Ao contrário, foi o resultado de um vagaroso processo de abertura gerido pelos próprios militares. Sob determinados aspectos, a Lei de Anistia, promulgada em 1979, representou um importante ponto de inflexão daquele regime e cujo encerramento formal iria se dar anos mais tarde quando da eleição indireta de um presidente civil. Já o marco jurídico autoritário somente foi transposto em 1988 com a promulgação de uma nova ordem constitucional, de cunho marcadamente liberal. A consolidação democrática, por sua vez, operou-se no ano seguinte quando da primeira eleição direta para a presidência após mais de duas décadas.

É certo que o fundado receio de recrudescimento do processo de abertura e a grave crise econômica e social que se instalou nos primeiros anos da redemocratização retiraram da agenda política qualquer perspectiva de discussão quanto à adoção de medidas de confrontassem a sociedade brasileira com o

seu passado. A relativa estabilidade econômica alcançada em meados da década de 1990 e a assunção ao poder dos grupos políticos que desempenharam se opuseram ao regime militar abriram caminho para que o Estado brasileiro, finalmente, reconhecesse a sua responsabilidade pelo desparecimento e pela morte de algumas das vítimas da repressão. Ainda que se tenha caminhado desde então, é certo que pouco se fez quanto à reconstrução plena da memória histórica. Já quanto a punição dos responsáveis pelos crimes cometidos reina um absoluto vazio.

Nessa perspectiva, o presente trabalho objetiva lançar reflexões nos caminhos tomados pelo Brasil na temática da Justiça de Transição. Seja para o bem ou para o mal, o fato é que o tema assumiu um novo despertar nos últimos anos sendo, portanto atualíssimo. Há várias razões para este despertar. De um lado, há a crescente preocupação dos recentes governos em examinar as pendências trazidas do regime militar e que tocam especialmente as vítimas da repressão. De outro, há a projeção internacional que a problemática assumiu e que foi expressada na condenação internacional do Estado brasileiro pelas violações aos direitos humanos relacionadas com os crimes cometidos durante o regime militar.

No enfrentamento do tema, optou-se por uma abordagem histórica inicial. Não tem ela qualquer pretensão de esgotar todas as questões históricas, mas apenas a de lançar um breve panorama sobre o contexto político e jurídico que marcou o golpe de 1964, bem como o regime que a partir dele se instalou. Já no ponto central do trabalho, serão examinadas as medidas adotadas pelo Estado brasileiro no confronto com o seu passado, dando-se destaque às discussões que permeiam a punição dos agentes públicos pelos crimes contra a humanidade cometidos durante o regime militar. Finaliza-se com uma análise das opções e dos caminhos que ainda podem ser trilhados.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

2.1 O golpe militar

O golpe militar de 1964[1] representou o ponto culminante de um grave processo de crise política deflagrado três anos antes quando o país foi tomado de

1. Para um exame mais detalhado acerca do contexto histórico anterior e posterior ao golpe militar, ver: ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição no Brasil: um caminho a percorrer. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola

surpresa pela renúncia do então Presidente Jânio Quadros.[2] A perspectiva de que o vice-presidente, João Goulart, assumisse o governo provocou reações muito adversas dos setores políticos mais conservadores e que estavam aglutinados em torno da União Democrática Nacional (UDN).[3] Para estes, Goulart estava identificado com os comunistas, razão pela qual o seu retorno da China, onde se encontrava em viagem oficial, foi vetado pelos Ministros Militares. Em reação, o então governador do estado do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola, articulou um movimento de resistência no que obteve apoio do Comandante do III Exército. Na iminência de uma guerra civil, uma articulação política permitiu que Goulart assumisse a presidência, porém com poderes diminuídos em face da instauração de um regime parlamentarista de governo.

A sobrevida do parlamentarismo foi curta no cenário político nacional. Já em 1963, após o resultado favorável obtido em um plebiscito, o presidencialismo foi restabelecido. Mas, mesmo com poderes amplos, Goulart não se mostrou hábil o suficiente a ponto de compor a profunda polarização ideológica que o país enfrentava.[4] De fato, o sucesso da Revolução Cubana alimentava os

---

Girão. *Anistia, justiça e impunidade. Reflexões sobre justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Ver, também: ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. Brasil. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Berlim: Korad Adenauer Stiftung, 2009. p. 171-199.

2. Há muita controvérsia a respeito das razões que levaram à renúncia. O discurso mais acatado vê naquele ato uma frustrada tentativa de obter maior força política que seria alcançada graças a uma manifestação popular de apoio ao seu retorno (FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 6. ed. São Paulo: USP, 1999. p. 442). Para uma análise mais detida sobre as circunstâncias que cercaram a renúncia, ver: SILVA, Helio; CARNEIRO, Maria Cecília Ribas. *A renúncia 1961*. São Paulo: Três, 1975.

3. Um estudo mais detido acerca do papel político desempenhado pela UDN pode ser encontrado em: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A UDN e o udenismo: ambigüidades do liberalismo econômico brasileiro, 1945-1965*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

4. 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

sonhos de setores da esquerda ao mesmo tempo em que provocava reações da parte dos conservadores. Por sua vez, a radicalização da Guerra Fria tornou o Brasil alvo preferencial das atenções dos EUA, cuja política externa estava determinada a impedir o avanço do comunismo na América Latina.[5] As dificuldades de Goulart em contornar as diferentes forças levaram o nível de tensão social a um ponto insuportável. Poucos dias antes do golpe reinava a crença generalizada de que um dos lados assumiria o poder pela via da força.[6]

É, portanto nesse cenário de absoluta instabilidade e de profunda incerteza que, em 31.03.1964 e 01.04.1964, diversas unidades militares tomaram prédios governamentais, tanto em Brasília quanto no Rio de Janeiro. A alardeada resistência de esquerda não se concretizou.[7] João Goulart refugiou-se no Estado do Rio Grande do Sul onde gozava de relativo apoio político. O fato é que as tropas ali sediadas não lhe deram sustentabilidade. Isolado, exilou-se no Uruguai.[8]

A facilidade com que o golpe foi concretizado revelou o apoio que obteve de certos segmentos civis.[9] Afinal, em torno dos militares reinava a expectativa de

---

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 no estudo do populismo brasileiro. In: SILVEIRA, Ênio et al. *Encontros com a civilização brasileira*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. n. 7, p. 41-86).

5. ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. Brasil cit., p. 174.

6. Como anota o jornalista Elio Gaspari: "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 envergonhada*. 4. reimp. São Paulo: Cia. das Letras, 2002. p. 52). Ver ainda: DINES, Alberto; CALLADO, Antonio; NETTO, Araujo. *Os idos de março e a queda em* abril. Rio de Janeiro: Ed. José Álvaro, 1964.

7. Gaspari narra, em detalhes, o clima de inquietação e de incerteza que cercaram os primeiros momentos do golpe (op. cit., p. 83-125). Ainda sobre o golpe de 1964, ver: BRANCO, Carlos Castello. *Introdução à revolução de 1964*. Rio de Janeiro: Artenova, 1975; e BANDEIRA, Luiz Alberto de Vianna Moniz. *O governo João Goulart. As lutas sociais no Brasil (1961-1964)*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

8. GASPARI, Elio. Op. cit., p. 112-115.

9. Nesse sentido: DREIFUSS, René. *1964: a conquista do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1981. Esta também é a percepção de Denise Rollemberg: Esquerdas revolucionárias e luta armada. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (orgs.). *O tempo da*

restauro da ordem institucional. O movimento de 1964 apresentou-se à nação como defensor da legalidade e do combate ao comunismo, o que obviamente atraiu a simpatia de muitos setores civis.[10] Invocou, ademais, uma transitoriedade que a história posteriormente tratou de sepultar. Seduzida por tais discursos, a sociedade conferiu a sustentabilidade inicial para que o golpe fosse viabilizado.[11] Na busca por uma legitimação da ruptura do processo democrático, os militares emprestaram um caráter revolucionário ao movimento e, para tanto, valeram-se dos chamados atos institucionais que supostamente seriam expressão do poder constituinte originário.[12] Nos anos que se sucederam, o constante recurso àqueles instrumentos jurídicos permitiu que os militares construíssem o arcabouço jurídico que deu estrutura e envergadura ao regime o qual teve na restrição dos direitos e garantias fundamentais o seu principal marco.[13]

2.2 O regime militar e a repressão política

Com a concretização do golpe, o Congresso Nacional elegeu, no dia 11.04.1964, o General Castelo Branco para ocupar um mandato temporário na Presidência da República. Como se sabe, a promessa de um regime provisório jamais se materializou. Afinal, nos anos que se seguiram os militares assumiram o controle de todo o aparato estatal e, com o crescimento dos movimentos

---

ditadura: regime militar e movimentos sociais em fins do século XX. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 45-91.

10. Organizados, sobretudo, em torno da UDN, partido político que agrega em suas fileiras liberais radicais. Nesse sentido: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Op. cit.

11. Como observa o historiador 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" (op. cit., p. 461).

12. Ao examinar o AI-1, 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 09 de abril daquele 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" (*Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p 165-166).

13. ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. Brasil cit., p. 175.

de resistência urbana e rural, aprimoraram os sistemas oficiais de controle e de repressão. Em realidade, a sólida relação que se estabeleceu entre Estado/governo/militares postergou, por vários anos, a redemocratização.[14]

Mas, mesmo sendo expoente de uma linha militar que se convencionou denominar de moderada, o General Castelo Branco acabou prorrogando o próprio mandato até março de 1967, adiando, assim, a eleição presidencial para novembro de 1966.[15] Os revezes nas eleições regionais de 1965 em dois dos principais Estados, insuflaram os militares da linha radical.[16] Pressionado, Castelo Branco baixou o AI-2, a 27.10.1965, extinguindo, assim, os partidos políticos existentes e implantando um sistema bipartidário.[17] Ao ditar os termos de sua sucessão, Castelo Branco acabou consagrando o sistema da eleição indireta para os cargos de presidente e vice-presidente, delineando, dessa forma, as regras do jogo político nos anos que se sucederam. Em janeiro de 1967, ao término de seu mandato, o governo fez o Congresso aprovar uma nova Constituição. O Congresso, que havia sido fechado por um mês, foi reconvocado para se reunir e aprovar o novo texto.

Em março de 1967, o General Costa e Silva assume a presidência, inaugurando um período marcado pelos movimentos de resistência e pelo recrudescimento das liberdades civis.[18] No início de 1968, uma série de protestos irrompeu no Rio de Janeiro e, paralelamente, grupos de esquerda deram início às ações de luta armada. Das várias ações realizadas, uma das mais ousadas foi o assassinato do Capitão do Exército americano Charles Chandler, em outubro

14. Como observa Gaspari, durante o regime militar, "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" (GASPARI, Elio. Op. cit., p. 129).

15. SKIDMORE, Thomas E. *Brasil: de Castelo a Tancredo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 90.

16. FAUSTO, Boris. Op. cit., p. 474. Logo surgiram boatos de que alguns militares se preparavam para depor o presidente e instalar um regime verdadeiramente autoritário. Nesse sentido: PEDREIRA, Fernando. *O Brasil político*. São Paulo: Difel, 1975. p. 162.

17. De um lado, a Arena, partido da situação, de outro, o MDB que reunia toda a oposição.

18. FAUSTO, Boris. Op. cit., p. 476.

daquele ano pela Vanguarda Popular Revolucionária (VPR), grupo formado, principalmente, por marxistas, dissidentes do Partido Comunista Brasileiro (PCB). Por sua vez, uma série de discursos proferidos no Congresso Nacional pelo então Deputado Moreira Alves em que foram denunciados os abusos policiais, levou à apresentação de um pedido de punição do parlamentar. Mesmo com apoio expresso dos Ministros Militares,[19] o pedido acabou sendo rejeitado, fato que alimentou ainda mais o descontentamento da linha dura.

Foi, portanto nesse contexto que, na noite do dia 13 de dezembro, após reunir-se com os membros do Conselho de Segurança Nacional, o presidente Costa e Silva promulgou o AI-5 e com isto suspendeu as atividades do Congresso, estabelecendo a censura aos meios de comunicação.[20] O regime militar inaugurava, assim, uma fase escancaradamente ditatorial.[21] Seguiram-se novas cassações de parlamentares, demissões de funcionários públicos e prisões de jornalistas. O endurecimento do regime, contudo, longe de recrudescer o movimento de resistência, alimentou os grupos de luta armada cujas ações se multiplicaram em 1969. Na condução da repressão, o regime valeu-se de grande violência. Detenções ilegais, execuções sumárias e torturas se tornaram práticas constantes.

O afastamento de Costa e Silva por motivos de saúde levou à formação de um governo provisório. Durante o breve governo da Junta Militar, integrantes da Aliança Libertadora Nacional (ALN) e do Movimento Revolucionário 8 de Outubro (MR-8) sequestraram o embaixador dos Estados Unidos, Charles Burke Elbrick. O governo provisório cedeu às exigências e, por consequência, 15 presos políticos foram libertados e transportados para o México. Na

19. SKIDMORE, Thomas E. Op. cit., p. 162 e ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição... cit., p. 146.

20. Para um estudo mais detalhado sobre a censura política nos meios de comunicação, ver: MARCONI, Paulo. *A censura política na imprensa brasileira: 1968-1978*. São Paulo: Global, 1980.

21. Como observa Boris Fausto, o "AI-5 foi o instrumento de uma revolução dentro da revolução ou, se quiserem, de uma contrarrevolução dentro da contrarrevolução. 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" (op. cit., p. 480). Anthony Pereira faz referência a dois momentos bem distintos do regime militar. O primeiro corresponderia à fase imediatamente após o golpe de 1964 quando a preocupação voltou-se à perseguição dos atores políticos que sustentavam o regime deposto. No final da década, contudo, a violência do regime aprofundou-se em sua intensidade e expandiu-se em sua cobertura (*Political (in)justice. Authoritarianism and the rule of law in Brazil, Chile and Argentina*. Pittsburgh: University of Pittsburgh, 2005).

ocasião, foi baixado o AI-13, que instituiu a pena de banimento do território brasileiro e o AI-14, que estabeleceu a pena de morte para os casos de guerra externa, psicológica adversa, revolucionária ou subversiva.[22]

Diante da impossibilidade de recuperação de Costa e Silva, novas eleições indiretas foram convocadas pelo Congresso Nacional que consagraram a vitória do General Emílio Garrastazu Médici. O intenso crescimento econômico que marcou o seu governo lhe assegurou altos índices de popularidade. Paralelamente, a luta armada foi completamente desmantelada graças à eficiente atuação do aparato burocrático-repressivo. Durante o governo Médici, multiplicaram-se as prisões ilegais, o desaparecimento de pessoas e o emprego de torturas. Em 1974, o último foco da "resistência", a chamada Guerrilha do Araguaia, foi totalmente dizimada.

2.3 O processo de abertura política

É no contexto de uma grave crise econômica mundial que foi inaugurado o governo do General Geisel.[23] Paralelamente às tentativas de composição dos rumos da economia foram o período foi marcado pela abertura qualificada oficialmente de "lenta, gradual e segura". Em realidade, o governo Geisel representou a "primeira fase do processo de transição política, de automodificação do regime autoritário a partir de seu próprio interior".[24]

Nesse espectro, um dos principais desafios foi o de desmantelar o aparato administrativo-repressivo o qual tinha sido estruturado ao longo dos anos precedentes.[25] Ocorre que a desconstrução daquele aparato não foi tarefa fá-

22. ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição... cit., p. 147.

23. Sobre o período Geisel ver: CASTRO, Celso; D'ARAÚJO, Maria Celina (orgs.). *Dossiê Geisel*. Rio de Janeiro: FGV, 2002. A obra, em diferentes textos, faz uma abordagem dos vários aspectos do governo Geisel após o estudo de seu arquivo pessoal depositado no Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea (CPDOC) da Fundação Getúlio Vargas.

24. OLIVEIRA, Eliezer Rizzo de. Conflitos militares e decisões políticas sob a presidência do General Geisel (1974-1979). In: ROUQUIÉ, Alain (coord.). *Os partidos militares no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 1980. p. 114.

25. Dentre os órgãos de repressão, sem dúvida um dos mais representativos foram os DOI-Codis. Como esclarece: FICO, Carlos. Espionagem, polícia política, censura e propaganda: os pilares básicos da repressão. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (orgs.). *O Brasil republicano. O tempo da ditadura. Regime militar e os movimentos sociais do século XX*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 185:

cil. Afinal, era amplamente dominado pelos integrantes da linha dura que viam com muita desconfiança qualquer medida de descompressão. É certo que durante o governo Geisel, pelo menos dois incidentes foram bastante ilustrativos do grau de descontrole atingido pela repressão. O primeiro deles envolveu a morte do jornalista Vladmir Herzog, ocorrida em 25.10.1975, por ocasião de sua prisão nas dependências do DOI-Codi.[26] Meses depois, o incidente repetiu-se com a morte do trabalhador Manoel Fiel Filho.[27] Ambas as mortes foram oficialmente divulgadas como decorrentes de suicídio. Descontente com os desvios verificados, Geisel demitiu, sumariamente, o general responsável pelo II Exército,[28] provocando assim uma grave tensão com os militares da linha dura.

Nos anos que se seguiram, a fim de assegurar o frágil equilíbrio dentro das próprias forças militares, Geisel adotou medidas de efeito que asseguraram o ritmo lento do processo de abertura. Com isso manejou os interesses contrapostos dentro das próprias fileiras dos militares ao mesmo tempo em que afagava a sociedade civil com acenos liberais. Ao longo de 1978, deu início a uma série de encontros com líderes da oposição, bem como com representantes de entidades civis e religiosas, onde foram discutidos os principais pontos para

---

"Os Codis eram órgãos de planejamento, dirigidos pelo chefe do Estado-Maior do Exército respectivo. Controlavam a execução das medidas de repressão e buscavam articular todas as instâncias envolvidas. Os DOIs faziam o trabalho sujo: prisão, tortura e assassinato. Geralmente comandadas por um tenente-coronel, essas unidades eram bastante flexíveis e adaptáveis. Seu coração eram as secções de busca e apreensão e as de interrogatório, que faziam as prisões e a tortura. O trabalho era contínuo, com dois expedientes. Os agentes de investigação não deveriam ser identificados pelos prisioneiros, cabendo as prisões somente aos responsáveis pelas buscas e apreensões. O DOI do II Exército, em setembro de 1979, reunia 112 pessoas, mas chegou a ter 250".

26. 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.

27. LUPPI, Carlos Alberto. *Manoel Fiel Filho: quem vai pagar por este crime?* São Paulo: Escrita, 1980.

28. GASPARI, Elio. *A ditadura encurralada*. São Paulo: Cia. das Letras, 2004. p. 219-223. Eliezer Rizzo de Oliveira esclarece que a ação de Geiseil traduziu um claro sinal de que o governo continuaria empreendendo a sua "luta contra o comunismo" ao mesmo tempo em que não toleraria mais os excessos. No entanto, a questão ficou mais restrita ao plano doutrinário já que detenções ilegais ainda foram largamente praticadas (op. cit., p. 130-131).

a continuidade do processo de abertura. Em outubro daquele mesmo ano, o Congresso aprovou a EC 11/1978 pondo fim, assim, ao AI-5.[29]

Em março de 1979, o General João Batista de Figueiredo, ex-Chefe do Serviço Nacional de Inteligência (SNI) durante o governo Geisel, assumiu a presidência. A abertura política, que já era um processo irreversível, foi intensificada por conta do agravamento da crise econômica. 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 o retorno daqueles que haviam sido exilados, a lei deu margem para que também fossem incluídos os agentes de estado responsáveis pela prática de torturas e outros abusos.

Em 1983, já ao término do governo militar, uma ampla campanha de mobilização nacional em favor de eleições diretas para presidente tomou as ruas do país. A viabilização do projeto político da oposição dependia, contudo, de uma reforma constitucional que, todavia, acabou não sendo aprovada pelo Congresso Nacional e por uma estreita margem de votos. A batalha sucessória voltou-se, então, mais uma vez, para o Colégio Eleitoral. As forças governistas, desarticuladas, lançaram como candidato o ex-governador do Estado de São Paulo. Beneficiada com a cisão do partido governista e com a formação de um novo partido, parte da oposição, aglutinou-se em torno da chamada Aliança Democrática, lançando, assim, a chapa Tancredo Neves para presidente e José Sarney para vice, a qual se sagrou vitoriosa em 15.01.1985.[30] Após 20 anos, chegava ao fim o regime militar.

3. A LUTA ARMADA E A REPRESSÃO NO BRASIL

3.1 A resistência urbana

A luta armada[31] não surgiu imediatamente após o golpe de 1964. Na verdade, ganhou corpo com o passar dos anos, sobretudo quando ficou evidenciado que o regime militar não seria temporário. Inicialmente, emergiu a partir de dissidências do Partido Comunista Brasileiro (PCB) que não concordavam com a política de não confrontação com o regime. Foi, portanto nesse contexto

29. FAUSTO, Boris. Op. cit., p. 493 e 494.

30. Tancredo e Sarney obtiveram 480 votos no Colégio Eleitoral contra 180 dados a Paulo Maluf. Ver: FAUSTO, Boris. Op. cit., p. 512.

31. Para um relato sobre o movimento das esquerdas e, principalmente, a ação repressiva do Estado e o emprego dos métodos de tortura ver: ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: nunca mais*. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

que Carlos Marighela renunciou, em 1966, ao posto que exercia na comissão executiva do PCB, fundando, no mesmo ano, a ALN. Em 1968, é constituído, formalmente, o Partido Comunista Brasileiro Revolucionário (PCBR), figurando Mário Alves como o seu principal dirigente. Em 1969, Carlos Lamarca, Capitão do Exército, desertou das fileiras militares e integrou a VPR, grupo que foi responsável pela prática de diversas ações de impacto dentre as quais o atentado ao cônsul dos Estados Unidos em Porto Alegre (abril de 1970) e o sequestro do embaixador da Alemanha Ocidental no Rio de Janeiro (junho de 1970) e que culminou com a libertação de 40 presos políticos.[32]

Os sequestros de importantes diplomatas tinham um claro objetivo midiático. De fato, a intenção era a de revelar a fragilidade do regime militar e, ao mesmo tempo, divulgar a ação da "resistência". As vítimas foram, portanto escolhidas em razão da representatividade econômica de seus países.[33] A reação do regime militar foi violenta. As prisões ilegais e os desaparecimentos forçados[34] passaram a ser amplamente empregados pelos agentes públicos da repressão. Por sua vez, o uso da tortura foi intensificado.[35] Para fazer frente ao

32. SYRKS, Alfredo. *Os carbonários: memórias da guerrilha perdida*. São Paulo: Global, 1980. p. 176-195.

33. ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. Brasil cit., p. 180 e ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição... cit., p. 153.

34. Uma listagem de 125 desaparecidos políticos desde o golpe de 1964 pode ser consultada em: ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. Op. cit., p. 292-293.

35. Aliás, os diversos métodos de tortura e a frequência com que foram empregados levaram a sua institucionalização com a inclusão na formação curricular dos militares como uma espécie de método científico. 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" (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. 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.

que denominou de atos atentatórios à segurança nacional, o Estado se aparelhou montando, para tanto, uma estrutura repressivo-burocrática.[36]

Foi no contexto dessas repressões que Marighela foi denunciado e assassinado em novembro de 1969. Seu sucessor, Joaquim Câmara Ferreira, foi capturado e torturado até a morte em outubro de 1970.[37] Mario Alves do PCBR foi morto num quartel da Polícia do Exército em janeiro de 1970.[38] Stuart Jones, líder do MR-8, foi capturado em maio de 1971, morrendo na cadeia após ser torturado.[39] Lamarca, que após a desestruturação da VPR, ingressou no MR-8, foi morto no interior da Bahia no início de setembro daquele mesmo ano.[40] Assim, em 1972, totalmente desarticulado, a chamada resistência urbana entrou em colapso.[41]

3.2 A "Guerrilha do Araguaia"

Diferentemente das ações dos grupos armados urbanos, a chamada "Guerrilha do Araguaia"[42] foi um movimento composto por aproximadamente 70 integrantes do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e que atuou entre os anos de 1972 e 1974 no interior do país, em uma região longínqua e de difícil acesso. Abertamente inspirado na Revolução Chinesa, o movimento tinha como estratégia promover uma guerra prolongada que levaria à tomada do Poder pelo meio das armas.[43]

---

36. ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. Brasil cit., p. 180.

37. SKIDMORE, Thomas E. Op. cit., p. 241.

38. Nesse sentido: ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. Op. cit., p. 97: "Mario Alves foi trucidado numa sequência 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".

39. Ver relatório publicado pela Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos.

40. SKIDMORE, Thomas. Op. cit., p. 242-243.

41. ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição... cit., p. 154.

42. Informações extraídas do Relatório "Memória e Verdade" (BRASIL. *Direito à memória e à verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007). Ver, também: MORAIS, Taís; SILVA, Eumano. *Operação Araguaia. Os arquivos secretos da guerrilha*. São Paulo: Geração, 2005.

43. SKIDMORE, Thomas. Op. cit., p. 244 e 245; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição... cit., p. 155.

Nos anos que se seguiram, o governo militar desencadeou diferentes operações com o objetivo de reprimir aquela ação.[44] Nos primeiros dias de abril de 1972, iniciou-se a primeira campanha militar tendo o primeiro confronto ocorrido em 08.05.1972.[45] Em setembro de 1972, após breve período de redução da atividade militar, o Exército retomou a ação através de um contingente estimado entre três a cinco mil soldados. Denominada de "Operação Papagaio", a ação levou à identificação de 55 guerrilheiros, dos quais 12 foram mortos, 6 foram presos tendo o restante empreendido fuga.[46]

A última expedição foi desencadeada em 07.10.1973. Batizada de "Operação Marajoara", contou com um número estimado de 250 a 750 militares.[47] Com o início da campanha, retomaram-se os atentados contra os moradores da região, bem como as prisões ilegais os, espancamentos, as humilhações e a tortura.[48] Ao mesmo tempo, oacampamentos dos guerrilheiros foram identificados e, sistematicamente, atacados por pelotões especialmente treinados. Na

44. Em novembro de 1970, foi desencadeada a "Operação Carajás". O objetivo era o de simular uma manobra conjunta de contraguerrilha na região, inibindo, dessa forma, a presença de opositores ao Regime Militar. Naquela ocasião, foram lançadas bombas, paraquedistas saltaram na floresta e helicópteros sobrevoaram a área. Em agosto de 1971, foi a vez da "Operação Mesopatamia". Realizada pelo Exército, tinha por finalidade a coleta de informações e a prisão de supostos subversivos na divisa do Maranhão com o Estado de Goiás. O relatório final já dava conta da presença de militantes na área.

45. Pouco tempo depois, em uma emboscada, o militante Bérgson Gurjão Farias, conhecido 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: Lourival Paulino, barqueiro, que fora preso em 18 de maio e levado à delegacia, onde foi torturado e morto ao terceiro dia; e Juarez Rodrigues Coelho, camponês que, segundo o Relatório da "Operação Papagaio", teria cometido suicídio em 14.08.1972.

46. ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição... cit., p. 156.

47. Além daqueles que já se encontravam no local, treinados para o combate direto contra os guerrilheiros na floresta.

48. 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

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 25.10.1974 se deu a última morte conhecida, a da guerrilheira Walquíria Afonso Costa.[49]

4. AS MEDIDAS ADOTADAS PELO ESTADO BRASILEIRO NO PROCESSO DE TRANSIÇÃO E DE CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA

Como se sabe, a Justiça de Transição engloba uma série de medidas e que são alimentadas pelo ideal de reconstrução dos valores ligados ao Estado de Direito em sociedades que suportaram maciças violações de direitos humanos.[50] Supõe o resguardo dos interesses das vítimas mediante a composição de valores que, embora complementares, muitas vezes se apresentam em delicada tensão, quais sejam: justiça e paz.[51] O termo "justiça" deve ser compreendido de uma maneira ampla e não circunscrita, exclusivamente, à dimensão punitiva, embora esta guarde extrema relevância no processo de estabilidade e de pacificação social. A expressão "paz", por sua vez, representa o ideal a ser atingido, o qual deve ser construído sobre os pilares da supremacia dos direitos humanos. Como anota Kai Ambos, a Justiça de Transição é predominantemente uma justiça para as vítimas que, além de interesses têm direitos a serem respeitados e defendidos.[52] É justamente nessa perspectiva que se coloca o repúdio ao estado

ao regime, tão perigoso quanto pegar em armas" (BRASIL. *Direito à verdade e à memória*... cit., p. 199).

49. Conforme relatório final apresentado pela Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos. Ver, ainda: ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. Brasil cit., p. 183.

50. BICFORD, Louis. Transitional justice. In: HORVITZ, Leslie Alan; CATHERWOOD, Christopher. *Macmillan encyclopedia of genocide and crimes against humanity*. New York: Facts on file, 2004. vol. 3, p. 1045-1047 e ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição... cit., p. 158.

51. UPRIMNY, R.; SAFFON, MP. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. In: RETTEMBERG, Angelika (ed.) *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*. Bogotá: Uniandes, 2005. p. 211-232.

52. The legal framework of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC. In: AMBOS, Kai; LARGE, Judith; WIERDA, Marieke (eds.) *Building a future on peace and justice. Studies on transitional justice, peace and development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*. Berlim: Springer, 2009. p. 33.

de impunidade, fator de desagregação, de tensão e de retroalimentação dos conflitos.[53]

Embora não seja possível estabelecer-se um roteiro único para a transição democrática em razão das múltiplas variantes em jogo, há certo consenso quanto à necessidade de cumprimento de quatro obrigações por parte dos Estados, quais sejam: a persecução e a punição dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos; a revelação da verdade histórica; a reparação das vítimas e de seus familiares e a reorganização das estruturas administrativas mediante o expurgo das estruturas viciadas.[54]

Nessa perspectiva, é perceptível não ter o Brasil adotado uma linha lógica.[55] Com efeito, a Justiça de Transição, se é que a terminologia teria aplicação no caso brasileiro, não foi estruturada com base em um plano previamente desenhado que conduzisse à superação do modelo autoritário mediante a afirmação dos valores democráticos. Tampouco houve uma sensibilidade ou mobilização social para a temática, restando, na verdade, uma luta quase isolada das

53. Conforme relatório geral do Conselho de Segurança das Nações Unidas (S/2004/616 de 03.08.2004), a expressão "justiça" é: "an ideal of accountability and fairness in the protection and vindication of rights and the prevention and punishment of wrongs. Justice implies regard for the rights of the accused, for the interests of victims and for the well-being of society at large. It is a concept rooted in all national cultures and traditions and, while its administration usually implies formal judicial mechanisms, traditional dispute resolution mechanisms are equally relevant. The international community has worked to articulate collectively the substantive and procedural requirements for the administration of justice for more than half a century" (parágrafo 7. Disponível em: [www.un.org/Docs/sc/sgrep04.html]. Acesso em: 22.07.2011).

54. MEZAROBBA, Glenda. O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (coords.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 38-53. Ver, também, da mesma autora: *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro*. São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2006. No que se refere à dimensão punitiva, lembra Van Zyl que: "julgar os perpetradores que cometeram graves violações de direitos humanos é uma parte crítica de qualquer esforço para confrontar um legado de abuso. Os julgamentos podem servir para evitar futuros crimes, dar consolo às vítimas, pensar um novo grupo de normas e dar impulso ao processo de reformar as instituições governamentais, agregando-lhes confiança" (Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* 1/34).

55. ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição... cit., p. 158.

vítimas e de seus familiares na busca pela afirmação e pelo reconhecimento de seus direitos.

A ausência de punição dos agentes públicos pelos abusos cometidos é, sem dúvida, o exemplo mais evidente dos caminhos tortuosos percorridos pelo Brasil no terreno da Justiça de Transição. De fato, a questão sempre foi tratada com base no dogma de que o perdão outorgado pela Lei de Anistia teria sido produto de um amplo acordo político e social, de modo que os seus efeitos teriam sido igualmente amplos, alcançando tanto os autores de crimes políticos como os abusos cometidos durante a repressão.[56] Dessa forma, a interpretação que historicamente acabou prevalecendo foi a de que os responsáveis pelas práticas de torturas, de homicídios e de sequestros também estavam anistiados.[57] O vazio deixado pelo vácuo punitivo foi, de certo modo, ocupado por medidas de caráter reparatório. Mas, mesmo nesse ponto, o país demorou a cumprir com as suas obrigações, as quais somente foram viabilizadas pelos trabalhos de duas comissões especiais.

É certo que a temática relacionada com a Justiça de Transição ganhou vigor nos últimos anos e especialmente por conta de três acontecimentos paradig-

56. É o que dispõe o art. 1.º da Lei 6.683/1979: "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)*.
§ 1.º *Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política*" (grifo nosso).

57. REALE JÚNIOR, 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 6.683/1979, estabelecia em seu art. 153 a competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida, não podendo, pois, 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.

máticos. O primeiro deles envolveu a decisão do STF reconhecendo a constitucionalidade da Lei de Anistia e a sua extensão aos crimes cometidos pelos agentes públicos no contexto da repressão. Já segundo, envolveu a condenação internacional do Estado brasileiro pelas violações aos direitos humanos cometidas durante o regime militar e, também, pela ausência de medidas punitivas durante o período de estabilidade democrática. Por fim, porém não menos relevante, está a intenção de se instalar uma Comissão de Verdade que teria a incumbência de investigar e de revelar todos os nebulosos aspectos que tocaram a violação de direitos humanos no período autoritário e, em especial, os abusos cometidos no contexto da repressão.[58]

4.1 As reparações econômicas

As reparações financeiras foram concretizadas por iniciativa do próprio estado brasileiro e graças à atividade desempenhada por duas comissões especialmente criadas para tais fins, quais sejam: a Comissão Especial de Mortos e de Desaparecidos Políticos (CEMDP) e a Comissão de Anistia. Mas, para além do importante papel exercido no terreno patrimonial, é igualmente significativa a contribuição prestada por tais comissões no campo da reconstrução de parte da memória nacional, bem como para a propagação de projetos em educação na área dos direitos humanos.

4.1.1 A Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP)

A responsabilidade do Estado brasileiro pelo desparecimento forçado e pela morte das vítimas da repressão militar foi expressamente reconhecida em 1995 quando da promulgação da Lei 9.140/1995.[59] Ainda que a medida tenha sido adotada somente 10 anos após o encerramento formal do regime autoritário, a força simbólica da Lei não pode ser menosprezada. De fato, representou ela um marco importante da mudança do tratamento do Estado para com o seu passa-

58. Aliás, passados vários anos desde o encerramento formal do Regime Militar, uma série de questões relacionadas com o passado autoritário e que ainda permanecem sem resposta, a despeito do importante papel desempenhado pelas Comissões de Mortos e de Desaparecidos Políticos e da Anistia. Tome-se como exemplo o número exato de vítimas que teriam sido torturadas durante o regime militar. Há, em realidade, estimativas e algumas cifras giram em torno de 20 mil pessoas (TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (coords.). *Memória e verdade. A justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 77).

59. Em 04.12.1995.

do.[60] Assim, é que foram tornadas públicas e oficiais as identidades de algumas das vítimas,[61] determinando-se, ainda, a investigação de outros casos. Para tanto, foi instituída, pela própria lei, a CEMDP, a quem foi incumbida tal tarefa. A Comissão também foi munida dos poderes de examinar os requerimentos de indenização e de fixar o valor das indenizações aos familiares das vítimas.[62]

Os trabalhos que foram iniciados em 08.01.1996 tiveram a fase relacionada com a investigação e o julgamento dos processos encerrada em 2006. Os resultados foram consolidados no livro *Direito à memória e à verdade*, editado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDHPR).[63] Assim, para além da missão reparatória, a Comissão trouxe uma contribuição importante para o resgate da memória histórica.

4.1.2 A Comissão de Anistia

A Comissão de Anistia foi criada para dar concretude ao art. 8.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que, além de conceder anistia às vítimas de perseguições políticas praticadas entre 18.09.1946 até o dia 05.10.1988 – data de promulgação da vigente Constituição –,[64] fixou ainda o direito à reparação econômica em favor daqueles que se viram impedidos de exercerem atividade profissional.

Para tanto, foi editada a Lei 10.559/2002 que, ao regulamentar a matéria, delimitou dois grupos distintos de perseguidos políticos. No primeiro, foram

60. ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição... cit., p. 160.

61. Inicialmente, foram incluídos, em uma lista não exaustiva, 136 nomes de pessoas desaparecidas entre 02.09.1961 a 15.08.1979. Todos foram reconhecidos e declarados, juridicamente como mortos. Anos mais tarde, a Lei 10.536/2002, veio a estender o período de cobertura da responsabilidade até o dia 05.10.1988, data da promulgação da nova Constituição.

62. Em 2004, quando da promulgação da Lei 10.875/2004, o seu objeto foi ampliado passando a abranger os casos de suicídios praticados em decorrência das sequelas psicológicas resultantes dos atos de tortura cometidos por agentes públicos.

63. A Comissão ainda publicou o livro "Luta, substantivo feminino" que delineou o perfil de 45 mulheres que teriam sido vítimas das execuções sumárias ou de desaparecimentos forçados. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/livromulheres.pdf]. Acesso em: 05.04.2010. Resultado de parceria entre as Secretarias de Direitos Humanos e para Mulheres e a editora "Caros Amigos" (ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição... cit., p. 161).

64. É importante notar que o período é consideravelmente amplo, englobando, os fatos ocorridos posteriormente à queda do Estado Novo, no governo de Getúlio Vargas.

reunidos todos os casos de restrição de liberdades públicas além daqueles relacionados com violências à integridade física. Para tais vítimas, estabeleceu-se uma indenização limitada ao valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais). Já no segundo grupo, foram inseridos os casos daqueles que foram impedidos de exercerem atividade profissional.[65] A eles, a Lei assegurou uma indenização vitalícia e mensal e cujo valor deveria corresponder à remuneração relativa ao posto, cargo, graduação ou emprego que o anistiado ocuparia. A Comissão reconheceu a condição de anistiado 30.967 pessoas, das quais 10.578 foram agraciadas com a reparação econômica.[66]

Mas, paralelamente à fixação das indenizações, a Comissão vem realizando sessões públicas em diferentes locais do país e especialmente em escolas e estabelecimentos de ensino. Dessa forma, ao mesmo tempo em que assegura a transparência de suas atividades, a Comissão contribui para o processo de sedimentação e de educação em direitos humanos.[67]

4.2 O resgate da memória histórica. O projeto para a criação de uma Comissão de Verdade

Dentre as diversas diretrizes fixadas pelo III Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH),[68] encontra-se a instituição de uma Comissão Nacional da Verdade a qual seria incumbida a tarefa de apurar as violações de direitos humanos praticadas no contexto da repressão política desde a promulgação da Constituição de 1946, em 18 de setembro daquele ano, até o dia 05.10.1988, data da promulgação da atual Constituição.[69]

---

65. ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. Brasil cit., p. 187.

66. Ver: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Prefácio – Justiça de transição no Brasil: o papel da comissão de anistia do Ministério da Justiça. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* 1/12-21.

67. A atividade foi alvo de elogios do *International Center for Transitional Justice*, quando do acompanhamento da 22.ª sessão realizada na cidade de Uberlândia, Minas Gerais. Disponível em: [http://unisinos.br/blog/ppgdireito/2009/05/24/caravana-da-anistia-em-uberlandia-mg/]. Acesso em: 15.04.2010 (ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição... cit., p. 163).

68. A íntegra do Programa está disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf]. Acesso em: 19.08.2011.

69. Período fixado pelo art. 8.º do ADCT: "É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo 18, de 15 de

A despeito das diferentes reações provocadas pela Proposta, o governo formou um grupo de trabalho[70] que, ao final de suas atividades, apresentou ao Congresso Nacional[71] o texto de um Projeto de Lei para a instituição da Comissão. De acordo com o aludido Projeto, a Comissão Nacional da Verdade seria composta por sete membros que seriam designados, diretamente, pelo Presidente da República. Teria o prazo de duração de dois anos para apurar as graves violações de direitos humanos, esclarecendo, assim, os casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres, bem como a identificação dos responsáveis, dos locais e das instituições usadas para a prática das violações de direitos humanos, além da identificação de eventuais ramificações na estrutura estatal. A exemplo do verificado em outros países que adotaram a mesma experiência, o Projeto prevê a elaboração de um relatório final no qual seriam consignadas as recomendações para a adoção de medidas públicas dirigidas è prevenção da violação de direitos humanos.[72]

Para consecução dos trabalhos, a Comissão seria dotada de poderes para inquirir testemunhas, para requisitar informações, dados e documentos de órgãos e entidades do Poder Público, ainda que classificados em qualquer grau de sigilo, para determinar a realização de perícias, para promover audiências públicas, bem como para requisitar a proteção aos órgãos públicos em favor de pessoas que se encontrem em situação de ameaça. A Comissão teria autonomia ainda para promover parcerias com órgãos públicos ou privados no plano nacional ou internacional visando o intercâmbio de informações, dados e documentos.[73]

---

dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Dec.-lei 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos".

70. Pelo Decreto Federal de 13.01.2010.

71. PL 7.376/2010, apresentado à Câmara de Deputados em 20.05.2010. Informações disponíveis em: [www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=478193]. Acesso em: 23.05.2010.

72. Art. 3.º do PL 7.376/2010.

73. Art. 4.º do PL 7.376/2010. ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição... cit., p. 166.

5. A AUSÊNCIA DE MEDIDAS PUNITIVAS

Uma das características da transição política no Brasil, e que a distância de outras experiências verificadas no continente, é a completa ausência de medidas punitivas contra os responsáveis pelos excessos cometidos no contexto da repressão política. Torturas, desaparecimento forçado de pessoas e execuções sumárias sempre foram consideradas alcançadas pelos efeitos da Lei de Anistia em razão de uma interpretação ampla e bilateral que se consagrou tanto no meio político como no campo jurídico.

5.1 As frustradas tentativas de punição dos responsáveis por crimes contra a humanidade

Foram raras as tentativas de punição dos responsáveis pelos abusos cometidos durante o regime militar, o que se deve, fundamentalmente, à interpretação que se consolidou na cultura jurídica nacional quanto aos efeitos amplos da Lei de Anistia. Como anota Swensson Junior, "o entendimento de que tais atos estatais foram anistiados foi confirmado em termos práticos, uma vez que nenhum deles, mesmo após a redemocratização do país, foi processado, julgado ou punido penalmente pela Justiça".[74]

Mezarobba lembra que uma das frustradas tentativas de punição foi a de três torturadores que cegaram Milton Coelho Carvalho, preso político que estava recolhido em um presídio na cidade de Aracajú. O pedido foi julgado improcedente pelo Juiz Auditor da VI Circunscrição Militar após reconhecer-se a validade da Lei de Anistia.[75] Outro caso digno de nota envolveu a tentativa de investigação da morte do jornalista Vladimir Herzog ocorrida nas dependências do DOI/Codi em São Paulo. O inquérito policial instaurado foi trancado pelo TJSP, decisão que foi posteriormente confirmada pelo STJ.[76] Mas, de todas as tentativas de punição, a mais polêmica, sem dúvida, foi o arquivamento do inquérito militar instaurado para apurar a explosão de bombas ocorrida no Rio de Janeiro em 1981 por ocasião de um *show* musical que era realizado nas dependências do Riocentro. Naquela ocasião, dois militares faleceram em circunstâncias que jamais foram esclarecidas. O encerramento das investigações, determinada pelo STM, tomou por fundamento a declaração da extinção da

74. SWENSSON JR., Lauro Joppert. *Anistia penal. Problemas de validade da lei de anistia brasileira (Lei 6.683/79)*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 192.

75. MEZAROBBA, Glenda. *O preço do esquecimento: as reparações pagas às vítimas do Regime Militar*. Tese de Doutorado em Ciência Política, São Paulo, USP, 2007. p. 343.

76. TJSP, HC 131.798-3/2 e STJ, REsp 33.782-7/SP.

punibilidade com base na Lei de Anistia, muito embora os fatos tivessem ocorrido posteriormente à promulgação daquela Lei.[77]

5.2 *A afirmação da constitucionalidade da Lei de Anistia*

Em 2008, o Conselho Federal da OAB propôs, perante o STF, ação de arguição de descumprimento de preceito constitucional (ADPF), na qual impugnou a constitucionalidade da extensão da anistia aos crimes praticados pelos agentes públicos durante o regime militar.[78] Dentre os vários argumentos levantados, a OAB procurou desconstruir a propalada conexão entre os crimes políticos cometidos pelos opositores ao regime e aqueles de natureza comum que teriam sido executados pelos agentes públicos dos órgãos de repressão. Dessa forma, a anistia seria válida, tão somente, para os primeiros sendo inaplicável aos últimos. A OAB ainda arguiu a violação dos princípios democrático e republicano lembrando que aprovação da Lei de Anistia se dera em um contexto político ainda marcado pela vigência do regime militar e em um cenário de restrições das liberdades civis. Nessas circunstâncias, qualificou a lei brasileira de autoanistia, hipótese que seria totalmente proscrita no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.[79]

A ADPF 153 acabou sendo julgada improcedente e por uma margem de sete votos contra dois. Lamentavelmente, pouco se discutiu a respeito dos princípios que regem o direito penal internacional e tampouco foi examinada a (in)compatibilidade da legislação nacional à luz daqueles. Aliás, mesmo no contexto da posição minoritária pouco se discutiu acerca de pontos que são extremamente sensíveis para o direito penal internacional e que tocariam diretamente a questão da anistia, tais como a definição de crimes contra a humanidade, a imprescritibilidade do poder punitivo, a supremacia da ordem internacional frente à nacional e a incompatibilidade de qualquer instrumento consagrador da impunidade.[80]

---

77. SANTOS, Roberto Lima; BREGA FILHO, Vladimir. Os reflexos da "judicialização" da repressão política no Brasil no seu engajamento com os postulados da Justiça de Transição. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* 1/168.

78. STF, ADPF 153/DF, Pleno, j. 29.04.2010, rel. Min. Eros Grau. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116]. Acesso em: 19.08.2011.

79. Para uma síntese dos argumentos invocados pelas partes ver: ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição... cit., p. 174-175.

80. Para um exame crítico a respeito do julgamento da ADPF 153/DF pelo STF, ver: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Fe-

Nesse aspecto, a posição majoritária viu na Lei de Anistia o resultado de um amplo acordo social e político que teria precedido a sua promulgação. Vários dos Ministros destacaram, inclusive, a importância histórica daquela lei a qual foi reputada decisiva para o processo de redemocratização do país. No entendimento da maioria, a negação da existência do pacto social levaria à total desconsideração do contexto histórico-político vivido pelo país e a intensa luta travada por diversos segmentos da sociedade civil para por fim ao regime de exceção. Tais conclusões, segundo os Ministros, reforçam a natureza bilateral e consensual da anistia não sendo possível uma revisão de fatos históricos ou mesmo a mudança legislativa pela via jurisdicional.[81] E como reforço da tese, o próprio Min. Eros Grau, relator da ação, recorreu aos exemplos do Chile, Argentina e Uruguai, afirmando que as mudanças de rota ocorridas naqueles países, no trato da punição dos crimes cometidos durante os regimes ditatoriais, teriam sido precedidas de alterações legislativas e não por iniciativas do Poder Judiciário.

O entendimento dominante ainda lembrou a importância da EC 26/1985, que teria convocado a Assembleia Constituinte já em plena vigência do período democrático. De fato, para o Min. Eros Grau, aquela Emenda Constitucional teria reiterado os termos da anistia o que seria indicativo do reconhecimento da validade do pacto social, bem como da validade jurídico-constitucional daquela lei.[82] Ou seja, para o Min. Grau a anistia, concedida durante o regime

---

deral e a inacabada transição democrática brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 515-545.

81. Nesse sentido, há de ser destacado o seguinte trecho do voto proferido pelo Min. Eros Grau: "Ao STF não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias. A ele não incumbe legislar ao apreciar ADPFs, senão apurar, em casos tais, a compatibilidade entre textos normativos pré-constitucionais e a Constituição. Há quem sustente que o Brasil tem uma concepção particular de lei, diferentemente, por exemplo, do Chile, da Argentina e do Uruguai, cujas leis de anistia acompanharam as mudanças do tempo e da sociedade. Esse acompanhamento de mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá contudo ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo. Insisto em que ao STF não incumbe legislar sobre a matéria".

82. É o que dispõe o art. 4.º da EC 26/1985:
"É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.
§ 1.º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos

militar, teria sido reinstaurada e em virtude de ato típico do Poder Constituinte.[83] Em sentido semelhante foi o voto do Min. Gilmar Mendes, para quem a EC 26/1985 teria sido um verdadeiro ato político que, de um lado, rompeu com o regime jurídico anterior e, de outro, trouxe as bases para a construção de uma nova ordem constitucional que, desde logo, teria incorporado a anistia ampla, geral e bilateral.[84]

Já quanto às questões mais polêmicas que cercam o direito penal internacional, a decisão do STF passou à margem de importantes aspectos. A exceção ficou por conta do voto do Min. Celso de Mello que, a despeito de sua adesão ao entendimento manifestado pela maioria, examinou alguns dos princípios consolidados na ordem penal internacional, ainda que fosse para afastá-los do caso brasileiro.

De fato, o Ministro fez referência à jurisprudência consolidada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), lembrando a intolerância desta para com as anistias incidentes sobre os crimes contra a humanidade (*Barrios Altos, Loyaza Tamayo e Almonacid Arellano*). No entanto, Celso de Mello considerou que a situação brasileira não poderia ser equiparada aos precedentes julgados por aquela Corte justamente por conta da dimensão bilateral que, no seu entender, teria sido a marca da Lei de Anistia. Ou seja, para o Ministro, a lei nacional não poderia ser qualificada de autoanistia o que tornaria inaplicável a jurisprudência oriunda da Corte Interamericana.[85] O Ministro ainda teceu

---

servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.
§ 2.º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no *caput* deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979".

83. Nesse sentido, observou: "A EC 26/1985 inaugura a nova ordem constitucional. Consubstancia a ruptura da ordem constitucional que decairá plenamente no advento da Constituição de 05.10.1988. Consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. Daí que a reafirmação da anistia da Lei de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem. Compõe-se na origem da nova norma fundamental".

84. É o que observou: "Enfim, a EC 26/1985 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais e que não repercuta nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político-institucional pós 1988".

85. "É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de autoanistia,

considerações a respeito de alguns instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial a Convenção contra a Tortura. Nesse ponto, considerou que a supremacia dos princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal impediria a aplicação daquele instrumento.[86]

Já com relação ao sempre polêmico tema da imprescritibilidade, Celso de Mello lembrou não ter o Brasil aderido à respectiva Convenção Internacional de modo que não haveria qualquer vínculo ou obrigação do Estado brasileiro para com aquela normativa internacional. Afastou, ademais, a possibilidade de que uma Convenção Internacional pudesse servir de fonte formal para o direito interno. Para ele, diante da íntima relação existente entre o instituto da prescrição e o direito material, somente a lei nacional, elaborada de acordo com o processo legislativo interno, poderia regular a imprescritibilidade de crimes.[87] E como reforço de sua fundamentação, o Ministro lembrou a exigência de promulgação de lei nacional para que o Estatuto de Roma (ER) pudesse ser implementado internamente. Tal exigência, concluiu, tornaria clara a ideia da supremacia do "postulado da reserva constitucional da lei formal" no âmbito do direito penal, de modo que a simples assinatura ou mesmo a promulgação de tratados internacionais não teria o condão de estabelecer regras de direito penal material, sobretudo aquelas que tocassem diretamente o exercício do poder-punitivo estatal.

---

o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, a Lei 6.683/1979 que traduz exemplo expressivo de anistia de 'mão dupla' (ou de dupla via), pois se estendeu tanto aos opositores do regime militar quanto aos agentes da repressão – não consagrou a denominada anistia em branco, que busca, unicamente, suprimir a responsabilidade dos agentes do Estado e que constituiu instrumento, em seu próprio favor, por ditaduras militares latino-americanas."

86. "Essa anterioridade temporal impede que a Lei de Anistia, editada em 1979, venha a sofrer desconstituição (ou inibição eficacial) por parte desses instrumentos normativos, todos eles promulgados – insista-se – após a vigência daquele benéfico diploma legislativo."

87. "Não se pode também desconhecer considerando o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal; que o tema da prescrição subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. (...) Isso significa portanto que somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal (...)."

6. A RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO: O CASO *LUND*

Muito antes da tentativa de revisão da Lei de Anistia provocada pela OAB, o Centro pela Justiça e Direito Internacional (Cejil) e a Human Rights Watch (HRW), em nome dos desaparecidos no contexto da Guerrilha do Araguaia, apresentaram, em 07.08.1995, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, petição, que após processamento, resultou na interposição de ação contra o Brasil perante a CIDH, em 26.03.2009 (*Caso Lund e outros*).[88]

Objetivou-se com a ação a declaração da responsabilidade do Estado brasileiro – e consequente punição – por graves violações de direitos humanos cometidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e consistentes na detenção ilegal, na tortura, no desaparecimento forçado e na execução sumária de setenta pessoas, bem como pela omissão na tomada de qualquer providência persecutória contra os responsáveis e, ainda, pela ausência de medidas tendentes à revelação da verdade sobre aqueles fatos.

A incompetência *ratione temporis*, uma das principais preliminares arguidas na defesa do Brasil, não foi acolhida com relação ao crime de desaparecimento forçado de pessoas justamente por conta de seu caráter permanente. Com efeito, para a CIDH, o fato de o Brasil somente ter reconhecido a jurisdição da Corte em 10.12.1998 não afastaria a sua competência para o conhecimento e julgamento dos ilícitos cuja execução teve continuidade para além daquela data. Nesse ponto, a CIDH manteve-se absolutamente fiel aos seus precedentes (casos Blake *vs.* Guatemala, Radilla Pacheco *vs.* México, Ibsen Cardinos *vs.* Bolívia e Velásquez Rodrigues *vs.* Honduras), reafirmando que o início da execução do desparecimento forçado coincide com a privação da liberdade da vítima, prosseguindo a execução com a ausência de fornecimento de qualquer informação sobre o seu paradeiro. Dessa forma, o comportamento somente cessaria no momento em que as informações sobre o paradeiro da vítima ou o seu destino viessem à tona.[89]

Mas, para além dos crimes permanentes cuja execução se prolongou para além da data em que o Brasil reconheceu a competência da CIDH, a Corte também afirmou a sua competência para o julgamento das omissões verificadas a partir daquela mesma data e que estariam relacionadas com a ausência de

88. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=348]. Acesso em: 30.12.2010.

89. § 17 da sentença.

persecução e punição dos fatos e dos agentes responsáveis pelas violações de direitos humanos.[90]

Superadas as preliminares, no mérito, a Corte, após detectar algumas incongruências com relação ao número total de vítimas, reconheceu a responsabilidade do Brasil pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas e, nesse aspecto, declarou a incompatibilidade da Lei de Anistia com a obrigação internacional de promover a apuração das graves violações de direitos humanos. Para tanto, a Corte apontou para o que denominou de consciência universal quanto ao dever de punição e de revelação da verdade sobre ilícitos como aqueles ocorridos no Brasil, fato que não poderia ser desconsiderado pelas autoridades nacionais.[91] Sequer o argumento de bilateralidade da anistia brasileira foi acolhido pela Corte que, nesse aspecto, reafirmou a total incompatibilidade de tais medidas, independentemente de suas características, com o dever internacional de investigação e de punição das graves violações de direitos humanos.[92]

A Corte também não deixou de se posicionar frente à decisão do STF que reconheceu a validade da Lei de Anistia, apontando-a como contrária aos ditames estabelecidos pela Convenção Americana. Nesse passo, invocando o decidido no caso *Almonacid* vs. *Chile* –, lembrou a existência do chamado "controle de convencionalidade", o qual estaria fundado nos arts. 1.º e 68.1 da respectiva Convenção. Ou seja, para a CIDH, a adesão ao sistema interamericano de pro-

90. § 18 da sentença.

91. § 146 da sentença. Nesse ponto, a Corte foi especialmente enfática e fez referência às decisões proferidas nos casos Barrios Altos, La Cantuta e Almonacid, além da determinação adotada pela Conferência Mundial de Direitos Humanos celebrada em Viena em 1993. Afirmou, ainda que esta tendência universal de incompatibilidade das anistias com o compromisso de tutela dos direitos humanos foi afirmada em acordos celebrados pelas Nações Unidas tais como no Líbano e no Camboja e, também, nos Estatutos que criaram os Tribunais Especiais para o Líbano e Serra Leoa (§ 159). Invocou, outrossim, o caso Abdülsamet Yaman vs. Turquia do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (§ 161), bem como duas decisões proferidas pela Comissão Africana de Direitos Humanos (caso Malawi African Association vs. Mauritania e Zimbabwe Human Rights NGO Fórum vs. Zimbabwe). Nas esferas nacionais, buscou amparo em decisões proferidas pelas altas Cortes da Argentina, Chile, Peru, Colômbia e Uruguai que teriam afastado a validade das leis de anistia relativamente às graves violações de direitos humanos (§ 170).

92. Nesse ponto, a Corte ressaltou que a incompatibilidade das anistias com um sistema internacional de proteção de direitos humanos não é uma questão formal – ser ou não uma autoanistia –, mas sim material na medida em que confronta os direitos consagrados nos arts. 8.º e 25 da Convenção Americana (§ 175).

teção de direitos humanos implica adequação do ordenamento jurídico interno, dos atos administrativos e da jurisprudência nacional aos ditames estabelecidos pela Convenção e às decisões proferidas pela respectiva Corte.[93] Logo, ao desconsiderar o estabelecido na Convenção Americana e ao desobedecer a jurisprudência da CIDH, o STF teria descumprido o "controle de convencionalidade" que lhe era imposto, reforçando, assim, a responsabilidade internacional do Estado pela violação de direitos humanos.

Relativamente ao dever de revelação da verdade, a Corte também buscou apoio em antigos precedentes relacionados com o exercício da liberdade de expressão para afirmar a existência dos direitos de buscar, de receber e de difundir informações e ideias de toda a índole, os quais somente poderiam ser restringidos pelo Estado em situações e condições muito excepcionais.[94] Dessa forma, tomando por base o desaparecimento forçado de pessoas, a Corte reafirmou os termos da decisão proferida no caso *Velásquez e Rodrigues* e, portanto, o direito dos familiares das vítimas em conhecerem a verdade sobre o ocorrido e de obterem informações sobre o paradeiro de seus entes queridos. Invocando ainda os precedentes dos casos *Myrna Mack Chang, Tiu Tojan e Radilla Pacheco*, a Corte destacou a impossibilidade de que o segredo de Estado, a confidencialidade dos dados, o interesse público e a segurança nacional pudessem ser invocados para as informações não fossem repassadas às autoridades administrativas ou judiciais envolvidas na investigação de violações de direitos humanos.[95]

Diante de tais premissas, a Corte condenou o Brasil por violações de direitos humanos e determinou a instauração de investigações penais para apuração do desaparecimento forçado e da execução sumária de pessoas ocorridos no âmbito da Guerrilha do Araguaia, bem como para a punição dos executores materiais e dos autores intelectuais. Nesse ponto, a Corte expressamente proibiu que o Brasil se valesse da aplicação da Lei de Anistia, assim como das disposições normativas relacionadas com a prescrição, a irretroatividade da lei penal, a coisa julgada e o princípio do *ne bis in idem*. Também determinou que fossem assegurados às autoridades todos os recursos necessários para receber e produzirem provas, além dos meios e mecanismos para acessar as informações e dados pertinentes. Determinou, igualmente, que as ações penais tramitassem na jurisdição ordinária e não no foro militar e que fosse garantido aos familiares das vítimas o pleno acesso às investigações e ao processo.

93. § 176 da sentença.

94. Caso Claude Reyes (§ 197 da sentença).

95. § 202 da sentença.

A Corte determinou, igualmente, que o Brasil empreendesse todos os esforços para a indicação do paradeiro dos desaparecidos, impondo ao país a obrigação de cobrir os eventuais gastos funerários. Também fixou o prazo de um ano para que o Estado realizasse um ato público de reconhecimento internacional em memória dos desaparecidos e reconheceu o mérito da recente iniciativa do Brasil em criar uma Comissão de Verdade para a reconstrução da memória histórica. A Corte determinou, ainda, que o país tipificasse em seu ordenamento penal o crime de desaparecimento forçado de pessoas e também mandou que se implementasse, no âmbito das Forças Armadas, um curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos.

Por fim, com relação à reparação dos danos, a Corte destacou, positivamente, a atuação do Estado brasileiro no pagamento de indenizações e considerou razoáveis os montantes fixados no âmbito da Lei 9.140/1995. Assumiu que eles incluíam tanto os danos materiais quanto os imateriais e considerou suficientes os valores pagos pelo Brasil às vítimas. Relativamente ao dano reparatório, a Corte fixou, em prol dos familiares diretos, o montante de 45.000,00 dólares americanos e de 15.000,00 dólares americanos aos familiares indiretos. Estabeleceu, para tanto, o prazo de um ano, a contar da notificação da sentença, para o pagamento das verbas impostas.

7. EXAME CRÍTICO. RAZÕES PARA AS RESISTÊNCIAS À IMPLEMENTAÇÃO INTEGRAL DAS MEDIDAS RELACIONADAS COM A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Dentre os vários aspectos que podem ser identificados para justificar o caminho bastante particular que o Brasil tomou no confronto com o seu passado, dois merecem especial atenção. O primeiro deles vem fundado no contexto político, econômico e social que o país enfrentou após o encerramento formal do regime militar e que se estendeu por vários anos do período democrático. Já o segundo, não menos relevante, relaciona-se com uma cultura jurídica que não consegue se desprender de uma concepção clássica de soberania. Esta conjugação de fatores, ainda que não esclareça por completo o caminho tortuoso da Justiça de Transição no Brasil, lança algumas luzes para que o fenômeno possa ser melhor compreendido.

7.1 A questão histórica

É fato que a transição democrática no país foi excessivamente lenta e profundamente controlada pelos militares. O processo de abertura política, que deu os primeiros e tímidos passos em 1974, somente completou o percurso em

1989, quando da primeira eleição direta para a presidência. Já do ponto de vista jurídico, os marcos mais representativos do abandono do regime autoritário foram dados pela revogação do AI-5 e pela promulgação da Lei de Anistia. Mas, aqui também o processo somente se completou muitos anos depois quando da promulgação de uma nova Constituição, em 1988.[96]

A redemocratização não foi, portanto, o produto de uma mobilização de massas ou de uma revolta popular, onde normalmente os sentimentos de repúdio ao passado se manifestam de maneira vigorosa. Havia, é certo, uma clara insatisfação quanto à restrição do exercício de direitos políticos, fato que motivou a campanha nacional para as eleições diretas para a presidência. Mas, a exceção deste importante evento, não havia uma conscientização geral quanto aos excessos cometidos pelo regime militar e muito menos discussões amplas quanto à necessidade de se responsabilizar os agentes públicos. Sobre tais questões pairava certo silêncio.

Mas, mesmo nos anos subsequentes ao encerramento formal do regime militar, não houve espaço para que fossem rediscutidas as bases nas quais a transição se assentara. De um lado, porque os militares mantiveram, por algum tempo, grande influência nas decisões políticas o que gerava receios de que o processo recrudescesse. De outro, porque havia uma ansiedade social para que os rumos da grave crise econômica fossem controlados. E, de fato, os esforços para recompor os eixos da economia marcaram os primeiros governos civis até meados da década de 1990. Como se não bastasse, durante o primeiro governo civil eleito pelo voto direto após o fim do regime militar, o país teve que contornar uma severa crise política. Logo, por muito tempo, a agenda nacional ficou ocupada com outras questões. Na verdade, somente com a estabilização da política e da economia é que os olhares foram lançados para as vitimas da repressão militar.[97]

Embora a anistia aos perseguidos políticos tenha sido o resultado de uma mobilização de setores civis que ansiavam pela retomada do padrão democrático, a sua extensão aos agentes públicos responsáveis pelos abusos não foi

96. ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. Brasil cit., p. 196 e ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição... cit., p. 183.

97. ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. Brasil cit., p. 194. Ver, também: ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. International criminal law and transitional justice in Brazil. *International Criminal Law Review* 10/509-534.

produto de um desejo social como se pretende fazer crer. Na realidade, este aspecto surgiu de uma exegese que foi emprestada a um dispositivo normativo de pouca clareza e que ganhou corpo nos anos que se seguiram. Tampouco a ausência de medidas relacionadas com a Justiça de Transição nos anos subsequentes ao fim do regime militar pode ser interpretada como resultado de um consenso social. Na verdade, as crises econômica e política enfrentadas pelo país nos primeiros anos do período de retomada democrática é que emprestaram relativa eficácia à Lei de Anistia, deixando adormecidas diversas questões. O fato de elas terem ressurgido muito tempo depois é um claro indicativo de que não foram suficientemente resolvidas.

7.2 A questão jurídica. O mito do abalo à soberania

Mas, a par do contexto histórico, é fato que a cultura jurídica nacional não vem demonstrando familiaridade para com os aspectos ligados ao direito penal internacional ou mesmo ao direito internacional dos direitos humanos. Aliás, por muitos anos, o próprio STF se mostrou avesso a qualquer interpretação que conferisse hierarquia constitucional à normativa internacional, o que traz especiais dificuldades para a vigência interna de regras e de princípios consolidados na arena internacional relativamente aos direitos humanos.

Vale aqui lembrar a própria polêmica relacionada com a força jurídica interna da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a despeito da clareza do texto constitucional que consagrou a possibilidade de complementação do rol de diretos e garantias fundamentais pelos tratados internacionais (art. 5.º, § 2.º, da CF/1988), o STF, por muito tempo, repudiou qualquer possibilidade de prevalência das normas internacionais frente à ordem constitucional, ainda que aquelas conferissem maior proteção aos direitos humanos. É o que ficou assentado em diversos julgados que admitiram a validade da prisão civil do depositário infiel, que embora permitida no texto constitucional, era vedada pela Convenção. Aliás, ao enfrentar tal questão, o STF expressamente afastou a possibilidade de que normas constitucionais pudessem ser restringidas por tratados internacionais,[98] ou mesmo que o direito internacional pu-

98. Um dos primeiros julgados nessa linha foi o HC 72.131-1/RJ. Naquela oportunidade, o Min. Moreira Alves afirmou: "Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (...) não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no art. 5.º, §

desse se sobrepor ao direito nacional,[99] reconhecendo, por fim, o caráter de lei ordinária da Convenção.

É certo que em 2004, a problemática assumiu um novo colorido em razão da promulgação da EC 45/2004 que, dentre outras disposições, acrescentou um novo parágrafo ao art. 5.º. Mas, o objetivo de equiparar os tratados internacionais de direitos humanos à ordem constitucional acabou esbarrando na exigência de prévia aprovação daqueles por uma maioria qualificada do Congresso Nacional. Diante de tal previsão, muitas vezes surgiram afirmando que a Convenção Americana continuaria tendo o *status* de lei ordinária já que o seu procedimento de reconhecimento interno teria obedecido a requisitos formais menos rígidos.

Diante do novo dispositivo constitucional, a questão foi novamente levada ao STF. A partir de então, se estabeleceram dois entendimentos. O primeiro deles, ainda refratário à força da normativa internacional, reconhece, na Convenção Americana, o caráter de supralegalidade e, portanto, uma dimensão superior à lei ordinária, mas subordinada à ordem constitucional. Já o segundo posicionamento – defendido pelo Min. Celso de Mello – reconhece, nos tratados internacionais de direitos humanos independentemente do processo legislativo que anteriormente tenha sido cumprido, uma hierarquia constitucional. Assim, para esta corrente, eventual contrariedade entre os dispositivos deveria ser resolvida em favor da norma que fosse mais favorável sob a perspectiva de proteção dos direitos humanos,[100] quer fosse a constitucional, quer fosse a internacional.

2.º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado".

99. Nesse sentido, salientou o Min. Celso de Mello no mesmo julgado: "Na realidade, inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República". Podem ainda ser citados como exemplos do mesmo entendimento, os seguintes julgados: HC 73.044-2/SP, j. 19.03.1996; RE 206.086-1/SP, j. 12.11.1996; RE 212.549-1/GO, j. 05.08.1997; HC 76.561-3/SP, j. 27.05.1998; RE 206.482/SPj. 27.05.1998; HC 77.616-6/SP, j. 22.09.1998; RE 270.296-0/GO, j. 13.06.2000; RHC 79.785-7/RJ, j. 29.03.2000; HC 79.870-5/SP, j. 16.05.2000; RE 253.071-9/GO, j. 29.05.2001; RE 331.159, j. 12.03.2002; HC 81.319-4/GO, j. 24.04.2002; AgRg no AgIn 403.828, j. 05.08.2003; AgRg no AgIn 513.044-5/SP, j. 22.02.2005.

100. O precedente é dado pelo HC 90.450-5/MG.

Esse pequeno retrato da jurisprudência do STF é revelador da resistência que ainda se coloca na cultura jurídica nacional quanto à equiparação constitucional das normas internacionais de direitos humanos. E ainda que algumas mudanças possam ser antevistas, a concepção ainda prevalente é de que a ordem constitucional serve de filtragem para o direito internacional repelindo, dessa forma, tudo o que lhe for contrário. Diante de tal cenário fica difícil imaginar uma mudança radical de paradigmas que permitisse ver no direito penal internacional a configuração de uma ordem independente e autônoma da ordem nacional. Não foram outras as razões que levaram o próprio STF a afirmar a constitucionalidade da Lei de Anistia. Afinal, a visão fora calcada em uma perspectiva puramente nacional, olvidando-se do exame de importantes questões enfrentadas pela jurisprudência internacional dos direitos humanos.

8. PARA ONDE CAMINHAR?

Partindo da premissa que o Brasil dará cumprimento ao julgamento proferido no *caso Lund*, a primeira questão que surge passa pela identificação dos possíveis crimes a investigar.

Não há, é certo, a figura penal do desaparecimento forçado de pessoas o que leva necessariamente à aplicação de outros tipos penais análogos como é o caso do sequestro qualificado. Tratando-se de conduta permanente e cuja execução tenha se prolongado para muito além da Lei de Anistia, uma primeira conclusão seria a de levar a conduta e a responsabilidade dos autores de volta ao padrão punitivo, afastando-os da dimensão excepcional do perdão e do esquecimento. Nesse ponto, não seria cabível qualquer discussão quanto à incidência da prescrição já que se tratam de crimes permanentes e que, em tese, ainda estariam sendo praticados.

A questão, não é estranha ao STF. Afinal, quando do julgamento do Pedido de Extradição 974 formulado pela República da Argentina, a maioria dos Ministros reconheceu o caráter permanente do desparecimento forçado de pessoas – qualificado juridicamente como sequestro – e que havia sido cometido naquele país durante o regime militar. E ao se depararem com a problemática da morte presumida, a maioria afastou tal possibilidade afirmando que a presunção somente seria cabível diante de prévia declaração judicial. As considerações, note-se, foram reiteradas quando do julgamento de novo Pedido de Extradição formulado pelo mesmo país (Extradição 1.150).

No caso brasileiro, contudo, um outro ingrediente deve ser acrescentado à problemática. Com efeito, não se pode olvidar do reconhecimento da responsabilidade do Estado pelo desparecimento e morte dos opositores políticos ao

regime militar fato que foi sacramentado pela Lei 9.140/1995. Se se interpretar o diploma como o marco interruptivo da consumação do sequestro, restaria, então, a conjugação deste crime com o de homicídio.

De qualquer modo, ainda que cessasse a permanência, as condutas não perderiam a natureza de crimes contra a humanidade. Afinal, foram ações sistemáticas e orientadas por uma intolerância política que tinha por objetivo aniquilar com os focos de oposição ao regime autoritário.[101] Diante de tais características, estariam elas sujeitas a um regime jurídico que seria próprio dos crimes internacionais, vale dizer: a imprescritibilidade, a proibição da anistia e a relativização da coisa julgada.

Tal raciocínio, note-se, vem sendo amplamente seguido pela jurisprudência argentina nos diversos casos levados ao Judiciário relativamente aos crimes cometidos durante a ditadura militar naquele país.[102] Por outro lado, o regime punitivo para os crimes internacionais não é novo. Afinal, ao menos desde 1950 a comunidade internacional reconhece como válidos os princípios de Nuremberg,[103] resultando daí a afirmação da responsabilidade penal individual por crimes internacionais; a responsabilidade penal de Chefes de Estado por tais práticas bem como de seus subordinados; a impossibilidade de reconhecimento da excludente da obediência hierárquica e a impossibilidade de impunidade por ausência de tipificação específica no direito interno de crimes internacionais.

Já no tocante à imprescritibilidade, desde 1968 vige a convenção internacional a respeito do tema a qual afasta a possibilidade de prescrição dos crimes de guerra e contra a humanidade. A Convenção, como se sabe, não estabeleceu novas situações, mas apenas declarou, por vias formalizadas, situação que já era amplamente reconhecida pelo costume internacional.[104]

Mas, há, reconheça-se, uma série de aspectos que exigem maior reflexão. Malarino, por exemplo, questiona, com muita propriedade, o procedimento

---

101. Vale lembrar que os crimes contra a humanidade se caracterizam justamente pela execução de ataques sistemáticos e/ou generalizados, os quais são produto de uma política fundada na perseguição de um grupo étnico, racial, religioso ou político (AMBOS, Kai. *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2004. p. 52-64).

102. Casos Clavel, Simón e Mazzeo. Ver: ZILLI, Marcos. O último tango? In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (coords.) *Memória e verdade. A justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 93-117.

103. Adotados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas.

104. ZILLI, Marcos. O silêncio que ensurdece. *Boletim do IBCCrim* 225/6-7.

de dupla subsunção típica que vem sendo realizada pela Corte Suprema da Argentina. De fato, embora a tipificação dos fatos seja feita pela perspectiva do direito interno, o regime jurídico incidente seria aquele previsto para os crimes internacionais com todas as consequências jurídicas daí decorrentes.[105]

Críticas à parte, o fato é que passados mais de 30 anos desde a prática dos lamentáveis abusos, muitos dos autores intelectuais – e que, de fato, controlavam as ações – já faleceram, de modo que a pretendida punição ficaria consideravelmente esvaziada. O grande receio é que o anseio por uma punição exemplar leve a uma busca desenfreada por responsáveis a fim de satisfazer certo clamor punitivo, deixando esvaziada a discussão sobre todas as instigantes questões jurídicas que tocam o tema. A Justiça demorada é, sem dúvida, débil. Mas, os excessos punitivos também não são toleráveis. De qualquer modo, todos os caminhos necessariamente passam pelo Judiciário que, até o presente momento, deixou intocadas várias indagações.

9. BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2004.

_____. The legal framework of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of ICC. In: AMBOS, Kai; LARGE, Judith; WIERDA, Marieke (eds.). *Building a future on peace and justice. Studies on transitional justice, peace and development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*. Berlim: Springer, 2009.

ANDRADE, Régis de Castro. Perspectivas no estudo do populismo brasileiro. In: SILVEIRA, Ênio et al. *Encontros com a civilização brasileira*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. n. 7.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: nunca mais*. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

BANDEIRA, Luiz Alberto de Vianna Moniz. *O governo João Goulart. As lutas sociais no Brasil (1961-1964)*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A UDN e o udenismo: ambigüidades do liberalismo econômico brasileiro (1945-1965)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

BICFORD, Louis. Transitional justice. In: HORVITZ, Leslie Alan; CATHERWOOD, Christopher. *Macmillan encyclopedia of genocide and crimes against humanity*. New York: Facts on file, 2004. vol. 3.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

105. MALARINO, Ezequiel. Argentina. Informe nacional. In: AMBOS, Kai. *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e* internacional. Bogotá: Temis, 2009. p. 5-37.

BRANCO, Carlos Castello. *Introdução à revolução de 1964*. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.

BRASIL. *Direito à memória e à verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.

CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: New York, 2003.

CASTRO, Celso; D'ARAÚJO, Maria Celina (orgs.). *Dossiê Geisel*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Crimes sem anistia. In: TELES, Janaína (org.). *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?* São Paulo: Humanitas, 2001.

DINES, Alberto; CALLADO, Antonio; NETTO, Araujo. *Os idos de março e a queda em abril*. Rio de Janeiro: Ed. José Álvaro, 1964.

DREIFUSS, René. *1964: a conquista do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1981.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 6. ed. São Paulo: Ed. USP, 1999.

FICO, Carlos. Espionagem, polícia política, censura e propaganda: os pilares básicos da repressão. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (orgs.). *O Brasil republicano. O tempo da ditadura. Regime militar e os movimentos sociais do século XX*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

GASPARI, Elio. *A ditadura encurralada*. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

_____. *A ditadura envergonhada*. 4. reimp. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

GORENDER, Jacob. *Combate nas trevas*. 6. ed. São Paulo: Ática, 2003.

JORDÃO, Fernando. *Dossiê Herzog: prisão, tortura e morte no Brasil*. São Paulo: Global, 1979.

LUPPI, Carlos Alberto. *Manoel Fiel Filho: quem vai pagar por este crime?* São Paulo: Escrita, 1980.

MALARINO, Ezequiel. Argentina. Informe nacional. In: AMBOS, Kai. *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*. Bogotá: Temis, 2009.

MARCONI, Paulo. *A censura política na imprensa brasileira: 1968-1978*. São Paulo: Global, 1980.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1974.

MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro*. São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2006.

_____. O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (coords.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *O preço do esquecimento: as reparações pagas às vítimas do regime militar*. Tese de Doutorado em Ciência Política, São Paulo, USP, 2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Prefácio – Justiça de transição no Brasil: o papel da comissão de anistia do Ministério da Justiça. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. n. 1. p. 12-22. Brasília: Ministério da Justiça, jan.-jun. 2009.

MORAES, Mário Sérgio de. *O ocaso da ditadura. Caso Herzog*. São Paulo: Barcarolla, 2006.

MORAIS, Taís; SILVA, Eumano. *Operação Araguaia. Os arquivos secretos da guerrilha*. São Paulo: Geração, 2005.

OLIVEIRA, Eliezer Rizzo de. Conflitos militares e decisões políticas sob a presidência do General Geisel (1974-1979). In: ROUQUIÉ, Alain (coord.). *Os partidos militares no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 1980.

PEDREIRA, Fernando. *O Brasil político*. São Paulo: Difel, 1975.

PEREIRA, Anthony. *Political (in)justice. Authoritarianism and the rule of law in Brazil, Chile and Argentina*. Pittsburgh: University of Pittsburgh, 2005.

PORTELA, Fernando. *Guerra de guerrilhas no Brasil*. São Paulo: Global, 1979.

REALE JÚNIOR, 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.

ROLLEMBERG, Denise. Esquerdas revolucionárias e luta armada. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (orgs.). *O tempo da ditadura: regime militar e movimentos sociais em fins do século XX*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Roberto Lima; BREGA FILHO, Vladimir. Os reflexos da "judicialização" da repressão política no Brasil no seu engajamento com os postulados da Justiça de Transição. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. n. 1. p. 152-177. Brasília: Ministério da Justiça, jan.-jun. 2009.

SILVA, Carlos Medeiros. O ato institucional e a elaboração legislativa. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 77. p. 1-21. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul.-set. 1964.

SILVA, Heber Americano. O direito de revolução e os atos institucionais. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-econômico-sociais*. vol. 3. p. 133-157. Bauru: Instituto Toledo de Ensino, jan.-mar. 1967.

SILVA, Helio; CARNEIRO, Maria Cecília Ribas. *A renúncia 1961*. São Paulo: Três, 1975.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a inacabada transição democrática brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SKIDMORE, Thomas E. *Brasil: de Castelo a Tancredo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

_____. *Uma história do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

SWENSSON JR., Lauro Joppert. *Anistia penal. Problemas de validade da lei de anistia brasileira (Lei 6.683/79)*. Curitiba: Juruá, 2007.

SYRKS, Alfredo. *Os carbonários: memórias da guerrilha perdida*. São Paulo: Global, 1980.

TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura. Justiça reparadora no Brasil. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (coords.). *Memória e verdade. A justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

UPRIMNY, R.; SAFFON, MP. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. In: RETTEMBERG, Angelika (ed.). *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*. Bogotá: Uniandes, 2005.

ZILLI, Marcos. A caverna e as sombras. *Boletim do IBCCrim*. n. 201. ano 17. p. 4 e 5. São Paulo: IBCCrim, ago. 2009.

_____. O silêncio que ensurdece. *Boletim do IBCCrim*. n. 225. ano 19. p. 6-7. São Paulo: IBCCrim, ago. 2011.

_____. O último tango? In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (coords.). *Memória e verdade. A justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. Brasil. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.) *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Berlim: Korad Adenauer Stiftung, 2009.

_____; _____; _____. International criminal law and transitional justice in Brazil. *International Criminal Law Review*. vol. 10. n. 4. p. 509-534. The Hague: Martinus Nijhoff, 2010.

_____. _____; _____. A justiça de transição no Brasil: um caminho a percorrer. In: _____; _____; _____; AMBOS, Kai. *Anistia, justiça e impunidade. Reflexões sobre justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ZYL, Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. n. 1. p. 32-55. Brasília: Ministério da Justiça, jan.-jun. 2009.

ANEXO

Tábua de abreviaturas

AI – Ato Institucional

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ALN – Aliança de Libertação Nacional

Arena – Aliança Renovadora Nacional

Art. – Artigo

CEMDP – Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos

CF – Constituição Federal

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CIE – Centro de Informações do Exército

Codi – Centro de Operações de Defesa Interna

CSN – Conselho de Segurança Nacional

Dec. – Decreto

DOI – Destacamento de Operações de Defesa Interna

EC – Emenda Constitucional

ER – Estatuto de Roma

HRW – Human Rights Watch

MD – Ministério da Defesa

MDB – Movimento Democrático Brasileiro

Min. – Ministro

MR-8 – Movimento Revolucionário 8 de Outubro

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PCB – Partido Comunista Brasileiro

PCBR – Partido Comunista Brasileiro Revolucionário

PCdoB – Partido Comunista do Brasil

PNDH – Programa Nacional de Direitos Humanos

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

SEDHPR – Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República

SNI – Serviço Nacional de Inteligência

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STM – Superior Tribunal Militar

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

UDN – União Democrática Nacional

VPR – Vanguarda Popular Revolucionária

§ – Parágrafo

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A anistia e os crimes contra a humanidade, de Edson Luis de Almeida – *RBCCrim* 55/315;
- Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal, de Marlon Alberto Weichert – *RBCCrim* 74/170;
- Direito à memória e reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira, de Irene Patrícia Nohara – *RDCI* 67/125; e
- Lei de Anistia: um debate imprescindível, de Pierpaolo Cruz Bottini e Igor Tamasauskas – *RBCCrim* 77/101.

- *Crimes da ditadura militar*, de Ivan Luís Marques da Silva e Karinna Fernández Neira, São Paulo, Ed. RT, 2011.

Veja também Jurisprudência

- Anistia política: *RT* 904/495.

57031

¿Superación del pasado y comisión de la verdad en el Perú?

3

Dino Carlos Caro Coria

Estudios Posdoctorales en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg im Breisgau (Alemania). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor asociado de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa.

Área do Direito: Penal; Internacional

Resumen: El conflicto interno que vivió el Perú a partir de 1980 y que se extendió casi hasta fines de los años 90 dio lugar a hechos de violencia por grupos alzados en armas, en particular grupos terroristas, fuerzas armadas y policiales, y organizaciones paramilitares. El juzgamiento de estos hechos ha sido posible solo recientemente, al término del conflicto y con la plena instauración del régimen democrático. Así, la superación del pasado ha tenido como punto de referencia los trabajos de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, la cual evidenció la comisión de crímenes de lesa humanidad e infracciones al DIH, señalando además múltiples recomendaciones en el plano de las reparaciones. La presente contribución analiza estos mecanismos de superación del pasado y en especial los alcances y aportes de la Comisión.

Palabras clave: Conflicto interno - Grupos terroristas - Violación de derechos humanos - Plan integral de reparaciones - Superación del pasado.

Abstract: The internal conflict experienced by Peru since 1980 until the end of the nineties, led to acts of violence by armed groups especially terrorist groups, armed forces, police, and paramilitary organizations. Prosecution of these acts has been possible only recently, after the end of the conflict and with the full establishment of democracy. The work of the Truth and Reconciliation Commission which proved the perpetration of crimes against humanity and breaches of IHL, while pointing out many recommendations in regards to reparation, has become the foundation for overcoming the past. This paper analyzes the mechanisms to overcome the past and especially the reach and contributions of the Commission.

Keywords: Internal conflict - Terrorist groups - Human rights violations - Comprehensive reparations plan - Overcoming the past.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Mecanismos de superación del pasado o presente conflictivo: 2.1 Obligación de investigar y sancionar a los responsables; 2.2 Creación de la Comisión de la Verdad y Reconciliación – 3. Análisis de los diversos mecanismos utilizados: 3.1 Comisión de la Verdad y Reconciliación; 3.2 Medidas de restitución, reparación/compensación, rehabilitación, no repetición; 3.3 Relevancia de los mecanismos utilizados frente a la CPI – 4. Impacto de los mecanismos utilizados – 5. Evaluación final – 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El mayor porcentaje de violaciones a los Derechos Humanos cometidos en Perú sucedieron en el marco del conflicto interno que se inició en 1980 y se prolongó hasta la primera mitad de los años noventa. Este conflicto interno supuso un enfrentamiento entre los grupos subversivos Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) y el Estado peruano.

Este conflicto se caracterizó, fundamentalmente, por haber sido uno de los más largos, generalizados y sangrientos que se produjo en el Perú y cuyo número de muertos[1] superó ampliamente cualquier conflicto interno en que se ha visto comprometido nuestro país.

Los años precedentes al desencadenamiento del conflicto interno estuvieron caracterizados por convulsiones políticas y sociales que coadyuvaron al debilitamiento de nuestra aún joven Democracia. Luego de las profundas transformaciones demográficas, económicas y socio-culturales 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

1. Según la Comisión de la Verdad y Reconciliación el número estimado de muertos durante el conflicto armado interno que se produjo de 1980 a 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. Vid. DEGREGORI, Carlos Iván. De la negación al reconocimiento. Memoria. *Seminario Internacional procesos post comisiones de la verdad*. Lima: Comisión de la Verdad y Reconciliación, International Idea, 2003. p. 38.

se inició en pleno reinado de un régimen Democrático, libertad de prensa y política inclusiva en el Perú.

Efectivamente, en este contexto, el 17.05.1980, 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 en la localidad de Chuschi donde robaron y quemaron padrones y ánforas que serían utilizadas en las elecciones presidenciales del día siguiente. Éste 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 inicio del conflicto armado interno, la decisión del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso (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 por parte de los integrantes de este grupo terrorista del régimen Democrático.

La captación de los integrantes de este grupo terrorista se dio principalmente a través del uso del sistema educativo, donde se logró sembrar 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 de atender las necesidades educativas de la juventud de lograr un progreso tangible que supusiera un desarrollo social.

El Estado no estuvo en la capacidad de elaborar un proyecto integral y eficaz de lucha contra los grupos terroristas. Esto se debió principalmente a la

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 les conocía como "senderistas". Sin embargo, hubo otros grupos políticos de izquierda, no necesariamente senderistas, que también pertenecieron al Partido Comunista del Perú.
Sendero Luminoso es una organización terrorista de tendencia "marxista-leninista-maoísta" fundada por Abimael Guzmán Reinoso a finales de los años 60. 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.

incomprensión del problema real que se iba gestando en dicha época. La mayor dificultad que tuvo que enfrentar el Estado peruano en este periodo residió en la comprensión misma del fenómeno terrorista que se estaba iniciando. La ausencia de un verdadero sistema de inteligencia procuró dicha incomprensión al no contarse con 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 terroristas que contaban con miembros que se confundían entre la propia población a la que trataban de 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 a nivel social y político que, si bien habían sido "expulsadas" por el texto constitucional de 1979, persistían hasta entonces.

A la violencia iniciada por Sendero Luminoso se sumó posteriormente otra agrupación terrorista llamada MRTA (Movimiento Revolucionario Túpac Amaru), la cual se enfrentaría igualmente al Estado peruano, iniciando su lucha armada en 1984. El MRTA, a diferencia de Sendero Luminoso, no inició su lucha en el campo para luego expandirse a la ciudad sino, más bien, se constituyó como una guerrilla clásica de izquierda con presencia principalmente en la ciudad.[5] Este grupo subversivo evitó atacar a la población civil, enfrentándose directamente a la Policía, Fuerzas Armadas y grupos de poder.

---

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, castigando a los disidentes con la muerte e incluso con masacres colectivas.
   Una de las incursiones terroristas más lesivas se dio el 03.04.1983 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.

5. En 1996 el MRTA realizó una de sus últimas acciones terroristas más significativas, la que causó un enorme impacto internacional: la toma de la embajada de Japón en el Perú. Esta incursión terrorista se puso fin con la operación "Chavín de Huantar" que estuvo a cargo de un grupo de oficiales militares que luego fueron cuestionados por hallarse indicios de haber ejecutado extrajudicialmente a los terroristas que se

No obstante estas diferencias, ambas agrupaciones terroristas, Sendero Luminoso y el MRTA, aparecen como portadores 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 misma sociedad, tratando 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 siendo una de ellas la extrema desigualdad social. Así, se emprendió desde el aparato estatal la adopción de algunas medidas para contrarrestar no sólo esta fractura social sino también la estrategia de la lucha antisubversiva. Sin embargo, no logró el objetivo de erradicación.

Ya en este periodo, se contaba con información más precisa respecto al actuar y naturaleza de estos grupos terroristas, posibilitando la capacitación de los miembros de las fuerzas policiales y militares para hacer frente a la lucha interna.

Aún así, en el marco del ataque a estos grupos terroristas 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 de la lucha interna. Las medidas implantadas contra el terrorismo estuvieron muy lejos del estricto respeto a los Derechos Humanos.

Esta práctica se hizo patente cuando cientos de acusados por terrorismo perecieron en el debelamiento de los motines de los penales de Lurigancho, El Frontón y Santa Bárbara organizados simultáneamente por Sendero Luminoso en junio de 1986 y que tuvo como resultado decenas de muertos a causa de ejecuciones extrajudiciales, como lo corrobora el informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

Ya en el año 1990 y en medio de una crisis económica originada por la megainflación, Alberto Fujimori asume la Presidencia de la República. Desde un inicio no contó con una estrategia distinta para luchar contra la subversión, recurriéndose a métodos inconstitucionales y violatorios de los Derechos Humanos.

Ante el rechazo por parte del Congreso de la República de algunas normas de pacificación propuestas por el Ejecutivo por contravenir la Constitución, el

---

habrían rendido luego del rescate, ello motivó abrir una investigación a cargo del Ministerio Público.

05.04.1992 Alberto Fujimori dio un "golpe de Estado", el llamado "autogolpe", instaurando un Gobierno de Emergencia y Restauración Nacional fundado en el Dec. ley 25.418.

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 que influyó principalmente en la aparición de una política contrasubversiva que 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, se produjeron numerosos atropellos contra los Derechos Humanos bajo 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 influenció 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 específico de Vladimiro Montesinos Torres.

Si bien se alegó el afianzamiento y fortalecimiento 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 proponía una necesidad de quebrantamiento de los Derechos Humanos en aras de la seguridad interna. Se ha sostenido además que este proyecto de lucha antisubversiva se habría conocido y propuesto desde el Ejecutivo, pasando por el Servicio de Inteligencia Nacional y los altos mandos del mismo.

En conclusión, los crímenes cometidos fueron de diversa naturaleza como las detenciones arbitrarias, genocidios, desapariciones forzadas, torturas, asesinatos, secuestros y ejecuciones extrajudiciales, todos ellos cometidos, en su mayoría, como parte de una estrategia de lucha contra la subversión, incluso se valió el Estado de grupos paramilitares para lograr dicho fin como el "Comando Rodrigo Franco" y el "Grupo Colina", ambos constituidos durante los gobiernos de Alan García Pérez (1985-1990) y Alberto Fujimori Fujimori (1990-2000) respectivamente.

Ejemplos como estos demuestran cómo nuestra entonces nueva Democracia no supo utilizar recursos legítimos para hacer frente a la subversión, sino mas bien se sometieron a leyes que no se condicen con un Estado respetuoso de

los Derechos Humanos de sus ciudadanos y que demuestran al mismo tiempo la precariedad 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

2.1 Obligación de investigar y sancionar a los responsables

Una de las características fundamentales del Derecho penal internacional consiste en asegurar la obligación de enjuiciar y sancionar a los responsables que cometan graves violaciones a los Derechos Humanos, en suma, 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 en el Perú. Así, luego del conflicto interno y durante el Gobierno de Alberto Fujimori, se aprobaron leyes de amnistía, como la Ley 26.479 (de amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos) y la Ley 26.492 (de interpretación y alcances de amnistía otorgada por la Ley 26.479) a fin de evitar el juzgamiento de todos aquellos comprometidos en graves violaciones a los Derechos Humanos. Estas medidas legislativas no hicieron más que pretender consolidar y avalar la impunidad, proyectando 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 Humanos, que dio el impulso decisivo para la inaplicación de las leyes de amnistía.

En efecto, en el caso Barrios Altos *vs.* Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó que resultaban inadmisibles las disposiciones de amnistía, prescripción y establecimiento de excluyentes de responsabilidad

6. Vid. ABAD YUPANQUI, Samuel. Retos jurídicos del informe de la CVR: la necesaria garantía del derecho a la verdad. *Revista Derecho*, n. 57, p. 41. Lima: PUCP, 2000.

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 inaplicable 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 con la Ley 26.492 llamada de "interpretación y alcances de la amnistía otorgada por la Ley 26.479".

que pretendiesen impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los Derechos Humanos por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho internacional de los Derechos Humanos.[8]

Es así que, en base a la incompatibilidad de las leyes de autoamnistía y la Convención Americana de Derechos Humanos, el mencionado Tribunal declaró inconstitucionales tales las leyes, lo que posteriormente originó múltiples pronunciamientos al respecto por parte de nuestros Tribunales.

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 la dación de estas leyes no permite una adecuada superación de un pasado conflictivo sino que más bien la imposibilitan al dejar un gran margen a la impunidad, más aún 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

8. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 14.03.2001. 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 arts. 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 arts. 8 y 25 en concordancia con los arts. 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 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 lo delitos contra los Derechos Humanos se han visto aseguradas a través de la incorporación en nuestro Código Penal del Título XIV–A– denominado Delitos contra la Humanidad, según el art. 1.º de la Ley 26.926 del 21.02.1998.

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 amnistías, debe de estar comprobado que éstas constituyen la única opción posible para facilitar el proceso de 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 lograr 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 nuestros tribunales 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 y sanción de los responsables de violaciones de los Derechos Humanos; 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 juzgamiento del ex Presidente del Perú Alberto Fujimori Fujimori, quien enfrentó cargos por la comisión de delitos de lesa humanidad, entre otros, cometidos durante su gobierno. Así, fue condenado, en última instancia, por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia a 25 años de pena de prisión, considerándose que los hechos delictivos constituían, en efecto, crímenes de lesa humanidad, pues formaban parte de "una política estatal de eliminación sistemática de presuntos integrantes de organizaciones terroristas" y afectaban a "un número masivo de personas (...) que se encontraban en situación de indefensión".[11] En esta línea, se confirma la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, la cual aplicó la teoría

10. SALMÓN G., Elizabeth. Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana. *International Review of The Red Cross*. International Committee of Red Cross (ICRC)/Cambridge University Press, 2006. Disponible en: [www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckry/$File/ricr_862_Salmon.pdf].

11. Expediente 19/2001-09-AV, 30.12.2009, p. 110.

de la autoría intelectual como el concepto para atribuir responsabilidad penal al ex Presidente, como Jefe de Estado, al considerarse que ejerciendo facultades inherentes a ese cargo, creó y controló una organización criminal para luchar contra los grupos subversivos. En concreto, se concluye que el escuadrón de la muerte "Colina", siguiendo órdenes de Alberto Fujimori, perpetró actos de tortura, asesinatos y desapariciones forzosas en Barrios Altos y en La Cantuta.[12]

Este proceso constituyó una práctica importante, pues se desarrolló con las debidas garantías internacionales de imparcialidad, publicidad y transparencia. Como muestra, se puede señalar la cooperación judicial del país de Chile, a través de la Corte Suprema de Justicia, que respondió a la petición de extradición del ex Presidente de manera positiva al tratarse de graves violaciones de los derechos humanos, en específico, delitos de lesa humanidad y de corrupción cometidos durante su gobierno.[13]

Esta decisión jurisprudencial del Tribunal chileno no hace más que afianzar la prevalencia de los Derechos Humanos y así asegurar el juzgamiento y 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 algunos casos, asegurar la impunidad de quienes participaron en la lucha contrasubversiva –leyes de amnistía–, y 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 parte del Congreso de la República de la Ley de Amnistía 26479 el 14.06.1995, cuyo art. 1.°, en términos exactos, establecía: "Concédase amnistía general al personal militar, policial o civil,

12. Expediente 19/2001-AV, sentencia de 07.04.2009.

13. Específicamente el fallo emitido por la Sala Penal de la Corte Suprema chilena determinó que Alberto Fujimori sea 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 sólo por estos casos.

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 art. 6.° la misma Ley señalaba que: "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 promulgue el 21.06.1995 la Ley 26.492 que no hacía más que interpretar y dar los alcances de la amnistía otorgada por la ley anterior.

Lo particular de la Ley 26.492 es que declaró la obligatoriedad aplicativa de la amnistía a 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 a ello "determinó" que la amnistía no constituía alguna interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional ni vulneraba el deber del Estado de garantizar y respetar la plena vigencia de los Derechos Humanos.[14]

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 la permisividad o complicidad de éste, no sancionando ni persiguiendo los delitos cometidos, sino por el contrario protegiéndola con un manto de impunidad.

14. El art. 1.° señala: "Entiéndase que la amnistía otorgada por la Ley 26.479, según lo dispuesto en el inc. 3.° del art. 139.° de la Constitución Política, no constituye interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional ni vulnera el deber del Estado de respetar y garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos, reconocido por el art. 44.° de la Constitución Política y, entre otros Tratados sobre la materia, el numeral 1.° del art. 1.° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

A contracorriente, el gobierno de turno hizo también uso del derecho de indulto. El 15.08.1996, a través de la Ley 26.655, 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.[15]

El argumento que dio origen a esta ley se basó en el reconocimiento que un significativo número de personas, presumiblemente inocentes, fueron condenadas o se encuentran procesadas por delitos de terrorismo o traición a la patria, personas que no tuvieron algún tipo de vinculación con elementos, actividades u organizaciones terroristas.

Esta situación fue provocada por diversas leyes que se promulgaron partir del golpe de Estado del 05.04.1992, 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 todo 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 12.05.1992 se promulgó el Dec. ley 25.499 llamada "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 incurrido en la comisión del 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, que no se podían acoger a esta ley los cabecillas más importantes o los miembros de la cúpula dirigente.

Específicamente, la reducción de la pena se plantea 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 ésta, y 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 hasta ante de

15. 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 siendo la última de ellas la Ley 27.014. A través de la Ley 27.234 se sustituyó esta Comisión con la creación del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

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 permita conocer detalles de grupos u organizaciones terroristas y su funcionamiento, la identificación de los jefes, cabecillas, dirigentes y/o de sus principales integrantes, así como futuras acciones que con dicha información se impidan o neutralicen. Así como cuando el agente comunicara a la Autoridad Policial o Jurisdiccional alguna situación de peligro que permita 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 veraz y oportuna, luego de ser evaluada por las autoridades pertinentes, que permitiera descubrir la organización y funcionamiento de grupos u organizaciones terroristas, establecer la identidad de sus cabecillas, jefes, dirigentes y/o principales integrantes, haciendo posible su captura, así como conocer de futuras acciones que con dichas informaciones se impidan o neutralicen los daños que podrían haberse producido. Estaban exceptuados de este beneficio los que hubieran cometido delitos graves de terrorismo, establecido en el Dec. ley 25.475 –así como para 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 se 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 personas que no necesariamente se encontraban comprometidas de alguna forma con los grupos terroristas o a proporcionar datos que no podían ser corroborados, siendo utilizadas estas declaraciones, finalmente, como pruebas plenas para detener y condenar. No obstante esta limitación 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.

2.2 Creación de la Comisión de la Verdad y Reconciliación

El 04.06.2001, 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. Esta Comisión, como se verá mas adelante, 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 de 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 del encargo que se le hizo a esta Comisión de la Verdad deviene en el periodo de tiempo que abarcó la investigación a realizar que, a diferencia de otras comisiones de la verdad instaladas a nivel latinoamericano, cubrió periodos de gobiernos democráticamente instalados, extendiéndose hasta después del golpe de Estado de 1992.

Producto de este trabajo es que la Comisión de la Verdad y Reconciliación entregó su informe final el 28.08.2003, 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 no se vuelvan a repetir estos hechos.

Producto de las recomendaciones y conclusiones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, se inició un proceso de reparaciones originado por la Ley 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 durante el período de mayo de 1980 a noviembre de 2000. Esto en cuanto a las medidas tomadas por el Estado frente potenciales víctimas del conflicto interno.

Por otro lado, el 03.10.2000, a raíz del escandaloso descubrimiento de videos de corrupción y cuando aún gobernaba el ex Presidente Alberto Fujimori, se dio la Ley 27.351 que desactivaba el Servicio de Inteligencia Nacional dirigido fácticamente hasta entonces por el asesor de inteligencia Vladimiro Montesinos Torres. Esta medida fue alimentada por cuanto se le consideraba al SIN como principal responsable de casos de tortura, asesinatos, secuestros y actos de represión contra los opositores al gobierno. Posteriormente, luego de abandonar el gobierno el ex Presidente Alberto Fujimori, se tomaron medidas tendientes a reorganizar íntegramente las fuerzas armadas y otras instituciones del Estado.

3. ANÁLISIS DE LOS DIVERSOS 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 de la República nombró como Presidente Transitorio del Perú a Valentín Paniagua quien inició el proceso de

democratización del Perú, lo que le otorgó la respectiva legitimidad para llevar adelante las medidas convenientes para lograr dicho fin.

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 producidos 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 04.06.2001 mediante el Dec. supremo 065/2001-PCM. Posteriormente, el 31.08.2001, a través del Dec. supremo 101/2001-PCM se modificó la denominación de "Comisión de la Verdad" por la de "Comisión de la Verdad y Reconciliación", situación que ameritó el aumento del número de integrantes de dicha Comisión.

Jurídicamente, la Comisión fue creada como un órgano del Consejo de Ministros manteniendo su debida autonomía que el encargo implicaba aún con las limitaciones que una organización no jurisdiccional conlleva.

Estuvo integrada inicialmente por 7 miembros que fueron elegidos el 06.06.2001 por el Presidente de la República, previo voto aprobatorio del Consejo de Ministros, mediante la Res. suprema 330/2001-PCM. Posteriormente se incrementó el número de miembros a 12 con lo cual el 05 de setiembre del mismo año, a través de la Res. suprema 438/2001-PCM, se completó los miembros requeridos.

La Comisión estuvo presidida por el Dr. Salomón Lerner Febres y la conformaron: Beatriz Alva Hart, Enrique Bernales Ballesteros, Iván Degregori, Padre Gastón Garatea, Alberto Morote Sánchez y Carlos Tapia García, Monseñor José Antúnez de Mayolo, Sofía Macher Botanero, 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 al 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 5 meses más. La Comisión entregó su informe final el 28.08.2003, tras dos años de intenso trabajo. En ella se materializa las investigaciones realizadas, las conclusiones del mismo y las recomendaciones para posibilitar la llamada reconciliación nacional.

Los objetivos encomendados a la Comisión fueron los siguientes: (i) 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; (ii) 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 situación de las víctimas, e identificando, en la medida de los posible, las presuntas responsabilidades; (iii) elaborar propuestas de reparación y dignificación de las víctimas y sus familiares; (iv) 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, (v) establecer mecanismos de seguimiento a sus recomendaciones.

Estos objetivos presentados a la Comisión de la Verdad y Reconciliación por el Grupo de Trabajo Interinstitucional, creado mediante Res. suprema 314/2000-JUS, fueron otorgados dentro de determinadas competencias, una de ellas fue el marco histórico comprendido por los hechos ocurridos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000.

Otra cuestión imprescindible recayó sobre quiénes deberían ser investigados y la naturaleza de los delitos materia de análisis de la Comisión. Así, se propuso finalmente que los hechos a investigarse serían los que son imputables a las organizaciones terroristas, a los agentes del Estado o a los grupos paramilitares.

Los delitos que comprendieron las investigaciones se centraron en los (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 una cierta flexibilidad para incluir delitos que no habían sido señalados explícitamente en la lista precedente siempre y cuando sean congruentes con los fines que la Comisión persigue.

Para llevar a cabo estas investigaciones la Comisión gozó de ciertas prerrogativas pero sin que ninguna de ellas le permitiese sustituir en sus funciones al Poder Judicial ni al Ministerio Público. Tampoco poseía atribuciones jurisdiccionales, consecuentemente con ello no pudo exigir la comparecencia de testigos e inculpados a declarar ante dicha Comisión. Esa deficiencia coactiva se vio reemplazada por una labor de persuasión y mandato moral muy importante.

Con todo, la Comisión se limitó a contribuir al esclarecimiento de los crímenes y violaciones de los Derechos Humanos sin buscar sustituir la persecución penal delegada constitucionalmente al Ministerio Público, se trató pues de una simple contribución para realizar de la mejor manera la labor de esta institución, con los aportes que pudiera brindar producto de su trabajo realizado.

En palabras del Tribunal Constitucional, según se expone en la Sentencia de 18.03.2004, Exp. 2488/2002-HC/TC, 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".

La Comisión de la Verdad y Reconciliación gozó de ciertas prerrogativas que le permitieron cumplir sus fines como: entrevistar y recopilar de cualquier persona, autoridad, funcionario o servidor público toda la información que considere pertinente; solicitar la cooperación de los funcionarios y servidores públicos para acceder a la documentación o cualquier otra información del Estado; practicar visitas, inspecciones o cualquier otra diligencia que considere pertinente; realizar audiencias públicas y las diligencias que estime conveniente; gestionar las medidas de seguridad para las personas que, a criterio de la Comisión, se encuentren en situación de amenaza a su vida o a su integridad personal.

En este orden de ideas, y como líneas de trabajo concretas, la Comisión elaboró un esquema de trabajo para desarrollar sus investigaciones óptimamente. De esta manera sus actividades se dividieron 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. De todas estas actividades, la que causó mayor impacto social fueron las audiencias públicas. 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 hayan marcado al país y creado 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; es decir, darles voz a los de los sectores generalmente excluidos. La Comisión buscó que las víctimas aporten 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 este sentido, siempre según la Comisión, pueden 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. La tarea mas importante realizada por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, como la misma Comisión lo reconoce, fue la de recoger la voz de las víctimas de la violencia interna, constituyéndose en el núcleo de sus labores de investigación. Se trata de manifestaciones de las personas que conocen de un crimen, expuestas en un orden determinado en las que se detalla sobre un evento de violencia, sobre las víctimas resultantes y eventualmente sobre el perpetrador del crimen. Cada testimonio puede dar información sobre más de una víctima.

Al respecto, la base de datos con la que trabajó la Comisión recoge la experiencia de la de otras comisiones de la verdad en el mundo, especialmente la de Sudáfrica. Se trata de un sistema sofisticado que reúne a muchas variables de información acerca de las victimas y los eventos en que ellas se vieron involucradas o las acciones por las que fueron afectadas.

Dicha información 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 les ha permitido 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 motivó la creación de la Comisión. La tarea emprendida por la Comisión al respecto le permitió concluir que hubo violaciones de Derechos Humanos tanto por parte de los grupos subversivos como también 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 posibilitando, posteriormente, el sometimiento de muchos de estos casos al poder judicial para su respectivo 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, desplazamiento interno a causa de la violencia.

El recojo de testimonios y los estudios especiales confirman de qué manera la violencia se distribuyó en el territorio nacional de manera muy desigual, y cómo se encarnizó en aquellas zonas que ya desde hace mucho tiempo sufren el atraso, la postergación y sobrellevan la carga más dura del subdesarrollo de nuestro 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. El trabajo de la Comisión dio la iniciativa para la realización de numerosas exhumaciones producto de las masacres cometidas tanto por agentes del Estado como por las organizaciones terroristas, contribuyendo con ello al esclarecimiento de los hechos ocurridos durante el conflicto interno.

e) Iniciativa sobre personas desaparecidas. La iniciativa sobre personas desaparecidas se funda en un trabajo conjunto que buscó trascender el ámbito jurídico y legal, y alcanzar un trato humanitario para con los familiares que persisten en la búsqueda de sus seres queridos.

Con esta iniciativa 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 éste durante esos años.

Se entrevistaron a dirigentes de los partidos de gobierno y de fuerzas que tuvieron influencia nacional, recogiendo documentación y estudios anteriores etc. 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.

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 que generalmente recoge la manera como se han conocido e interpretado los hechos en Lima.

h) Estudios en profundidad de casos significativos. La relación de estudios en profundidad que se observa aquí 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) etc.

i) Propuestas de política de reparaciones. El programa integral de reparaciones se ubica en un escenario de reparación hacia futuro, es decir, en vez de intentar restablecer un estado de la situación anterior a la violencia (por demás imposible), intenta contribuir a mejorar la calidad de vida de las victimas de la violencia.

Las reparaciones son distintas a 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 victimas 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 realizó 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 gravedad de los daños causados a quienes deberían de haber protegido. 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, ejemplos de ello lo constituyen 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: en este apartado se planteó a las autoridades a exonerar de los pagos de educación de las víctimas del conflicto

interno así como implementar un programa de becas para quienes tuvieron que interrumpir sus estudios. En este sentido, 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: (1) 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; (2) Regularizar la situación legal de los indebidamente requisitoriados, ciudadanos que tienen órdenes de detención en su contra por delitos de terrorismo; (3) Establecer un programa masivo de documentación y regularización de la documentación para las personas que por consecuencia del conflicto interno armado se encuentran indocumentadas; (4) 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 los hijos o hijas producto de tal violación. Recomendó también ofrecer reparaciones colectivas para la reconstrucción y consolidación de la institucionalidad de las comunidades campesinas o nativas, asentamientos humanos y otros poblados que, como consecuencia del período de violencia, perdieron parcial o totalmente su infraestructura social y física.

j) Implementación de reformas institucionales. A partir de los 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 que se realicen 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 institucionales como: las 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 desarrollando una política nacional de seguridad, estableciendo 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 fortaleciendo la independencia del mismo e incorporando a la legislación nacional avances de documentos internacionales de Derechos Humanos y el establecimiento de

los procedimientos e instituciones necesarias para el estudio y 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 hacer 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 que conlleve a una eficaz reconciliación.

El informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación fue entregado el 28.08.2003, después de 2 años de intenso trabajo, en ella da cuenta de las graves violaciones a los Derechos Humanos que se cometieron durante el conflicto interno tanto por parte de las fuerzas armadas como de los grupos subversivos Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario (MRTA).

Ante ello debe resaltarse que fue la primera Comisión de la Verdad en atribuir responsabilidad por la violación de Derechos Humanos a grupos terroristas calificando al PCP –Sendero Luminoso como el principal perpetrador de crímenes y violaciones de los Derechos Humanos. Fue responsable del 54 por ciento de las víctimas fatales reportadas a la Comisión. Siendo ello 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.

Asimismo, la Comisión concluyó que la violencia ejercida por los grupos armados de oposición y por agentes del Estado se concentró en los sectores de la población más desprotegida del país: personas en comunidades indígenas o campesinas, en su mayoría quechua hablantes, con escasos recursos económicos y niveles de educación por debajo de la media del país. La Comisión consideró 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 tuvo a su cargo el señalamiento de los agentes activos de las violaciones de los Derechos Humanos durante el conflicto interno que en gran medida se concentraron en agentes individuales pero que; sin embargo, tuvo un ámbito mucho más amplio de sindicación, siendo los

mismos las responsabilidades colectivas, de grandes sectores de la sociedad, y de su complicidad.[16] Esta prerrogativa de la Comisión permitió una atribución de responsabilidad política y social que motivó un adecuado conocimiento de los hechos y en base a la cual se podría posibilitar una efectiva reconciliación.

Es producto de esta tarea que hasta el año 2006 la Comisión de la Verdad presentó 47 casos de graves violaciones a los Derechos Humanos. De esa cantidad 45 casos fueron entregados al Ministerio Público y 2 casos fueron entregados al Poder Judicial, debido a que en el momento en que la CVR culminó sus funciones dichos casos ya tenían proceso penal abierto.[17] Desde la presentación del informe final de la Comisión de la Verdad el Poder Judicial ha iniciado proceso penal sobre 24 casos presentados, siendo en total 26 los que se encuentran en dicho ente jurisdiccional, de los cuales 4 casos han sido sentenciados en primera instancia.

Posteriormente, las autoridades realizaron una serie de iniciativas para atender las recomendaciones que en él se incluyen; 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 obstruyendo así el desarrollo y la aplicación de las medidas ya mencionadas.

Para el seguimiento de estas recomendaciones se creó en febrero de 2004 una Comisión Multisectorial de alto nivel, integrada por representantes del gobierno y organismos de Derechos Humanos para diseñar y supervisar la ejecución de las recomendaciones hechas 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 un determinado conflicto interno como potenciales víctimas. En el Perú este proceso se inició motivado por la entrega del Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación producto del análisis del periodo del conflicto interno.

---

16. Vid. KEP, Susan. Justicia y comisiones de la verdad. In: MATEOS, Sara; BACA D., Javier (coords.). *Verdad, memoria, justicia y reconciliación: sociedad y comisiones de la verdad.* Lima: Aprodeh, feb. 2002. p. 78.

17. RIVERA PAZ, Carlos. La judicialización de las violaciones a los Derechos Humanos en el Perú. Disponible en: [www.idl.org.pe/Publicaciones/index.htm].

Tras la entrega de este informe final se fueron adoptando una serie de medidas que permitieron implementar las recomendaciones contempladas en el mismo. Una de las primeras medidas de importancia se dio el 06.02.2004 a través del Dec. supremo 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 le 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 Dec. supremo 062/2004-PCM de fecha 27.08.2004. Este reconocimiento se dio en base a las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, la cual se inserta dentro del Marco programático de la acción del Estado en materia de paz, reparación y reconciliación nacional promovida por el Ejecutivo.

En el mencionado Decreto supremo se contempla la restitución de los derechos ciudadanos, las reparaciones en educación, en salud, reparaciones colectivas y simbólicas e incluye además la promoción al acceso habitacional. Todas estas medidas no incluyen algún tipo de reparación de orden monetario.

Adicionalmente a ello, el 07.07.2005, mediante Dec. supremo 047/2005-PCM se dio la Programación multianual 2005-2006 que 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 que han sido identificados como reparaciones en el Programa antes mencionado.

Sin embargo, una de las medidas de mayor trascendencia e importancia en cuanto a reparaciones se adoptó el 28.06.2005 mediante la Ley 28.592[18] y su Reglamento aprobado mediante Dec. supremo 015/2006-JUS.

---

18. La presente Ley tuvo su fuente en el Dec. supremo 062/2004-PCM, en la que se aprueba el marco programático de la acción del Estado en materia de paz, reparación

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, contemplando las diversas medidas y ámbitos que abarcarán en favor de las víctimas del conflicto interno, reparaciones referidas a los ámbitos de 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:

a) la 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.

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 en base a 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 al señor Jesús Aliaga Baldeón.

---

y reconciliación nacional, publicado el 27.08.2004. 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 Res. jefatural 602/2004-JEF/Reniec, de 02.10.2004 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".

b) El 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.

c) 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 en sus planes estratégicos institucionales, programación multianual y planes operativos anuales, políticas, acciones y metas en materia de reparaciones.

Asimismo, deben mantener una efectiva coordinación con la Comisión Multisectorial de Alto Nivel, 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: (i) el universo de víctimas y de beneficiarios del Plan Integral de Reparaciones, (ii) los programas que conforman el Programa Integral de Reparaciones, (iii) el Registro Único de Víctimas, (iv) el Consejo de Reparaciones; y, (v) las responsabilidades del Consejo Multisectorial de Alto Nivel en la implementación de la Ley 28.592.

i) 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 previamente partir por la identificación de las víctimas y precisar quiénes gozarían de tal calificación, a efectos de tener finalmente la certeza de los beneficiarios de las reparaciones.

Respecto a este punto, la misma ley señala que son consideradas víctimas las personas o grupos de personas 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 a 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 heridas o lesionadas en acciones violatorias de los Derechos Humanos durante el conflicto interno.

Sin embargo, el art. 4.° de la Ley 28.592 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 en base a la calificación de víctima.

Como consecuencia de ello, una persona que pertenezca a una agrupación terrorista no puede ser considerada como víctima, así como tampoco podría invocar la violación de sus Derechos Humanos a efectos del otorgamiento del beneficio de la reparación.

Según esta Ley, los que recibirán algún tipo de beneficio de acuerdo al Plan Integral de Reparaciones recomendado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, serán: aquella víctima, familiares de las víctimas y 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.

Asimismo, los beneficiarios pueden ser individuales o colectivos. Son beneficiarios individuales: (a) las víctimas directas, (b) las víctimas indirectas, (c) los familiares de las víctimas desaparecidas, que comprende al cónyuge o conviviente, a los hijos y a los padres de la víctima, y (d) los familiares de las víctimas fallecidas, que comprende al cónyuge o conviviente, a los hijos y a los padres de la víctima.

Serán considerados beneficiarios colectivos: (i) 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 (ii) los grupos organizados de desplazados no retornantes, provenientes de las comunidades afectadas en los lugares de inserción.

ii) Programas que conforman el Programa Integral de Reparaciones.

Dentro del Programa Integral de Reparaciones se crearon diversos programas que buscaron delimitar los distintos ámbitos sobre los cuales se otorgarían las respectivas reparaciones. Así, se crea:

a) El programa de restitución de derechos ciudadanos; que se ocuparía de restablecer el ejercicio pleno y efectivo de los derechos civiles y políticos, así como regularizar la situación legal de los beneficiarios que lo requieran. Este

programa pone especial énfasis en los familiares de las víctimas de desaparición forzada, las personas inocentes que han sufrido prisión, los requisitoriados y las personas que resultaron indocumentadas a raíz del conflicto interno. De igual forma, el Programa establece la regularización de los derechos sucesorios, saneamiento legal de la propiedad mueble e inmueble de las víctimas y la exoneración de tasas judiciales, administrativas y registrales.

b) El programa de reparaciones en educación; la cual busca 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 a tomar se señala: la exoneración de pagos de matrícula, pensiones, derecho de examen de ingreso y certificados de estudio en los diferentes niveles de estudio, 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.

c) Programa de reparaciones en salud;[20] la que se propuso contribuir a que la población afectada por el conflicto recupere la salud mental y física. A estos efectos, los beneficios más importantes fueron 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.

d) Programa de reparaciones colectivas; cuyo objetivo principal se centra en la reconstrucción y consolidación de la institucionalidad colectiva de las comunidades, asentamientos humanos y otros centros poblados que como consecuencia del período de la violencia perdieron parcial o totalmente su infraestructura social y física. La ejecución e implementación 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.

e) Programa de reparaciones simbólicas; como 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

20. Previamente a este reconocimiento explícito de reparaciones en salud, el 02.11.2004 ya se habían dado los primeros pasos para reconocer este beneficio. Así, la Res. ministerial 1.045/2004-MINSA, dispuso conformar una Comisión encargada de elaborar el Programa de reparaciones en Salud.

otras acciones dirigidas a expresar el compromiso del Estado de que no se repetirán tales hechos.

En este marco, resalta el programa *Yuyanapaq*, creado en agosto de 2003 por la Defensoría del Pueblo. *Yuyanapaq*, que en lengua quechua significa "para recordar", es un espacio de conmemoración para contrarrestar el olvido, la ignorancia y la negación[21] del horror vivido durante los años 1980-2000. Éste constituye un Informe Visual de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, a través de la exposición de 250 fotografías capturadas en dicho contexto por medios de prensa escrita, fotógrafos independientes, agencias de noticias internacionales, instituciones militares, instituciones de derechos humanos, ONG, la Iglesia y álbumes familiares. Además, la muestra fotográfica cuenta con el apoyo del Instituto Nacional de Cultura (INC), del Museo de la Nación y el auspicio de la Comisión Europea, del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en el Perú (PNUD), la Embajada de Gran Bretaña y la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional (ACDI).

f) Programas de promoción y facilitación al acceso habitacional, y otras medidas que la Comisión Multisectorial apruebe. En lo habitacional, el reglamento considera que se hará efectivo a través de 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 asesoría técnica para la autoconstrucción de viviendas a las víctimas de desplazamiento interno que cuentan con moradas precarias y provisionales.

Finalmente, el Reglamento incorpora dentro del Programa Integral de Reparaciones 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.

iii) El Registro Único de Víctimas.

Por otro lado, el art. 7.º de la Ley 28.592 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.

21. Disponible en: [www.pnud.org.pe/yuyanapaq/yuyanapaq.html].

Para ello se estableció que sea la Comisión Multisectorial de Alto Nivel la que se encargue del diseño de la organización y funcionamiento del Consejo de Reparaciones, quien 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 a utilizarse 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 cometido contra los Derechos Humanos de que se trate, ello en base a las particularidades que presentan los delitos.

No obstante, en la misma Ley no especifica expresamente qué organismo determinará en definitiva la reparación que corresponda a las víctimas de la violencia política, debiendo mencionarse de forma expresa que esta función recaerá en la Comisión Multisectorial de Alto Nivel.

Para la centralización de la información de las víctimas de la violencia política, y como paso previo, la primera disposición complementaria y transitoria de la presente 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.[22]

Este Registro Único de Víctimas estuvo a cargo del Consejo de Reparaciones cuyos miembros fueron designados el 20.10.2006 mediante Res. ministerial 373/2006-PCM siendo presidido por Sofía Macher Batanero e integrado por el 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.

---

22. Las Registro 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 28.413); 3) Registro de Afectados Desplazados Internos (RADI) del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (Ley 28223); 4) Lista de indultados en el marco de las Leyes 26.655 y 27.234; 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 Dec. supremo 068-DE-S/G; 9) Lista de víctimas beneficiadas en el marco del Dec. supremo 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 22.02.2001.

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, procediéndose a la contratación de personal calificado y a la instalación de una oficina para la recepción de solicitudes de inscripción.

iv) 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 28.592. Para el cumplimiento de su mandato, el Consejo de Reparaciones cuenta con una Secretaría Técnica, que tiene el encargo de consolidar, revisar y evaluar los registros de víctimas existentes en los diferentes sectores del Estado, a efectos de presentarlos ante el Consejo de Reparaciones para su aprobación. La persona encargada de dicho organismo será designada mediante Resolución de la Presidencia del Consejo de Ministros a propuesta del Consejo de Reparaciones.

Otra de las medidas que promovidas por el Ejecutivo para fomentar la reconciliación nacional la manifestó el 28.04.2004 a través de la Ley 28.223, llamada "Ley sobre los desplazamientos internos".[23] En la presente Ley se reconoce el estatus específico de "desplazado interno" conceptualizando como tal, en su art. 2.º, a las personas o grupo de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o 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 el mismo y durante el retorno o el reasentamiento e integración. Asimismo, delega al Ministerio de la Mujer y Desarrollo la elaboración de un Registro Nacional Único de Desplazados Internos a fin de asegurar el conocimiento por parte del

23. Esta norma se vio complementada el 24.02.2005, con el Dec. supremo 0004/2005-MIMDES, que "Aprueba el reglamento de la Ley sobre Desplazamientos Internos".

Estado del número de desplazados, sus características, y necesidades de los mismos.

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 que tuvo "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 Dec. supremo 097/2003-PCM, publicado el 11.12.2003. Adicionalmente a ello, y en concordancia con las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, se edificó simbólicamente el monumento "El ojo que llora" en honor a las víctimas y a la memoria colectiva reconociendo la historia peruana reciente.

Asimismo, el 26.08.2007, 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 distrito de Villa María del Triunfo.

Posteriormente, se aprobó la Ley 29.423, el 12.10.2009, estableciéndose que las personas condenadas por terrorismo y/o traición a la patria en el Perú no podían acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo o por la educación, ni a la semilibertad o la liberación condicional. La ley tiene efecto retroactivo con respecto a todas las personas privadas de libertad en virtud de condenas por terrorismo dictadas antes de que la ley entrase en vigor, a pesar de que, en febrero de 2003, el Dec. legislativo 927 había establecido el procedimiento, las condiciones y los controles con arreglo a los cuales las personas condenadas por terrorismo podían obtener la liberación condicional tras un examen caso por caso efectuado por el juez. Esta interpretación no se aparta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según la cual los beneficios penitenciarios no constituyen derechos fundamentales sino que han de entenderse como garantías encaminadas a la rehabilitación social y la reeducación del preso.[24] Además, como estas disposiciones han de considerarse de carácter procesal y no como disposiciones de derecho penal sustantivo, no es aplicable el principio de irretroactividad, según el Tribunal Constitucional,

24. ONU. *Informe del relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, Misión al Perú.* A/HRC/16/51/Add.3, 15.12.2010, p. 16.

con la única excepción de las peticiones presentadas antes de que entrase en vigor la nueva ley pero sobre las que no se había resuelto antes de esa entrada en vigor.[25]

3.3 Relevancia de los mecanismos utilizados frente a la CPI

Como se ha expuesto en otra ocasión, el Perú suscribió el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, el 07.12.2000, manifestó su intención de hacerse parte del Estatuto el 13.09.2001, mediante la Res. legislativa 27.517, que depositó en Naciones Unidas el 10 de noviembre del mismo año, y conforme al procedimiento previsto en el art. 56 de la Constitución Política del Estado, el Estatuto fue ratificado por el Presidente de la República mediante Dec. supremo 079/2001-RE, de 09.10.2001.

En esa medida, los actos que, en el marco del conflicto interno ocurrido en el Perú, configuran graves crímenes internacionales, no forman parte de la competencia de la Corte Penal Internacional (art. 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 14.03.2001, Chumbipuma Rodríguez y otros contra el Estado peruano) y La Cantuta (sentencia de 29.11.2006, Hugo Muzós Sánchez y otros contra el Estado peruano), la persecución de crímenes internacionales en el fuero interno es una realidad,[26] lo que implica por un lado que la solución penal no ha sido ajena a los mecanismos de superación del pasado, y, por otro lado, estamos ante una aplicación del Derecho penal acorde con las necesidades preventivo generales, quedando fuera de lugar la opción de que se active la competencia de la Corte Penal Internacional.

4. IMPACTO DE LOS MECANISMOS UTILIZADOS

No existen investigaciones específicas sobre en 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, existen investigaciones, como las realizadas por la Defensoría del Pueblo, que dan cuenta de los avances y logros que se han ido obteniendo a

25. Por ejemplo, véase el expediente 00267/2008-PHC/TC, 07.10.2008, párrs. 4 a 6.

26. CARO CORIA, Dino Carlos. Perú. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (coords.). *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*. Montevideo: FKA, 2008. p. 271 y ss.

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 nuestro país.

Así, en el Informe defensorial 112 de diciembre de 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 110/2006-PE, que propuso modificar la Ley 28.652 y autorizar al Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido 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, manifestó que los programas de ayuda social que ejecute el Estado, así como un porcentaje de aporte voluntario asumido por las empresas mineras, serían reorientados y destinados a 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 preparaciones en salud. Al respecto, el 29.03.2006 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Dec. supremo 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 art. 4.°, numeral 1.1 de la citada norma incorpora como beneficiarios permanentes del plan E2 (componente del adulto focalizado) del Seguro Integral de Salud a las víctimas y sus familiares, que incluye la atención médica en los aspectos de salud física y mental de las personas afectadas por la violencia. Asimismo, cubre los costos de traslado del asegurado desde un hospital del interior del país hacia un nosocomio de la capital, así como los gastos de sepelio ocurridos dentro o fuera de un centro de salud.

La presente norma manifiesta que la Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial de Alto Nivel sea la encargada de acreditar a las víctimas. Posteriormente, a través de la Res. ministerial 591/2006-MINSA, del 29.06.2006, 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 en tanto se instale el Consejo de Reparaciones y el Registro único de Víctimas.

Posteriormente, el Ministerio de Salud dio una serie de normas (D.S. 006/2006-SA, Res. 591/2006-MINSA, D.S. 004/2007-SA y Res. 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 interna no fueron ajenos a estas medidas promovidas primigeniamente por el Poder Ejecutivo. En este sentido, la Defensoría del Pueblo, a través del Informe defensorial 128 de diciembre de 2007, resalta que diversos Gobiernos Regionales presentaron importantes iniciativas para la implementación de programas de reparación a favor de las víctimas.

En efecto, el Gobierno Regional de Huancavelica fue uno de los pioneros en la implementación de legislación en materia de reparaciones, siendo el primero –aún antes de la presentación del Informe Final de la CVR– en asumir el compromiso de crear mecanismos de reparación integral para las poblaciones afectadas por la violencia política en su región.

El 28.06.2007, 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 grupos humanos afectados por la violencia para su correspondiente reparación. Como resultado de dicho convenio mediante Ordenanza regional 065/2007-GRJ/CR se creó el Registro de Víctimas de la Región 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 normatividad expedida por el Ministerio de Salud sobre el tema. Para ello, el Gobierno Regional a través de la Gerencia de Desarrollo Social ha empezado a expedir constancias de acreditación temporal a favor de las víctimas, según lo establece la Res. ejecutiva regional 600/2007-GR-Junín/PR, de 16.08.2007.

El Gobierno Regional de Apurímac, mediante la Ordenanza regional 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 128 de diciembre de 2007 da cuenta de los avances que se dieron respecto a las reparaciones colectivas. En ella expresa las medidas

adoptadas por el Gobierno quien aprobó dar inicio a la ejecución del Programa de Reparaciones Colectivas en beneficio de 440 comunidades afectadas por la violencia ocurrida en nuestro país entre los años 1980 y 2000.

El objetivo del Programa de Reparaciones Colectivas, tal como señala el art. 25.° 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.

El mencionado programa incluye actos de desagravio a las comunidades que fueron afectadas por la violencia y un reconocimiento público por parte del Estado respecto del rol que éstas 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 así su dignidad y estatus.

Los beneficiarios serán, en una primera etapa, las comunidades campesinas, comunidades nativas y otros centros poblados altamente afectados por la violencia. En una segunda etapa, una vez superados los problemas del Registro Único de Víctimas, debe incorporar a los grupos de afectados 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 en base a la información proporcionada por las 4 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 hasta por el monto de 100,000 soles. Sin embargo, de la supervisión realizada se desprende que en algunos casos se han aprobado proyectos de mayor costo con el compromiso de co-financiamiento por parte 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 que 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 de Reparaciones Colectivas.

Por otro lado, la labor efectuada por la Comisión de la Verdad y Reconciliación ha sido observada por otros entes como la Relatoría Especial

sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo de las Naciones Unidas, al señalar que el Perú proporciona importantes lecciones sobre la administración de justicia y la reparación de los sufrimientos causados por el conflicto armado interno y considerar como prácticas óptimas el establecimiento de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.[27] No obstante, se manifiesta la preocupación por la lentitud con que se está aplicando el Plan de Reparaciones.[28]

5. EVALUACIÓN FINAL

El conflicto interno que ha vivido el Perú en las décadas de los 80 y 90 ha sido, seguramente, el más lesivo de los experimentados en toda su historia republicana. Y ante ello, la labor de pacificación se convirtió en una tarea sumamente compleja, no sólo por los actores que hicieron parte en el conflicto, sino por la población inconscientemente comprometida en la misma.

Fue una constante en la lucha antisubversiva la violación de Derechos Humanos tanto por parte de 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 nuestro país pasaba no sólo por la averiguación de lo realmente acontecido durante esa etapa conflictiva y su respectiva sanción, sino también por el efectivo fortalecimiento de nuestra institucionalidad democrática.

Tras la pacificación, e instaurado el proceso de democratización, se tomaron medidas tendientes a lograr los objetivos antes esbozados siendo una de las medidas extrapenales más importantes la creación de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Dicha Comisión estuvo encargada de averiguar sobre los crímenes que se cometieron durante el conflicto interno así como realizar recomendaciones que permitan una adecuada superación del pasado conflictivo mediante la reconciliación.

La reconciliación sólo es posible si para ello se sabe exactamente lo que ocurrió, llegar 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, la justicia es vista al mismo tiempo como su condición y su resultado.

27. ONU. Op. cit., p. 1.

28. Idem, p. 2.

En este contexto, el primer paso hacia la reconciliación sólo puede darse si los perpetradores asumen la responsabilidad que corresponda, reconociéndose los delitos cometidos y eventualmente siendo juzgados y sancionados por estos hechos. Este reconocimiento no necesariamente lleva a la retribución de una pena, puesto que los procesos de superación de un pasado conflictivo, depende muchas veces del otorgamiento de beneficios de acuerdo al contexto en el que se asumen.

No cabe duda que el derecho penal sea útil para lograr este objetivo, pero si 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 30 años.

6. BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel. Retos jurídicos del informe de la CVR: la necesaria garantía del derecho a la verdad. *Revista Derecho*. n. 57. Lima: PUCP, 2000.

CARO CORIA, Dino Carlos. Perú. In: AMBOS, Kai; MALARINO; Ezequiel (coords.). *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*. Montevideo: FKA, 2008.

DEGREGORI, Carlos Iván. De la negación al reconocimiento. Memoria. *Seminario Internacional procesos post comisiones de la verdad*. Lima: Comisión de la Verdad y Reconciliación, International IDEA, 2003.

KEP, Susan. Justicia y comisiones de la verdad. In: MATEOS, Sara; BACA D., Javier (coords.). *Verdad, memoria, justicia y reconciliación: sociedad y comisiones de la verdad*. Lima: Aprodeh, feb. 2002.

ONU. *Informe del relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, Misión al Perú*. A/HRC/16/51/Add.3, 15.12.2010.

RIVERA PAZ, Carlos. La judicialización de las violaciones a los derechos humanos en el Perú. Disponible en: [www.idl.org.pe/Publicaciones/index.htm].

SALMÓN G., Elizabeth. Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana. *International Review of The Red Cross*. International Committee of the Red Cross (ICRC)/Cambridge University Press, 2006. Disponible en: [www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckry/$File/ricr_862_Salmon.pdf].

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado ou por indivíduos com a conivência estatal à luz do direito interno e internacional, de Jorge Barrientos-Parra – *RT* 903/383;
- Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional, de Kai Ambos – *RBCCrim* 49/48; e
- La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzman, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo, de Francisco Muñoz Conde e Hector Olasolo – *RBCCrim* 88/61.

57032

JUSTICIA TRANSICIONAL EN ESPAÑA. CUATRO AÑOS DE VIGENCIA DE LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA

4

ALICIA GIL GIL

Profesora titular de Derecho Penal, Uned (Madrid).

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMEN: El modelo español de justicia de transición ha sido un modelo de olvido absoluto con rehabilitación parcial. En España no se enjuiciaron los crímenes cometidos durante la guerra civil y la dictadura. Tampoco se depuraron las instituciones ni hubo comisiones de la verdad. Sin embargo desde la llegada de la democracia se han tomado medidas para repara a las víctimas, que han culminado con la Ley 52/2007, de 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, popularmente conocida como *Ley de Memoria Histórica*. A pesar de los esfuerzos la ley presenta importantes deficiencias.

PALABRAS-CLAVE: Justicia de transición - Crímenes internacionales - Amnistía - Prescripción - Ley de memoria histórica.

ABSTRACT: The Spanish model of transitional justice has been a model of full oblivion with partial rehabilitation. In Spain the crimes committed during the civil war and the dictatorship were not prosecuted. The institutions were not purged and there were no Truth Commissions. However, since the advent of democracy, reparation measures for the victims have been taken leading up to Law 52/2007 of December 26, which recognizes and broadens rights and establishing measures for those who were subject to persecution or violence during both, the Civil War and the dictatorship; this law is popularly known as the Law of Historical Memory. Despite the efforts, the law still has significant deficiencies.

KEYWORDS: Transitional justice - International crimes - Amnesty - Statute of limitations - Law of Historical Memory.

SUMARIO: 1. El conflicto: la Guerra Civil Española y la Dictadura Franquista - 2. Mecanismos de superación del pasado conflictivo: 2.1 Medidas no penales: 2.1.1 Medidas de reconoci-

miento general; 2.1.2 Mejora y extensión de prestaciones e indemnizaciones y otros reconocimientos; 2.1.3 Desaparecidos y fosas comunes; 2.1.4 Símbolos y monumentos públicos; 2.1.5 Documentos y archivos; 2.1.6 Leyes franquistas; 2.2 La persecución penal: 2.2.1 La competencia; 2.2.2 La calificación jurídica; 2.2.3 La prescripción; 2.2.4 La amnistía; 2.2.5 Conclusiones – 3. Análisis de los mecanismos de Justicia de transición utilizados en España: 3.1 Medidas de restitución, reparación/compensación, rehabilitación, no repetición; 3.2 La Ley de Amnistía. Su validez a los ojos del ordenamiento internacional; 3.3 ¿Existe todavía alguna posibilidad de persecución penal?: 3.3.1 Como crímenes internacionales; 3.3.2 Como crímenes internos – 4. La implementación de la Ley de Memoria Histórica – 5. Evaluación final.

1. El conflicto: la Guerra Civil Española y la Dictadura Franquista

La Guerra Civil Española estalló el 17.07.1936 tras el golpe de Estado de un sector del ejército contra el Gobierno de la Segunda República Española y concluyó el 01.04.1939, con la victoria de los rebeldes y la instauración del régimen dictatorial del General Francisco Franco.[1] El régimen franquista comienza con la proclamación de Franco como "Caudillo de España por la Gracia de Dios" tras vencer la guerra, y acabó con su muerte en 1975 y el Referéndum para la Reforma Política de 1976.[2] 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, caracterizándose por el incumplimiento sistemático de las normas internacio-

1. El presente artículo se deriva de una amplia investigación, ampliada y actualizada para esta publicación, pero que se enmarca, en su origen, en un Proyecto de investigación del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre el Derecho Penal Internacional, patrocinado por el Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer (KAS). Los resultados de aquel proyecto que incluyen los informes sobre la transición en varios países latinoamericanos, Italia, Alemania y España pueden verse publicados en el libro editado por Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel; Elsner, Gisela. *Justicia de transición*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009. Una ampliación detallada de la investigación sobre España puede verse en mi libro *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*. Barcelona: Atelier, 2009. Sobre el tema véase también Martín Pallín, José Antonio; Escudero Alday, Rafael (coords.). *Derecho y memoria histórica*. Madrid: Trotta, 2008.

2. Muñoz Conde, Francisco. La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho. *Portal Iberoamericano de Ciencias Penales*. 2008. Disponible en: [http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/munoz%20conde-franquismo.pdf]. El acceso: 09.11.2011, p. 6 y ss.

nales que en la actualidad rigen el Derecho de la guerra.[3] El Informe General de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo[4] 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 grupos minoritarios inicialmente alineados con el bando contrario, represión del adversario político por métodos violentos...[5]

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.[6] También fueron fre-

3. JULIÁ, Santos (coord.). *Víctimas de la guerra civil*. Madrid: Temas de Hoy, 1999. p. 175 y s. (las páginas se citan de la reimpresión de 2006).

4. Informe General de la Comisión Interministerial para el Estudio de la Situación de las Víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo. Disponible en: [www1.mpr.es/uploads/media/pdf/6/informegeneral2_1232475655.pdf]. El acceso: 09.11.2011, p. 22 y ss.

5. Sobre la violencia extrema en ambos bandos JULIÁ, Santos (coord.). *Víctimas de la guerra civil* cit., p. 25 y ss., p. 183-185, 248-250, y GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo. El Estado ante la violencia. In: JULIÁ, Santos (dir.). *Violencia política en la España del siglo XX*. Madrid: Taurus, 2000. p. 387-391; CUEVA MERINO, Julio de la. Si los curas y frailes supieran... La violencia anticlerical. In: JULIÁ, Santos. (dir.) *Violencia política en la España*... cit., p. 221 y ss.; GIL GIL, Alicia. *La justicia de transición en España*... cit., p. 25 y ss.; RODRIGO, Javier, *Cautivos: campos de concentración en la España franquista, 1936-1947*. Barcelona: Ed. Crítica, 2005; ORTIZ HERAS, Manuel. Instrumentos legales del terror franquista. *Historia del Presente*. n. 3. p. 203-220, Madrid: Eneida, mar. 2004; ARAGONESES, Alfons. El Derecho bajo el franquismo. Transformaciones del sistema jurídico español (1936-1978). In: CAPELLÀ, Margarida; GINARD, David (coords.) *Represión política, justicia y preparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica*. Palma de Mallorca: Plural, 2009. p. 123-159; GÓMEZ BRAVO, Gutmaro. El desarrollo penitenciario en el primer franquismo (1939-1945). *Hispania Nova: Revista de Historia Contemporánea*. n. 6. p. 9. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2006; AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. Justicia, política y memoria: los legados del franquismo la transición española. In: BARAHONA DE BRITO, Alexandra; AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma; GONZÁLES ENRÍQUE, Carmen (coords.). *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*. Madrid: Istmo, 2002. p. 154 y ss.; GIL GIL, Alicia. *La justicia de transición en España*... cit., p. 33 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, Juan. La revisión del pasado y la Ley de memoria histórica y RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. Mi hermanos y mi enemigo. La gestión de la memoria histórica en la legislación penal franquista, ambos In: MUÑOZ CONDE, Francisco; VORMBAUM, Thomas (dirs.). *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009. p. 271 y ss., y 302 y ss., respectivamente.

6. CAPELLÀ I ROIG, Margalida. Las "desapariciones forzadas" en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de derecho internacional sin reparación

cuentes en ambos bandos los juicios sumarísimos ante tribunales de excepción donde se vulneraban gravemente los derechos del acusado y que con frecuencia terminaban en sentencias a muerte.[7] A todo lo anterior hay que añadir que cientos de miles de españoles se vieron obligados a exiliarse sufriendo en ocasiones unas 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.[8] 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.[9] Se calcula que más de 5.000 españoles murieron en los campos nazis la mayoría entregados por los franceses y con el conocimiento y 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.[10] 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.[11] El franquismo procedió además rápidamente a una "depuración" de todas las instituciones del Estado, e incluso de empresas públicas de gestión privada.[12] Muchos funcionarios fueron suspendidos, sobre

---

ni castigo. In: SOROETA LICERAS, Juan (ed.). Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional. *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*. Donostia-San Sebastián: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, 2006. vol. VI, p. 265-301; JULIÁ, Santos. (coord.). *Víctimas de la guerra civil* cit., p. 29 y 132 y ss.

7. JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. La destrucción del orden republicano (apuntes jurídicos). *Hispania Nova: Revista de Historia Contemporánea*. n. 6. p. 9. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2006. p. 15 y ss. JULIÁ, Santos. (coord.). *Víctimas de la guerra civil* cit., p. 171 y ss, 130, 141, 161 y ss.
8. Informe General... cit., p. 71 y ss.; MORENO, Francisco. La represión en la posguerra. In: JULIÁ, Santos (coord.). *Víctimas de la guerra civil* cit., p. 282, 283 y ss.
9. Idem, p. 74 y ss. El estudio más completo a día de hoy sobre los campos franquistas es probablemente el de.RODRIGO, Javier. Op. cit.
10. ORTIZ HERAS, Manuel. Op. cit., p. 203-220; ARAGONESES, Alfonso. Op. cit., p. 123-159.
11. Informe General... cit., p. 23; JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. Ob. cit., p. 15 y ss.
12. CABRERA, Mercedes; REY REGUILLO, Fernando del. La patronal y la brutalización de la política. In: JULIÁ, Santos. (dir.). *Violencia política en la España*... cit., p. 284 y ss.

todo maestros y profesores,[13] y muchos bienes incautados, en particular los de los sindicatos. Estas medidas fueron sistematizadas en la Ley de Responsabilidades Políticas, de 09.02.1939,[14] y la Ley de Depuración de Empleados Públicos, de 10.02.1939.[15] 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.[16]

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 de 04.05.1940)".[17] 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, de 01.03.1940 (BOE de 02.03.1940), la Ley de Seguridad del Estado de 29.03.1941 (BOE de 11.04.1941), que contenía un amplísimo catálogo de figuras delictivas desti-

13. MORENO, Francisco. Op. cit., p. 330; REIG TAPIA, Alberto. La depuración "intelectual" del nuevo estado franquista. *Revista de Estudios Políticos*. n. 88. p. 175-198. España: Nueva Época, abr.-jun. 1995.

14. BOE de 13.02.1939. JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. Ob. cit., p. 5; ALCARAZ ABELLÁN, José. La Ley de Responsabilidades políticas y su aplicación en Fuerteventura (1939-1942). *Anuario del Archivo Histórico Insular de Fuerteventura*. n. 3. p. 147 y ss. Fuerteventura: Cabildo de Fuerteventura. Servicio de Publicaciones, 1990; AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. Justicia, política y memoria... cit., p. 154, nota 41; GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo. Op. cit., p. 394. Las disposiciones anteriores fueron complementadas por la Ley de 23.09.1939 sobre "bienes de los antiguos sindicatos marxistas y anarquistas", JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. Op. cit., p. 8.

15. Informe General... cit. p. 23; JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. Op. cit., p. 13.

16. JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. 2006. Op. cit., p. 12 y ss.

17. Informe General... cit., p. 23. En ella se documentaban, aunque exagerándolas (JULIÁ, Santos. (coord.). *Víctimas de la guerra civil* cit., p. 133), las torturas cometidas en las "checas" –cárceles improvisadas en las zonas republicanas–, las ejecuciones realizadas en las sacas etc., junto con tipos delictivos directamente inventados por el régimen. Véase también RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. Op. cit., p. 308 y ss. Como señala este autor esta investigación se instituyó como una especia de Comisión de la Verdad que sin embargo juntaba verdades, medias verdades, medias mentiras y mentiras, y que junto a la pretensión de investigar los crímenes solo del bando vencido tuvo la clara intención de justificar el golpe de Estado y legitimar el franquismo.

nadas a proteger el "bien jurídico del prestigio, seguridad y unidad de la nación", previendo incluso la pena de muerte para las infracciones más graves,[18] la Ley de 02.03.1943, equiparando una serie de conductas al delito de rebelión militar,[19] el Dec.-ley de 18.04.1947, 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 realizó el acoso implacable de los huidos a la sierra y la persecución de cualquier actividad política clandestina.[20] A estas leyes siguió la Ley de Orden público del 30.07.1959 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 juzgado y el Tribunal de Orden Público (el TOP), por ley de 02.12.1963,[21] que sustituyó al Tribunal para la represión de la masonería y el comunismo,[22] y que pasará 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).[23] Junto al Código Penal Franquista se conservó durante muchos años la Ley de Vagos y Maleantes de 04.08.1933, pero el nuevo régimen la modificó para introducir nuevos estados peligrosos, como los homosexuales para los que se preveían medidas privativas de libertad.[24] En 1970 se sustituyó la Ley de Vagos y Maleantes por la Ley de 04.08.1933 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.[25]

---

18. Informe General... cit., p. 24
19. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Introducción*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2004 (reimpresión de 2005). t. I, p. 143.
20. GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo. Op. cit., p. 396-297.
21. Idem, p. 397.
22. Informe General... cit., p. 24. Sobre este Tribunal véase PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *La consagración del derecho penal de autor durante el franquismo: el tribunal especial para la represión de la masonería y el comunismo*. Granada: Comares, 2010.
23. Informe General... cit., p. 24.
24. CEREZO MIR, José. Op. cit., p. 147.
25. 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 29.03.2007.

En los años cuarenta las cárceles estaban atestadas de presos políticos,[26] lo que originó graves problema de mortalidad como consecuencia de la pésima situación higiénica, alimentaria y psíquica de los presos.[27] 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 justificaba por un "intento de fuga".[28]

Además 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[29] pero limitando todas estas medidas a las víctimas de su propio bando y excluyendo de las mismas a las víctimas que habían combatido por la República,[30] lo que suponía la revictimización de las mismas. 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 que fue impuesto en monumentos, desfiles, rotulación de calles, festividades, libros de texto, noticiarios, documentales... 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.[31]

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.[32] En los últimos años de la dictadura se decretaron numerosos estados de excepción en los que se practicó con frecuencia la tortura.[33]

---

26. GÓMEZ BRAVO, Gutmaro. Op. cit., p. 9; GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo. Op. cit., p. 396; MORENO, Francisco. Op. cit., p. 288 y ss.
27. ORTIZ HERAS, Manuel. Op. cit., p. 22.
28. MORENO, Francisco. Op. cit., p. 301 y ss.
29. Orden de 01.05.1940 sobre exhumaciones e inhumaciones de "cadáveres de asesinados por los rojos" (BOE de 09.05.1940).
30. Informe General... cit., p. 24.
31. JULIÁ, Santos. *Víctimas de la guerra civil* cit., p. 37. Sobre este tema véase también ampliamente ARÓSTEGUI, Julio; Godicheau, François (eds.). *Guerra civil, mito y memoria.* Madrid: Marcial Pons, 2006.
32. Aguilar Fernández, Paloma. Justicia, política y memoria... cit., p. 162.
33. Idem, ibidem, nota 61.

El 20.11.1975 muere el dictador y España se dirige hacia la democracia.[34] 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,[35] al producirse en el transcurso o en la represión policial[36] de manifestaciones callejeras etc.,[37] a lo que habrá que añadir posteriormente la guerra sucia contra el terrorismo.[38]

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 19.07.1976 para eliminar la calificación como asociación ilícita de 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.[39]

---

34. Sobre los contactos muy anteriores –desde mediados de los años 40– entre pequeños grupos de la oposición procedentes de los dos bandos de la guerra civil para acordar una transición a la democracia véase JULIÁ, Santos. *Víctimas de la guerra civil* cit., p. 38 y ss.

35. 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). Disponible en: [www.march.es/ceacs/proyectos/dtv/index.asp]. El acceso: 10.11.2011.

36. AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. Justicia, política y memoria... cit., p. 168.

37. Sobre los atentados cometidos durante este periodo véase también JULIÁ, Santos. La estrategia de la tensión. In: _____; PRADERA, Javier; PRIETRO, Joaquín (eds.). *Memoria de la transición*. Madrid: El País, 1996.

38. RUIZ DE AZÚA, Victorino. Las manos sucias, p. 393 y ss. y GIL CALVO, Enrique. *Aprendices de brujo y avestruces*, p. 401 y ss., ambos In: JULIÁ, Santos; PRADERA, Javier; PRIETRO, Joaquín (eds.). *Memoria de la transición*. Madrid: El País, 1996.

39. MUÑOZ CONDE, Francisco. La transformacíon jurídica... cit., p. 5 y ss. Sobre la transición desde el punto de vista jurídico-penal véase MUÑOZ CONDE, Francisco. La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho. In: _____; VORMBAUM, Thomas (dirs.). Op. cit, p. 213 y ss.

En 1969 Franco había publicado el Dec.-ley 10/1969, por el que prescribían *todos* los delitos cometidos antes de 01.04.1939,[40-41] 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 46/1977, de Amnistía,[42] aprobada por el primer Parlamento democrático tras 40 años de dictadura, habiendo votando a favor de la misma el 93,3% de los diputados[43] y que 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",[44] 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 15.12.1976; los actos de la misma naturaleza, realizados entre el 15.12.1976 y 15.06.1977, 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 06.10.1977, 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

40. Sobre los indultos generales concedidos entre 1936 y 1975 con detalle LINDE PANIAGUA, Enrique. *Amnistía e indulto en España*. Madrid: Tucar Ediciones, 1976. p. 117 y ss.

41. BOE n. 78 de 01.04.1969.

42. Completada después por el Real Dec. 19/1977. A esta ley había precedido el Dec. 2940/1975, 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. 284/1975, que sin embargo no contemplaba de forma expresa medidas de gracia para los delitos de carácter político.

43. Finalmente la ley se aprobó con 296 votos a favor, dos en contra, 18 abstenciones y un voto nulo. Véase Informe General... cit., p. 29 y ss.; CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. 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. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. vol. 45. p. 126. San José da Costa Rica: IIDH, 2007, nota 23, AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. Justicia, política y memoria... cit., p. 159, nota 55; AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. *Memoria y olvido de la guerra civil española*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 266-271.

44. Informe General... cit., p. 27.

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 se amnistiaban los delitos y faltas cometidas 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.[45]

Tras la muerte de Franco no se purgaron las principales instituciones civiles y militares heredadas de la dictadura,[46] ni el ejército, ni la policía, ni la judicatura fueron "desfranquizadas".[47] Y tampoco se produjo una eliminación de la simbología franquista, subsistiendo en muchos lugares durante muchos años los nombres de las calles que hacen referencia a personajes del régimen, monumentos dedicados a Franco etc., que perpetúan la discriminación entre vencedores y vencidos.[48]

No se crearon en España "Comisiones de la verdad" que investigaran las violaciones de Derechos humanos cometidas bajo el franquismo.[49]

2.1 Medidas no penales

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.[50]

• 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

45. AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. Justicia, política y memoria... cit., p. 166.

46. Sobre el lastre que esta decisión haya podido suponer para el funcionamiento de nuestra democracia véase AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. Justicia, política y memoria... cit., p. 149.

47. El término está tomado de Agüero, citado por AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. Justicia, política y memoria... cit., p. 171, nota 81.

48. AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. Justicia, política y memoria... cit., p. 179 y 184 y ss.

49. Idem, p. 136 y ss.

50. CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. El viaje a ninguna parte... cit., p. 137.

depuración administrativa después supuso la quiebra de su carrera y la pérdida de sus puestos de trabajo.[51] El Real Dec.-ley 10/1976, sobre Amnistía, y la propia Ley 46/1977, 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.[52] En cambio a los militares republicanos, que tampoco habían podido reintegrarse en las fuerzas armadas en 1977,[53] se les había reconocido su condición de retirados y determinadas prestaciones correspondientes a tal situación por el Real Dec.-ley 6/1978, y las Leyes 10/1980 y 37/1984.[54]

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,[55] reconocimiento de pensiones,[56] y además las previsiones conteni-

51. Entre ellas el Decreto de 05.12.1975 por el que se declaran revisadas de oficio y anuladas las sanciones administrativas derivadas de la Ley 10/1939 de Responsabilidad Política, la Orden de 05.12.1975 por la que se extienden los beneficios del decreto de indulto al ámbito académico, la Orden de 17.12.1975 por la que se hace extensivo a las entidades locales la aplicación del Decreto de indulto, el Decreto de 18.03.1976 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 27.05.1977 de Indulto a personal de las Fuerzas Armadas, el Real Decreto de 02.06.1977, de Integración profesional de maestros del 31 y cursillistas del 36 etc. 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 FERNANDEZ, Paloma. *Políticas de la memoria y memorias de la política en la dictadura y en la democracia*. Madrid: Alianza Editorial, 2008. p. 506-520.

52. Sobre toda esta legislación con mayor detalle GIL GIL, Alicia. *La justicia de transición en España*... cit., p. 47 y ss.

53. AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. Justicia, política y memoria... cit., p. 163.

54. Para más detalles sobre todas estas normas véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. El viaje a ninguna parte... cit., p. 138 y ss.

55. Sobre cómo se gestaron las principales leyes dictadas a tal efecto véase Informe General... cit., p. 38. Una lista exhaustiva y cronológicamente ordenada de las ayudas y reconocimientos económicos puede verse en AGUILAR FERNANDEZ, Paloma. *Políticas de la memoria*... cit., p. 506 y ss.

56. 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 FERNÁNDEZ, Paloma. Justicia, política y memoria... cit., p. 180-183.

das en diversas normas declarando 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.[57]

A esta normativa hay que añadir una serie de disposiciones adoptadas por las Comunidades Autónomas para completar, bajo distintos criterios de territorialidad, el régimen de pensiones estatales otorgadas por privación de libertad por motivos políticos para personas excluidas de la previsión estatal.[58]

• Se dictaron varias normas para la restitución de los bienes incautados a partidos políticos y sindicatos.[59] No se ha procedido en cambio a la devolución 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 iniciaron actuaciones en este campo por tener transferidas las competencias en materia de policía sanitaria y mortuoria.[60] Pero lo cierto es que al depender esta cuestión hasta la *Ley de Memoria Histórica* de cada Comunidad Autónoma su tratamiento había sido desigual a lo largo de la geografía española, habiendo Comunidades que habían mostrado gran sensibilidad e interés por el tema, y otras, en cambio, que no lo habían hecho.

El 20.11.2002 el Congreso de los Diputados aprobó la declaración institucional sobre el reconocimiento de los derechos de las víctimas de la Guerra Civil y del régimen franquista,[61] que incluyó medidas respecto a los documentos

57. Véase GIL GIL, Alicia. *La justicia de transición en España*... cit., p. 62 y ss.

58. Sobre las mismas véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. El viaje a ninguna parte... cit., p. 143.

59. Ley 4/1986, de Cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado (desarrollada por el Real Dec. 1.671/1986, Ley 43/1998, 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 recientemente por la Ley de 26.12.2007. Sobre el resultado del proceso de devolución véase Informe General... cit., p. 62 y ss.

60. Informe general... cit., p. 80 y ss.

61. La declaración se aprobó por unanimidad gobernando el PP. Sobre otras medidas de reconocimiento o reparación de carácter simbólico adoptadas desde 1978 véase la tabla 11 de AGUILAR FERNANDEZ, Paloma. *Políticas de la memoria*... cit..

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–",[62] 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.[63]

Por Real Dec. 1891/2004, se creó la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo.[64] Dos años más tarde la Ley 24/2006 declaró 2006 como "Año de la Memoria Histórica".[65]

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 advirtió de la necesidad de afrontar algunos temas pendientes. Así, la comisión realizó una serie de propuestas que han sido recogidas en la Ley 52/2007, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura,[66]popularmente conocida como *Ley de la Memoria Histórica*.

La tramitación de la ley originó 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 e 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:

---

62. Véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. El viaje a ninguna parte... cit., p. 144.

63. AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. Presencia y ausencia de la guerra civil en la democracia española. Reflexiones en torno a la articulación y ruptura del "pacto de silencio". In: ARÓSTEGUI, Julio; Godicheau, François (eds.). *Guerra civil, mito y memoria*, Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 272.

64. Sobre sus cometidos véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. El viaje a ninguna parte... cit., p. 144 y ss.

65. 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.

66. *BOE* de 27.12.2007.

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 (art. 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. (art. 4.°).

• 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 la de sus resoluciones, en especial 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 (art. 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 (art. 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 reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social a favor de las viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada Guerra Civil (art. 5.°).

• Aumento de las pensiones de orfandad (art. 6.º).

• Ampliación de pensiones por prisión a quienes acrediten haber sufrido privación de libertad en establecimientos penitenciarios o en Batallones Disciplinario[67] y a familiares de condenados a muerte ejecutados antes de cumplir tres años de prisión (art. 7.º) y tuvieran cumplida la edad de sesenta años en 31.12.1990. Estas indemnizaciones están exentas de tributación (art. 8.º), por lo que además se prevé la devolución en forma de ayuda a quienes en años anteriores hubiese tributado por ellas (art. 9.º).

• Concesión de indemnización por muerte en defensa y reivindicación de las libertades y derechos democráticos durante el período comprendido entre 01.01.1968 y 06.10.1977 (art. 10).

• Concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales (art. 18).

• Posibilidad de acceder a la nacionalidad española para los hijos y nietos de españoles que perdieron su nacionalidad por el exilio (DA 7.ª).

• Reconocimiento a las asociaciones de víctimas (art. 19).

• Aplicación de la Ley 37/1984, a efectos de reconocimiento de pensión al personal de la Marina Mercante que fue incorporado al Ejército Republicano desde el 18.07.1936 (DA 5.ª).

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 (arts. 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

67. Esta ampliación trae su causa de la STC de 180/2005, de 04.07.2005.

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 (art. 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 (art. 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 6.ª).

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 (art. 20) y compromiso de la Administración de adquirir documentos y fondos para el Archivo (art. 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 (art. 22).

2.1.6 Leyes franquistas

• En congruencia con lo establecido en el punto tres de la disposición derogatoria de la Constitución, se declaran expresamente derogados el Bando de Guerra de 28.07.1936, de la Junta de Defensa Nacional aprobado por Dec. 79, el Bando de 31.08.1936 y, especialmente, el Dec. 55/1936, del general Franco: las Leyes de Seguridad del Estado, de 12.07.1940 y 29.03.1941, de reforma del Código Penal de los delitos contra la seguridad del Estado; la Ley de 02.03.1943 de modificación del delito de Rebelión Militar; el Dec.-ley de 18.04.1947, sobre Rebelión militar y bandidaje y terrorismo y las Leyes 42/1971 y 44/1971 de reforma del Código de Justicia Militar; las Leyes de 09.02.1939 y la de 19.02.1942 sobre responsabilidades políticas y la Ley de 01.03.1940 sobre re-

presión de la masonería y el comunismo, la Ley de 30.07.1959, 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 1978.

2.2 La persecución penal

A nivel judicial eran pocos hasta muy recientemente los particulares que habían 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 1977. 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.[68] 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.

El segundo intento de juzgar crímenes de la guerra civil se produjo en el año 1998. En aquella ocasión el juez Garzón ante una denuncia interpuesta por una *supuesta asociación de víctimas* por la matanza de Paracuellos del Jarama,[69] en Auto de 08.03.2000, 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.[70]

---

68. 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 19.12.1995–, 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, Alicia. *La justicia de transición en España...* cit., p. 85 y ss.

69. Agradezco a Manuel Ollé que me haya hecho llegar toda esta información.

70. Sobre este caso con mayor detalle GIL GIL, Alicia. *La justicia de transición en España...* cit., p. 90

El panorama cambió el 16.10.2008, al dictar el Juez Baltasar Garzón un Auto de por el que aceptaba su competencia para la tramitación de una causa por presuntos delitos permanentes de detención ilegal sin dar razón del paradero, en el contexto de crímenes contra la Humanidad, en relación con las detenciones, asesinatos y ocultación del cadáver de miles de ciudadanos cometidas durante la guerra civil española y la posguerra, entre el 17.07.1936 y el 31.12.1951. El 20.10.2008 el fiscal de la Audiencia Nacional Javier Zaragoza interpuso recurso contra el citado Auto. Aunque personalmente entiendo la finalidad con la que se abre este proceso, y que la misma responde a un deseo de las víctimas de acelerar la lenta puesta en marcha de la *Ley de Memoria Histórica* y de forzar una superación de algunas de sus deficiencias, como la ausencia de una investigación oficial de los hechos o de un papel más activo de la Administración en la búsqueda y recuperación de los cadáveres enterrados en campos y cunetas, opino que el proceso penal no es el medio idóneo para conseguir estos fines.[71]

El Auto del juez Garzón presenta, desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico, numerosos puntos más que discutibles:

2.2.1 La competencia

La AN no es competente para conocer de los hechos sólo porque el juez asigne a los mismos la calificación de crímenes contra la humanidad (con independencia de que como veremos mas adelante esta calificación jurídica no es correcta), sino que solo lo sería si se hubiesen cometido en el extranjero. Al no ser así, son competentes los juzgados de instrucción de la localidad donde se cometió el delito. Para evitar esta falta de competencia el juez idea la estrategia de calificarlos como delitos conexos con un delito contra Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno (el Golpe de Estado contra el gobierno legítimo de la República) sobre el que sí tendría competencia directa según la LPOJ, por lo que asume también la competencia sobre los delitos conexos. El Fiscal le discute esa competencia sobre un delito contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno, pues la categoría como tal no existe en nuestro

71. Contra los "juicios por la verdad", es decir, la utilización de la justicia penal como mecanismo sólo 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 véase PASTOR, Daniel. R. ¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? *Jueces para la Democracia*. n. 59. p. 95 y ss. y 101 y ss. Madrid: Asociación Jueces para la Democracia, jul. 2007.

vigente Código penal, y el delito de rebelión, que sería el aplicable hoy en día, no estaba considerado delito contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno en 1932. También considera el fiscal que no debe abusarse de la regla de la conexión (que por cierto está definida de forma sumamente vaga en El art. 17 LECrim) hasta el punto de crear una macro causa general que no facilite sino que dificulte la investigación judicial. Pero además en mi opinión resulta un fraude procesal el invocar la conexidad con un delito sobre el que luego el juez no se declara competente ni lo señala como objeto del procedimiento, limitándose a asumir la competencia sobre los conexos y dejando fuera el principal.

2.2.2 La calificación jurídica

Aunque el juez reconoce que no es de aplicación retroactiva el art. 607-bis CP, sin embargo se empeña en calificar los hechos como crímenes contra la humanidad. Esta doble calificación, por el delito común por un lado, para considerar los hechos punibles, y por el crimen internacional por otro, es en mi opinión inaceptable. Este modo de proceder no es una invención del juez de la AN, se ha practicado abundantemente en Latinoamérica con el mismo objetivo de asignarle al delito bajo la calificación de crimen contra la humanidad una serie de presuntas consecuencias cuya plasmación en una ley al tiempo de comisión de los hechos no se ha demostrado.[72] Pero en nuestro caso es especialmente rechazable, por ser los hechos recogidos en el auto anteriores a cualquier regulación internacional sobre los crímenes contra la humanidad o cualquiera de sus supuestas consecuencias. Para calificar los hechos como crimen contra la humanidad el juez pretende apoyarse en la *Cláusula Martens*, que veremos, no incluye ninguna tipificación penal,[73] y en el Derecho de la guerra de la época, que además de no contener tipos penales, se refería a con-

72. Véase sobre esta jurisprudencia críticamente MALARINO, Ezequiel. *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008. p. 420 y ss. y en especial 442 y ss. Denuncia este autor con razón que se está creando de esta manera un derecho penal diferenciado, excepcional, para ciertos delitos, o delincuentes, y además por vía judicial, infringiendo el principio de legalidad y los derechos del acusado.

73. De la misma opinión el Fiscal Javier Zaragoza en su Recurso de 20.10.2008. De la misma opinión AMBOS, en el prólogo a GIL GIL, Alicia. *La justicia de transición en España*... cit., p. 14.

flictos armados internacionales,[74] no siendo, por tanto de aplicación al caso de España.[75]

Pero por otra parte el juez elige como delito común aplicable a los hechos el tipo de detenciones ilegales agravado por no dar razón de la suerte o el paradero del detenido (la desaparición forzada), que es un tipo penal que como ya explicaremos infra , no existía en el CP de 1932 y fue introducido en el de 1944 solo para sujetos activos particulares –no lo podían cometer autoridades y funcionarios para los que existía un tipo especial privilegiado–, por lo que no es aplicable a los autores a los que el Auto se refiere ni a los hechos sucedidos antes de 1944 aunque fueran otros –particulares– los autores. La elección de

74. En el caso Kononov, el TEDH afirmó que en 1944 los crímenes de guerra se referían solo a los cometidos en conflictos armados internacionales. Kononov vs. Letonia, 36.376/2004 Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Grand Chamber) 17.05.2010, parag. 210: "(...) in 1944 a nexus with an international armed conflict was required to prosecute acts as war crimes (...) The relevant nexus was a direct connection between the alleged crime and the international armed conflict so that the alleged crime had to be an act in furtherance of war objectives".

75. Por cierto es falso que los convenios de Ginebra de 12.10.1949 remitan a los Principios de Nuremberg (ni en su art. 85 ni en ninguna otra parte) como afirma el juez en su Auto. El juez alude también a la Ley n. 10 del Consejo de Control Aliado de 1945, para fundamentar la independencia de los crímenes contra la humanidad respecto de la situación de guerra, pero no creo que pueda afirmarse que la Ley n. 10 constituía Derecho internacional consuetudinario en la época en que fue aprobada, en primer lugar porque era Derecho de ocupación, es decir, Derecho interno emanado de las autoridades de ocupación, según la doctrina, en segundo lugar porque tanto el Estatuto del Tribunal de Nuremberg en el que esta Ley se basaba, como los Principios de Nuremberg que se aprobaron posteriormente, volvían a recoger la relación con la guerra internacional. En el seno de la Comisión de Derecho Internacional se discutió muchísimo hasta que se llegó finalmente a un concepto de crimen contra la humanidad independiente en 1954. Véase sobre la evolución del crimen contra la humanidad y sobre los motivos por los que la Ley n. 10 prescindió de la exigencia de conexión con la guerra GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional.* Madrid: Tecnos, 1999. p. 106 y ss. y en especial la nota 39. En el caso Korbely vs. Hungría (9174/2002 Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Grand Chamber) 19.09.2008), (Con detalle sobre esta sentencia LANDA, Jon; GARRO, Enara. Art. 7.º No hay pena sin ley. In: LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.). *Convenio europeo de derechos humanos. Comentario sistemático.* 2. ed. Madrid: Thomsom-Civitas, 2009. p. 281 y ss.) tras recordar que la primera definición que se dio del crimen contra la humanidad, aplicable en 1956, es la del art. 6, *c*, del Estatuto del Tribunal Militar, que vinculaba los crímenes contra la humanidad, a la guerra, el tribunal estima que este requisito podía no estar ya vigente en 1956, citando, además de doctrina, el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954.

este tipo penal tiene la finalidad de argumentar posteriormente la no prescripción del delito, pero lo cierto es que pretender aplicar este tipo agravado de las detenciones ilegales a hechos cometidos en una época en que no estaba vigente supone una clara infracción del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable –y más cuando es justo la agravación inexistente en la época la que permitirá al juez argumentar la permanencia para fundamentar una no prescripción.

2.2.3 La prescripción

El juez argumenta de diversas maneras la no prescripción del delito. En primer lugar entiende que como crímenes de lesa humanidad son de por sí imprescriptibles. Pero como explicaremos infra ni la calificación de crímenes de lesa humanidad es correcta, ni en la época puede constatarse una norma ni interna ni internacional que regulara la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, con lo que aplicar la norma actual que prevé la no prescripción de estos delitos supondría de nuevo una infracción del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable.

Consciente probablemente de estas dificultades, en segundo lugar argumenta el juez que aunque se consideren delitos comunes los hechos no han prescrito pues al tratarse de un delito permanente la prescripción no comienza a contar hasta que no aparecen los restos de la persona desaparecida. Esta interpretación de la detención ilegal agravada por no dar razón del paradero o la suerte no me parece acertada, pues si este tipo penal (que además no es aplicable al caso) pretende proteger al detenido, la situación antijurídica cesa cuando se le pone en libertad o cuando muere, y la interpretación contraria no parece compatible con el derecho constitucionalmente protegido a no declarar contra uno mismo. Exactamente de la misma manera lo interpreta el fiscal Javier Zaragoza en su Recurso de 20.10.2008, quien además insiste en que los hechos no constituyen desapariciones forzadas sino asesinatos.[76]

76. En palabras del fiscal: "Se ha evitado la aplicación de las normas de prescripción a hechos delictivos perpetrados en el mejor de los casos hace casi 60 años, y se utiliza como norma de cobertura el tipo penal sobre el delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima, para concluir con una singular interpretación de las normas de prescripción de ese delito, cuando es público y notorio que las víctimas fueron ejecutadas entonces, y que en consecuencia nos encontramos manifiestamente ante delitos de asesinato, circunstancia que puso fin a la situación ilícita de privación de libertad (requisito que contempla el art. 132 para el inicio del cómputo de la prescripción) (...) En consecuencia, el dies *a quo* para el cómputo de la prescripción

Pero además en este caso concreto la argumentación de que el delito se sigue cometiendo, cuando ya están muertos los acusados, parece algo surrealista. Para mantener este discurso el juez mezcla la supuesta responsabilidad internacional del Estado[77] y su obligación de buscar a los desaparecidos con la responsabilidad penal de los acusados y su actividad delictiva, y argumenta que mientras el Estado español no encuentre los cuerpos, el delito se sigue cometiendo. En el delito de detención ilegal con negativa a informar, el sujeto activo de la segunda parte del delito –la omisión de informar– es necesariamente el mismo que el de la primera –quien detuvo– (salvo que se trate de coautores que puestos de acuerdo se reparten la realización del delito). Pero quien está muerto ya no actúa ni omite, no puede, por definición, seguir cometiendo un delito. Y la inactividad de otros posibles obligados por otras normas no penales en nada puede modificar la evidencia de que no puede seguir cometiéndose un delito cuando el que lo cometía –por acción y por omisión– ya está muerto.

Pero además, en todo caso, al no existir en la época un delito de detención agravada por no dar razón del paradero –salvo desde 1944 para particulares–, tampoco puede decirse que se siga cometiendo ese tipo que desde el principio no es aplicable a los hechos. Por el contrario, como con razón señala el fiscal, si solo era aplicable una detención ilegal básica, entonces la prescripción comenzó necesariamente cuando cesó la privación de libertad –por muerte o por puesta en libertad.

También argumenta el juez que los plazos de prescripción habrían quedado suspendidos mientras no fue posible la persecución penal de estos crímenes por impedirlo el régimen franquista, pero lo cierto es que el Código Penal no establece ninguna causa de paralización de los cómputos de prescripción por motivos de este tipo, aunque quizás debería hacerlo. Pero en todo caso, como con razón le contesta el fiscal, si admitiéramos tal interrupción, la misma duraría solo hasta la entrada en vigor de la Constitución, como el propio juez

---

en el supuesto de detención ilegal comenzará, para todos y cada uno de los tipos recogidos en los arts. 163 a 166 a partir del momento en que la situación de privación de libertad terminó, bien con la puesta en libertad del sujeto, bien por el notorio fallecimiento del mismo como sucede en todos estos casos".

77. Digo supuesta porque no está claro que las obligaciones contraídas por el Estado español posteriormente se extiendan a hechos anteriores a la firma de los convenios internacionales. Pero en todo caso opino que sin duda alguna hay al menos una obligación moral del Estado de involucrarse de una manera más activa en la localización, recuperación e identificación de los cadáveres.

reconoce, y lo cierto es que desde entonces hasta ahora ha trascurrido tiempo suficiente para considerar prescritos los delitos.

2.2.4 La amnistía

El juez reproduce en su Auto la jurisprudencia sobre la inadmisibilidad de las amnistías para violaciones graves de Derechos Humanos, que comentaremos infra, y que por los motivos que mas adelante desarrollaré no considero aplicable a la ley española –básicamente la razón es que este principio de inadmisibilidad de la amnistía por razón del delito es reconocido en su caso en Derecho Internacional con posterioridad a nuestra Ley de Amnistía de 1977.

Pero además añade que la Ley de Amnistía del 1977 no cubre los casos que está analizando por dos motivos: el primero porque no son delitos políticos, y el segundo porque se siguen cometiendo después del periodo previsto en la ley y una vez entrada en vigor la Constitución. Pero también aquí el juez se equivoca, en primer lugar, porque, como veremos al analizar la ley de amnistía, no es lo mismo un delito de "consumación permanente" que "continuar cometiendo un delito" y a la Ley de amnistía le basta para considerar un delito incluido en su ámbito con que se comenzara a realizar en los plazos previstos, aun cuando la consumación permaneciera después en el tiempo. En segundo lugar, como ya hemos dicho, la interpretación de que el delito se sigue cometiendo es inaceptable, pues, aunque el juez se fijara exclusivamente en la última parte del delito –la omisión de informar, lo que como bien defiende el fiscal, no puede ser separado de la acción de detener sin que el delito se convierta en un tipo de dudosa constitucionalidad–, lo cierto es que hoy en día ya no hay ningún acusado que siga omitiendo, al estar todos muertos. Por otro lado, la Ley de amnistía en ningún lugar limita sus efectos a los delitos políticos, como con razón le recuerda también el fiscal, sino que se refiere, en el primer párrafo del art. 1.º a los delitos de intencionalidad política (que no es lo mismo que delitos políticos,[78] también los crímenes contra la humanidad pueden cometer-

78. Sobre los distintos conceptos de delito político véase CEREZO MIR, José. Op. cit., p. 287 y ss. Solo en un sentido subjetivo se pueden identificar *delitos con intencionalidad política* y delitos políticos, pero está claro que ésta no es la interpretación correcta de la Ley dado que la misma, como recuerda el fiscal, se aplicó incluso a terroristas con delitos de sangre. Por tanto, dado que es falsa la equiparación anterior, de la exigencia –además solo en el art. 1.º referido a la oposición al franquismo y no en el art. 2.º referido a los represores–, de que los delitos se realizasen con intencionalidad política no puede deducirse como lo hace el juez, que se excluya del ámbito de la amnistía todo lo que no sea delito político.

se por motivos o con fines políticos) y en el art. 2.º, el referido realmente a los represores y que el juez sorprendentemente obvia mencionar, ni tan siquiera se refiere a una determinada intencionalidad,[79] sino que simplemente se añade que la amnistía comprende "en todo caso" "los delitos y faltas cometidas 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". Los crímenes cometidos por los represores estarían también comprendidos por tanto en el ámbito de la Ley de Amnistía, aunque no se tratara de delitos políticos.

El fiscal insiste en que además no puede compararse una autoamnistía –como la chilena o la argentina– con una amnistía aprobada por un parlamento democrático. Como veremos, este es uno de los criterios que se ha manejado para determinar la admisibilidad de una amnistía. Parece que desde el Derecho Internacional actual no sería suficiente, pero, desde la perspectiva del Derecho Internacional de la época en que se promulgó la ley española, ni siquiera creo que sea necesario apelar a este argumento, aunque –y siempre desde la perspectiva de la época– tiene su peso.[80]

2.2.5 Conclusiones

En definitiva, tras leer los argumentos del juez, considero que no es viable hoy en día la persecución penal de los crímenes cometidos durante la guerra civil y la dictadura franquista, como también pone de manifiesto el recurso del fiscal, en mi opinión muy acertado técnicamente.

Es muy probable que la propia intención del juez instructor no sea la persecución penal –ya que la lista de los acusados se limita a personas ya fallecidas– sino enmendar la labor del legislador allí donde muchos podemos pensar que se ha quedado corta. Sin embargo, y aunque hay que reconocer que otras iniciativas similares de Garzón en el pasado han tenido un éxito político, forzando a los jueces y legisladores en otros países a enmendar determinadas líneas de actuación, personalmente sigo pensando que no debe utilizarse el

79. Como ya vimos esta finalidad solo fue exigida en los delitos de los represores en el caso Ruano –véanse GIL GIL, Alicia. *La justicia de transición en España...* cit., p. 77 y ss.

80. Sobre las opiniones de la doctrina española de la época, que condicionaba la legitimidad de una amnistía a su origen democrático, pero no veía posibles límites a su objeto por razón del delito véase la nota 267 de: GIL GIL, Alicia. *La justicia de transición en España...* cit., p. 109.

proceso penal para fines que les son ajenos, es decir, para fines distintos a la búsqueda de una condena penal por la comisión de un delito, lo que resulta especialmente evidente en este caso –con acusados todos fallecidos–, frente a anteriores iniciativas del juez. Y también opino que la labor de intentar forzar al legislador a cambiar la ley y a asumir determinadas tareas es preferible que la hagan otros sectores y fuerzas sociales –ONGs, sindicatos, asociaciones, doctrina etc.– y no un juez, por respeto a la división de poderes que rige en un Estado constitucional y democrático de Derecho.

3. ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN UTILIZADOS EN ESPAÑA

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 ONGs, también se critica su carácter parcial, los límites de edad o de fechas establecidos para algunas de ellas, que dejan fuera a algunas víctimas y que nada tienen que ver con la condición de víctima,[81] su carácter casuístico y la elusión de una responsabilidad patrimonial del Estado por la "Declaración de reparación y reconocimiento personal".[82] En realidad todas estas medidas económicas no son según nuestro TC indemnizaciones sino prestaciones establecidas gracialmente por el legislador.[83] Y eso es precisamente lo más criticable de las mismas.[84]

La ausencia de un reconocimiento personal viene en parte a subsanarse con la *Declaración de reparación y reconocimiento personal*. Sin embargo, la misma

81. Ampliamente sobre este problema, su origen y sus consecuencias, AGUILAR FERNANDEZ, Paloma. *Políticas de la memoria*... cit., 455, y ss. y 478; GIL GIL, Alicia. *La justicia de transición en España*... cit., p. 94 y ss., ESCUDERO ALDAY, Rafael. La sombra del franquismo es alargada: el fracaso de la llamada ley de memoria histórica. In: FERNÁNDEZ-CREHUET, Federico; GARCÍA LÓPEZ, Daniel J. *Derecho y dictadura y memoria*. Granada: Comares, 2009.

82. Amnistía Internacional. Víctimas de la guerra civil y el franquismo: no hay derecho. Madrid: Seccíon Española de Amnistía Internacional, nov. 2006. p. 31 y ss. Disponible en: [www.es.amnesty.org/uploads/media/No_hay_derecho.pdf]. El acceso: 10.11.2011.

83. CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. El viaje a ninguna parte... cit., p. 143.

84. Idem, p. 181.

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, son criticables 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,[85] 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.[86] 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.[87]

Algunos autores se han manifestado a favor de la anulación de este tipo de condenas.[88] En mi opinión sólo el legislador tiene la llave para modificar por ley el ámbito del recurso de revisión o para introducir nuevos recursos

85. El recurso de revisión se regula en el art. 328 de la Ley Orgánica 2/1989.

86. Así por ej. los Autos del TS. Sala de lo Militar de 05.07.2007 y de 18.12.2006.

87. Véase el Auto de la Sala de lo Militar de 21.09.2006 resumiendo la jurisprudencia del TS.

88. Véase, por ej. la crítica de CARRILLO, Marc. El Tribunal Constitucional y la memoria histórica. *El País*, viernes 27.08.2004. Disponible en: [www.elpais.com/articulo/opinion/Tribunal/Constitucional/memoria/historica/elpepiopi/20040827elpepiopi_6/Tes]). El acceso: 09.11.2011, a la resolución de la sala de lo Militar del TS anulada en amparo por la STC 123/2004, de 13.07.2004. Véase también a favor de la anulación de condenas la opinión del magistrado del Tribunal Supremo MARTÍN PALLÍN, José Antonio. Nacido en el 36. Opinión. *El País*, viernes 12.11.2004. Disponible en: [www.elpais.com/articulo/opinion/Nacido/36/elpepuopi/20041112elpepiopi_10/Tes]. El acceso: 09.11.2011. 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 supra legal. Sobre la citada doctrina véase Radbruch, 1971. ESCUDERO ALDAY, Rafael. La declaración de ilegitimidad de los tribunales franquistas: una vía para la nulidad de sus sentencias. In: MARTÍN PALLÍN, José Antonio; ESCUDERO, Rafael (coords.). Op. cit., p. 209-234, defiende que la declaración de obtenida en aplicación de la Ley de Memoria Histórica puede dar lugar al recurso de revisión. También defiende que la declaración de reparación y reconocimiento personal habría de merecer la catalogación de "hecho nuevo" a efectos del recurso de revisión SÁEZ VALCÁRCEL, Ramín. Anular las sentencias de la represión franquista. Una tarea de higiene pública. *Jueces para la democracia*. n. 64. p. 61-78. Madrid: Asociación Jueces para la Democracia, 2009.

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, del 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[89] al promulgarse la Ley de Rehabilitación e Indemnización de las víctimas de resoluciones penales contrarias al Estado de Derecho, de 29.10.1992,[90] y la Ley para la eliminación de las sentencias nacionalsocialistas injustas en la Administración de justicia penal de 25.08.1998.[91] 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, 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.[92] 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 mismos, pero sólo obligan a los Estados parte, y respecto de los delitos tipificados en cada uno de ellos, y cometidos a partir de su entrada en vigor.[93]

---

89. También a favor de seguir este modelo alemán Queralt, "Los Juicios", ponencia mantenida en el Seminario: Justicia Transicional, 14.03.2007.

90. "Gesetz über die Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet" (Ley sobre la rehabilitación y la indemnización a las víctimas de la derecha contra el Estado, los procesos penales en los nuevos territorios –traducción libre). Disponible en: [www.gesetze-im-internet.de/strrehag/index.html]. El acceso: 09.11.2011.

91. El texto de la Ley, traducido al español por Joan Queralt, puede consultarse en: [www.ub.edu/dpenal/Alem_LcSTinjusta%20.pdf]. El acceso: 10.11.2011.

92. CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. El viaje a ninguna parte... cit., p. 123 y ss., y p. 201; de la misma opinión Amnistía Internacional. Ob. cit., p. 19 y ss., que defiende incluso la ilegalidad en Derecho Internacional de las leyes de amnistía aún cuando estas sean aprobadas por un Parlamento democrático.

93. AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición*. Traducción al castellano de Ezequiel Malarino. Bogotá: Temis, 2008. p. 30-31.

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 ninguna obligación internacional de perseguir penalmente los crímenes recogidos en ninguno de estos tratados de los que nuestro país fue parte con posterioridad.

Algunos autores,[94] 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 art. 2.° (1) y (3) del pacto o el paralelo en los textos americanos,[95] que ello excluiría la legalidad de cualquier ley de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos.[96] Sin embargo el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH)[97] negó que hubiese violación del art. 2.3 del PIDCP cuando

94. Para CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. 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. *Entelequia. Revista Interdisciplinar*. n. 7. p. 23. Málaga: Eumed.net, Universidad de Málaga, set. 2008. Disponible en: [www.eumed.net/entelequia/pdf/2008/e07a20.pdf]. El acceso: 10.11.2011.
La Ley 46/1977 de Amnistía, con las previsiones del art. 2.° *e* y *f* ignoraba, y por tanto violaba, el contenido del art. 2.3 del PIDCP en su letra y en su espíritu.

95. Sobre esta argumentación y mi contestación con mayor detalle: GIL GIL, Alicia. *La justicia de transición en España*... cit., p. 100 y ss.

96. Caso Barrios Altos contra Perú, serie C, n. 75, Sentencia del 14.03.2001 (fondo), § 43, Almonacid Arellano y otros contra Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 26.09.2006, serie C, n. 154, § 105-113, 116, 119, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de la Corte IDH de 24.02.2011 (Fondo y Reparaciones) margs. 195 y ss.

97. Se trataba de casos en los que se cuestionaba la validez de la ley argentina de punto final ante lo dispuesto en el art. 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 vs. Argentina (Comunicación n. 275/1988: Argentina. 04.04.1990. CCPR/C/38/D/275/1988 CCPR/C/38/D/275/1988 04.04.1990) y RAVN et al vs. Argentina (Comunicaciones n. 343, 344 y 345/1988: Argentina. 05.04.1990. CCPR/C/38/D/343/1988 CCPR/C/38/D/343/1988 05.04.1990. En sentido similar Communication n. 717/1996: Chile. 16.09.1999. CCPR/C/66/D/717/1996.

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.[98] Así pues, para el CDH no hay violación del art. 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 art. 2.3 son anteriores a él, por lo que al no poder afirmarse que las mismas constituyen una violación del Pacto, tampoco el no poner a disposición de la víctima un recurso judicial efectivo por ellas lo es.[99] También era esta la jurisprudencia constante del TEDH hasta el año 2009.[100] Y en relación con las amnistías, en 1991, en el caso Dujardin contra Francia, la Comisión Europea de Derechos Humanos dio validez a una ley de amnistía aprobada en referéndum popular y posteriormente por la Asamblea Nacional francesa, con vistas a conceder la independencia a Nueva Caledonia.[101] Si con posterioridad el Tedh ha ido variando su opinión sobre las amnistías es todavía dudoso.[102]

---

98. AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999. p. 136.

99. Con mayor detalle GIL GIL, Alicia. *La justicia de transición en España*... cit., p. 100 y ss.

100. Blečić vs. Croacia, 59532/00 Judgment (Merits) Court (Grand Chamber) Sentencia de 08.03.2006, parag. 70, Moldovan y otros vs. Rumania, The European Court of Human Rights (First Section), partial decision as to the admissibility, 13.03.2001 . Sin embargo en los últimos años, en una serie de decisiones vacilantes y contradictorias ha intentado seguir el camino de la CorteIDH al imponer a los Estados obligaciones de manera retoractiva. Sobre ello con mayor detalle véase GIL GIL, Alicia. Las aportaciones del tribunal europeo de derechos humanos al derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con la corte interamericana de derechos humanos. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *El sistema interamericano de protección de derechos humanos y el derecho penal internacional*. Montevideo: Georg August Universität Göttingen/Konrad Adenauer Stiftung, en prensa 2011. t. II.

101. Dujardin et autres contre la France, 16734/1990, Commission, Décision de 02.09.1991.

102. Véase al respecto GIL GIL, Alicia. La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena. Ejemplificación en la doctrina del tribunal europeo de derechos humanos y su cita por otros tribunales. *Revista de Derecho Penal – Derecho Penal Internacional*. número extraordinario. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, en prensa, 2011, y SEIBERT-FOHR, Anja. *Prosecuting serious human rights violations*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 141 y ss.

En todo caso en mi opinión en 1977 no podemos constatar la existencia de un instrumento internacional obligara a España a la persecución penal prohibiendo, por tanto, una amnistía. La única opción es afirmar la existencia de una obligación de perseguir penalmente determinados delitos (torturas, ejecuciones extrajudiciales etc.) que prohibiría las amnistías, como norma consuetudinaria de *ius cogens* anterior a 1977,[103] para lo que nos 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.[104] En realidad es a partir del decenio de los años 90 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.[105] Podría defenderse

---

103. El Auto de la AN (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), de 04.11.1998, Recurso de Apelación n. 84/1998 (ARP 1998\5943). Fundamento jurídico octavo, en relación a Las Leyes argentinas 23.492 y 23.521, 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, 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 1980, mientras que la amnistía española es 10 años anterior.

104. 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, Enrique. Op. cit.

105. CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *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: Parthenon, 2007. p. 445.

que estas opiniones, junto con las obligaciones recogidas en el Estatuto de Roma, ponen de manifiesto el nacimiento o cristalización de una costumbre internacional o al menos de una *opinio uiris* contraria a las amnistías.[106] Pero en todo caso tal norma, nacida a finales de los 90 principios de los 2.000 no sería aplicable retroactivamente.

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.[107] 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.[108]

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.[109]

---

106. Afirmación que sin embargo aún podría ser puesta en duda por la actividad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas al haber otorgado inmunidad de jurisdicción al personal y tropas de misiones establecidas y autorizadas por el Consejo de Seguridad (Res. 1.422/2002, Res. 1.487/2003, Res. 1.593/2005) supuestamente al amparo del art. 16 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

107. Auto Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), 04.11.1998, (ARP 1998\5943). Fundamento jurídico "octavo". Véase también GIL GIL, Alicia. España. In: AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel (eds.). *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003. p. 357.

108. AMBOS, Kai. *El marco jurídico*... cit., p. 103 y s.

109. Con mayor detalle GIL GIL, Alicia. *La justicia de transición en España*... cit., p. 114 y ss.

Cosa distinta debe decirse de los crímenes posteriores a 1954.[110] Si podemos demostrar el carácter general o sistemático de los atentados contra bienes jurídicos fundamentales, los mismos podrían calificarse de crímenes contra la humanidad.[111] 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 art. 607-bis por la LO 15/2003, que entró en vigor el uno de octubre de 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

110. Fecha en que por primera vez se independiza el crimen contra la humanidad de la situación de guerra. De la misma opinión el TEDH en Korbely *vs.* Hungría (9174/2002 Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Grand Chamber) 19.09.2008). 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 ej. en la versión de 1954 se exigía para todas las conductas actuar por determinados móviles, lo que después desaparecería, y no exigía la comisión generalizada o sistemática, requisito que aparece en 1996 –véase GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional* cit., p. 139 y 143). Sobre la evolución detallada del contenido del delito en cada uno de los Proyectos de Naciones Unidas véase LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo. *El desarrollo del crimen de persecución en el ámbito del crimen contra la humanidad y su reformulación en el art. 607-bis, del CP español: una propuesta alternativa.* Tesis doctoral leída en la Universidad Complutense de Madrid, en el año 2007, todavía inédita, p. 161 y ss del manuscrito. También sobre la evolución del concepto de crímenes contra la humanidad MALARINO, Ezequiel. La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón. *Jura Gentium, Rivista di Filosofia del Diritto Internazionale e della Politica* Globale. n. V. Firenze: Departamento de teoria e história do direito da Universidade de Florença, 2009. marg. XVI.

111. 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.

derecho internacional consuetudinario,[112] por vulnerar tal argumentación la regulación del principio de legalidad de los delitos y de las penas recogida en la Constitución española.[113]

En segundo lugar, nos encontramos con el problema de la prescripción de los hechos. No creo que antes de 1998, fecha de la aprobación del Estatuto de la Corte penal internacional, que evidencia con rotundidad la *opinio iuris* de los Estados sobre la cuestión, se pueda afirmar una costumbre internacional declarando la imprescriptibilidad[114] y aunque se defendiera, la misma no podría remontarse en mi opinión a antes de su codificación en la Convención de

112. Este argumento había sido utilizado por la SAN de 19.04.2005. En contra se manifestó duramente la doctrina penal española por infringir los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal desfavorable. Véase LAMARCA PÉREZ, Carmen. Jurisprudencia aplicada a la práctica. Internacionalización del derecho penal y principio de legalidad: el caso Scilingo. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. n. 34. p. 69-77. Madrid: La Ley-Actualidad, 2007; BUENO ARÚS, Francisco. Jurisprudencia aplicada a la práctica. Fuentes y principios del Derecho Penal Internacional de nuestro tiempo: reflexiones sobre la sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo. *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. n. 34, p. 78-96. Madrid: La Ley-Actualidad, 2007; GIL GIL, Alicia. La sentencia de la audiencia nacional en el caso Scilingo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 07-r1. Granada: Universidad de Granada, 2005, también publicado en *Jueces para la democracia*. n. 53. Madrid: Asociación Jueces para la Democracia, jul. 2005. A favor de la sentencia se pronuncia en cambio Castresana, De Nüremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo. en *Jueces para la democracia*. n. 54. p. 3-11. Madrid: Asociación Jueces para la Democracia, nov. 2005.

113. STS n. 798/2007 de 01.10.2007. Sobre esta sentencia que casa la anterior de la AN de 19.04.2005, de ampliamente GIL GIL, Alicia. Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del tribunal supremo en el caso Scilingo. In: CUERDA RIEZU, Antonio; JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos, 2009. p. 391 y ss.

114. Así lo mantiene por el contrario la Corte Interamericana, aunque sin fundamentar tal afirmación. Sobre esta jurisprudencia con detalle PARENTI, Pablo F. La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Georg August Universität Göttingen/Konrad Adenauer Stiftung, 2010. p. 211 y ss. Véase crítico DONDÉ MATUTE, Javier. El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la corte interamericana de derechos humanos. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema interamericano*... cit., 2010, p. 287. Sobre el tema con mayor detalle, GIL GIL, Alicia. *La fertilización cruzada*... cit., punto 2.3.2.

Naciones Unidas de 1968.[115] Aunque admitiéramos ésta, luego tendríamos que afirmar además su carácter retroactivo, pero aún así nada de esto nos serviría, pues el TS ha rechazado ya en su Sentencia n. 798/2007 de 01.10.2007 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 LO 15/2003, que entró en vigor el 01.10.2004, 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.[116] 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 cometió apenas desde 1950. Si se admitiera, lo que veo complicado, que por su carácter de delito permanente las desapariciones forzosas no prescriben hasta que no aparece el cadáver, en todo caso las mismas 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.[117] Y al respecto la Ley de Amnistía señala que se amnistían los realizados antes de determinadas fechas y añade en su art. uno. II. "A los meros efectos de subsunción en cada uno de los párrafos del apartado anterior, se entenderá por

115. España no es parte en la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de Naciones Unidas de 1968. La Convención es de fecha 26.11.1968 y entró en vigor para los Estados Parte el 11.11.1970. En contra de la idea de que la Convención de 1968 haya alcanzado el grado de norma internacional consuetudinaria se manifiesta REMIRO BROTONS, Antonio. Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial. El derecho penal internacional. *Cuadernos de Derecho Judicial*. n. 7. p. 120. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, alegando el escaso número de Estados partes en este tratado.

116. Sobre el tema con mayor detalle, GIL GIL, Alicia. *La justicia de transición en España*... cit., p. 117 y ss.

117. Mantiene que no están amnistiados CAPELLÀ I ROIG, Margalida. Las "desapariciones forzadas"... cit., p. 20. También defiende que la desaparición forzada de personas no es amnistiable RODRÍGUEZ ARIAS, Miguel Ángel. 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. *Jueces para la democracia*, n. 60. p. 73. Madrid: Asociación Jueces para la Democracia, nov. 2007, apoyándose en el art. 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.

momento de realización del acto aquel *en que se inició* la actividad criminal".[118] 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 art. 607-bis, sin que ello suponga una aplicación retroactiva de la ley, pues para 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, para aplicar el nuevo tipo penal del art. 607-bis debería demostrarse que la privación de libertad –y no solo la desaparición del cadáver– continúa en la actualidad.

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. Aún 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[119] señalan que el crimen será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque contra la población civil en el que se incardinan se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto.[120]

---

118. 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 20.01.1986. La estructura del supuesto no es de de delito permanente sino continuado.

119. Art. 7.°, 1, *i*: Crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, nota 23.

120. Por ello se equivoca RODRIGUEZ ARIAS, Miguel Ángel. Ob. cit., p. 74.

3.3.2 Como crímenes internos

Las ejecuciones, las torturas, las detenciones ilegales etc., eran claramente delictivas desde el Derecho interno. Pero desde esta perspectiva todos estos crímenes se hallan prescritos, pues han pasado 72 años desde la guerra y 36 desde que murió el dictador.[121] La mayoría de ellos habían prescrito incluso antes de la aprobación de la Ley de Amnistía del 1977.[122] Las desapariciones forzadas no existían como tales en el CP español al tiempo de comisión del delito, sino sólo 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.[123] Las detenciones ilegales cometidas por funcionario público o autoridad eran tipos privilegiados castigados con penas ridículas[124] en el anterior CP[125] que prescribieron antes de la entrada en vigor de la Ley de Amnistía.

4. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA

A lo largo de estos años se ha ido promulgando diversa normativa y creado diferentes órganos tendentes a desarrollar la Ley de Memoria Histórica, como por ej. el Real Dec. 1.791/2008, sobre la declaración de reparación y reconocimiento personal a quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la, Dictadura.[126] En su art. 2.° se recuerda que "Esta Declaración será compatible con cualquier otra fórmula de reparación prevista en el orde-

---

121. De acuerdo con esto CAPELLÀ I ROIG, Margalida, Las "desapariciones forzadas"... cit., p. 17 del manuscrito.

122. Sobre ello con detalle GIL GIL, Alicia. Principio de legalidad y crímenes internacionales... cit., p. 131 y ss.

123. Véase el art. 483, que fue reintroducido en 1944, pues no existía en el CP de 1932.

124. Criticadas ya por los comentaristas del anterior CP. Véase RODRIGUEZ DEVESA, Jose Maria. *Derecho penal español*. Valladolid: Castilla, 1966. p. 617.

125. Véanse los arts. 184 y 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 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 art. 167 del actual CP.

126. *BOE* n. 277 Lunes 17.11.2008, p. 45569, también accesible en: [http://leymemoria.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/LeyMemoria/1292345945557?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DReal_decreto_1791%2F2008_sobre_la_Declaraci%C3%B3n_de_Reparaci%C3%B3n_y_Reconocimiento_personal_a_quienes_padecieron_

namiento jurídico y 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". Probablemente lo más complicado del procedimiento para las víctimas es que recae en ellas la obligación de aportar la documentación que avale su solicitud, lo que la mayoría de las veces no estará a su alcance.[127] Sin embargo también se prevé la obligación de las administraciones de cooperar en la aportación de la documentación que el instructor del expediente pueda requerir.[128] Según los datos publicados por el gobierno en la actualidad han recibido la declaración de reparación y reconocimiento personal más de 950 personas.[129]

Así mismo mediante Orden del Ministerio de Presidencia PRE 3.749/2008[130] se crea la Oficina para las Víctimas de la Guerra Civil y de la Dictadura. Esta Oficina ubicada orgánicamente en el Ministerio de Justicia, dependiendo directamente de la Subsecretaría, tiene la misión, entre otras, de facilitar a los particulares la información necesaria en el ejercicio de sus derechos, difundir las actuaciones realizadas y ayudar a la coordinación de los órganos a los que la "Ley de la Memoria Histórica" atribuye competencias.[131]

---

persecuci%C3%B3n_o_violencia_durante_la_Guerra_Civil_y_la_Dictadura.PDF]. El acceso: 10.11.2011.

127. Art. 5.°, *c*: "(...) el peticionario aportará toda documentación que sobre los hechos y el procedimiento obre en su poder, así como todos aquellos antecedentes que se consideren oportuno".

128. Art. 7.°, *a*: "En la instrucción del expediente, el instructor podrá solicitar de los órganos, organismos públicos y resto de entidades de derecho público de la Administración General del Estado así como de cualesquiera otras entidades o instituciones privadas, aquella información que pueda ser necesaria para la resolución del procedimiento. Estos órganos, organismos y entidades o instituciones tendrán la obligación de facilitar la información requerida en el plazo máximo de dos meses desde la recepción de la solicitud, mediante certificaciones, extractos, informes o copias autenticadas de los documentos, de acuerdo con sus propias normas organizativas".

129. Disponible en: [www.memoriahistorica.gob.es/]. El acceso: 10.11.2011.

130. *BOE* n. 309 de 24.12.2088. Disponible en: [http://leymemoria.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/LeyMemoria/1292345945590?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DOrden_de_22%2F12%2F2008_por_la_que_se_da_publicidad_al_Acuerdo_de_Consejo_de_Ministros_sobre_creaci%C3%B3n_de_la_Oficina_para_las_V%C3%ADctimas_de_la_Guerra_Civil_y_de_la_Dictadura..PDF]. El acceso: 10.11.2011.

131. Disponible en: [http://leymemoria.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/LeyMemoria/es/oficina-de-victimas]. El acceso: 10.11.2011.

Cabe destacar también la reciente publicación en este año 2011 por el Ministerio de Justicia del mapa de fosas de la guerra civil y la represión política posterior en el que se representan 2.246 localizaciones de las fosas de las que tiene constancia, y que se clasifican en no intervenida, desaparecida, exhumada total o parcialmente, trasladada al Valle de los Caídos o agrupada.[132] La aplicación Mapa de fosas permite al ciudadano a través de Internet localizar fosas en el mapa, saber el estado en el que se encuentran, aportar información e incluso permite ejecutar búsquedas de víctimas registradas en la Oficina de Víctimas, obteniendo los datos de Fosa, Localidad, fecha de fallecimiento, de inhumación y de exhumación.[133] Se ha elaborado un Protocolo para exhumaciones que tiene como finalidad fijar unos procedimientos y requisitos técnicos, materiales y humanos para garantizar la preservación de los restos. Quedan por abrir al menos 1.203 fosas comunes. De las exhumadas hasta la actualidad se habrían recuperado los cuerpos de más de 5.400 víctimas.[134] También se han documentado con detalle los traslados entre 1959 y 1983 al Valle de los Caídos, de los restos hallados en 491 fosas comunes repartidas por toda España. Sin embargo se ha informado a las familias de la imposibilidad técnica de identificar los restos de republicanos trasladados sin el permiso de sus familiares a dicho lugar, por encontrarse mezclados y altamente deteriorados, según los informes de los forenses. En el Valle de los Caídos se encuentran los restos de 33.847 personas víctimas de ambos bandos de la Guerra Civil, nacionalistas y republicanos.

Por otro lado se ha comenzado, según ordena la ley, la retirada de símbolos conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil, o de la represión de la Dictadura. Para ello se creó una comisión de expertos que ha analizado 705 vestigios de 13 ministerios y otros organismos de la Administración General del Estado. Hasta finales de abril de 2011, se tiene constancia de la retirada de unos 570 vestigios. El resto está en proceso de tramitación, bien porque requiere un procedimiento administrativo largo o por su coste. El ministerio que más vestigios presentaba en sus dependencias es el de Defensa, que hasta la fecha ha retirado más de 400 símbolos.[135]

---

132. Disponible en: [http://mapadefosas.mjusticia.es/exovi_externo/CargarInformacion.htm]. El acceso: 10.11.2011.

133. Disponible en: [http://mapadefosas.mjusticia.es/exovi_externo/pdf/Guia_de_Navegacion.pdf]. El acceso: 10.11.2011.

134. Disponible en: [www.elpais.com/articulo/espana/2000/fosas/comunes/solo/250/abiertas/elpepuesp/20110505elpepunac_8/Tes]. El acceso: 10.11.2011.

135. Disponible en: [www.memoriahistorica.gob.es/Nacionalidad/]. El acceso: 10.11.2011.

En relación en el derecho a la obtención de la nacionalidad española por los voluntarios de las Brigadas Internacionales y a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y a los nietos de quienes perdieron la nacionalidad, o tuvieron que renunciar a ella, como consecuencia del exilio, hasta enero de 2011 se habían presentado más de 325.000 expedientes y se habían practicado más de 168.000 inscripciones de nacionalidad.

Entre 2006 y 2010 España destinó cerca de 20.000.000 de euros a la aplicación de la Ley de Memoria Histórica.[136]

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 merece a 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 a 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.[137] 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 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.

136. Disponible en: [www.memoriahistorica.gob.es/Subvenciones/enlaces/ProyectosYentidadesSubvencionadas.htm]. El acceso: 10.11.2011.

137. SANCINETTI, Marcelo A.; FERRANTE, Marcelo. *El Derecho penal en la protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 15.

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 en 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 nuestro país 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, aunque ciertamente en los últimos años los avances han sido enormes.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A anistia e os crimes contra a humanidade, de Edson Luis de Almeida – *RBCCrim* 55/315;
- Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal, de Marlon Alberto Weichert – *RBCCrim* 74/170;
- Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional, de Kai Ambos – *RBCCrim* 49/48;
- Manifiesto sobre la política criminal europea. European Criminal Policy Initiative, de Helmut Satzger e Kai Ambos – *RBCCrim* 82/389; e
- O processo de modificação do princípio de jurisdição universal na Espanha: um novo retrocesso na luta contra a impunidade, de Javier Chinchón Álvarez e Claudia de Miranda Avena – *RCP* 13/7.

57033

A SUPERAÇÃO JURÍDICO-PENAL DAS INJUSTIÇAS E DOS ATOS ANTIJURÍDICOS NACIONAL-SOCIALISTAS E REAL-SOCIALISTAS NA ALEMANHA

5

KAI AMBOS

Doutor pela Ludwig Maximilan Univertät de Munique e habilitação pela mesma Universidade. Prof. Titular da Georg-August-Unversität Göttingen. Juiz Tribunal Provincial Göttingen.

NILS MEYER-ABICH

Advogado em Hamburgo.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A Alemanha teve que superar a transição[1] de um sistema totalitário para um sistema democrático em duas oportunidades durante o século passado: por um lado durante a lenta superação das injustiças e ilegalidades próprias do nacional-socialismo desde o fim da Segunda Guerra Mundial (08.05.1945), por outro lado durante a superação de uma criminalidade

ABSTRACT: Deutschland musste den Übergang von einem totalitären zu einem demokratischen System im vergangenen Jahrhundert gleich zweimal bewältigen: zum einen bei der langwierigen Aufarbeitung des NS-Unrechts ab Ende des 2. Weltkrieges (08.05.1945), zum anderen bei der Aufarbeitung der Systemkriminalität der Deutschen

1. O conceito de transição é utilizado aqui em sentido amplo, ver AMBOS, em AMBOS/LARGE/WIEDA (eds.), 2009, at 19, 21-22, em português: AMBOS, Kai. O marco da justiça de transição, 2010. p. 27 ss. Para a acepção do conceito no âmbito da ciência política no marco da pesquisa de processos de transição veja-se BURCHARDT, 2008, p. 79 e ss. com mais referências; WEHR 2008, p. 97 ss. com mais referências.

própria do sistema da República Democrática da Alemanha (RDA) desde a queda do muro de Berlim (09.11.1989) e a consequente adesão da RDA à República Federal de Alemanha (RFA) (03.10.1990). O artigo[2] descreve e analisa, particularmente desde um ponto de vista jurídico-penal, as medidas tomadas e os mecanismos aplicados em ambos os processos de transição, assim como o impacto que estes tiveram para a criação de uma ordem social e democrática existente na Alemanha.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça transicional - Superação do passado - Nacional-socialismo - Socialismo - Alemanha oriental.

Demokratischen Republik (DDR) ab dem Fall der Mauer (09.11.1989) und dem darauf folgenden Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland (BRD) (03.10.1990). Der Beitrag erläutert und analysiert vornehmlich aus strafrechtlicher Sicht die in beiden Übergangsprozessen getroffenen bzw. angewandten Maßnahmen und Mechanismen sowie deren Bedeutung für die Entwicklung der bestehenden demokratischen Gesellschaftsordnung in Deutschland.

KEYWORDS: Transitional justice - Aufarbeitung - Vergangenheitsbewältigung - Nationalsozialismus - Sozialismus - DDR.

SUMÁRIO: 1. Nacional-socialismo: 1.1 Introdução; 1.2 Mecanismos de superação do passado e sua análise: 1.2.1 A desnazificação; 1.2.2 Os processos ante os tribunais militares dos aliados; 1.2.3 Os tribunais alemães; 1.2.4 Os tribunais de sentença; 1.3 Dificuldades no processo de superação; 1.4 Impacto dos mecanismos utilizados – 2. República Democrática Alemã: 2.1 Introdução; 2.2 Mecanismos de superação do passado; 2.3 Análise dos mecanismos: 2.3.1 Superação pelo direito penal; 2.3.2 Superação extrapenal; 2.4 Impacto dos mecanismos utilizados – 3. Avaliação final – 4. Bibliografia.

1. NACIONAL-SOCIALISMO

1.1 Introdução

Adolf Hitler começou a concretizar seu objetivo de instituir um "*Führerstaat*" *autoritário* já imediatamente logo depois de sua nomeação como chanceler do Reich em 30.01.1933.[3] Logo depois de terem sido abolidos os direitos fundamentais da Constituição de Weimar mediante o estatuto de emergência "para a proteção do povo e do Estado"[4] foi amplamente deixada de lado a divisão de

2. Pesquisa realizada para o VI seminário "Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional", realizado no Chile em abril de 2008 (ver Modollel, ZIS 2009, p. 82 ss. Disponível em: [www.zis-online.com]). Tradução do espanhol com revisão no texto alemão por Eneas Romero de Vasconcelos, Göttingen, Promotor MPCE; revisão dos autores.
3. Veja-se em profundidade para o que se apresenta a continuação: FREI, 2001; FREI/BROSZAT, 2007, BROSZAT, 2000.
4. Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat del 28.02.1933, Reichsgesetzblatt (RGBl.) 1933, I, p. 83.

poderes mediante a *Lei de outorgamento de Poderes* ("Ermächtigungsgesetz"),[5] de modo que até as *leis* para uma reforma constitucional poderiam ser sancionadas pelo próprio governo.[6] Ao mesmo tempo, começou a luta por uma comunidade homogênea do povo "ariano", que, por um lado, dirigia-se contra adversários políticos e, por outro, contra os setores da população que obstruíam o caminho para o conceito de uma "higiene racial". O resultado foi uma crescente discriminação e perseguição de, especialmente, comunistas e social-democratas, por um lado, e de judeus, romenos e *sinti* ("ciganos"), homossexuais e incapacitados, por outro lado. Assim, por exemplo, mediante as *Leis raciais de Nuremberg* ("Nürnberger Rasse-Gesetze") retiraram-se dos cidadãos judeus primeiramente seus direitos civis entre outros, para se verem logo a partir de 1936 cada vez mais isolados e excluídos inclusive social e economicamente. Este desenvolvimento foi ampliado com a "ghetização" nos *campos de concentração* desde 1936, nos quais muitas pessoas morreram em consequência do trabalho forçado e dos experimentos médicos. O ponto culminante deu-se a partir de 1939 com a eliminação física dos membros destes grupos populacionais nos campos de extermínio. O assassinato sistemático de doentes mentais, que também formava parte da "higiene racial" no marco da denominada *Ação de eutanásia*, foi interrompido em 1941 por causa dos protestos públicos.[7]

Apesar de, no princípio, Hitler ter-se esforçado por acobertar as ações ilegais com um "manto legalista",[8] também perseguiu seus objetivos de modo secreto com a ajuda do Corpo de Proteção ("Schutzstaffel", SS), das Tropas de Assalto ("Sturmabteilung", SA) e da Polícia Secreta do Estado (Gestapo). As instalações da Gestapo, por exemplo, nas quais se torturava sistematicamente, assim como nos campos de concentração da SA e da SS, foram convertidas em espaços de vazio jurídico.[9] Em um primeiro momento, os nacional-socialistas também perseguiram o objetivo da *sincronização do sistema judicial* ("Gleichschaltung") por vias formalmente legais mediante numerosas leis através das

5. *Gesetz der Behebung der Not von Volk und Reich* de 24.03.1933, RGBl. 1933, I, p. 141.

6. WESEL, 1997, p. 468. Baseando-se na Lei de poderes extraordinários do governo do Reich foram sancionadas numerosas leis destinadas a concretizar sua política contrária ao direito e à toda justiça. Cfr. neste ponto a enumeração destas leis em GÖTZ, 1986, p. 145; WESEL, 1997, p. 479; veja-se também as *Kontrollratsgesetze* n. 1, de 20.09.1945 e n. 11 de 30.01.1946.

7. KRAMER, 1998, p. 414-421; FISCHER/LORENZ, 2007, p. 206.

8. Cfr. GÖTZ, 1986, p. 48, 58, 74, 145.

9. Cfr. para a Gestapo o § 7.º da prussiana *Gesetz über die Gestapo* de 10.02.1936.

quais, por exemplo, conseguiu-se alijar por completo os juízes judeus assim como os juízes politicamente indesejáveis de suas funções estatais.[10] Já em 1933 começaram os nacional-socialistas com a criação de distintos *Tribunais especiais* para assuntos penais de caráter político. Em 1934 seguiu a formação do *Tribunal do Povo* ("Volksgerichtshof") e em 1936 a do *Tribunal de Guerra do Reich* ("Reichskriegsgericht") em Berlim. Enquanto que os Tribunais especiais julgavam cada vez mais no âmbito da criminalidade cotidiana, o Tribunal do Povo,[11] principalmente desde 1940, encarregou-se da eliminação de adversários políticos.[12]

Logo depois da anexação da Áustria ao Reich e da ocupação da Tchecoslováquia no ano de 1938, começou, em 1939, com a guerra relâmpago contra a Polônia a realizar o objetivo de *conquista de "espaços vitais" adicionais* no leste e, assim, a Segunda Guerra Mundial. Atrás dos soldados do exército que formavam a vanguarda até o leste foi formada uma segunda linha de grupos operativos, subdivididos por sua vez em comandos operativos. Estes foram responsáveis pelo assassinato sistemático de 900.000 pessoas, principalmente civis judeus.[13] No total, morreram cerca de seis milhões de pessoas judias vítimas do *holocausto*.[14]

---

10. *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums* de 07.04.1933, RGBl. I, p. 175. A crescente eliminação da independência judicial encontra também sua expressão na Sessão do Reichtag de 26.04.1942 na qual Hitler foi nomeado "Juiz Supremo" (texto em WESEL, 1997, p. 484).

11. Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens de 24.04.1934, RGBl. I, p. 341.

12. Enquanto que os juízes do Tribunal do Povo condenaram entre os anos de 1934 e 1939 à pena de morte em 85 casos, entre 1940 e 1944 foram 5181 as condenações a essa pena, GÖTZ, 1986, p. 145-147 e outras referências. No total a pena de morte foi aplicada em cerca de 35.000 casos entre 1933 e 1945 (*Frankenberg*, 1998, p. 487; Resposta do Governo Federal, BT-Drucks. 10/6566 de 24.11.1986, a uma Consulta ampla dos Verdes, BT-Drucks. 10/5148 de 05.03.1986, impresso em *Frankenberg*, 1998, p. 501), possivelmente incluindo até 50.000 vezes (assim WESEL, Geschichte des Rechts, p. 472, 480).

13. ZIMMERMANN, 2001, p. 37 com nota 79 e mais referências. Já em 22.08.1939 dirigiu-se Hitler aos dirigentes superiores e aos generais em comando: "De este modo, por el momento sólo 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. Sólo de esa forma obtenemos el espacio vital que nosotros necesitamos." Impresso em *Meyer-Abich* 1949, p. 26.

14. Sobre o ponto BENZ, 1996.

1.2 *Mecanismos de superação do passado e sua análise*

A confrontação com o despotismo nacional-socialista teve logro com *meios tanto penais como extrapenais*. Nos primeiros anos logo depois do término da guerra foram principalmente os *aliados*,[15] que mediante diferentes medidas penais, quase-penais e extrapenais, encarregaram-se do passado nacional-socialista e da construção na Alemanha de uma ordem democrática regida pelos princípios do Estado de Direito. Ao mesmo tempo tiveram lugar já em 1945 processos penais por atos violentos nacional-socialistas também *perante tribunais alemães*, antes que a partir de 1952 o poder jurisdicional fosse adstrito completamente à justiça alemã e, assim, todos os processos tiveram lugar exclusivamente perante tribunais alemães.[16] Paralelamente, houve numerosas *ações de reparação e indenização* assim como *medidas de reabilitação*. Já no ano de 1946 foram comprometidos pagamentos de reparação a 19 países[17] e a partir de 1947 foram sancionadas leis de reintegração nas correspondentes zonas ocupadas. Mais medidas de reparação e indenização começaram em 1952 com um acordo com o Estado de Israel assim como com organizações judaicas pelas quais se estabeleceu o pagamento de 3,5 bilhões DM.[18] Nos anos 50 foram sancionadas ademais numerosas leis de reparação e recomposição que previam desembolsos em favor dos que haviam sido perseguidos pelo regime nacional-socialista por motivos raciais, religiosos e políticos, assim como em favor de famílias judias que sob o domínio nacional-socialista haviam sido vítimas de expropriações.[19] A reabilitação dos condenados por tribunais nacional-socia-

15. Grã-Bretanha, Estados Unidos, França e a União Soviética.

16. Os delitos cometidos no marco do despotismo nacional-socialista podem ser categorizados do seguinte modo: eutanásia, crimes de escritório, crimes de guerra, crimes judiciais, crimes de extermínio massivo por parte do grupos de intervenção, crime de extermínio massivo nos campos de concentração, crimes violentos do nacional-socialismo nos campos de concentração e denunciações (segundo a sistematização na grande recompilação de sentenças dos tribunais alemães ocidentais de RÜTER, 1968 ss.). FREUDIGER, 2002, p. 5 distingue entre quatro categorias: extermínio dos judeus, eutanásia, guerra de extermínio e crimes judiciais. Cfr. também OPITZ, 1976, p. 27.

17. FISCHER/LORENZ, 2007, p. 58.

18. Bundesgesetzblatt (BGBl.). 1953 II, p. 35 ss., 85. Um resumo sobre a reparação até 1986 em BT-Drucks, 10/6287, p. 8 ss. 1 DM equivale aprox. 0,5 €.

19. Como por exemplo a Lei federal de ressarcimento ("Bundesentschädigungsgesetz", BEG) de 24.06.1956 (BGBl. I, p. 559, que entrou retroativamente em vigência a partir de 01.10.1953); a Lei federal de reintegrações ("Bundesrückerstattungsgesetz", BrüG) de 19.07.1957 (BGBl. 1957 I, p. 734 ss.; em detalhe GOSCHLER 2004 e 2005).

listas começou já nos anos quarenta e foi completada por regulações dos distintos Estados Federados (Länder) nas décadas subsequentes. Recentemente, em 1998, com a Lei para a abolição de sentenças injustas ("Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile") chegou-se a sancionar uma lei federal pela qual numerosas sentenças foram anuladas de forma geral.[20] Até o princípio de 1998 foram efetuados *pagamentos reparatórios* no valor total de aproximadamente 102 bilhões de DM.[21]

1.2.1 A desnazificação

Dentro das primeiras medidas que se adotaram quando se começou a trabalhar a questão da dominação nacional-socialista e dos delitos cometidos em seu marco encontram-se a *assunção do poder executivo* por parte dos aliados e por seu *Conselho de Controle*. Mediante as *medidas de desnazificação*[22] que foram adotadas deveria ser reduzida a influência da ideologia nacional-socialista sobre a sociedade alemã e se deveria possibilitar a construção de uma ordem social organizada democraticamente e com base no direito. Para isso foram em primeiro plano derrogadas as leis nacional-socialistas mais importantes[23] e foram suprimidas organizações e instituições nacional-socialistas.[24] Ainda assim desvinculou-se de cargos públicos as pessoas incriminadas e algumas delas

---

20. Lei de 25.08.1998 (BGBl. I, p. 2501, modificada em 23.07.2002, BGBl. I, p. 2714). A lei para a invalidação de sentenças injustas do nacional-socialismo de 25.05.1990 (BGBl. 1990 I, p. 966) não teve vigência em todos os Estados (Länder) (§ 2 Abs. 1) e previa a invalidação somente a pedido (§ 1.° párr. 1.°).

21. LEUPOLT, 2003, p. 201 com nota 1185 e outras referências. Observe-se também a recente Lei para a criação de uma fundação para 'Lembrança, Responsabilidade e Futuro' ("Gesetz zur Errichtung einer Stiftung "Erinnerung, Verantwortung und Zukunft") de 02.08.2000, que prevê pagamentos pelo valor de 10 bilhões DM para o ressarcimento dos que tenham feito trabalhos forçados no nacional-socialismo. Tal montante deve ser posto à disposição respectivamente pela RFA e por empresas privadas alemãs em partes iguais.

22. Decididas nas Conferências de Ialta (04.-11.02.1945) e Potsdam (17.7.-02.08.1945); veja-se também *Kontrollratsverordnung* nr. 24 de 12.01.1946; *Kontrollratsdirektive* n. 38 de 12.10.1046, Amtsblatt des Allierten Kontrollrats, p. 62. Importante para a aplicação: US Direktive JCS 1067, cfr. WEMBER, 1991, p. 16; sobre os antecedentes AMBOS, 2006, § 6 Rn. 7.

23. Mediante *Militärregierungsgesetz* n. 1 e *Kontrollratsgesetz* n. 1 (KRG 1) de 20.09.1945.

24. Por exemplo, o Tribunal do Povo e os tribunais especiais, sobre isso FREUDIGER 2002, p. 12 com mais referências.

foram presas. Por outro lado, diferentemente do que ocorrera depois da Primeira Guerra Mundial,[25] reduziram-se as competências das autoridades e dos tribunais alemães na tramitação de assuntos nacional-socialistas.[26] Ao mesmo tempo numerosas pessoas recorriam aos campos de internação[27] e, mediante questionários, a população foi dividida em diferentes categorias de incriminação e submetida a determinados tribunais quase penais (especialmente na zona americana).[28] Também foram levadas adiante medidas educativas.[29]

1.2.2 Os processos ante os tribunais militares dos aliados

O processo ante o *Tribunal Militar Internacional* ("Internationaler Militärgerichtshof", IMG) em Nuremberg contra os 24 principais criminosos de guerra e contra seis organizações criminosas catalogadas[30] terminou em 01.10.1945 com a imposição de pena de morte em 12 (doze) casos, 3 (três) prisões perpétuas, 4 (quatro) penas de prisões por tempo determinado e 3 (três) absolvições. A SS, a SD, a Gestapo e o corpo dirigente da NSDAP[31] foram qualificados

---

25. Nesta época, os aliados tinham cedido a persecução penal para a Alemanha, que, por isso, fracassou (EIBER, 2009, p. 38).

26. Veja-se por ex. KRG n. 4 de 30.10.1945, Amtsblatt des Kontrollrats de 30.11.1945, p. 20 ss. Também FISCHER/LORENZ, 2007, p. 18; ZIMMERMANN, 2001, p. 28.

27. A respeito WEMBER, 1991, p. 31 s.

28. As comissões de desnazificação designadas como Câmaras de Sentença, erigidas em apoio às autoridades de ocupação, podiam ditar distintas sanções em forma de multa e confisco da propriedade, inabilitação profissional e pena privativa de liberdade, dependendo da classificação em uma das possíveis cinco categorias previstas (culpado principal, incriminado, incriminado leve, simpatizante, não incriminado) (cfr. GÖTZ, 1986, p. 116; WESEL, 1997, p. 514; ZIMMERMANN, 2001, p. 28).

29. Por exemplo, mediante a projeção de material cinematográfico sobre os crimes do nacional-socialismo (cfr. CHAMBERLIN, 1981, p. 420).

30. Partido laboral nacional-socialista alemão ("Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei", NSDAP), as Tropas de assalto ("Sturmabteilung", SA), o Esquadrão de Proteção ("Schutzstaffel", SS), o Governo do Reich ("Reichsregierung"), o Corpo de Generais e Alto Comando das Forças Armadas ("Generalstab und Oberkommando der Wehrmacht", OKW), a Polícia secreta do Estado ("Geheime Staatspolizei", Gestapo), e o Serviço de Segurança ("Sicherheitsdienst", SD).

31. *IMG*, Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg, 14.11.1945 – 01.10.1946, t. XXII, Nürnberg 1948, sobre isto também AMBOS, 2006, § 6 Rn. 7; GÖTZ 1986, p. 16. A sentença do processo estabelecia somente o caráter criminoso das organizações em questão. A determinação da culpabilidade individual de cada um dos membros foi deixada, porém, para processos

de criminosos. O fundamento jurídico para o processo do IMG foi o *Acordo Londrino das Quatro Potências* ("Londoner Statut") de 08.08.1945,[32] que junto a regras jurídicas processuais e organizacionais dos tribunais previa no seu art. 6.º os tipos penais do crime contra a paz, dos crimes de guerra e de crime contra a humanidade. Estes três tipos penais junto com o delito de pertinência a organizações nacional-socialistas declaradas criminosas pelo IMG também se encontram na *Lei do Conselho Controlador Nr. 10* ("Kontrollgesetz Nr. 10", KRG 10).[33] Esta lei forma a base jurídica para os seguintes processos (art. 2.º §. 1.º, *a* até *d* KRG 10)[34] levados a cabo perante os tribunais militares dos aliados em suas respectivas zonas. Devem-se destacar os *Processos Subsequentes aos Julgamentos de Nuremberg* perante os tribunais militares dos Estados Unidos. Neste caso, trata-se de processos realizados entre dezembro de 1946 e abril de 1949 contra as elites funcionais do Terceiro Reich.[35] Ainda assim houve muitos outros processos perante aos tribunais militares dos aliados.[36] Por um lado, na respectiva zona de ocupação e, por outro lado, como no caso da União Soviética e da França, também em território estatal.[37]

---

posteriores (Dienststelle des Generalinspekteurs in der Britischen Zone für die Spruchgerichte, sem data, p. 1; veja-se também ZIMMERMANN, 2001, p. 23 ss.).

32. UN Treaty Series 82 (1951), 280; também disponível em: [www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtconst.htm]; versão alemã entre outras em *IMG*, Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher, 42 Tomos, 1947-49, t. 1, p. 10.
33. Amtsblatt des Kontrollrats vom 20.12.1945, p. 50.
34. Cfr. também RÜCKERL, 1968, p. 63.
35. Cfr. OSTENDORF, 2003, p. 126; sobre cada um dos processos GÖTZ, 1986, p. 22-26. No total foram acusadas 186 pessoas, das quais foram absolvidas 35 e foram condenadas a largas penas de prisão 96, à prisão perpétua 23 e à morte 25 (FISCHER/LORENZ, 2007, p. 23).
36. Ante tribunais militares americanos houve no total 1517 condenações em processos contra 1941 pessoas, das quais foram 324 penas de morte, 247 perpétuas, 946 penas de prisão por determinado período, 367 absolvições e 57 suspensões (GÖTZ, 1986, p. 26). Na zona britânica houve 1085 condenações, 240 penas de morte (v. RAAB-STRAUBE, 2003, p. 157; ZIMMERMANN, 2001, p. 22 com mais referências na nota 14, RÜCKERL, 1984, p. 96-99); na zona francesa as condenações foram 2107, das quais 104 foram penas de morte (v. RAAB-STRAUBE, 2003, p. 157; ZIMMERMANN, 2001, p. 22 com mais referências na nota 14, RÜCKERL 1984, p. 96-99); na zona soviética houve até janeiro de 1947 17.886 acusados, dos quais foram condenados 8055, 436 deles à morte (ZIMMERMANN, 2001, p. 22 com mais referências na nota 14; WIELAND, 1994, p. 389). Sobre a persecução penal por crimes nacional-socialistas na União Soviética e na DDR ver Weinke 2009.
37. Por último foi, então, aplicado o próprio direito nacional (EIBER, 2009, p. 44 ss., 48).

O mais controverso sobre o ponto de vista jurídico foi a suspeita de lesão ao *princípio da irretroatividade da lei*, já que nem no Estatuto de Londres nem no KRG 10, e, portanto, tampouco nos tipos penais contidos neles, existiam no momento do cometimento dos fatos. Sem embargo, os tribunais negaram a violação deste princípio com o fundamento jusnaturalista de direitos humanos de que os acusados haviam violado princípios jurídicos fundamentais reconhecidos por todos os povos civilizados da terra e que estes princípios já existiam no momento do cometimento dos fatos. O IMG interpretou o princípio da irretroatividade da lei como um *princípio de justiça* que, no sentido subjetivo, seria um elemento do tipo fundado na confiança (*Vertrauenstatbestandes*) e, no sentido objetivo, como expressão de uma ordem jurídica dinâmica, que não teria sua fonte no direito positivo, senão no direito consuetudinário e natural, e que se deve adaptar "mediante permanente ajuste às necessidades de um mundo em mudança".[38] Esta argumentação, trasladada a todos os tipos penais do estatuto do IMG, também foi seguida sem mais pelos tribunais dos *Processos Subsequentes aos Julgamentos de Nuremberg*.[39] Junto à questão da lesão do princípio da irretroatividade da lei foram, sem embargo, discutidas criticamente *outras questões* também de direito internacional público. Por razões de espaço é necessário fazer remissão a publicações anteriores sobre este ponto.[40]

1.2.3 Os tribunais alemães

Ao mesmo tempo os tribunais alemães começaram a partir de 1945, logo depois do reinício de suas atividades, com a superação jurídico-penal delitos nacional-socialistas.[41] De sua jurisdição estavam à princípio excluídas as ações "que se dirigiam contra membros das nações aliadas ou contra sua propriedade,

38. IMG, 1948, p. 247.

39. Cfr. AMBOS, 1997, p. 40 com nota 11, 14.

40. Assim por exemplo a doutrina do *act-of-state*, o princípio da *tu-quoque*, a infração contra o princípio da divisão de poderes entre outras, cfr. LEUPOLT, 2003, p. 196-198, AMBOS, 2004, p. 84 ss. Em geral sobre a crítica OPITZ, 1976, p. 20; PERELS, 1998, p. 384; FRIEDRICH, 1985, p. 252; FREUDIGER, 2002, p. 22; OSTENDORF, 2003, p. 129-133.

41. RÜTER 1968 ss.; veja-se também a recompilação de sentenças de crimes do nacional-socialismo perante tribunais nacionais editada pelas Nações Unidas (UNWCC, 1947/49, Tomo 1-15). Entre 1945 e 1949 os tribunais alemães condenaram com sentença com trânsito em julgado 4419 pessoas por crimes nacional-socialistas (Bundesministerium der Justiz, Statistik über die Verfolgung nationalsozialistischer Straftaten in der Bundesrepublik Deutschland, citado em FREUDIGER 2002, p. 16 com nota 29, até1950 foram condenadas 5228 pessoas; também RÜCKERL 1984, p. 121).

assim como tentativas de reconstrução do regime nazista ou de reinício das atividades das organizações nazistas" (art. 3.°, *b*) KRG nr. 4 de 30.11.1945).[42] Com a KRG nr. 10, já mencionada, completou-se esta norma: Exceto os assuntos penais que segundo o Estatuto-IMG estavam encarregados aos tribunais aliados, os tribunais alemães poderiam tratar de "crimes cometidos por cidadãos alemães ou por aqueles pertencentes ao Estado alemão contra outros cidadãos alemães ou pertencentes ao estado alemão, ou contra apátridas" (art. III, nr. 1, *d*, KRG 10).[43] Assim veio a ser aplicado junto ao direito penal alemão[44] também o *KRG 10*, do qual fez, sem embargo, um uso muito *moderado*.[45] Nestes casos (por exemplo, no caso das *denúncias* que por causa de suas consequências geralmente gravíssimas foram vistas como delito contra a humanidade e por tanto subsumidas sob o art. II, KRG 10) apelava-se à *Fórmula de Radbruch*[46] como fundamento a fim de evitar a violação do *princípio da irretroatividade da*

42. Texto integral (em alemão). Disponível em: [www.verfassungen.de/de/de45-49/verf45-11.htm].

43. Tanto o governo militar britânico, de acordo com o Dec. 47 de 30.08.1947 (Amtsblatt der britischen Militärregierung 1946, p. 306), como o governo militar francês, através do Dec. 173 de 23.09.1948 (Amtsblatt des Französischen Oberkommandos in Deutschland 1948, p. 1684), fizeram uso desta faculdade. Ou seja, dentro do marco mencionado, ambos transferiram a competência em geral aos tribunais alemães. Na zona norte-americana , porém, foi decidido em cada caso em particular (RÜCKERL, NS-Verbrechen vor Gericht, 1984, p. 108).

44. Na versão que em cada caso resultava menos severa (cfr. Kontrollratsgesetz n. 11 de 30.01.1946 e § 2.° Abs. 2 StGB na versão de 04.08.1953).

45. OPITZ, 1976, p. 21; FREUDIGER, 2002, p. 14 s. com mais referências. Discutível foi também aqui a questão de uma eventual violação do principio da irretroatividade (cfr. sobre o ponto GÖTZ, 1986, p. 37; em detalhe OLG Düsseldorf de 18.12.1947, impresso em RÜTER, 1968, t. I, p. 596 ss.).

46. "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 aún 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). Neste último caso, portanto, o direito positivo não poderia ter efeito no momento do fato e, portanto, tampouco poderia desenvolver uma segurança jurídica que devesse ser protegida, já que tal direito positivo encontrava-se em contradição com o próprio núcleo do direito, de base iusnaturalista. Portanto, não há retroatividade na aplicação posterior do direito que seja de acordo com este núcleo jusnaturalista, já que este núcleo já estava vigente no momento do fato – estivesse ou não estivesse positivado como norma jurídica.

lei e justificar a aplicação do KRG 10.[47] No que diz respeito à jurisprudência dos anos entre 1945 e 1949 tiveram lugar condenações na maioria dos casos pelo cometimento de crimes *nas modalidades de autoria e coautoria*, e somente em casos excepcionais por participação.[48]

1.2.4 Os tribunais de sentença

Uma posição especial dentro da jurisdição alemã adotaram os Tribunais de Sentença ("Spruchgerichte"), situados organizacionalmente sob o controle britânico e que previam duas instâncias.[49] Estes *tribunais penais* (normais), formado exclusivamente por alemães, assumiram na zona britânica[50] a persecução penal dos "incriminados reconhecidamente pertencentes a uma organização

47. GÖTZ, 1986, p. 37.

48. Assim, por exemplo, a Corte Superior Federal ("Bundesgerichtshof", BGH) em 05.07.1951, BGHSt 8, 393, 397 ss. Em detalhes HEYNCKES, 2005. FREUDIGER, 2002, a partir da p. 35 realiza uma análise de sentenças em que pesquisa as tendências exculpatórias a respeito de determinados grupos de autores para o qual compara as figuras jurídicas aplicadas nos âmbitos da autoria, participação, homicídio simples/ homicídio qualificado, erro sobre a antijuridicidade (*fehlendes Unrechtsbewusstsein*). Para os desafios desta fase de superação da Justiça na Alemanha ocidental, o seu material e organização, assim como para os fundamentos da ausência de uma compilação de fontes consolidadas, ver RAIM, 2009, p. 52, ss.).

49. As bases jurídicas eram: art. 9 do Estatuto de Londres, *supra* nota 32; a sentença do IMG, supra nota 31 e KRG 10, supra nota 33. O Dec. 69 do governo militar, de 31.12.1946, relativo a processos contra membros de organizações criminosas regulava a aplicação da sentença de Nuremberg sobre as organizações criminosas na zona britânica (Amtsblatt der Militärregierung Deutschland, britisches Kontrollgebiet, n. 16, p. 405 ss; impresso também em: *Meyer-Abich/Mittelbach/Schierholt*, p. 6-59); a tramitação dos processos estava regulada pelo Regulamento de procedimento para os Tribunais de Sentença alemãs para o julgamento de membros de organizações criminosas de 17.02.1947 (Verordnungsblatt für die Britische Zone, 1947, p. 57 ss.; MEYER-ABICH/MITTELBACH/SCHIERHOLT, p. 62-95) complementada pelo direito processual penal alemão geral. Os Corpos de Sentença dos Tribunais de Sentença eram as Câmaras e Senados da Sentença que não deveriam ser confundidos com as Câmaras de Sentença nos processos de desnazificação acima mencionadas. Estas últimas, diferentemente dos Tribunais de Sentença, não trataram originariamente de questões penais (cfr. Schreiben des Justizministers von Nordrhein-Westfalen an den Ministerpräsidenten von Nordrhein-Westfalen de 07.03.1951 e de 13.03.1951 em Bundesarchiv Z 42 I/232).

50. Distinto foi nas zonas americana e francesa nas quais estas tarefas eram cumpridas pelas Câmaras de Desnazificação.

declarada criminosa pela sentença de Nuremberg"[51] e foram desde 1949 pouco a pouco outra vez dissolvidos.[52] Também na *Câmara Superior para a zona britânica* formada em 1948 ("Oberster Gerichtshof für die Britische Zone", OGH-BrZ), que foi a instância superior de revisão até que em 1950 constituísse-se a Corte Federal, considerava que a aplicação do KRG 10 por parte dos Tribunais de Sentença era consentânea com o princípio da irretroatividade da lei.[53]

1.3 Dificuldades no processo de superação

Nos anos posteriores a 1949 a persecução penal dos crimes violentos do nacional-socialismo teve que enfrentar numerosas *dificuldades*. Com o agravamento da Guerra Fria entre os aliados ocidentais e a União Soviética cresceu por parte dos primeiros o interesse em um aliado estável e, portanto, em uma reconstrução efetiva da administração, da justiça e da economia na República Federal da Alemanha.[54] Ao mesmo tempo em que se devolvia a competência ilimitada da persecução penal aos tribunais alemães,[55] nos quais as condenações por fatos violentos nacional-socialistas eram fortemente regressivas[56] e aos quais a partir de agora se aplica exclusivamente o direito penal alemão, instalava-se de modo majoritário na refundada República Federal um senti-

---

51. Inspetor Geral MEYER-ABICH, citado em FREI, 1997, p. 33 ss. com nota 19. Veja-se também Bundesarchiv Z 42 I/21, Blatt 55; em detalhe: WEMBER 1991, Capítulo VII: Operation "Old Lace": Aburteilung von Angehörigen verbrecherischer Organisationen durch deutsche Spruchgerichte, p. 276-357.

52. Os Tribunais de Sentença concluíram no total 24.154 processos: com sentença em 12.748 casos; 8.352 pessoas foram absolvidas (ZIMMERMANN, 2001, p. 26 s.).

53. OGHSt t. II, p. 375.

54. Cfr. ZIMMERMANN, 2001, p. 38 ss.

55. O KRG 10 de fato não se aplicou mais a partir de 1951, logo depois que com o KRG 13 de 01.01.1950 as forças de ocupação ocidentais haviam transferido momentaneamente aos tribunais alemães federais a competência pelos crimes do nacional-socialismo também contra membros dos Estados aliados (cfr. Dec. 234 do Governo militar britânico de 31.08.1951, Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission, p. 1137; Dec. 171 do Governo militar francês de 31.08.1951). Sem embargo um termo final formal recentemente teve lugar com a Lei de derrogação do direito de ocupação ("Gesetz zur Aufhebung des Besatzungsrechts" de 30.05.1956, BGBl. I 1956, p. 437 ss.; sobre isto AMBOS 2006, § 6.° Rn. 10 com nota 52 e mais referências; ZIMMERMANN, 2001, p. 36).

56. Finalmente as condenações ficaram paralisdas quase em sua totalidade nos anos 1952-1954 (FREUDIGER, 2002, p. 33 com nota 152; FISCHER/LORENZ, 2007, p. 61; ZIMMERMANN, 2001, p. 38 com nota 82 e outras referências). Isso vale também para a cifra dos Inquéritos Policiais (FREI, 1997, p. 20; GÖTZ, 1986, p. 35 ss).

mento de reinício unido com uma *mentalidade de ponto final*.[57] Assim tiveram lugar muitas anistias, por um lado através ainda dos mesmos aliados[58] e por outro através do legislador federal alemão mediante as denominadas *Leis de impunidade* ("Straffreiheitsgesetze"). A primeira, do ano de 1949, previa a impunidade para fatos cometidos antes de 15.09.1949 para os que por sua vez estivessem previstas penas privativas de liberdade não maiores que seis meses de prisão.[59] Uma segunda lei, de 1954, declarou impuníveis determinados fatos cometidos na etapa final da guerra que previam penas de até três anos.[60]

Por outro lado a *prescrição da persecução penal* já havia levado EM 1950 a que somente pudessem seguir sendo processados os delitos de homicídio qualificado e simples [MORD, § 211 StGB ("Strafgesetzbuch", Código Penal e *Totschlag*, § 212 StGB] e de lesões graves.[61] Neste contexto regressaram aos seus cargos nos anos 50 numerosos ex-membros do NSDAP ou de outras organizações do regime nacional-socialista, assim como pessoas que haviam trabalhado na administração ou no sistema judicial do Estado nazi; ou foram de diversas maneiras integradas na construção administrativa ou judicial da RFA.[62] Esta "ressocialização" ou "reintegração" foi assegurada normativamente pela lei regulamentadora do art. 131 da Constituição, a qual concedia um direito ao reemprego e reestabelecia as pretensões do estabelecimento de pensões e de assistência social dos integrantes do serviço público que em razão do serviço militar, da expulsão ou da desnazificação haviam perdido seus cargos.[63]

---

57. FREI, 1997, p. 54-69.

58. Em forma de indultos (cfr. Besatzungsstatut, Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission 1949, p. 13; veja-se também RÜCKERL, 1984, p. 132, OSTENDORF, 2003, p. 128 ss.).

59. Lei de concessão de Impunidade ("Gesetz über Gewährung von Straffreiheit") de 31.12.1949 (BGBl. 1949 I, p. 37; *in extenso* sobre isto FREI, 1997, p. 29-53).

60. Lei sobre a aplicação de penas e multas e sobre a anulação de processos penais e de imposição de multas ("Gesetz über den Erlass von Strafen und Geldbußen und die Niederschlagung von Strafverfahren und Bußgeldverfahren") de 17.07.1954 (BGBl. 1954 I, p. 203; in extenso FREI, 1997, p. 100-132). Esta lei cancelou ainda assim todos os antecedentes penais sobre condenações impostas pelos Tribunais de Sentença anteriores a 1949, desde que a condenação imposta não superasse cinco anos (§ 20 Abs. 2).

61. Em 08.05.1950 de acordo com o prazo de 5 anos de § 67 II (versão anterior) StGB.

62. Ver recentemente sobre a reintegração de catedráticos de direito e economia (com particular ênfase do caso da Georg-August-Universität Göttingen) SCHUMANN, 2008, p. 108 ss.

63. Lei de regulação das relações jurídicas das pessoas beneficiadas pelo art. 131 da Constituição ("Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter art. 131 des

A jurisprudência desta época caracterizou-se, por um lado, pela substituição do tipo de homicídio qualificado (Mord) pelo de homicídio simples (Totschlag) e, por outra, pelo crescente número de *condenações por participação* em lugar de (co)autoria.[64] Ao mesmo tempo foram cada vez mais aceitas as causas de justificação e de exclusão da culpabilidade.[65] Ainda assim, a jurisprudência formulou *estreitíssimas exigências* para se chegar a condenar ex-juízes nacional-socialistas pelas condenações de morte sentenciadas por eles. A responsabilidade penal foi assim somente aceita quando o conteúdo das sentenças impostas por aqueles juízes nos casos em questão enquadravam-se, por um lado, no tipo penal de prevaricação (o denominado privilégio dos juízes, "Richterprivileg") e, por outro, este houvesse sido cometido com dolo direto (*dolus directus*). Um *dolus eventualis*, portanto, não era suficiente.[66]

Ao final dos anos 50 teve lugar uma *mudança de paradigma*. O processo perante o Tribnal do Júri de Ulm contra integrantes de um grupo de intervenção que havia participado do homicídio de 120.000 judeus mostrou que grande parte dos atos violentos do nacional-socialismo ainda não haviam sido registrados, nem muito menos esclarecidos.[67] Como consequência disso foi fundado em 1958[68] em Ludwigsburg, o *Escritório Central das Administrações Judiciais dos Estados (Länder) para o esclarecimento dos crimes de Nacional-so-*

Grundgesetzes fallenden Personen") de 10.04.1951 (assim chamada "131er Gesetz"; in extenso FREI, 1997, p. 69-99).

64. Cfr. 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 em 27.10.1972, p. 115 (sobre isto *Heynckes*, Täterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen, 2005, p. 228 com nota 610 e outras referências). Consequência disto foi não apenas uma redução do montante da pena, senão inclusive que, frequentemente, já havia ocorrido a prescrição do crime (sobre isso veja-se também BENZLER, 1998, p. 406 ss.; FREUDIGER, 2002, p. 35 ss.; OPITZ, p. 23, 33-36).

65. Em detalhe BENZLER, 1998, p. 394-406.

66. Cfr. OSTENDORF, 2003, p. 133 ss., HOMANN, 1998, p. 756 com nota 24. Isto possibilitou aos ex-juízes do nacional-socialismo resguardar-se na afirmação de que haviam partido da legalidade da sentença no momento em que fora ditada.

67. Assim denominado "Ulmer Einsatzgrupenprozess" de 28.04.-29.08.1958 (sobre isso RÜCKERL, 1968, p. 65; ZIMMERMANN, 2001, p. 40 s.; GÖTZ, 1986, p. 117). Recentemente com a intervenção da chefia do Ministério Público (Generalstaatsanwalts) foram levadas adiante amplas investigações no Tribunal Superior de Stuttgart, durante as quais puderam ser investigados e condenados ainda mais envolvidos. (cfr. RÜCKERL, 1984, p. 140 ss.).

68. Elaborada para a Conferência de Ministros de Justiça de 18.09.1958.

cialismo ("Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltung zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen"). Esse escritório possibilitava pela primeira vez levar adiante uma persecução penal sistemática, centralizada e independente da predisposição de delação da população.[69] O Escritório Central, que levava adiante investigações preliminares por sua conta mas que para a apresentação da denúncia entregava o caso ao Ministério Público,[70] existe até hoje, ainda que no presente dedique-se fundamentalmente ao desenvolvimento científico dos crimes violentos do nacional-socialismo.[71] Pelos motivos mencionados teve lugar, posteriormente à criação do escritório, um claro *aumento de processos* que possibilitou um *esclarecimento* sistemático dos delitos violentos do nacional-socialismo.[72] Ademais, no mesmo âmbito judicial levantou-se uma resistência com protestos públicos contra a denominada "judicatura participativa" ("Gehilfenjudikatur").[73] Nos, no total, quatro *debates sobre a prescrição* ("Verjährungsdebatten") entre os anos de 1960 e 1979 foram estendidos cada vez mais os prazos de prescrição para os fatos violentos nacional-socialistas ainda pendentes, até que finalmente em 1979 declarou-se a *imprescriptibilidade do homicídio qualificado (Mord)*.[74] Negou-se a violação do princípio da irretroatividade da lei já que este se referiria ao tipo penal, não assim a sua prescrição.[75] Desde os anos 80 a superação penal *perdeu a importância* novamente. Desde então tramitaram somente muito poucos processos. No total foram condena-

69. Cfr. RÜCKERL, 1984, p. 145. Se bem que a atividade do Escritório Central levou claramente à obtenção dos objetivos acima formulados (veja-se FREUDIGER, 2002, p. 27 ss., 32), viu-se também aqui a problemática antes mencionada: Mais de uma dezena de seus membros, incluído seu primeiro diretor, tinham pertencido ao NSDAP e/ou a outras organizações do Estado nacional-socialista (cfr. ZIMMERMANN, 2001, p. 41 ss. com outras referências).

70. RÜCKERL, 1968, p. 66.

71. FISCHER/LORENZ, 2007, p. 69. No momento (31.12.2007), há, todavia, 24 processos pendentes em estado de investigação preliminar, cfr. Disponível em: [www.zentrale-stelle.de].

72. Como por exemplo o processo de Auschwitz levado adiante em Frankfurt 1963/1965, o Processo sobre Eutanásia também levado adiante em Frankfurt 1966/1967, assim como numerosos processos contra os Corpos de vigilância dos campos de concentração e de extermínio.

73. A jurisprudência da Corte Superior (BGH) foi neste ponto criticada mediante pela denominada "Königsteiner Entschließung", uma resolução da Jornada de Juristas Alemães de 01-03.04.1966 (cfr. *Just-Dahlmann/Just* 1988, p. 263).

74. Em detalhe FREUDIGER, 2002, p. 28 ss.

75. BGH 50, 138, 139.

das com sentença com trânsito em julgado por tribunais alemães ocidentais 6.498 pessoas entre 08.05.1945 e 01.01.2004 por delitos nacional-socialistas e foram abertos inquéritos policiais contra 106.496 indiciados.[76]

Em resumo pode-se dizer que a superação do despotismo nacional-socialista na Alemanha ocidental divide-se em *quatro fases*, nas quais se entrecruzam em diferente medida mecanismos e reações jurídico-penais, extrajurídico-penais e sociais de outras formas:[77]

"A *primeira fase* abrange aproximadamente de 1945 até 1949 e se caracteriza por uma '*vontade de limpeza*' para eliminar as estruturas nacional-socialistas. Para isto se dissolvem instituições, realizam-se demissões e se levam adiante medidas reeducativas Enquanto ocorrem em Nuremberg os processos contra os dirigentes nacional-socialistas, começam também os tribunais alemães a fazer a superação jurídico-penal dos delitos nacional-socialistas. A persecução, sem embargo, não se realiza de forma sistemática.

A *segunda fase*, entre 1950 e 1960, é o período da *política do passado*,[78] cujos destinatários foram não as vítimas do nacional-socialismo, senão os ofensores. Esses foram anistiados, integrados e protegidos contra futuras medidas de persecução penal.

Logo depois da mudança do final da década de 1950 seguiu-se a *terceira fase*, a de *superação do passado,* que se extendeu aproximadamente entre 1960 e 1980, na qual pela primeira vez teve lugar uma persecução sistemática em que a prescrição foi adiada uma vez ou outra.

Penalmente irrelevante é, finalmente, a *quarta fase*, iniciada aproximadamente em 1980, a de *preservação do passado*."

1.4 Impacto dos mecanismos utilizados

Os efeitos das diferentes medidas estão estritamente relacionados com as fases mencionadas. Na *primeira fase* o impacto é imediato, já que se tratou da expulsão de políticos incriminados, da dissolução e do fechamento de insti-

---

76. Estatística de persecuções penais contra delitos do nacional-socialismo ("NS-Strafverfolgungsstatistik") 2003/2004, impressa em *Heynckes*, Täterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen, 2005, p. 230 s.

77. Cfr. também FREI. Disponível em: [www.forumjustizgeschichte.de/Bericht-zur-Fac.36.0.html], cuja terminologia é adotada aqui para a denominação destas fases; cfr. também FREUDIGER, 2002, p. 33.

78. Sobre este conceito v. FREI, 1997, p. 13-17.

tuição e organizações, da proibição de símbolos nacional-socialistas etc. Dado que estas medidas tinham um efeito de muito curto prazo e ademais muitos envolvidos lograram evitá-las, devem ser vistas (não obstante haver sido um importante passo até a redemocratização)[79] como uma *tentativa frustrada de uma limpeza política massiva*. A superação jurídico-penal (novamente de acordo com os períodos acima mencionados) foi *percebida de formas muito diversas* e desenvolveu, portanto, efeitos também diversos. Enquanto os processos de Nuremberg contra os principais criminosos de guerra ganharam a atenção da população e contaram amplamente com sua aceitação,[80] os Procesos Subsequentes aos Processos de Nuremberg foram apenas notados pelo público.[81] Ademais, os processos perante os tribunais alemães voltaram a despertar a atenção do público alemão recentemente nos anos 70.[82] O *efeito preventivo* que já naquela época era esperado junto ao repressivo manteve-se até hoje integralmente, fundamentalmente por causa do papel especial que teve o processo de Nuremberg contra os principais criminosos de guerra para a emergência e para o desenvolvimento de um verdadeiro direito penal internacional.[83] Deve-se destacar também neste contexto que na Alemanha (diferentemente, por exemplo, da França ou da Itália) não houve atos de "ajuste de contas" por parte da população, seja por meio de linchamentos etc.[84] A explicação disso re-

79. FISCHER/LORENZ, 2007, p. 19.

80. ZIMMERMANN, 2001, p. 20 s. com nota 10; GÖTZ, 1986, p. 21.

81. FISCHER/LORENZ, 2007, p. 23; GÖTZ, p. 26. Segundo diversas pesquisas estiveram de acordo com as medidas de desnazificação primeiramente 50% (1945) e 57% (1946) da população. Em 1949, diferentemente, somente 17% (FISCHER/LORENZ, 2007, p. 19). A crescente crítica que neste primeiro momento fez-se ao tratamento desigual, ou a "justiça do vencedor", a respeito dos processos de Nuremberg, apaziguou-se logo em face do justo proceder que se evidenciava nos processos e especialmente por causa das absolvições ocorridas. (FISCHER/LORENZ, 2007, p. 22; veja-se também WESEL, 1997, p. 515; LEUPOLT, 2003, p. 197).

82. Assim houve nos anos 70 uma maior aprovação da persecução penal. Sem embargo em 1986 voltava a haver dois terços da população a favor do ponto final (cifras em ZIMMERMANN, 2001, p. 48 ss.).

83. Sobre a influência que tiveram os princípios desenvolvidos pelo IMG sobre o desenvolvimento do direito penal internacional veja-se AMBOS, 2008, § 6 Rn. 11; OSTENDORF, 2003, p. 126; cfr. também já MEYER-ABICH, 1949, p. 12. Para a interação das medidas de desnazificação, assim como dos esforços forenses nacionais e internacionais e o seu (in) sucesso, tendo como exemplo os Generais da SS de Bach-Zelewski, ver o jovem Birg, JICJ 9 (2011), p. 441-474, e neste ponto também o papel dos Tribunais alemães na segunda fase de claro julgamento positivo.

84. ZIMMERMANN, 2001, p. 17 com nota 1.

side claramente em que naquele momento, todavia, havia uma *ampla aceitação do* nacional-socialismo por parte da população,[85] o que fez com que somente tivessem aceitação as condenações de Nuremberg de alguns poucos criminosos de guerra principais, mas não foi aceita a condenação do "homem comum" nos processos posteriores.[86]

A *mentalidade do ponto final* da *segunda fase* provocou diversas interações. Assim, por exemplo, por causa dos indultos decididos por parte dos aliados, os promotores e juízes alemães sentiram-se animados a não sequer investigar ou a paralizar os processos pendentes.[87] Também a discussão política deixou suas marcas na prática jurídica: a jurisprudência nos Estados (Länder) prescindiu da superação sistemática das injustiças e ilegalidades próprias do nacional-socialismo, já que "se seguiu uma tendência que estava presente no público de não ter que continuar dando tanto valor à persecução penal daqueles delitos".[88] Também as *leis de impunidade e os indultos* tiveram seu impacto: somente até 31.05.1951 foram indultadas no total 792.176 pessoas; Apesar de não se conhecer a proporção de criminosos nacional-socialistas, seu número alcança estimativas de cinco cifras.[89] A reincorporação nos anos 50 de pessoas incriminadas, entre as quais se viram também beneficiadas por exemplo ex-membros da Gestapo e da SS armada,[90] chegou ademais a que instituições estatais em muitos casos fossem ocupadas majoritariamente com ex-membros do NSDAP.[91] O resultado desta *continuidade pessoal* foi muitas vezes não só a falta de predisposição de persecução por parte dos juristas,[92] senão também um "clima de impertinência", em meio ao qual ex-nacional-socialistas puderam fazer ouvir-se novamente.[93]

---

85. Sobre isto LEUPOLT, 2003, p. 205 com nota 1211 e outras referências.
86. Cfr. ZIMMERMANN, 2001, p. 21 ss.
87. OSTENDORF, 2003, p. 129.
88. Citado em KRUSE, 1978, p. 121.
89. FREI, 1997, p. 18, 52.
90. FISCHER/LORENZ, 2007, p. 95; FREI, 1997, p. 71, 79.
91. Assim, por exemplo, em 1950 cerca de 80% dos juízes da Corte Superior (BGH) eram ex membros do NSDAP (FISCHER/LORENZ, 2007, p. 145). Na zona britânica logo depois de 1945 haviam sido ex membros do NSDAP 30% dos presidentes de Tribunal e mais de 80% dos presidentes de Tribunais dos diferentes Estados (Länder) (Idem, p. 98 ss.). Veja-se também FREI, 1997, p. 81, para a teoria penal cfr. PERELS, 1998, p. 519.
92. FISCHER/LORENZ, 2007, p. 98 s.
93. FREI, 1997, p. 20.

2. REPÚBLICA DEMOCRÁTICA ALEMÃ

2.1 *Introdução*

A fundação dos Estados alemães teve lugar logo depois que a Guerra Fria entre os Estados aliados ocidentais e a União Soviética tornou-se mais aguda, marcadamente a partir de 1947 e que alcançou seu ponto culminante em 1948-1949 com o bloqueio de Berlim.[94] A fundação estatal da RDA levada adiante pela União Soviética em 07.10.1949 concentrou-se no objetivo de erguer um Estado socialista segundo o exemplo da União Soviética. Apesar de contar com uma Constituição originariamente burguesa segundo o exemplo de Weimar,[95] a RDA transformou-se em um *Estado totalitário* sob o domínio do *Partido Socialista Unificado* ("Sozialistische Einheitspartei", SED) e da vigilância e da repressão do Ministério para a Segurança do Estado ("Ministerium für Staatssicherheit", MfS).[96] Não existia divisão de poderes funcional nem eleições livres. Na realidade, a justiça foi cada vez mais integrada ao aparato estatal a fim de lograr seu controle e sua conformidade política, o que já nos primeiros anos da RDA levou a numerosas condenações por delitos políticos.[97] Por consequência de um crescente número de fugas em 1961 a RDA isolou-se hermeticamente da RFA com a construção do muro de Berlim assim como mediante uma fronteira severamente vigiada, inclusive com o uso de minas e dispositivos de disparo automático ("Selbstschussanlagen"), os quais causaram a morte de muitas pes-

94. Veja-se um curto esboço histórico sobre a fundação, desenvolvimento e queda da RDA em ESER/ARNOLD, 2000 II, p. 3-15, assim como LEUPOLT, 2003, p. 5-14.

95. GBl. I 1949, p. 5. Na Constituição de 06.04.1968 (GBl. I, 199) na versão de 07.10.1974 (GBl. I, 429) já estava estipulado em seu art. 1, §. 1 que a RDA era um" Estado socialista dos trabalhadores e camponeses "sob a condução da classe trabalhadora e de seu partido marxista-leninista".

96. À organização do MfS, marcadamente ramificada, pertenciam até o final quase 90.000 membros de alto cargo que eram responsáveis por maus tratos a detentos penais, denunciações, sequestro e detenção de opositores políticos, extorsão de cidadãos da RDA que pretendiam emigrar, escutas de conversas telefônicas, controle de remessas postais, subtração de dinheiro e outros objetos de valor de cartas provenientes da Alemanha ocidental, ocultamento de membros da Facção do Exército Vermelho (RAF) da Alemanha ocidental e violação do segredo profissional entre outros (MARXEN/WERLE, 1999, p. 228 ss.).

97. ESER/ARNOLD 2000, II, p. 7, com nota 39. Calcula-se que no total foram condenadas e detidas por motivos políticos cerca de 200.000 pessoas (SCHROEDER, 1996, p. 81).

soas.[98] Sob o efeito causado pelos processos de derrubada política dos Estados do bloco oriental e sob pressão dos protestos da população, em 1989 Honecker apresentou sua renúncia e a RDA abriu suas fronteiras. Em março de 1990 tiveram lugar as primeiras eleições livres e em 03.10.1990 dissolveu-se a RDA como sujeito de direito internacional público logo em seguida a sua adesão à RFA (Reunificação) decidida pela Câmara do Povo da RDA, formulada como sucessão no direito internacional público e de acordo com o art. 23 (versão anterior)[99] da Constituição.[100]

2.2 Mecanismos de superação do passado

A superação da criminalidade própria do sistema da ex-RDA foi alcançada *fundamentalmente com meios jurídico-penais*. Os processos foram levados adiante primeiramente pelas autoridades da persecução penal e por tribunais ordinários da RDA já no ano 1989 sob a pressão da onda de emigração e de protestos públicos; em seguida à unificação (03.10.1990) foram continuadas pelas autoridades da RFA.[101] No marco da aplicação dos códigos penais da RDA, e

98. A pergunta sobre quantas são realmente as pessoas que morreram tentando pular o muro não tem uma resposta unânime. Os dados abarcam desde 248 mortos (MARXEN/WERLE, 1999, p. 224) o 264 (MARXEN/WERLE, 1999, p. 8 com base nas autoridades de investigação) passando para mais de 800 (KREICKER/LUDWIG, 2000, I, p. 90; 2000 II, p. 50 com nota 12 e outras referências que dão conta de entre 264 até 1.000 mortos, cfr. também ESER/ARNOLD, 2000, II; p. 18) e chegam a alcançar os 1.303 (de acordo com a Diretoria do Museu do Muro em Berlim, que também contabiliza os mortos havidos nas outras linhas fronteiriças da RDA assim como aquelas pessoas falecidas ao tentar cruzar a fronteira por outros motivos, FR v. 13.08.2008, p. 9).

99. O art. 23 (versão anterior) da Constituição dizia "Esta Constitución rige primeramente en las regiones de los estados Baden, Bavaria, Bremen, Gran-Berlin, Hamburgo, Hessen, Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Schleswig-Holstein, Wurtemberg-Baden und Wurtemberg-Hohenzollern. En otras partes de Alemania debe ser puesta en vigencia luego de sus respectivas incorporaciones". O art. 23 (versão anterior) da Constituição estava, portanto, confeccionado especialmente para o caso da reunificação e foi devidamente derrogado logo depois que a unificação foi concluída.

100. KREICKER, em: ESER/ARNOLD, 2000, II, p. 37.

101. Os delitos por superar, a saber, as expressões da criminalidade própria do sistema da RDA, podem ser classificados da seguinte maneira: Fatos violentos na fronteira alemanha-alemanha, prevaricação, abuso de autoridade e corrupção, delitos no âmbito do Ministério para a Segurança do Estado ("Ministerium für Staatssicherheit", MfS), denunciações, espionagem, fraude eleitoral, doping, infração da proibição de comércio internacional e delitos econômicos, assim como a hospedagem de membros da RAF. Para uma rápida visão da cronologia do processo de transição e dos mecanis-

logo da RFA, foram também consideradas figuras jurídicas e princípios do direito internacional público. No âmbito *extrapenal* foram sancionadas numerosas leis de reabilitação, de reparação e de ressarcimento. Ademais, ocuparam-se duas comissões, asim como um escritório, da superação do sistema da RDA; este escritório ainda continua funcionando.

2.3 Análise dos mecanismos

2.3.1 Superação pelo direito penal

Os processos penais que tramitaram pelas *Oficinas de Persecução Penal da RDA* no último ano de sua existência limitaram-se em primeira linha aos âmbitos de *abuso de autoridade* e de *fraude eleitoral*, em especial pela fraude nas eleições municipais (*Kommunalwahlen*) de 1989.[102] As numerosas provocações e delações por parte da população assim como as informações críticas da imprensa foram motivo de rápida e considerável (tendo em vista o pouco tempo disponível em relação ao grande volume de trabalho) atividade dos Escritórios de Persecução Penal.[103]

Com a *reunificação* transferiu-se à RFA a superação jurídico-penal da criminalidade própria do sistema da RDA. Numerosos processos já iniciados foram continuados assim na RFA ou utilizados para investigações próprias.[104] A

---

mos e instrumentos legais mais importantes no idioma espanhol cfr. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Memoria Histórica. El Proceso de Justicia Transicional en Alemania, Argentina, Chile, España, Portugal y Sudáfrica, Boletin de Documentación n. 27, Sep.-Dic.- 2006, Disponível em: [www.cepc.es/catalogo_documentos_electronicos.asp?IdClasificacion=13&IdCCatalogados=319].

102. Detalhado em MARXEN/WERLE, 1999, p. 148-156; MARXEN/WERLE/SCHÄFTER, 2007, p. 11. Somente se encontra documentado um processo por um procedimento violento da polícia e do MfS contra manifestantes pacíficos em outubro de 1989 (cfr. MARXEN/WERLE, 1999, p. 148). Não é possível contar com dados exatos sobre o volume das atividades investigativas da justiça da RDA em geral. Sem embargo, um documento interno da chefia do Ministério Público da RDA (DDR-Generalstaatsanwaltes) menciona a existência de 180 processos de investigações contra 124 acusados assim como de pelo menos 42 detenções até 10.05.1990 (cfr. MÜLLER, 2001, p. 185 ss.; MARXEN/WERLE/SCHÄFTER, 2007, p. 11 ss.).

103. MARXEN/WERLE, 1999, p. 149; MARXEN/WERLE/SCHÄFTER 2007, p. 13.

104. MARXEN/WERLE, 1999, p. 232 ss.; MARXEN/WERLE/SCHÄFTER, 2007, p. 54. No total haviam sido levados adiante logo depois de 1989 e até o encerramento do último processo em 2005 (sem os casos de espionagem) aproximadamente 74.894 processos de investigação contra estimativamente 100.000 pessoas por procedimentos injustos da

abordagem jurídico-penal desta criminalidade não encontra menção explícita no *Tratado de Unificação* que regula as questões legais emergentes no contexto da reunificação. Sem embargo, seu art. 8 estipula que o direito penal da RDA é substituído pelo da RFA e portanto a pretensão *penal* e as competências da persecução penal da RDA *passam para a RFA*, sua sucessora legal. As autoridades alemãs federais estão, portanto, obrigadas a persecução penal de todos os delitos cometidos na RDA, de acordo com o § 152 II StPO ("Strafprozessordnung", Código de Procesal Penal) (Princípio da legalidade), *sempre e quando* estes *continuem sendo puníveis* em seguida a sua adesão à RFA.[105] Se este é o caso depende do seguinte: A substituição do direito penal da RDA pelo da RFA, estipulado pelo art. 8 do Tratado de Unificação,[106] levou a que a aplicação (única) do direito vigente ao momento do cometimento do fato, ou seja o direito da RDA, fosse excluída. Ao mesmo tempo, sem embargo, a aplicação exclusiva do direito penal da RFA levaria à violação do princípio de irretroatividade (art. 103, II, Constituição, § 1.° StGB), já que no momento do cometimento do fato estava precisamente vigente (unicamente)[107] o direito da RDA. A *tensão entre o princípio "lex posterior derogat legi priori" e o princípio da irretroatividade*[108] da lei penal resolve-o o art. 315 EGStGB ("Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch", a Lei de Introdução ao Código Penal), incorporado no marco do Tratado de Unificação, em concordância com o § 2.° StGB por meio de dois princípios: Por um lado aplica-se o princípio *lex mitior*, previsto no § 2.° § 3.° StGB (ao que remete o art. 315 I EGStGB). Segundo este princípio, em caso de reforma legal, deve ser aplicada em cada decisão judicial a norma menos severa. Por outro lado, deve ocorrer um caso de *continuidade do injusto*

RDA. Em 1286 desses casos houve sentença definitiva do tribunal referentes a processos em que houve instrução e julgamento (MARXEN/WERLE/SCHÄFTER, 2007, p. 24 ss., 54, 38 s. com quadro 19).

105. KREICKER/LUDWIG, 2000 I, p. 90; MARXEN/WERLE, 1999, p. 3 ss.

106. De 31.08.1990 (BGBl. 1990, II, p. 889), adaptado por último pelo art. 12 G v. 30.10.2008 I 2130 combinado com o art. 6 nr. 5 G v. 21.12.2008, I, 2940.

107. Isto seria, supostamente, distinto se o direito penal da RFA já encontrasse aplicação mediante as regulações do direito de aplicação da pena inclusive antes da adesão da RDA. Neste caso seria aplicável, de acordo com o § 315, IV, EGStGB, o direito penal da RFA, cfr. *Kreicker/Ludwig* 2000, I, p. 91; veja-se também HOMANN, 1998, p. 754; MARXEN/WERLE, 1999, p. 3-5; sobre o direito penal interlocal neste contexto veja-se AMBOS, 2008, § 1 nota 43 ss.

108. Em detalhe ELSNER 2000, p. 31 ss., 45 ss.

(*Unrechtskontinuität*).[109] Isto significa que a conduta em questão não somente deve estar contemplada tipicamente em ambos os códigos penais, senão que os tipos penais relevantes devem proteger, ademais, o mesmo bem jurídico. Em consequência disto, nos casos nos quais uma conduta é contemplada tanto no Código Penal da RDA como no da RFA, a conduta é apenada segundo a *lei que em cada caso resulte menos severa*. Ao contrário, em casos em que uma conduta não esteja contemplada em um dos correspondentes códigos penais, seja por que não existe esse tipo penal ou por que um tipo penal é aplicável de acordo com seu texto mas penaliza outro injusto, tal conduta ficará impune.[110]

Junto às questões mencionadas, relativas ao direito penal aplicável, surgem outros problemas a respeito da prescrição da persecução penal e da execução da pena: Esta encontra-se regulada primeiramente pelo art. 315 *a* EGStGB, segundo o qual a prescrição interrompe-se em 03.10.1990 (como dia de entrada em vigência da adesão da RDA à RFA) de modo que não há prescrição já nos tempos da RDA, e começa, portanto, a correr novamente segundo os §§ 78 ss. com a limitação do § 78 *c* §. 3.º do StGB-RFA.[111] A jurisprudência federal alemã construiu, sem embargo (a fim de evitar a provável prescrição de alguns delitos da RDA), uma *hipótese de suspensão fática da prescrição* de 11.10.1949 até 02.10.1990 para os casos em que – como era geralmente o caso – a persecução penal houvera sido omitida por causa explícita ou suposta de falta de vontade dos agentes do estado ou do partido, seja por motivos políticos ou por outras causas violadoras dos princípios de uma ordem liberal do Estado de Direito. Desta maneira começaram a correr os prazos de prescrição recentemente em 03.10.1990.[112] Esta postura foi confirmada legalmente com a primeira lei de

109. Em detalhe idem, p. 163 ss.

110. Detalhes sobre este parágrafo KREICKER, em: ESER/ARNOLD 2000, II, p. 37-47.

111. A cessação da prescrição nos termos do § 78 *b* StGB impede o início ou a continuação do prazo de prescrição; em caso de desaparecimento da causa de suspensão, o prazo de prescrição começa a correr novamente, quer dizer, que a parte do prazo que havia ocorrido antes da suspensão da prescrição segue sendo considerada. Isto é distinto quando o prazo é interrompido de acordo com o § 78 *c* StGB. Neste caso, a parte do prazo que já havia transcorrido é deixada sem efeito pelo acontecimento que interrompe o prazo, e o prazo começa a contar de zero logo depois da interrupção. Isto, sem embargo, somente dentro dos limites dos prazos absolutos de prescrição: A prescrição tem lugar independentemente das interrupções, de acordo com o § 78 párr. 3 StGB, quando se tenha cumprido o dobro do prazo de prescrição legal e pelo menos um prazo de três anos.

112. Cfr. BGH 40, 48, 113, 118; 41, 247, 248, 317, 320. O que é pelo menos problemático, já que, como foi exposto supra, a RDA havia começado com a superação pelo direito penal já antes da reunificação.

prescrição de 26.03.1990,[113] e voltou a ser confirmada com a quarta lei de prescrição de 23.11.2007.[114] As segunda e terceira leis de prescrição prolongaram os términos dos prazos.[115]

Ademais, a jurisprudência federal alemã considerou como particularmente relevantes e, portanto, dignos de persecução penal os fatos que ou bem houveram *atentado de forma grave e manifesta contra os direitos humanos reconhecidos pelo direito internacional*, ou bem aqueles nos quais já se houvera posto em andamento a persecução penal pela mesma RDA (casos da denominada *continuidade da persecução*).[116] A necessidade da existência de uma grave violação dos direitos humanos desempenha um efeito tanto legitimante como limitante e é explicitamente aplicada a três *grupos de delitos*: nos casos de fatos violentos na fronteira alemanha-alemanha, nos casos de prevaricação (*Rechtsbeugung*), e nos casos de denunciação (política). Esta linha é seguida também, ainda que sem expressa previsão para a responsabilização penal de maus tratos de prisioneiros penais e em casos de doping e se revela também na impunidade de intervenções menos intensivas por parte da MfS e na exigência adicional de continuidade da persecução penal (especialmente para os processos por abuso de autoridade e corrupção).[117] Para os casos de continuidade da persecução nos quais geralmente não havia violação grave e manifesta dos direitos humanos, a necessidade punitiva não se desprendia, portanto, da gravidade do ato, senão do fato de o processo já haver sido iniciado pelos Escritórios de Persecução Penal da RDA como expressão da vontade de uma grande parte de sua população.[118]

Dos complexos delituosos mencionados deve-se destacar, por sua vez, os *fatos violentos na fronteira alemanha-alemanha*. Aqui interessam particularmente, antes de tudo, duas questões. Em primeiro lugar, apresenta-se a pergunta sobre uma *violação ao princípio da irretroatividade*, já que os delitos na fronteira alemanha-alemanha foram considerados como justificados pelo § 27 da lei da fronteira, especialmente o homicídio, não obstante estar previsto

113. BGBl. 1993, I, p. 392.

114. BGBl. I, p. 2614.

115. Verjährungsgesetze de 27.09.1993 (BGBl. 1993, I, p. 1657) y 22.12.1997 (BGBl. 1997, I, p. 3223), sobre isto KREICKER/LUDWIG, em: ESER/ARNOLD, 2000 II, p. 555.

116. MARXEN/WERLE/SCHÄFTER, 2007, p. 58 ss.

117. Cfr. MARXEN/WERLE, 1999, p. 239-241.

118. Cfr. MARXEN/WERLE/SCHÄFTER, 2007, p. 57-59; WINGENFELD, 2006, p. 123 s.

como típico no direito da RDA.[119] Portanto, a jurisprudência dos tribunais superiores negou a ocorrência de violação do princípio da irretroatividade.[120] A *Corte Superior de Justiça* ("*Bundesgerichtshof*", BGH) aplicou a já mencionada fórmula de Radbruch[121] por "infração grave e manifesta dos princípios fundamentais de justiça e humanidade [derivados de um direito *supra* positivo e internacional]".[122-123] Dado que a mencionada causa de justificação do § 27 da Lei de Fronteira da RDA foi considerada, portanto inaplicável inclusive já no momento do cometimento do fato, foi negada a violação ao princípio da irretroatividade.[124] A Corte Superior somente confirmou no caso, *a posteriori*, a invalidade *(Unwirksamkeit)*, da causa de justificação que, desde o seu ponto de vista, já seria inválida no momento do fato. Não se trata, portanto, de uma invalidação retroativa. Segundo o *Tribunal Constitucional Alemão* ("Bundesverfassungsgericht", BVerfG) o princípio da irretroatividade (art. 103, 2.°, da Constituição) apresenta um efeito protetor somente limitado, pelo que em definitivo não se estaria infringindo-o. O princípio da irretroatividade, como manifestação do princípio do Estado de Direito, persegue a proteção da justiça material e, assim, a proteção da confiança do cidadão, que somente será

119. De acordo com o § 27 Párr. 2 Oração 1 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) Lei de Fronteira da República Democrática da Alemanha: "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). Isso foi aceito regularmente em caso de um "cruzamento da fronteira ilegal" no sentido do § 213 Párr. 3 DDR-StGB. A situação legal é distinta em casos de fatos ilícitos contra cidadãos da República Federal ou em território da República Federal, já que nestes casos, segundo as regras de competência jurídica (§§ 3 ss. StGB) rege o direito penal da RFA.

120. Para uma discussão em idioma espanhol cfr. AMBOS, 1999 com tradução das normas atinentes na p. 35 ss.

121. Supra nota 46.

122. A Corte Superior (BGH) refere-se neste sentido ao art. 6, §. 1, art. 12, §. 2 do Pacto Internacional de Direitos civis e políticos (PIDCP) e ao art. 3, art. 13, nr. 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (BGHSt 39, 1; cfr. também KREICKER/LUDWIG, em: ESER/ARNOLD, 2000, II, p. 560).

123. Sobre isto em detalhe LEUPOLT, 2003, p. 72-89; 113-162.

124. Cfr. BGH, Sentença de 03.11.1992 (5 StR 370/92), NJW 1993, p. 147-48.

apenado por um fato que ao momento de seu cometimento estiver ameaçado com uma pena. Em um Estado que se rege, segundo um sistema e formas injustas, contrários ao Estado de Direito, no qual tanto a divisão de poderes como as liberdades democráticas e fundamentais estão reduzidas ao extremo e no qual pelo desapreço aos direitos humanos geralmente reconhecidos vêem-se beneficiados os mais graves injustos penais pela criação de causas de justificação, esta proteção somente pode existir de modo muito limitado.[125] Disso se depreende que também o princípio da irretroatividade, como mandato de justiça material, pode ser aplicado somente em um âmbito muito limitado.[126] A *Corte Europeia de Direitos Humanos* (CEDH) confirmou esta decisão e expressou que deveria ser denegada uma infração ao princípio da irretroatividade da lei regulada pelo art. 7.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, já que inclusive no direito da RDA vigente no momento dos fatos não havia podido prosperar a justificação dos atos de homicídio.[127] Diferentemente da *Corte Superior*, a CEDH reconheceu que se infringiu também os princípios da proporcionalidade e da proteção da vida humana, contemplados no art. 30 I, II, 19, II, da Constituição da RDA.[128] A jurisprudência também rejeitou *outras causas (próprias do direito internacional) de extinção da punibilidade*,[129] como por exemplo a que emerge do princípio da imunidade estatal.[130]

Por outro lado, a jurisprudência da Corte Suprema tem recorrido à teoria da *autoria mediata por domínio da organização* para condenar aqueles que estavam

125. BVerfG, NJW 1997, 929 ss., 930.

126. Cfr. BVerfG (Tribunal Constitucional), Decisão de 24.10.1996 – 2 BvR 1851/94, NJW 1997, 929 ss.; Decisão de 21.07.1997, EuGRZ 1997, 413 ss.; Decisão de 07.04.1998, NJW 1998, 2585 ss.

127. NJW 2001, 3035 ss. Crit. AMBOS, 2002 com ulteriores referências.

128. Também a Corte Europeia de Direitos Humanos tem entendido que haja, ademais, uma infração das regulações do Direito Internacional. A responsabilidade internacional da RDA mediante o § 95 DDR-StGB daria também fundamento para a responsabilidade penal do indivíduo (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" – "Quem atue com inobservância dos direitos humanos e fundamentais; aos deveres que impõe o direito internacional ou à soberania estatal da DDR, não pode invocar a lei, ordem ou instrução e será considerado penalmente responsável").

129. KREICKER/LUDWIG, 2000, I, p. 91; KREICKER/LUDWIG, em: ESER/ARNOLD, 2000, II, p. 559 ss.

130. Cfr. KREICKER/LUDWIG, em: ESER/ARNOLD, 2000 II, p. 559 ss.

por atrás do fato que se sucedeu e eram política e militarmente responsáveis pelas ordens. Isso já foi analisado detalhadamente em outra oportunidade,[131] pelo que deve bastar aqui uma pertinente citação da *Corte Superior*:

"(...) 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 organizaciones 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."[132]

O fato de que numerosas pessoas foram condenadas e detidas por motivos políticos na RDA[133] levou a que, logo em seguida a 1989, tivessem sido levados adiante mais de 12.000 processos por prevaricação contra juízes e promotores da RDA.[134] Aqui se viram paralelismos com a persecução dos ex-juízes do nacional-socialismo já que, não obstante ter sido verificada a necessária continuidade do injusto,[135] a jurisprudência exigiu uma infração manifesta do direito para declarar a prevaricação e essa infração deveria ser, ademais, de altíssima intensidade no sentido de um "ato de arbitrariedade", o que por sua vez somente era confirmado quando a ilegalidade da infração era manifesta e por sua causa houvessem sido gravemente violados os direitos humanos.[136] A

131. Cfr. AMBOS, 1998; AMBOS, 2005-2006, p. 216 ss.; AMBOS/GRAMMER, 2003.

132. BGH NJW 1994, 2703, sentença de 26.07.1994, 5 StR 98/94, ponto 1 b) bb) 2), tradução ao espanhol em AMBOS (coord.), 2008 com mais referências e um comentário. Referências jurisprudenciais para todos os âmbitos delitivos que seguem em ESER/ARNOLD, 2000, II, p. 596-640.

133. Veja-se supra nota 97.

134. BT-Drucks. 12/8402, p. 4.

135. A prevaricação é punível tanto de acordo com o § 244 DDR-StGB, como com o § 336 (versão anterior) e ao § 339 (nova versão) BRD-StGB, e ambos protegem o mesmo bem jurídico.

136. Veja-se sobre esta temática BGH, Sentença de 13.12.1993, NJW 1994, p. 529 (sobre o desenvolvimento da posição central a respeito da prevaricação mediante a aplicação do direito da RDA) assim como BGH, Sentença de 15.09.1995, NJW 1995, p. 3324 ss.

superação jurídico-penal também levou a condenações em outros delitos da criminalidade própria do sistema da RDA, como por exemplo nos processos por abuso de autoridade e corrupção,[137] fraude eleitoral,[138] denunciações,[139] *doping*[140] e as infrações contra a proibição do comércio interzonal,[141] assim como por outros delitos econômicos.[142] No âmbito dos delitos cometidos pela MfS foram os abusos em detenções[143] e o sequestro de opositores do regime da RFA para a RDA[144] os que levaram especialmente a condenações. Ficaram, porém,

---

(com indicações detalhadas a respeito das pautas de valores para a prevaricação assim como uma autocrítica a respeito de sua própria jurisprudência no marco do tratamento dos fatos ilícitos do nacional-socialismo). Veja-se também, KREICKER/LUDWIG, 2000, I, p. 92 s, HOMANN, 1998, p. 757.

137. Na maioria dos casos, tanto segundo o direito da RDA como pelo da RFA, castiga-se como infidelidade, em que em geral a norma menos severa é o § 266 Abs. 1 StGB (cfr. MARXEN/WERLE, 1999, p. 230 e mais outras referências).

138. Punível de acordo com o § 211 DDR-StGB, § 107 *a* BRD-StGB (sobre isso MARXEN/WERLE 1999, p. 226 com mais referências).

139. Punível já antes da reunificação de acordo com o art. 315 *a* Abs. 4 EGStGB em função do § 241 *a* StGB, que segundo o § 5 nr. 6 StGB também abrange os cidadãos da RDA (BGH 40, 125, 132, NJW 1994, 3174, 3176); de resto, eventualmente pela privação de liberdade em autoria mediata de acordo com os §§ 239 StGB, 131 DDR-StGB (cfr. MARXEN/WERLE, 1999, p. 227 com mais referências).

140. Punível geralmente como lesão nos termos dos § 223 BRD-StGB, § 115 DDR-StGB (cfr. KREICKER/LUDWIG 2000 I, p. 94, MARXEN/WERLE, 1999, p. 104 com mais referências).

141. As infrações à proibição de comércio internacional eram puníveis já antes da reunificação, de acordo com a Lei do governo militar (Militärregierungsgesetz, MRG) nr. 53 que como lei temporal segundo o § 2 pár. 4 StGB continuava aplicável inclusive logo depois do ingresso à RFA (sobre isto KREICKER/LUDWIG, 2000, I, p. 95; KREICKER/LUDWIG, em: ESER/ARNOLD, 2000 II, p. 553).

142. O enriquecimento de dirigentes da RDA é punível no caso concreto por infidelidade de acordo com o §§ 161 *a*, 163 DDR-StGB, § 266 StGB assim como por abuso de confiança segundo o § 165 DDR-StGB. A evasão impositiva por parte de empresas da RDA ativas na RFA era punível já antes da unificação de acordo com o § 370 AO. Todos esses delitos tem em geral uma importância menor (cfr. KREICKER/LUDWIG, 2000, I, p. 95; KREICKER/LUDWIG, em: ESER/ARNOLD, 2000, II, p. 553).

143. Por violação do previsto pelos §§ 115 ss. DDR-StGB, 223 ss. BRD-StGB (sobre isto KREICKER/LUDWIG, 2000, II, p. 548 s, MARXEN/WERLE, 1999, p. 97 com outras referências).

144. Punível de acordo com o § 234a BRD-StGB também já antes da reunificação, e, ademais, como privação ilegítima da liberdade de acordo com o § 239 BRD-StGB ou § 131 DDR-StGB.

impunes as infrações contra o segredo das telecomunicações,[145] a subtração de objetos de remessas postais,[146] a extorsão pecuniária daqueles que queriam sair do país,[147] a grande maioria dos casos de espionagem,[148] assim como o ocultamento de ex-membros da RAF.[149] Com o decurso do dia 03.10.2000 ocorreu a prescrição absoluta (salvo nos caso de homicídio) dos fatos cometidos no marco da RDA e do Estado de injustiça contrário aos princípios de um Estado de Direito; *desde 2005* a persecução penal está dada por *concluída*.[150]

2.3.2 Superação extrapenal

Assim como havia sido o caso no marco da superação jurídico-penal foi aqui também o próprio último governo da RDA que adotou medidas para a *reabilitação e reparação* em relação aos atos injustos contrários a um sistema de Direito cometidos no âmbito da Justiça. A correspondente Lei de Reabilitação ("Rehabilitierungsgesetz", RehaG)[151] previa a possibilidade de cassação de

145. Não está contemplado nem pelo § 202 DDR-StGB nem pelo § 132, 2 BRD-StGB (sobre isto MARXEN/WERLE, 1999, p.77, 83 mais outras referências).

146. Não era peculato nos termos do § 246 BRD-StGB, já que o momento do fato a apropriação ilícita em benefício de um terceiro não era punível; não era tampouco violação da obrigação de custódia nos termos do § 133 BRD-StGB (sobre isso MARXEN/WERLE, 1999, p. 87 ss. e mais outras referências).

147. Eventualmente punível como coação nos termos dos §§ 240 BRD-StGB, 129 DDR-StGB ou como extorsão nos termos do §§ 253 BRD-StGB, 127 s. DDR-StGB (sobre isso MARXEN/WERLE, 1999, p. 91 com outras referências).

148. Se bem que foi basicamente aceita a punibilidade de acordo com o § 94 em função do § 5 n. 4 StGB e com §§ 3 ss. StGB, e ainda quando em alguns casos se impôs pena de prisão com suspensão condicional (cfr. MARXEN/WERLE, 2007, p. 51); uma condenação dos espiões da RDA foi vista majoritariamente como injustificada, já que com a queda da RDA tampouco os espiões da RFA estavam ameaçados penalmente. O Tribunal Constitucional entendeu que, portanto, uma condenação implicaria uma violação ao princípio da proporcionalidade que se depreende do princípio do Estado de Direito previsto no Art. 20 da Constituição (Decisão do 15.05.1995, JZ 1995, 885 ss.).

149. A punibilidade por frustração da pena (Strafvereitelung) de acordo com o § 258 StGB é rechaçada em definitivo, MARXEN/WERLE, 1999, p. 92 s. e mais outras referências.

150. MARXEN/WERLE/SCHÄFTER, 2007, p. 7. Muito completo sobre a superação jurídico-penal: MARXEN/WERLE, Strafjustiz und DDR-Unrecht. Dokumentation. Berlin: de Gruyter 2000 ss. t. 1: Wahlfälschung (2000); t. 2/Partes 1 y 2: Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze (2002); t. 3: Amtsmissbrauch und Korruption (2002); t. 4: Spionage (2004); t. 5: Rechtsbeugung (2007); t. 6: MfS-Straftaten (2006).

151. Del 06.09.1990, GBl. DDR I, 1459.

sentenças[152] assim como medidas de reabilitação referentes tanto a decisões injustas contrárias ao Direito sofridas mediante medidas penais judiciais como mediante medidas legais laborais e administrativas.[153] Embora por causa da unificação esta lei não tenha chegado a entrar em vigor, foi, sem embargo, primeiramente incluída por partes no Tratado de Unificação e logo substituída por outras normas,[154] tal como fora estabelecido pelos arts. 17 a 19 do mesmo tratado. Assim, a Lei de reabilitação e indenização para as vítimas de persecuções de delitos declarados contrários aos princípios de um Estado de Direito nos territórios de adesão ("Gesetz über die Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet", StrRehaG) de 29.10.1992[155] previam a possibilidade de se fazer declarar ilegais e de deixar sem efeito medidas e decisões tanto judiciais como extrajudiciais, assim como, dado o caso, a possibilidade de poder exigir o pagamento de indenizações em relação àquelas decisões e medidas.[156] Com a Lei de derrogações administrativas contrárias ao Direito nos territórios de adesão, e com as reclamações derivadas delas ("Verwaltungsrechtliches Rehabilitierungsgesetz"), de 23.06.1994[157] e com a Lei de compensação por discriminação profissional para as vítimas de perseguições políticas nos territórios de adesão ("Gesetz über den Ausgleich beruflicher Benachteiligungen für Opfer politischer Verfolgung im Beitrittsgebiet") de 23.06.1994,[158] foi finalmente aberta a possibilidade de reabilitações a respeito de decisões de direito administrativo e profissional contrárias ao Direito. Deve mencionar-

152. Quando estas se referiam a uma grave infração legal ou continham uma sentença penal manifestamente incorreta, § 311 Pár. 2 DDR-StGB (cfr. KREICKER/LUDWIG, 2000 I, p. 95 s.).

153. § 1 RehaG, exaustivamente LEUPOLT 2003, p. 46 ss. Ao mesmo tempo foram reguladas a devolução e reintegração da propriedade mediante a Lei para a regulação de questões de numerário não resolvidas ("Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen", VermG) de 28.09.1990, (BGBl. 1990 II, p. 1159; mediante o direito da RDA posto em vigência pelo Tratado de Unificação, Anexo II ao Tratado de Unificação, Cap. III, Subtema B, Párr. I, 5).

154. Cfr. KREICKER/LUDWIG, em: ESER/ARNOLD, 2000 II, p. 558.

155. BGBl. 1992 I, p. 1814, modificado pela última vez em 31.12.2007 (BGBl. I, p. 2904).

156. Em detalhes ver LEUPOLT, 2003, p. 46-51.

157. VerwRehaG (BGBl. I p. 131, novamente redigida em 01.07.1997, BGBl. I, p. 1620, modificada pela última vez em 21.08.2007, BGBl. I, p. 2118).

158. BerRehaG (BGBl. I, p. 1311 ss., novamente redigida em 01.07.1997, BGBl. I , p. 1625, modificada pela última vez em 21.08.2007, BGBl. I, p. 2118).

se ademais a Lei de ressarcimento e compensação ("Entschädigungs und Ausgleichsleistungsgesetz") de 27.09.1994.[159]

Não houve dissolução de instituições da RDA ou "limpezas" ("Säuberungen") da administração da RDA comparáveis em suas dimensões à desnazificação. As relações jurídicas no serviço público, em realidade, basicamente continuaram. Sem embargo, puderam ser concluídas antecipadamente em casos de motivos excepcionais de demissão, como por violação aos princípios da humanidade ou do Estado de Direito e por atividade para o MfS.[160] As *anistias* foram exigidas e discutidas reiteradamente,[161] sem embargo nunca se alcançou a maioria parlamentar para aprová-las.[162] Tampouco, porém, puderam impor-se os pedidos de alguns setores do movimento de direitos civis da RDA, que pediam "mesas redondas", a saber, "tribunais" especiais para a superação do passado da RDA.[163]

Junto às medidas penais e extrapenais apresentadas dedicaram-se e ainda se dedicam outras instituições à superação histórica e pedagógica e às consequências da ditadura-SED. O *Escritório-Gauck*[164] tem a tarefa de arquivar as atas do MfS respeitando os princípios jurídicos da proteção de dados; tem, também, a função de oferecer aos cidadãos a possibilidade de ver a informação reunida sobre sua pessoa. Uma dedicação ampla e intensa do tema teve lugar no marco das duas Comissões-Enquete do Bundestag: A comissão para a "Superação da história e das consequências da ditadura SED na Alemanha" ("Aufarbeitung

159. EALG (BGBl. 1994 I, p. 2624). Sobre isto LEUPOLT, 2003, p. 55-66.

160. Cfr. Anexo I do Tratado de Unificação (Einigungsvertrag), Cap. XIX, Subtema A, Párr. III, especialmente 1 (5).

161. Pela primeira vez já no marco da discussão sobre o Tratado de Unificação (limitado a espiões da RDA), logo depois em 1995 como proposta de uma anistia geral, e em 1998 ao reclamar o PDS (partido sucessor do SED), a paralisação de novas medidas de persecução penal e a anistia dos funcionários já condenados, cfr. KREICKER/LUDWIG, em: ESER/ARNOLD, 2000 II, p. 557 s.

162. Sobre a discussão FREUDIGER, 2002, p. 2, nota 9 s.

163. KREICKER/LUDWIG, em: ESER/ARNOLD, 2000 II, p. 559; ROSSIG/ROST, em: ESER/ARNOLD, 2000 II, p. 527-532.

164. Erigida mediante a Lei de expedientes do serviço de segurança do Estado da antiga RDA de 20.12.1991 (Gesetz zum Umgang mit den Unterlagen der Staatssicherheit (StUG) (BGBl. I p. 2272), modificado pela 5. lei de modificação (5. StUÄndG) de 2 de setembro de 2002 (BGBl. I, p. 3446)) e denominada segundo seu primeiro diretor Joachim Gauck; desde outubro de 2000 o Escritório encontra-se sob a direção de Marianne Birthler.

von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland")[165] e a comissão para a "Superação das consequências da ditadura SED no processo de unificação alemã" ("Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit").[166] Por recomendação das duas comissões foi fundada em 1998 a "Fundação Federal para a superação da Ditadura SED", a fim de proporcionar um tratamento duradouro do tema.[167]

2.4 Impacto dos mecanismos utilizados

Uma particularidade de como foi conduzida a superação da criminalidade própria do sistema político contrário ao Direito da ex-RDA consiste primeiramente em que não houve, ou houve em todo caso um *processo de democratização* muito curto na RDA, e isso pelo fato mesmo de sua queda e de sua adesão à República Federal.[168] No que diz respeito à *percepção* pública foram os processos penais, antes de tudo os denominados *casos de disparos do muro,* os que assumiram uma posição predominante.[169] Entre os pedidos de "tribunais" especiais por um lado e de anistias gerais por outro a jurisprudência respondeu com um *ponto intermediário*[170] ao exigir que se evidenciassem lesões graves e manifestas aos direitos humanos, assim como com o princípio da continuidade da persecução. Independentemente das exigências de máximas próprias dos processos de transição e dos problemas de aceitação de uma "nova" justiça, os processos judiciais tem podido esclarecer fatos históricos e ancorá-los na memória histórica e social.[171] A concentração dos processos que se propôs a jurisprudência ao orientá-los principalmente a questões de direitos humanos assim como a função de sinalização e intimidação ligada a tal concentração, e, por outra parte, o fortalecimento do processo democrático de formação de vontade através da continuação dos processos iniciados na RDA apareceram,

---

165. Criada por resolução do Bundestag de 12.03 e 20.05.1992 (BT-Drucks. 12/2230 y 12/2597; Informe de 31.5.1994, BT-Drucks. 12/7820; veja-se DEUTSCHER BUNDESTAG, 1995).

166. Criada por resolução do *Bundestag* de 25.06.1995 (BT-Drucks. 13/1535 y 13/1762; Informe provisório de 08.10.1997, BT-Drucks. 13/8700; Informe final de 10.06.1998, BT-Drucks. 13/11000; veja-se DEUTSCHER BUNDESTAG, 2000).

167. Com a Gesetz über die Errichtung einer Stiftung zur Aufarbeitung der SED-Diktatur del 05.06.1998, BGBl. I, p. 1226. Disponível em: [www.stiftung-aufarbeitung.de].

168. Cfr. KREICKER/LUDWIG 2000, I, p. 89.

169. MARXEN/WERLE 1999, p. 254.

170. Cfr. MARXEN/WERLE/SCHÄFTER, 2007, p. 58 s.

171. Idem, p. 59.

em conjunto, como apropriados, e confirmaram o *papel do direito penal* – não obstante suas conhecidas deficiências – *como elemento importante da política do passado.*[172] O rechaço de uma anistia parcial para os espiões[173] parece, também, compreensível caso se advirta que tal medida acarretaria o risco de ser confundida com uma anistia para colaboradores do MfS, com o que, desta maneira, haveria podido ver-se ameaçada a aceitação dos esforços levados a cabo para superar o passado.[174] Por último, também a *reação positiva da população* ante as medidas extrapenais[175] oferecidas mostra que somente a superação jurídico-penal do sistema injusto e contrário ao Direito da RDA (que se estendia, por sua parte, a amplos âmbitos da vida social[176] não contemplados pelo direito penal) poderia alcançar um efeito limitado e, portanto, insatisfatório.[177]

3. AVALIAÇÃO FINAL

A estrutura, em igual medida totalitária do Estado nacional-socialista e do Estado SED, assim como a transição de uma ditadura a uma democracia que

172. Assim também MARXEN/WERLE/SCHÄFTER, 2007, p. 57-59. Cfr. também WINGENFELD, 2006, p. 123 s.

173. Supra nota 161.

174. Cfr. KREICKER/LUDWIG, em: ESER/ARNOLD, 2000 II, p. 558.

175. Assim como consequência desta lei foram solicitadas até 31.12.1997 164.000 processos de reabilitação e de cassação, dos quais haviam sido concluídos 154.000 para o ano 2000. O governo federal contava em 2000 com o pagamento de quase 2000 milhões DM somente na rúbrica de pagamento de ressarcimentos à vítimas de privações de liberdade contrárias ao Estado de Direito (cfr. *Kreicker/Ludwig*, em: *Eser/Arnold* 2000 II, p. 559). Até junho de 1998 há haviam sido apresentadas 2,3 milhões de solicitações referentes a bem de raiz segundo a VermG (veja-se nota 153), 145.000 solicitações segundo a StrRehaG e 68.000 pela VerwRehaG (veja-se nota 157), e para fins de 1996 haviam sido pagos segundo a StrRehaG (veja-se nota 155) 680 milhões, de acordo com EALG (veja-se nota 159) (até o fim de 1997) 59 milhões DM (LEUPOLT, 2003, p. 43). O mesmo vale para o trabalho do Escritório-Gauck: Até 01.05.2007 haviam ingressado 2,4 milhões de pedidos de 1,6 milhões de cidadãos para ver as atas que sobre eles havia elaborado o MfS, assim como 3,2 milhões de solicitações de serviço público (8. Tätigkeitsbericht des Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der DDR, p. 38, Anexo 11, p. 109, disponível em: [www.bstu.bund.de/nn_712442/DE/Behoerde/Taetigkeitsbericht/taetigkeitsbericht__node.html__nnn=true)].

176. Como as inabilitações de formação e laborais, expropriações, abusos contra membros da família, proibições de viajem etc.

177. Cfr. KREICKER/LUDWIG, em: ESER/ALBIN, 2000 II, p. 558.

passaram ambos Estados, justificam uma comparação destes dois processos de transição. Ainda assim *não* devem ser mal entendidos como *equiparação* destes Estados contrários ao Direito, o nacional-socialista e o SED. Sem embargo da criminalidade própria do sistema de não Direito da RDA com suas centenas de mortos na fronteira alemanha-alemanha, o *Estado injusto e contrário ao Direito do nacional-socialismo* com o holocausto, a guerra ofensiva e seus demais crimes contra a humanidade segue sendo *único*.[178] Também deve ser levado em conta que o nacional-socialismo foi superado em definitivo por fora, enquanto que a RDA, ao contrário, foi fundamentalmente superada por dentro.[179] Ademais, as vítimas da RDA, à diferença das do nacional-socialismo, eram quase exclusivamente de cidadania alemã e ainda que tenham sido perseguidas por sua convicção política, não o foram, porém, por sua raça, religião ou por outros motivos discriminatórios; no caso da RDA o processo de superação foi então, primordialmente, um assunto interno alemão.[180] Uma dominação nacional-socialista de 12 anos, por último, não pode provocar as mesmas profundas transformações sociais que os 40 anos de dominação do SED.

Caso se tente fazer uma *avaliação geral*, pode dizer-se que a jovem República Federal, apesar das dificuldades de seus primeiros anos,[181] com ajuda dos aliados (ocidentais) e em comparação com outros países, alcançou "resultados extraordinários"[182] em sua confrontação com o nacional-socialismo (apesar da dificuldade de seus primeiros anos).[183] Isto é assim, já que esta confrontação alcançou uma *considerável profundidade*[184] que se aplica ao tempo transcorrido entre aquela época e nossos dias, e isto apesar, ou talvez precisamente por causa das numerosas deficiências, obstáculos e demais problemas com os quais tiveram que lutar esta confrontação, assim como pelos debates e discussões políticos, jurídicos, históricos e de outro caráter que emergiam daquelas

178. Cfr. também LEUPOLT, 2003, p. 203.

179. Cfr. LEUPOLT, 2003, p. 204 ss.

180. LEUPOLT, 2003, p. 205 ss.

181. FREI, 1997 p. 8 ss.: FISCHER/LORENZ, 2007, p. 61; OPITZ 1976, p. 39 com outras referências; KRAMER, 1998, p. 413.

182. Brumlik, Vorwort, em: Fischer/Lorenz, p. 10.

183. FREI, 1997 p. 8 ss.; FISCHER/LORENZ, 2007, p. 61; OPITZ 1976, p. 39 com outras referências; KRAMER, 1998, p. 413.

184. Cfr. também FREUDIGER, 2002, p. 2 com outras referências.

dificuldades. Isto vale também, e especialmente, apesar de que desde o ponto de vista penal muitos fatos ficaram impunes por causa de uma dedicação sistemática iniciada tardiamente, da retraída atividade investigativa, da vacilante jurisprudência assim como pelas numerosas anistias etc.[185] Em definitivo, o objetivo da desnazificação iniciada logo depois da guerra teve êxito, isto é, o erguimento de um ente estatal democrático e de acordo com os princípios do Estado de Direito.[186]

A superação que se fez da *injustiça e contradições do direito próprias da RDA* beneficiou-se não só das experiências acumuladas na superação do nacional-socialismo, senão que se enfrentou por si menos dificuldades porque pode dar-se no marco do sistema sócio-estatal da República Federal: economicamente intacto, politicamente estável e juridicamente apto para funcionar. Não obstante o desafio de superar o conflito leste-oeste que se estendia a toda Alemanha quase não existia, portanto, o perigo de divisão social ou de enfrentamentos violentos como costuma ocorrer geralmente em processos de transição "normais". Os reclamos por anistia puderam ser, portanto, rechaçados sem que se pusesse em perigo por isso a paz social,[187] assim como se pode levar adiante o trabalho penal sem que houvesse pressão política no essencial. Também neste sentido foi encontrado um "*ponto intermediário* entre a ânsia de vingança das vítimas e a necessidade de repressão dos autores de delitos e seus simpatizantes".[188] Este ponto intermediário foi encontrado especialmente através da bem sucedida concentração da atenção nas violações graves dos direitos humanos, por um lado, e nos casos de continuidade da persecução, por outro lado.[189] Junto à superação jurídico-penal, que também trouxe aporte ao fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e fundamentais,[190] foram essenciais os meios extrapenais em forma de leis de reabilitação, de reparação e de ressarcimento assim como as instituições criadas para o esclarecimento e reconhecimento das injustiças e ilegalidades cometidas. Portanto, e não obs-

185. Cfr. FREUDIGER, 2002, p. 19; RÜCKERL, 1984, p. 129; PERELS, 1998, p. 385.

186. Assim também WESEL, 1997, p. 514.

187. Em sentido contrário, manifestam-se os defensores de uma anistia (cfr. ROSSIG/ROST, em: ESER/ARNOLD 2000 II, p. 525).

188. ROSSIG/ROST, em: ESER/ARNOLD, 2000 II, p. 535.

189. Cfr. MARXEN/WERLE/SCHÄFTER, 2007, p. 60.

190. Cfr. MARXEN/WERLE, 1999, p. 242 s.

tante a crítica – justificada[191] e injustificada[192] – à superação jurídico-penal, esta deve ser valorada *em geral* como *positiva*.[193]

4. BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

_____. *Common law* y los disparos del muro. 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). n. 20. p. 41-58. abr.- 2004 = *Revista de Estudos Criminais* (Univ. Católica do Rio Grande do Sul/Instituto Transdiciplinar de Estudos Criminais), n. 15 (2004). p. 11-22 = Nuevo Foro Penal (Medellín, Colombia) 67 (tercera epoca, enero – jun.-2005). p. 105-123.

_____. *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*. 2. ed. Berlin, 2004.

_____. *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 Criminologia* (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho). 2. Epoca, t. 3 (Enero-1999). p. 133-165; Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal (Argentina) 9 (1999), 367-401; Themis. *Revista de Derecho* (Perú). *Segunda época*. n. 37 (1998). p. 175-194; *Ciencias Penales* (Costa Rica) 17 (mar.-2000). p. 29-47; *Iter criminis* n. 10 (Tercera Época) mar.-abr. 2007. p. 137-164.

_____ (coord.) *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*. Bogotá: GTZ/Fiscalía General de la Nación/Temis, 2008.

_____. *Internationales Strafrecht*. 2. ed. München: Beck, 2008.

_____. *La parte general del derecho penal internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, Temis y Duncker & Humblot, 2005. Reimp. Bogotá: Temis, 2006.

191. Por exemplo, com relação à precisão das regulações legais sancionadas, à larga duração de muitos processos, à falta de centralização da persecução penal, assim como à errada assunção pelo legislador de que a prescrição, ao contrário do que realmente sucedeu, foi suspensa até 2.10.1990 por causa de uma insuficiente vontade de persecução por parte da RDA (supra nota 111) etc. (cf. MARXEN/WERLE, 1999, p. 274-252; MARXEN/WERLE/SCHÄFTER, 2007, p. 60 s.; cfr. também LEUPOLT, 2003, p. 108-113).

192. Em especial as críticas contra a "Justiça do vencedor" e contra a persecução realizada somente contra os executores "menores" (cfr. MARXEN/WERLE, 1999, p. 252-254; MARXEN/WERLE/SCHÄFTER, 2007, p. 60).

193. Assim também ROSSIG/ROST, em: ESER/ARNOLD, 2000, II, p. 536.

_____. Nuremberg revisited. *Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot*. Strafverteidiger (StV) 1997. p. 39-43.

_____. The legal framework of transtional justice, In: AMBOS; LAGARDE; WIERDA (eds.). *Building a future on peace and justice. Studies on transtional justice, peace and develpment*. Heidelberg: Springer), 2009; em português: AMBOS, Kai. *O marco da justiça de transição*. In: SOARES, Inês Virgínia P.; ZILLI, Marcos (orgs.). *Anistia, justiça e impunidade. Reflexões sobre a Justiça de Transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

AMBOS, Grammer. Dominio del hecho por organización. La responsabildad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. *Revista Penal*. vol. 12. p. 27. España, jul. 2003; también publicado en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. vol. 16. p. 163-196. Argentina, 2003; Iter Criminis. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. vol. 8. p. 11-41. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003; Derecho penal y criminología. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. vol. 26. n. 77. p. 103-130. Universidad Externado de Colombia, ene.-abr. 2005. Disponível em: [www.unifr.ch/derechopenal/articulos.htm].

BENZ, Wolfgang. Dimension des Völkermords. *Die jüdischen Opfer des Nationalsozialismus*. München, 1996.

BIRN, Ruth Bettina. Criminals as manipulative witness. A Study of SS General von dem Bäch-Zelewski. *Journal of International Criminal Justice 9* (2011). p. 441-474.

BENZLER, Susanne. Justiz und Anstaltsmord nach 1945. In: JUSTIZ, Redaktion Kritische (coord.). *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats*. Baden-Baden 1998.

BROSZAT, Martin. *Der Staat Hitlers*. 15. Aufl. München, 2000.

BRUMLIK, Micha; Vorwort. In: T. Fischer/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. *Lateinamerika Analysen* 20, 2/2008. p. 77-94.

CHAMBERLIN, Brewster, S.; Todesmühlen – Ein früher Versuch zur Massen-"Umerziehung" im besetzten Deutschland 1945-1946. *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte* 29 (1981). p. 420-436.

Dienststelle des Generalinspekteurs in der Britischen Zone für die Spruchgerichte (Hrsg.). Die Spruchgerichte zur Aburteilung von Mitgliedern der in Nürnberg verurteilten Organisationen, Merkblatt und Gesetzessammlung, ohne Datum, p. 1.

EIBER, Ludwig; Nach Nürnberg. Allierte Prozesse in den Besatzungszonen, In: JÜRGEN Finger, Sven, Keller und Andreas Wirschung (eds.). Vom Recht zur Geschichte, Göttingen 2009. p. 38-51.

ELSNER, Thomas. *Das intertemporale Strafrecht und die deutsche Wiedervereinigung*. Aachen, 2000.

ESER, Albin/ARNOLD, Jörg. Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. *Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*. Freiburg im Breisgau, 2000. t. 1 e 2.

FISCHER, Torben; LORENZ, Matthias N. (coords.). Lexikon der *Vergangenheitsbewältigung* in Deutschland. Debatten und Diskursgeschichte des Nationalsozialismus nach 1945. 2. ed. Bielefeld, 2009.

FRANKENBERG, Günter. Die NS-Justiz vor den Gerichten der Bundesrepublik. Eine Große Anfrage im Bundestag. In: JUSTIZ, Redaktion Kritische (coord.). *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats*. Baden-Baden, 1998.

FREI, Norbert. Vergangenheitspolitik. *Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*. München, 1997.

FREI, Norbert. *Der Führerstaat: 1933-45*. 7. ed., 2001.

FREI, Norbert/Martin BROSZAT. Das 3. *Reich im Überblick. Chronik, Ereignisse, Zusammenhänge*. München, 2007.

FREUDIGER, Kerstin. Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen. *Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20*. Jahrhunderts. Tübingen 2002. t. 33.

FRIEDRICH, Jörg. *Die kalte Amnestie: NS-Täter in der Bundesrepublik*. Frankfurt a.M., 1985.

DEUTSCHER BUNDESTAG (coord.). *Die Enquete-Kommission*. Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland im Deutschen Bundestag. 9 Tomos en 18 Partes. Frankfurt a.M., 1995.

DEUTSCHER BUNDESTAG (coord.). Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit: Materialien der Enquete Kommision. 8 Tomos en 14 Partes. Frankfurt a.M., 2000.

Götz, Albrecht, Bilanz der Verfolgung von NS-Straftaten. *Bundesanzeiger* n. 137a vom 30.07.1986, Köln, 1986.

GOSCHLER, Constantin. *Wiedergutmachung für NS-Verfolgte: Einführung und Überblick*. In: Zeitenblicke 3 (2004), n. 2: Disponível em: [www.zeitenblicke.de/2004/02/goschler/goschler.pdf].

GOSCHLER, Constantin. *Schuld und Schulden. Die Politik der Wiedergutmachung für NS-Verfolgte seit 1945*. Göttingen, 2005.

HEYNCKES, Heinz-Willi. Täterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen. *Analyse und Kritik der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*. Berlin, 2005.

HOMANN, Ulrike. Die Rechtsbeugungsprozesse gegen ehemalige DDR-Richter und Staatsanwälte vor dem Bundesgerichtshof. In: JUSTIZ, Redaktion Kritische (coord.). *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats*. Baden-Baden, 1998.

IMG. Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg, 14.11.1945 – 01.10.1946, Bd. XXII, Nürnberg, 1948.

JUST-DAHLMANN, Barbara/Helmut Just. *Die Gehilfen*. NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945, Frankfurt a.M., 1988.

KRAMER, Helmut. Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte als Gehilfen der NS – "Euthanasie" – Selbstentlastung der Justiz für die Teilnahme am Anstaltsmord. In: JUSTIZ, Redaktion Kritische (coord.). *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats*. Baden-Baden, 1998.

KREICKER, Helmut/Martin LUDWIG. Deutschland. In: A. Eser/J. Arnold (coords.). *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse* (Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes). Freiburg im Breisgau 2000. t. 1.

KRUSE, Falko. NS-Prozesse und Restauration. Zur justitiellen Verfolgung von NS-Gewaltverbrechern in der Bundesrepublik. In: Kritische Justiz 11 (1978), p. 109-134.

LEUPOLT, Söhnke. *Die rechtliche Aufarbeitung des DDR-Unrechts*. Köln, 2003.

MARXEN, Klaus/Gerhard Werle. *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz*. Berlin/New York, 1999.

MARXEN/WERLE. Strafjustiz und DDR-Unrecht. Dokumentation. Berlin: de Gruyter 2000 ff. t. 1: Wahlfälschung (2000); t. 2/Partes 1 y 2: Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze (2002); t. 3: Amtsmissbrauch und Korruption (2002); t. 4: Spionage (2004); t. 5: Rechtsbeugung (2007); t. 6: MfS-Straftaten (2006).

MARXEN, Klaus/Gerhard Werle/Petra Schäfter. *Die Strafverfolgung von DDR-Unrecht*. Fakten und Zahlen, Berlin, 2007.

MEYER-ABICH, Friedrich (coord.). Die Masken fallen. *Aus den Geheimpapieren des Dritten Reiches*. Hamburg, 1949.

Meyer-Abich/Mittelbach/Schierholt. Die deutschen Spruchgerichte in der britischen Zone. Sonderdruck aus der Sammlung. "Gesetz und Recht" für den Dienstgebrauch. Hamburg, 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: _____; DANKER, U. (coord.). *Die NS-Justiz und ihre Nachwirkungen*. Baden-Baden 2003.

PERELS, Joachim. Späte Entlegitimierung der NS-Justiz. In: JUSTIZ, Redaktion Kritische (coord.). *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats*. Baden-Baden 1998.

RAAB-STRAUBE, Lothar. Die justitielle Aufarbeitung der NSG-Verbrechen. Praktische Erfahrungen. In: OSTENDORF, H.; DANKER, U. (coord.). *Die NS-Justiz und ihre Nachwirkungen*. Baden-Baden, 2003.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristenzeitung* (SJZ) 1 (1946) n. 5. p. 105-108.

RAIM, Edith. Der Wiederaufbau der Justiz in Wesdeutschland und die Ahndung von NS-Verbrechen in der Besatzungszeit 1945-1949. In: JÜRGEN FINGER, Sven Keller und Andreas Wirsching (eds.). Vom Recht zur Geschichte. Göttingen, 2009.

ROSSIG, Kai/Antje Rost. Alternativen zur strafrechtlichen Ahndung des DDR-Systemunrechts. In: ESER, A.; ARNOLD, J. (coord.). Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. *Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse* (Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes). Freiburg im Breisgau, 2000. t. 2.

RÜCKERL, Adalbert. Probleme der Verfolgung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen aus der Sicht der Ludwigsburger Zentralen Stelle. In: P. Schneider/H. J. Meyer (coords.). *Rechtliche und politische Aspekte der NS-Verbrecherprozesse*. Mainz, 1968.

RÜCKERL, NS-Verbrechen vor Gericht. *Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*. 2. ed. Heidelberg, 1984.

RÜTER, Christiaan F.; Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1999. 39 tomos, Amsterdam, 1968.

SCHROEDER, Friedrich Christian. *Geschichtsbewältigung durch Strafrecht?* In: DEUTSCHE Richterzeitschrift (DRiZ) 1996, p. 81-96.

SCHUMANN, Die Göttinger Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1933-1955. In: E. Schumann (coord.). Kontinuitäten und Zäsuren. Rechtswissenschaft und Justiz im "Dritten Reich" und in der Nachkriegszeit, 2008.

WEHR, Ingrid. Von der *low-intensity democracy* zur Staatsbürgerschaftsdemokratie? Einige kritische Anmerkungen zur lateinamerikanischen Staatsbürger schaftsdebatte. In: Lateinamerika Analysen 20, 2/2008. p. 95-124.

WEINKE, Annete. Strafverfolgung von NS-Verbrechen in der Sowjetischen Besatzungszone und der DDR, In: Jürgen Finger, Sven Keller und Andreas Wirsching (eds.). Vom Recht zur Geschichte, Göttingen 2009.

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. t. 30, Essen, 1991.

WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts*. München, 1997.

WIELAND, Günther. Die deutsch-deutschen Rechtsbeziehungen zur Ahndung von NS-Verbrechen zwischen Mauerbau und Wiedervereinigung. In: H. Grabitz/K. Bästlein/J. Tuchel. *Die Normalität des Verbrechens. Bilanz und Perspektiven der Forschung u den nationalsozialistischen Gewaltverbrechen*. Festschrift für Wolfgang Scheffler, Reihe Deutsche Vergangenheit. Berlin, 1994.

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. Berlin, 2006. t. 27.

ZIMMERMANN, Volker. NS-Täter vor Gericht. Düsseldorf und die Strafprozesse wegen nationalsozialistischer Gewaltverbrechen, Juristische Zeitgeschichte NRW, coord. por Justizministerium des Landes NRW, Düsseldorf 2001. t. 10.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática, de Antônia Elúcia Alencar – *RT* 895/471;
- As bases do direito processual civil – Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual – Gand (Belgica) 1977, pelo Prof. Dr. Walther J. Habscheid, de Walther J. Habscheid – *RePro* 11/117;
- Notas sobre a justiça e o Ministério Público no direito da Alemanha ocidental, de Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery – *RePro* 47/168; e
- O Estado penal no Brasil neoliberal: reproduzindo o holocausto, de Leandro Gornicki Nunes – *RBCCrim* 91/201.

57034

La persecución de los crímenes nazi-fascistas en Italia

6

Emanuela Fronza

Investigadora en Derecho Penal y Profesora de Derecho Penal Internacional de la Universidad de Trento (Italia). Becaria de la Fundación Alexander von Humboldt (Alemana).

Área do Direito: Penal

Resumen: El trabajo analiza la experiencia italiana de transición del régimen fascista a la democracia, en particular a partir del 08 de septiembre de 1943, fecha en la cual se rompe la alianza entre Italia y Alemania y esta última deviene una potencia invasora enemiga. El articulo examina los mecanismos puestos en práctica para hacer frente a la criminalidad nazi-fascista. Si bien en la fase inicial se ha intentado perseguir, mediante jurisdicciones especiales, los crímenes nazi-fascistas, no ha habido una amplia persecución penal, ni tampoco una depuración de 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, aunque estos expedientes fueron descubiertos en 1994 durante el juicio contra Erich Priebke. El resultado fue la escasa persecución de los crímenes, la ausencia de una construcción de

Abstract: This paper analyzes the Italian experience in the transition from the fascist regime to democracy, specifically from September 8, 1943 when the alliance between Italy and Germany is broken with the latter turning into an enemy invading power. The article scrutinizes the mechanisms in place to deal with the Nazi-Fascist criminality. Even though in its initial stage there were attempts to prosecute the Nazi-Fascist crimes through special jurisdictions, there has been neither a broad criminal prosecution nor a purging of the supporters of the regime in the state agencies. In regards to criminal prosecution, the crimes perpetrated by Italians were subject to amnesty in June 1946 while those perpetrated by Germans were investigated. In 1960 the criminal proceedings were unlawfully filed away, but they were found in 1994 during the trial against Erich Priebke. The result was little prosecution for these crimes, the absence of a clear and shared memory regarding the tragic events and in general the removal of the fascist

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.

PALABRAS CLAVE: Crimenes de guerra - Jurisdicion militar - Colaboracionismo - Nazi-fascismo - Amnistia - Archivo provisional.

past, leading to the lack of true reconciliation in society, whose divide is visible to this day.

KEYWORDS: War crimes - Military jurisdiction - Collaborationisme - Nazi-fascism - Amnesty - Temporary file.

SUMARIO: 1. Introducción - 2. Las respuestas a los crimenes nazi-fascistas: 2.1 La respuesta penal: la persecución de los crímenes nazifascistas ante la jurisdicción militar y ordinaria; 2.2 La reación non penal: la Comisión parlamentaria de investigación sobre las causas de la ocultación de los crímenes nazi-fascistas - 3. Los mecanismos utilizados: la doble vía: 3.1 Las tres etapas de la justicia de transición en Italia - 4. Un derecho penal diferenciado: los crímenes cometidos por los italianos: 4.1 El decreto de amnistía del 22 de junio de 1946; 4.2 La interpretación "restrictiva" de la jurisprudencia y las sentencias aberrantes; 4.3 Las cuestiones: 4.3.1 El debate sobre el carácter retroactivo de las disposiciones sobre el colaboracionismo; 4.3.2 Sobre la naturaleza del gobierno fascista republicano; 4.3.3 El macro tipo penal de colaboracionismo: la remisión al Código Penal Militar - 5. Los crímenes cometidos por los alemanes: 5.1 "L'armadio della vergogna": el descubrimiento de los expedientes en el Palacio Cesi y la reapertura de los procesos; 5.2 La Comisión de investigación parlamentaria como solución no penal - 6. La transición incumplida.

1. INTRODUCCIÓN

Según las categorías desarrolladas en el último ventenio 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

1. Con el término justicia de transición se indica una dinámica judicial que se desarrolla a partir de las transiciones políticas de la post-guerra 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 post-89, estar finalizadas a contener la violencia política entre las diversas facciones y a 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

durante la transición post-fascista presenta problemáticas bastante similares a aquellas que emergen hoy en otras áreas geopolíticas, interesadas en procesos de transición a la democracia y en donde se presenta la necesidad de un *coming to terms with the crimes of the past*. En otros términos, la justicia de transición describe todas aquellas situaciones en donde hay un cambio de régimen y en donde 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[2] 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 sucesos históricos y encuadrar a 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 ésta.

La des-fascistización, 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

---

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, Francesca Ruggeri (comp.): *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, 119-136. Sobre tal concepto –como elemento fundamental para la construcción y la legitimación de un nuevo sistema democrático– desde un punto de vista histórico, véase, incluso para otras referencias, 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. Ver a este respecto A. Lollini, *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa, Oxford, Berghahn Books*, 2011.

3. Actualmente, las formas de la justicia de transición están condicionadas no sólo por el contexto histórico y por las exigencias de la política, sino también por *inputs* supranacionales. Importantes indicaciones se encuentran, en efecto, no sólo en los diversos instrumentos concernientes a la Corte penal internacional, sino también

actores del conflicto influyó y determinó de manera relevante en 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 nazi-fascista.

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.

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 sólo 45 días, hasta el 8 de septiembre.[4] Ese mismo día se firma

---

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).

4. La des-fascistización, vista la presencia en muchas instituciones de miembros del régimen fascista, comenzó de manera muy blanda. Sobre el punto cfr. Romano Canosa, *Storia dell'epurazione in Italia. Le sanzioni contro il fascismo*, Milano, Baldini e Castoldi, 1999; Hans Woller, "Ausgebliebene Säuberung"? *Die Abrechnung mit dem Faschismus in Italien*, In: Politische Säuberung in Europa. Die Abrechnung mit

el armisticio con Alemania (llamado armisticio Badoglio), que constituye un momento de cesura histórico-político, pero también jurídico. A partir de ese momento la situación se configuró de manera muy diferente para la Italia septentrional y la Italia meridional.[5] En Italia septentrional, ocupada todavía por Alemania, fue creada la *República social italiana* (RSI): un Estado sin soberanía y dependiente del ejército alemán.[6] En la Italia meridional, en cambio, hasta la liberación de Roma en junio de 1944, el Monarca instituyó el "*Gobierno del Sud*", cuya sede estaba primero en Brindisi y luego en Salerno. Dada también la fuerte conxion de la Monarquia con el regimen, esto gobierno garantizará 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 a las fuerzas aliadas anglo-americanas. 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]

Faschismus und Kollaboration nach dem Zweiten Weltkrieg/herausgegeben von Klaus-Dietmar Henke und Hans Woller, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1991, p. 148-191.

5. El texto del armnisticio se encuentra en *La nascita della repubblica. Mostra storico-documentaria*, Roma, 1987, 58; cfr. también Elena Aga-Rossi, *Una nazione allo sbando. L'armistizio italiano del settembre* 1943, Bologna, Il Mulino, 1993.

6. Giuliano Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, en Giuliano Vassalli-Gabriele Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Roma, La Giustizia penale, 1947, 42.

7. Cfr. Claudio Pavone, *Una guerra civile. Saggio storico sulla moralità della Resistenza*, Torino, Bollati Boringhieri, 1991; Mimmo Franzinelli, *L'amnistia Togliatti. 22 giugno 1946. Colpo di spugna sui crimini fascisti*, Cles, Mondadori, 2006, 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 al Congreso de Sevilla sobre "La transformación jurídica de las dictaturas 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 in Italia: punizione dei crimini di guerra fascista e influenza sulla memoria nazionale*, inédito. La primera parte de este trabajo ha sido ahora publicada: Toni Rovatti, *Leoni vegetariani. La violenza fascista durante la RSI*, Clueb, Bologna, 2011.

A partir de junio de 1944, liberada Roma de las fuerzas de ocupación alemanas por parte de las fuerzas anglo-americanas, el Gobierno italiano se intaló en la capital. El Decreto real n. 140 de 5 de junio de 1944, nombró a Umberto I de Savoya lugarteniente y 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 anti-fascistas del Comité de Liberación nacional (CLN).[10]

De esta sinergía surge el Decreto Ley real n. 134 de 26 de mayo de 1944 sobre la "Punición de los delitos y de los ilícitos del fascismo", que será el texto de referencia del sucesivo Decreto Ley del Lugarteniente n. 159 de 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. 224 de 10 de agosto de 1944).[14] Esta pena permaneció,

---

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, *La questione della colpa*, cit.

11. Este decreto se encuentra en "Supplemento alla Gazzetta Ufficiale", serie especial del 29 de julio de 1944, n. 41. Cfr. Hans Woller, *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, Bologna, Il Mulino, 1997, 193-205; Romano Canosa, *Storia dell'epurazione* cit., p. 48 e ss.

12. El gobierno se había formado el 08 de junio de 1944 inmediatamente después de la liberación de Roma. Así Rovatti, *La questione della colpa* cit.

13. Sobre la depuración fracasada cfr. Romano Canosa, *La storia dell'epurazione in Italia: le sanzioni contro il fascismo 1943 – 1948* cit.; Marcello Flores, *L'epurazione*, en AA.VV., *L'Italia dalla liberazione alla Repubblica*, Milano, Feltrinelli, 1977; Guido Neppi Modona, *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milano, Franco Angeli, 1984; Alessandro Orlandini – Giorgio Venturini, *I giudici e la resistenza. Dal fallimento dell'epurazione ai processi contro i partigiani: il caso di Siena*, Milano, La Pietra, 1983; Claudio Pavone, *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995; Domenico Roy Palmer, *Processo ai fascisti*, Milano, Rizzoli, 1996; Hans Woller, *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943 - 1948*, Bologna, il Mulino, 1997; Zara Algardi, *Processi ai fascisti*, Firenze, 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 cfr. Francesco Battaglino- Giuliano Vassalli, *La nuova legislazione penale*, Milano, Giuffrè, 1946, vol. I, 71 ss.

sin embargo, para algunos delitos políticos de los líderes y de los ministros del fascismo, así como también para los delitos de los código 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.

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 amnistia para los crímenes cometidos por los italianos.

En 1948 fue finalmente aprobada la Constitución;[17] la mayor parte de la legislación fascista permanecerá 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. LAS RESPUESTAS A LOS CRIMENES NAZI-FASCISTAS

El camino seguido por Italia para "hacer cuentas con los crímenes de guerra nazi-fascistas puede ser definido, en líneas generales, como linear y coherente. Antes que nada debe anticiparse que, si bien es cierto que inmediatamente luego de la caída del régimen fueron adoptadas algunas medidas para la persecución de los crímenes nazi-fascistas, Italia ha preferido la vía del olvido. Como se verá, esto obedeció a exigencias de pacificación

15. Señala el carácter contradictorio Massimo Donini, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia* cit. Cf. anche 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 (arts. 341, 342, 343 CP), violencia o resistencia al funcionario público (arts. 336-337 CP) y violencia a amenaza a un cuerpo político, administrativo o judicial (art. 338 CP).

17. La Costitución también instituyó una Corte Constitucional, cuya integración se completó sólo en 1955 y por tanto inició a funcionar siete años después de su creación. Al respecto debe resaltarse que fue precisamente la Corte Constitucional la que comenzó, a través de algunas decisiones fundamentales, a hacer limpieza de algunas normas fascistas y a hacer verdaderamente ejecutiva la Constitución.

y reconstrucción del país, a la necesidad de legitimar y afianzar al nuevo gobierno y al hecho de que las estructuras estatales estaban, por la mayor parte, luego de la guerra, compuestas por personas que habían adherido al régimen fascista, lo que garantizaba en cierto modo una continuidad institucional (en particular de los órganos judiciales, degli apparati e dei blocchi di potere). Como veremos, si bien hubo una ruptura o discontinuidad a nivel legislativo-formal (adopción de la Constitución y de las leyes para sancionar los crímenes fascitas), hubo también una continuidad sustancial a causa de la composición y funcionamiento de los órganos judiciales. Estos elementos contribuirán 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.

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 la institución de 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 nazi-fascistas fueron, como se adelantó, heterogéneas 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 que se renunció a cuestionar y depurar el personal que habian 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 la jurisdicción militar y ordinaria

En general, se puede decir que Italia ha preferido reaccionar a los crímenes nazi-fascistas –al menos en los primeros momentos luego de la finalización

18. Toni Rovatti, *Punizione dei crimini di guerra e costruzione della memoria: la legislazione speciale italiana 1945-1947*, 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, 2.

19. Guido Neppi Modona, *La magistratura dalla liberazione agli anni Cinquanta*, en AA.VV., *Storia dell'Italia repubblicana*, Torino, Einaudi, vol. III, 1997, 84 ss., definió a la depuración como un fracaso. En línea con tal elección fue mantenida la legislación del ventenio fascista, incluso el Código Rocco.

del conflicto– con una respuesta *penal*.[20] Han sido 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 progresivamente interpretando 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.

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 nazi-fascista han sido utilizadas –predominantemente– categorías y normas *preexistentes* a la comisión de los crímenes y pertenecientes al derecho penal nacional (común o militar),[21] al 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

20. Se retoma aquí la clasificación penal, pseudo penal y no penal propuesta por los editores. Sobre el resarcimiento y la indemnización cfr. en la pagina 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*".

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.

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 nazi-fascistas pertenecían a los Códigos militares (del 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 será determinante en la transición.

2.2 La reación non penal: la Comisión parlamentaria de investigación sobre las causas de la ocultación de los crímenes nazi-fascistas

Sólo 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 nazi-fascistas".

3. LOS MECANISMOS UTILIZADOS: 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

22. Sobre la jurisdicción militar de guerra cfr. el art. 103 de la Constitución. Cfr. además David Brunelli, Giuseppe Mazzi, *Diritto penale militare*, Milano, Giuffré, 2007, p. 531-536.

23. Esta fuerte descentralización territorial no ayudará a una reconstrucción homogénea y orgánica con repercusiones significativas sobre el "tipo" de memoria. Cfr. Toni Rovatti, que pone en evidencia el vínculo entre la forma de justicia elegida y la reconstrucción poco orgánica, en *Punizione dei crimini di guerra* cit., 3.

24. Con el decreto n. 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, cfr. Gabriele Sabatini, *L'amnistia politica* en Giuliano Vassalli-Gabriele Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., 465-468. La Alta Corte de Justicia permanecerá en funciones para el juicio de los senadores. Por lo tanto, salvo que fueran de competencia del Tribunale o del pretor, los delitos previstos en el título I del decreto 159 o en el art. 1 del decreto 142 son de competencia de las Salas especiales de las Corte de Assise.

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, ilegitima, la *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 sólo 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

25. Sobre la relación entre la jurisdicción militar y la jurisdicción ordinaria cfr. además del art. 103 de la Constitución, la sentencia de la Corte de Casación, en pleno, 25 de octubre de 2005, n. 5135, en donde 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 art. 13, segundo párrafo CPP sólo 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.

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.

3.1 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 nazi-fascista.[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 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 art. 5 del Decreto 159/1944.[28] Las caracterísitas esenciales de

---

26. Cfr. Informe Italia, en Kai Ambos, Gisela Elsner, Ezequiel Malarino (comp.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo, Fundacion 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, debe señalarse los linchamientos, las venganzas y las retorsiones espontáneas, esto es, la llamada depuración salvaje. Sobre el punto cfr. Hans Woller, *I conti col fascismo* cit., 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.

28. Para el texto del decreto presidencial véase el suplemento de la *Gazzetta Ufficiale* (Boletín oficial), serie especial del 29 de julio 1944 (n. 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

la persecución en Italia de los crímenes nazi-fascistas 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 nazi-fascista, 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 sólo 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 la acción penal. Retomando unas consideraciones

---

o *colaboración* con el invasor alemán. Sobre las normas del CPMG aplicables cfr. Giuliano Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza di Cassazione*, en Giuliano Vassalli; Gabriele Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione* cit., p. 75-98.

29. Sobre las normas penales en parte nuevas y retroactivas respecto a los delitos políticos y no políticos cfr. Massimo Donini, *La gestione penale del pasaggio* cit., 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. 1, 2001, 9-25; Mimmo Franzinelli, *Le stragi nascoste. L'armadio della vergogna: impunità e rimozione dei crimini di guerra nazifascisti 1943-2001*, Milano, Mondadori, 2002, 121-133; Franco Giustolisi, *L'armadio della vergogna*, Roma, Nutrimenti, 2004. Cfr. 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. 2, 1998, 165-178; sobre estas investigaciones internas hasta 1996 cfr. la *Relazione di minoranza della Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti*, p. 377 ss. Una investigación más profonda será desarrollada por la Comisión de investigación parlamentaria (v. infra); cfr. al respecto, sobre el contexto de tal ocultación la *Relazione di Minoranza*, en particular 196 ss.; y sobre el archivo provisional 255-265.

del Profesor Giuliano Vassalli, se puede afirmar que esta medida era ilegal por dos razones. La primera 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: sólo muy pocos expedientes han sido enviados a las fiscalías competentes.

4. UN DERECHO PENAL DIFERENCIADO: 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.

a) El Decreto 159

El Decreto Ley del Lugarteniente 159,[34] del 27 de julio de 1944 contiene las normas definidas como "sanciones contra el fascismo" y constituye

32. Esta expresión ha sido acuñada por los periodistas y también dio el título al libro de Franco Giustolisi, *L'armadio della vergogna* 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, cfr. *Relazione di Minoranza* cit., p. 343-362.

34. El texto se encuentra en *Supplemento alla Gazzetta Ufficiale*, serie especial del 29 de julio de 1944 n. 41. La base de este texto fue el decreto-ley real del 26 de mayo

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 fascimo,[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 art. 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

---

de 1944 n. 134 sobre la punición de los delitos y de los ilícitos del fascismo. Sobre este texto como *Magna Charta* de "la depuración política" cfr. Hans Woller, *I conti col fascismo* cit., 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, cfr. siempre Hans Woller, *I conti col fascismo* cit. 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, *I conti col fascismo* cit., 500. Sobre la abolición del Alto Comisariado para la depuración cfr. Hans Woller, *I conti col fascismo* cit., 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, 277 ss. y las observaciones de Calamandrei en pp. 285 ss.

36. La Alta Corte de Justicia –con base en el art. 2– era competente para juzgar a las principales personalidades fascistas. Ella estaba compuesta por 8 miembros nombrados por el gobierno y estaba presidida por un Consejero de Casación. El Alto Comisariado estaba dividido en 4 secciones: punición de los delitos fascistas, depuración, avocacion de las ganancias del régimen, liquidación de los bienes fascistas. Sobre el primer proceso iniciado el 18 de septiembre de 1944 contra Caruso cfr. Zara Algardi, *Processo ai fascisti. Anfuso, Caruso, Graziani e Borghese di fronte alla giustizia*, Firenze, Vallecchi, 1958; cfr. también Hans Woller, *I conti col fascismo* cit. 329; Toni Rovatti, *La questione della colpa* cit., 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 son obtenidos de Mirco Dondi, *La lunga liberazione. Giustizia e violenza nel dopoguerra italiano*, Roma, Editori Riuniti, 1999, 33. Cfr. Liuzzi, "Bilancio dell'Alta Corte", en *Rivista Penale*, 1945, 345 ss. Las Cortes Extraordinarias de Assise lograron enviar a juicio a un número mayor de figuras claves del regimen. Cfr. Romano Canosa, *Le sanzioni contro il fascismo* cit., 20 ss. La Alta Corte de Justicia fue suprimida el 5 de octubre de 1945.

37. En los arts. 11 y ss. se regulaba la depuración de los fascistas de la administración.

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.

El art. 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 art. 118 del Código Zanardelli. Norma nueva y absolutamente retroactiva.[38] Por lo tanto, a los delitos juzgados se les aplicaba sanciones no previstas al momento de su comisión en violación del principio de irretroactividad de la ley penal.

Ambos tipos penales (previstos en los arts. 2 y 3) podían ser aplicados a hechos cometidos hasta el 25 de julio de 1943 y eran encuadrados, remitiéndose al art. 120 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 art. 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 éste (se trata de la figura definida como "colaboracionismo").[40] Por tanto, las normas del Código Penal

38. Así Massimo Donini, *La gestione penale del passaggio* cit., 10.

39. Cfr. Hans Woller, *I conti con il fascismo* cit., 200.

40. Al respecto, cfr. Giuliano Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza di Cassazione*, en Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., p. 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

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 sólo 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 acentuar las formas de colaboracionismo militar en perjuicio 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 macro-tipo 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]

---

delitos de ayuda al enemigo (art. 51), de inteligencia y correspondencia con el enemigo (art. 54) y de ayuda al enemigo en sus designios políticos (art. 58), idem, 102. Sobre el concurso entre el delito de colaboracionismo y otros delitos, cfr. Ibidem, 320-341.

41. Cfr. Ugo de Siervo, *Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo*, Novissimo Digesto italiano. XVI, 1969, 547; Achille Battaglia, *Giustizia e politica* cit., 342 ss. Habla de normas retroactivas respecto de los civiles Massimo Donini, *La gestione penale del passaggio* cit., p. 9 ss y 29; Toni Rovatti, *Punizione dei crimini di guerra* cit., 4.

42. Toni Rovatti, *Punizione dei crimini di guerra* cit., 4.

43. Cfr. Giuliano Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza di Cassazione*, en Giuliano Vassalli - Gabriele Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., p. 210-215.

44. Sobre la extensión a los civiles de las normas del Código Penal Militar de Guerra sobre el colaboracionismo cfr. Ettore Gallo, *Giustizia e resistenza*, en Enzo Collotti, Renato Sandra, Frediano Sessi (comp.), Dizionario della Resistenza, Torino, Einaudi, vol. II.

45. Así Toni Rovatti, *Punizione dei crimini di guerra* cit., 2.

46. Por todos, Giuliano Vassalli, *La collaborazione col Tedesco invasore nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, en Giuliano Vassalli-Giuseppe Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione* cit., 67-413.

El art. 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 (art. 1 del Decreto mencionado).

En este primer período, además de los órganos mencionados, el órgano competente para juzgar los hechos punibles según el art. 3 era la magistratura ordinaria: Cortes de Assise, tribunales y pretores. El art. 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 art. 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 de alta jerarquía del régimen pasado, y, por tanto, no pudo destruir la continuidad que la ligaba al régimen precedente.[47]

b) La remoción: el decreto 142

El 22 de abril de 1945 el gobierno de Parri aprobó el Decreto del Lugarteniente 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 amistía.

---

47. Cfr. Liuzzi, "Bilancio dell'Alta Corte", en *Rivista Penale*, 1945, 345 ss.; y F. Borsato, *La leggendaria fuga del generale Roatta*, Siracusa, Corso, 1965.

48. Cfr. el texto *Istituzione di Corti Straordinarie d'Assise per i reati di collaborazione con i tedeschi*, en Supplemento alla Gazzetta Ufficiale, n. 49, 24 aprile 1945.

Al mismo tiempo, el decreto 142 rediseña 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 previsto en el Decreto del 27 de julio de 1944 n. 159.[50]

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 permitirá a la Casación entre 1945 y 1947 redimensionar las condenas de primera instancia y, por lo tanto, en definitiva frustrar la interrumpción del vínculo con el pasado. La posibiilidad 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 nazi-fascistas.

Las CEA eran definidas extraordinarias no sólo 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

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 cfr. Hans Woller, *I conti col fascismo* cit., 410-423. Sobre las CEA como organismos creados para bloquear el proyecto de justicia del CLNAI y sobre el proyecto especial de este último cfr. Toni Rovatti,*La questione della colpa* cit., 38-45. Sobre las diferencias estructurales entre las CEA y la justicia prefigurada por la resistencia, idem, p. 48. Sobre la Alta Corte de Justicia y sobre el funcionamiento de las Cortes Extraordinarias de Assise cfr. Mirco Dondi, *La lunga liberazione*, Editori Riuniti, Roma, 2004, p. 31-44.

50. Hans Woller, *I conti col fascismo* cit., 410 ss.; Mirco Dondi, *La lunga liberazione* cit., 33 ss.

51. Estas Cortes dejaron de funcionar el 13 de octubre de 1945 y los recursos pendiente fueron remitidos a la Corte Suprema de Casación, cfr. Gabriele Sabatini, *Il sistema processuale per la repressione dei crímenes fascisti*, in Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., p. 454-458.

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 realice 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 art. 1 enumeraba una serie de cargos o de actividades consideradas condición suficiente no sólo 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 la defensa del Estado y de los tribunales extraordinarios, jefes de provincia, secretaros o comisarios federales, directores de periódicos políticos, oficiales superiores con funciones político-militares) permitía prescindir no sólo de la prueba del elemento subjetivo, sino también del resultado y del nexo de causalidad.[55] Todos colaboracionistas

52. Así Toni Rovatti, *Punizione dei crimini di guerra* cit., 7, que cita el proyecto de justicia del CLNAI, que 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. Cfr. F. Scalambrino, *I Guardasigilli comunisti Togliatti e Gullo: sanzioni contro il fascismo e processo alla resistenza,* en Miccoli, Guido Neppi Modona, Paolo Pombeni, *La grande cesura. La memoria della Guerra e della resistenza nella vita europea del dopoguerra,* Bologna, Il Mulino, 2001, p. 327-353. Sobre la jurisprudencia y sobre cómo ésta ha interpretado la naturaleza y los límites de estas presunciones cfr. Giuliano Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza di Cassazione*, en Giuliano Vassalli- Gabriele Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., 225-240.

54. El art. 1 no sirvió, salvo casos excepcionales, a punir a los máximos responsables del régimen nazi-fascista. 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 revestida por el agente pudiera obstaculizar la amnistía en aquellos casos en los cuales la condena hubiera sido dictada con base en la presunción de colaoracionismo. Cfr. Giuliano Vassalli, Giuliano Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza di Cassazione*, en Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., 283-284, nota 1.

55. Así la jurisprudencia de Casación. Para un análisis de estas decisiones cfr. Giuliano Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza di Cassazione*,

ex lege.[56] La composición popular (mayoritaria) en primera instancia y la publicidad de las audiencias[57] determinaron los resultados bastante severos en los primeros meses de actividad de estas cortes. Los procesos concluían con frecuencia con la condena a muerte o con la prisión a perpetuidad.[58]

Sin embargo, este escenario cambió rápidamente.

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 de hecho utilizado 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 anti-fascistas no habían 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]

---

en Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., 227-240.

56. Así Massimo Donini, *La gestione penale del passaggio* cit., 12.
57. Señala la enorme participación popular a los procesos Hans Woller, *I conti col fascismo* cit., 413.
58. M. Dondi, *La lunga liberazione* cit., 47 ss.; Hans Woller, *I conti col fascismo* cit., 412.
59. Cfr. los autores citados por Giuliano Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza di Cassazione*, en Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., 231, nota 1. Estrechamente vinculada con 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 art. 1, cfr. Giuliano Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza di Cassazione*, en Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., p. 240-245.
60. Sergio Vinciguerra, (voce) *Fascismo. Sanzioni contro il fascismo*, Enc. Del Diritto, XVI, Milano, Giuffré, 1967, 912; sobre la sentencia de la CEA de Como del 29 de noviembre de 1945 (*Petazzi*) cfr. Toni Rovatti, *La questione della colpa* cit., 64.
61. No eran impugnables, en cambio las sentencias de la Alta Corte de Justicia.
62. Cfr. Achille Battaglia, *Giustizia e politica* cit., 346 y 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*, Milano, Franco Angeli, 1984, 34 ss. Los criterios –juridicamente incuestionables– adoptados por la Corte de Casación fueron

Las CEA tuvieron que desarrollar esta difícil tarea política y juídica en una fase en la cual la sociedad italiana estaba todavía fuertemente dividida y en la cual se desarrollaban cotidianamaente actos de violencia. Al inicio de los años cincuenta la mayoría de quienes habían sido condenados habían recuperado la libertad (según la Nota del 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]

c) La prórroga de la actuación de la justicia especial: las salas especiales de las Cortes de Assise: el decreto 625

Con Decreto n. 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 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 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 201 de 12 de abril de 1946[66] ("Texto de las disposiciones para la punición de los delitos fascistas y para la represión

---

progresivamente adoptados también por las CEA, así Hans Woller, *I conti col fascismo* cit., 416.

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 las 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 a construir una memoria en torno al pasado nacionalsocialista. Mientras en Alemania es creada una cultura de la culpa, en Italia se construye una cultura de la indulgencia y el olvido.
64. En *Gazzetta ufficiale*, 13 de octubre de 1945, n. 123.
65. Esta Sala Especial dejó de funcionar a los treinta días de la entrada en vigor del decreto n. 625; este decreto entró en vigor el 13 de octubre de 1945.
66. En *Gazzetta Ufficiale*, 27 de abril de 1946, n. 98.

de algunas actividades fascistas") 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 1000 condenas a muerte (debe tenerse presente que en Italia sólo 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, impediendo 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 sólo 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]

4.1 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 amnistia propuesta por el Ministro de Justicia Togliatti, cuyo título era: "Amnistía e indulto para los delitos comunes, políticos, militares". La amnistia fue aprobada por unanimidad en junio de 1946 por el Consejo de Ministros presidido por Alcide De Gasperi y

67. Cfr. Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, Giuffré, 2001, 215 ss.

68. Hans Woller, *I conti col fascismo* cit., 419.

69. Hans Woller, *I conti col fascismo* cit., 419.

70. Hans Woller, *I conti col fascismo* cit., 421.Cfr. 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, 19.

71. Cfr. Hans Woller, *I conti con il fascismo* cit., 420. Sobre las incorrecciones formales de estas sentencias, cfr. Mirco Dondi, *La lunga liberazione* cit., 57-58. Sobre la utilización de las "sentencias suicidas", cfr. Giuliano Vassalli, en *Giustizia penale*, III, 45 ss.

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* popular de 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]

---

72. El texto, publicado el 23 de junio de 1946 el 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. 719 sobre amnistía para los delitos anti-fascistas y el decreto del lugarteniente del 29 de marzo de 1946 n. 132 sobre amnistía por delitos militares.

73. Para un examen y un comentario de este texto se reenvía a Gabriele Sabattini, *L'amnistia politica cit.*, 521 ss. Sobre la "amnistía Togliatti", ver ulteriores referencias bibliográficas en Mimmo Franzinelli, *L'amnistia Togliatti* cit.; Lutz Klinkhammer, Prefazione. Dal perdono all'amnistia", in Filippo Focardi, Criminali di guerra in libertá. Un accordo segreto tra Italia e germania federale, 1949-55, Carocci, Roma, 2008 17; Marcello Flors, veritá senza vendetta. L'esperienza della Commissione sudafricana per la veritá e la riconciliazione, Manifestolibri, Roma, 1999, 29; Massimo Donini, *La gestione del passaggio* cit., 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, cfr. Hans Woller, *I conti col fascismo* cit., 533-559; Mirco Dondi, *La lunga liberazione* cit., 59-70; sobre el debate acerca de si convenía extender o no la amnistía a los delitos políticos además de a los comunes cfr. Mario Bracci, "Come nacque l'amnistia", en *Il Ponte*, 11/12, 1947, 1101.

74. En cuanto concierne a los delitos cometidos por los alemanes es preciso señalar que, bajo la presión del mismo gobierno alemán y al igual que estaba sucediendo en otros países europeos, fueron concedidas diversas medidas de gracia a favor de personas condenadas (Wagener Otto, con DPR del 15.05.1951; Niklas Herbert con DPR del 29.05.1951; Mai Walter con DPR del 24.04.1951; Felten Johann con DPR del 23.02.1951; 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. Walter Reder, en cambio, (condenado a prisión perpetua el 31 de octubre de 1951 por el tribunal militar de Bolonia) fue concedida la libertad condicional en 1980. El 24 de enero de 1985, en fin, fue repatriado a Austria.

75. Toni Rovatti, *La questione della colpa cit.*, 52. Cfr. también Mario Bracci, *Come nacque l'amnistia* cit., 1098. La amnistía, a diferencia de la no persecución de

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 (art. 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 3 años.

El art. 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 art. 3, en efecto, establecía que la amnistía se concedía "respecto de los delitos previstos en los artículos 3 y 5 del decreto legislativo del Lugarteniente de 27 de julio de 1944, n. 159 y en el

---

hecho de los crímenes, supone realmente una especie de reconocimiento general de los delitos que han sido cometidos por el régimen. Así, Klaus Marxen, Gerhard Werle, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: eine Bilanz*, Berlin: Walter de Gruyter, 1999, 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, 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 novembre 2007, en curso de publicación, 4.

76. Tal cuestión se reveló particularmente delicada, cfr. Mario Bracci, "Come nacque l'amnistia" cit., 1101 ss.; Toni Rovatti, *La questione della colpa* cit., 53, 54. Para los delitos políticos que no estaban comprendidos en la amnistía, el art. 9 preveía la posibilidad de conmutar la pena de muerte en pena de prisión a perpetuidad –salvo los casos de excepción del art. 3–, la pena de prisión a perpetuidad en pena de treinta años de prisión y las penas superiores a cinco años se reducían en un tercio.

art. 1 del decreto legislativo del Lugarteniente del 22 de abril de 1945, n. 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, homicido o saqueo, o bien delitos realizados con fines de lucro".[77]

El art. 4 excluía de la amnistía a los culpables del delito de homicidio (art. 575 CP), salvo en los casos en que el delito hubiere sido cometido antes del 31 de julio de 1945 "en las condiciones previstas por el art. 4, primer apartado, del Decreto legislativo del Lugarteniente del 17 de noviembre de 1945, n. 719".

El art. 8 regulaba los delitos comunes y preveía la remisión de las penas inferiores a 3 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 art. 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 art. 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 art. 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 arts. 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 (art. 6).

---

77. Decreto Presidencial del 22 de junio de 1946, n. 4 "Amnistía e indulto para delitos comunes, políticos y militares", en *Gazzetta ufficiale*, del 23 de junio de 1946, n. 137. Sobre las causas obstativas cfr. Gabriele Sabatini, *L'amnistia politica*, en Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., 535 ss.; Massimo Donini, *La gestione del passaggio* cit., 24-28. Sobre la interpretación jurisprudencial de la fórmula de las "sevicias particularmente crueles" cfr. Gaiardoni, "I fatti di sevizie particolarmente efferate come causa ostativa dell'amnistia", en *Rivista penale*, 1947, 241 ss.; Mirco Dondi, *La lunga liberazione* cit., 64-66; Mimmo Franzinelli, *L'amnistia Togliatti* cit., 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 cfr. Mimmo Franzinelli, *L'amnistia Togliatti* cit., 224-250.

4.2 *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.[82] Por ejemplo, la Casación interpretó de manera tan restringida el concepto de sevicias crueles "sevizie efferate",[83] de modo que arrancar las uñas de un detenido no fue considerado una sevicia grave: los jueces llegaron a esta interpretación, que en verdad

78. Esta expresión fue usada por Piero Calamandrei y otros juristas democráticos para definir las sentencias de la Corte de Casación convertían a los delitos fascistas en comportamientos poco menos que correctos. Cfr. el documento de la Asociación Nacional de Magistrados en "Magistratura", n. 3/1949, 1; Achille Battaglia, *Giustizia e politica nella giurisprudenza* cit., 319; Guido Neppi Modona, *La magistratura dalla Liberazione agli anni Cinquanta* cit., 95 ss.

79. Esto se explica porcué Togliatti quisiera evitar conflictos con la magistratura. Así Mimmo Franzinelli, *L'amnistia Togliatti* cit., 48. Cfr. también Romano Canosa, Pietro Federico, *La magistratura in Italia dal 1945 ad oggi*, Bologna, Il Mulino, 1974, 140 ss.

80. Cfr. F. Scalambrino, *I Guardasigilli comunisti Togliatti e Gullo* cit.; Achille Battaglia, "Gli atti rilevanti", en *Cassazione penale*, 1945, 279 ss.; Mimmo Franzinelli, *L'amnistia Togliatti*, op. cit.; Mirco Dondi, *La lunga liberazione* cit., 56-59.

81. Hans Woller, *I conti col fascismo* cit., 539, habla de "enorme poder discrecional" de los jueces.

82. El termino "ragion di Stato", juntos a otros elementos como las nuevas relaciones económicas entre Italia y Alemana al final de la guerra, la conexión de los jueces que adoptaron el archivo provisional con el Régimen fascista anterior y la guerra fría son expresamente mencionadas como causas que llevaron a la neutralisation de la acción de justicia contra los crímenes internacionales cometidos por los militares alemanes en Italia en el Informe de la Minoría (Relazione di minoranza, Presidente Carlo Carli) de la "Commissione parlamentare di inchiesta sulle cause dell'occultamento di fascicoli relativi a crimini nazifascisti (istituita con legge 15 maggio 2003 n 107)". Se vean especialmente las conclusiones, 422 ss. El texto se encuentra en la pagina *web*: [http://legxiv.camera.it/_bicamerali/nochiosco.asp?pagina=/_bicamerali/leg14/crimini/home.htm].

83. Cfr. la jurisprudencia citada en Paolo Barile, Ugo De Siervo, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, en NSSDI, Torino, Utet, 1969, XVI, 541 ss.; Mimmo

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 pseudo interpretada.

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, sólo unos pocos procesos por el delito de colaboracionismo que no cumplían las "condiciones" previstas en el decreto pudieron seguir adelante.[84] 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.[85] En este documento se llamaba la atención 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. 142 en donde se establecía la presunción de colaboracionismo. Esta circular fue vista como una intromisión política y en la práctica permaneció en letra muerta.[86]

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.[87] Sin embargo, todavía hoy –a causa de la escasez

---

Franzinelli, *L'amnistia Togliatti* cit., 236 ss.; Achille Battaglia, *Giustizia e politica nella giurisprudenza* cit., 347 ss.; Mirco Dondi, *La lunga liberazione* cit., 65 ss.

84. Probablemente, el Ministro Togliatti no imaginó este desarrollo en la aplicación del decreto de amnistia. Para un elegio de la jurisprudencia de la Corte de Casación cfr. 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.

85. Circular telegráfica de 2 de julio de 1946 n. 9796/110 titulada "*Amnistía para los crímenes fascistas*".

86. Mimmo Franzinelli, *L'amnistia Togliatti*, op. cit., 52. Cfr. al respecto también Achille Battaglia, "A proposito dell'amnistia. Una cattiva legge ed una indebita circolare", en *Rivista penale*, 1946, 856 ss. Sobre la discusión acerca de las fórmulas indeterminadas y a veces contradictorias que caracterizaban al decreto de amnistía cfr. Carlo Galante Garrone, *Vita e opinioni di Alessandro Perfetti*, Milano, Franco Angeli, 1992, 70 ss.; A. Visco e F. Guarnieri, *Le amnistie dopo la liberazione*, Roma, Ed. Ateneo, 1947, 79 ss.

87. Hans Woller, *I conti col fascismo* cit., 539.

de investigaciones históricas– poco se sabe acerca de los resultados políticos e históricos de la amnistía.[88] La rendición de cuentas con el pasado tuvo prácticamente un fin con esta medida.[89]

4.3 Las cuestiones

4.3.1 El debate sobre el carácter retroactivo de las disposiciones sobre el colaboracionismo

El ya mencionado Decreto 159 fue objeto de algunas impugnaciones dirigidas a obtener la declaratoria de inconstitucionalidad, dado que contenía disposiciones retroactivas no permitidas por el art. 2 primer párrafo CP.[90]

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 art. 5 del Decreto legislativo de 27 de julio de 1944, como el art. 1 del Decreto legislativo n. 142 disciplinan hipótesis de delito que estaban ya previstas en los arts. 241, 242 y 243 CP y en los arts. 51, 54 y 58 CPMG y que han sido mejor especificadas para adecuarlas a las exigencias actuales en relación con las nuevas circunstancias verificadas luego del 8 de septiembre de 1943".[91] Y agregó que "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".[92] 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,

88. Idem, 542-543.

89. Idem, 570.

90. Sobre estas normas como normas retroactivas y sobre el debate acerca de tales cuestiones cfr. el profundo análisis y las referencias bibliograficas en Massimo Donini, *La gestione penale* cit., 9-15.

91. Texto reproducido en Giuliano Vassalli, *La collaborazione con il tedesco invasore nella giurisprudenza della Cassazione*, en Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il Collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., 11.

92. Texto reproducido en Giuliano Vassalli, *La collaborazione con il tedesco invasore nella giurisprudenza della Cassazione*, en Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il Collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., 11 y 29.

sin embargo, al legislador disponer que la norma penal sea aplicada a hechos cometidos antes de su emanación.[93]

En cuanto concierne a la primera de las dos argumentaciones citadas, desde un punto de vista estrictamente jurídico,[94] 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 sólo el primero parece ser una aplicación retroactiva del art. 5 y de las disposiciones a las que reenvía.[95] 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.[96] 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 sólo 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,

---

93. Para esta afirmación y para un análisis de esta posición según la cual la violación del principio de irretroactividad de la ley penal por parte del legislador no es una violación de un principio del derecho positivo cfr. Giuliano Vassalli, *La collaborazione con il tedesco invasore nella giurisprudenza della Cassazione*, en Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il Collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., 12-14. El carácter retroactivo del decreto en examen fue sostenido en un manifiesto firmado por varios juristas. Así, Mimmo Franzinelli, *L'amnistia Togliatti* cit., 28-29.

94. 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", cfr. Giuliano Vassalli, *La collaborazione con il tedesco invasore nella giurisprudenza della Cassazione*, en Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il Collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., 14-16.

95. Cfr. Giuliano Vassalli, *La collaborazione con il tedesco invasore nella giurisprudenza della Cassazione*, en Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il Collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., 17.

96. Las conductas eran punibles de todos modos según las normas del favorecimiento; profundamente, Giuliano Vassalli, *La collaborazione con il tedesco invasore nella giurisprudenza della Cassazione*, en Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il Collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., 22-29.

en el sistema pre-constitucional el legislador podía establecer excepciones al principio de irretroactividad.[97]

4.3.2 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.[98] 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.[99]

4.3.3 El macro tipo penal de colaboracionismo: la remisión al Código Penal Militar

Como ya ha sido evidenciado, el art. 5 del decreto ley del Lugarteniente n. 159 del 27 julio de 1944 establecía que: "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 asistancia prestada a éste, es penado según las disposiciones del código penal militar de guerra". Se trataba de un reenvío integral. Esta disposición, en efecto, extendía a todos los civiles los delitos propios previstos antes sólo para los militares; tal extensión era aplicable retroactivamente a los hechos cometidos después del 8 de septiembre.

---

97. Cfr. la sentencia de la Corte Constitucional n. 102/57 que declara al art. 5 costitucionalmente legítimo y habla de "retroactividad aparente". La Corte en esta decisión limita su análisis al precepto.

98. Al respecto, cfr. Giuliano Vassalli, *La collaborazione con il tedesco invasore nella giurisprudenza della Cassazione*, en Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il Collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., 42-43.

99. Giuliano Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza di Cassazione*, en Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica* cit., 42-54. Sobre los efectos penales del reconocimiento –o no– de la calidad de "legítimo beligerante" de los miembros de las fuerzas armadas fascistas, cfr. idem, 55-64. Los partisanos, en cambio, han sido considerados como pertenencientes a las fuerzas armadas del Estado italiano. Cfr, profundamente, idem, 64-67.

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.[100]

El correcto encuadre de los delitos de colaboración con el invasor alemán se deriva además del art. 1 segundo, tercer y cuarto párrafo del decreto n. 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")[101] en la parte donde enumera una serie de funciones y de actividades que constituyen *per se* actos de colaboracion, ayuda o asistencia al invasor alemán, previendo también en este caso una remisión al código penal militar de guerra. A éste se reenvía no sólo para los elementos constitutivos de los delitos de colaboracionismo, sino también para las penas aplicables.

5. 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.[102] Entre éstas, 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,[103] dejando esta tarea a la justicia militar italiana y ya desde 1945 todas las investigaciones desarrolladas por los aliados y por los italianos

---

100. Así, Massimo Donini, *La gestione penale del passaggio* cit., 11.

101. El estrecho vínculo entre los dos instrumentos es recordado en las premisas del decreto del 22 de abril de 1945 en base al cual las CEA eran competentes para juzgar los delitos previstos por los arts. 3 e 5 del Decreto 159.

102. De aquí la expresión, "El ausente Núremberg italiano" que también es título de un libro: Michele Battini, *Peccati di memoria. La mancata Norimberga italiana ela democracia dell'oblio*. Bari, Laterza, 2003; Gerhard Schreiber *Deutsche Kriegsverbrechen in Italien, Täter, Ofer, Strafverfolgung*, Beck, München, 1996.

103. 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 cfr. 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, [www.storicamente.org/focardi_shoa.htm].

fueron reunidas en la Procuración General del tribunal supremo militar.[104] 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.[105]

Muchos expedientes, como ya fuera expuesto en la introducción, permanecieron en la Procuración y en 1960 fueron objeto de una disposición de achivo provisorio.[106] Es preciso señalar que los expedientes concernían no

104. Hasta 1947, las investigaciones sobre los crímenes cometidos por los alemanes en Italia y Austria fuero llevadas a cabo por la agencia nacional de la UNWCC, cfr. 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*, Napoli, L'ancora del Mediterraneo, 2005, 50 ss. Después de 1947 las investigaciones sobre tales crímenes furon desarrolladas por el *War Crimes Group* para Europa del Sud.

105. Sobre tales procesos seguidos en los EE.UU, Inglaterra e Italia (por Tribunales especiales ingleses) cfr. Luca Baldissarra, *Giudizio e castigo*, en Luca Baldissarra y Paolo Pezzino (dir.), *Giudicare e Punire* cit., 51 ss.; en el mismo volumen cfr. Michele Battini, *Sul processo Kesselring e dintorni*, 177 ss. En cuanto concierne a los procesos conducidos en los primeros años luego de finalizada la guerra por los tribunales militares italianos cfr. 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 2006, 179-212.

106. Sobre el archivo provisorio y sobre la influencia del contexto político internacional de la guerra fría en esa decisión cfr. Mimmo Franzinelli, *Le stragi nascoste. L'armadio della vergogna: impunità e rimozioni dei crímenes di guerra nazifascisti 1943-2001*, Milano, Mondadori, 2002; Paolo Pezzino, "Sui mancati processi in Italia ai criminali di guerra tedeschi" cit., 9 ss.; Franco Giustolisi, *L'armadio della vergogna* cit.; Filippo Focardi, *La questione della punizione dei criminali di guerra in Italia dopo la fine del secondo conflitto mondiale* cit., 545; Giuliano Vassalli, *La formula di Radbruch* cit., 228; sobre el archivo provisorio como "medida absolutamente ilegal" cfr. Bartolomeo Costantini, *Mischa l'aguzzino del Lager di Bolzano*, inedito, 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 agregó, 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 nazi-fascistas (*Commissione parlamentare di inchiesta sulle cause dell'occultamento di fascicoli relativi a crímenes nazifascisti*), 4-5. La Comisión de investigación parlamentaria tenía por función, de acuerdo a la ley n. 107 del 15 de mayo de 2003, indagar sobre: *a*) las causas del archivo "provisorio",

sólo 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.[107]

Respecto a los crímenes cometidos por los alemanes son competentes las fiscalías militares. El derecho aplicable es el derecho penal milita.[108] 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.[109] El derecho penal militar presenta, en efecto, reglas particulares, que responden

---

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 ha terminado su trabajo en 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" cfr. *Commissione parlamentare di inchiesta sulle cause dell'occultamento di fascicoli relativi a crímenes nazifascisti*, Relazione di minoranza, 24 de enero de 2006, 264.

107. Ningún procedimiento fue iniciado, sin embargo, contra italianos. Cfr. para mayores referencias, Rovatti T., *La questione della colpa* cit., 8-9. Italia tuvo una posición ambivalente durante la segunda guerra mundial; sale del conflicto con un doble estatus: país fascista responsable de los crímenes cometidos durante la guerra de agresión y nación co-beligerante junto a los aliados a través de la guerra partisana y la resistencia popular, así Rovatti, *La questione della colpa* cit., 22 y Filippo Focardi, *La questione della punizione dei criminali di guerra in Italia* cit.

108. 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 cfr., por todos, David Brunelli, Giuseppe Mazzi, *Diritto penale militare*, Giuffrè, Milano, 2007. Sobre los delitos contra las leyes y los usos de la guerra como y sobre la necesidad de cambiarla, después de la ratifica de los Convenios de Ginebra cf. Id., p. 521-524 y también David Brunelli, *Reati contro le leggi e gli usi della guerra*, en Encicl. dir., Giuffrè, Milano, 1987, vol. XXXVIII, 1252; Id. *Legge penale militare*, Digesto pen., Utet, Torino, 1993, vol. VII, 370; Fileno Carabba, *Codici penali militari*, Laurus, Roma, 1984.

109. Sobre el modelo de especialidad del derecho penal militar italiano y sobre sus desarrollos recientes, cfr. Giovanni Fiandaca, *Quale specialità per il diritto penale militare?*, en Défense Sociale [www.defensesociale.org/xvcongreso/ponencias/Fiandaca.pdf].

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 art. 53 de la Constitución italiana establece que "*el ordenamiento de las fuerzas armadas se informa segun el espíritu democrático de la 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.

5.1 *"L'armadio della vergogna": 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. Sólo 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 bitánico, que había recogido las denuncias de las víctimas y que fue entregado a los jueces italianos; éstos, por su parte, sólo 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,[110] 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 algunos de estos 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

110. 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.° batallón de la 16.° 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, cfr. *Ministero della Difesa*, [www.difesa.it/GiustiziaMilitare/RassegnaGM/Processi].

su mayor parte eran militares alemanes, aunque también fascistas italianos partidarios de la RSI.[111] 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 Fundamental alemana impide la extradición de ciudadanos alemanes, los procesos en Italia sólo han podido desarrollarse en contumacia.[112]

Se identificaron los expedientes que debían ser transmitidos a las fiscalías militares territorialmente competentes. En total, fueron 695 y, una vez divididos en función del *locus commissi delicti*, fueron repartidos del siguiente modo: 2 a la Fiscalía militar de Palermo; 4 a la Fiscalía militar de Bari; 32 a la Fiscalía militar de Nápoles; 87 a la Fiscalía militar de Padua; 108 a la Fiscalía militar de Verona;[113] 119 a la Fiscalía militar de Turín;[114] 129 a la Fiscalía militar de Roma

111. 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 06 de diciembre de 2005 cit., 8.

112. Así Filippo Focardi, "La questione dei processi ai criminali di guerra tedeschi in Italia: fra punizione frenata, insabbiamento di Stato, giustizia tardiva (1943-2005)" cit.; publicado además en Norbert Frei (dir.), Transnationale Vergangenheitspolitik. *Der Umgang mit deutschen Kriegsverbrechern in Europa nach dem Zweiten Weltkrieg*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2006.

113. En Verona, en cambio, el Tribunal militar local condenó a prisión perpetua el 24.11.2000 a la así llamada "fiera del campo de Bolzano", el cabo de las SS Michail Seifert, responsable de numerosas torturas feroces y del homicidio feroz de once internos de la prisión de Bolzano entre diciembre de 1944 y abril de 1945. Muy recientemente, ha habido otra sentencia, el 6 de julio de 2011, 67 años después de los hechos, por la matanza de Cervarolo. El Tribunal Militar de Verona condenó a prisión perpetua a 7 suboficiales y oficiales. Del 18 de marzo de 1944 al 5 de mayo de 1944, en pocas semanas, unidades de la División de Hermann Göring, con la complicidad y el apoyo de la Guardia Nacional Republicana (GNR), asesinaron cruelmente, en diveros pueblos de los Apeninos toscano-emilianos, alrededor de 400 personas inermes, entre ellas, mujeres, niños, minusválidos y sacerdotes. Esta sentencia asume relevancia no sólo por la condena de los militares, sino también por la condena a Alemania como responsable civil *de los hechos* al resarcimiento del daño.

114. En Turín, en el Tribunal militar, fueron juzgados y condenados a prisión perpetua, respectivamente con sentencias del 09.07.1999 y del 15.11.1999, el capitán de las SS (*SS-Hauptsturmführer*) Theodor Emil Saevecke, responsable de la ejecución de quince partisanos, fusilados en el Piazzale Loreto de Milán el 10 de agosto de 1944 y

y, sólo posteriormente, a partir del 2004, 214 fueron transmitidos a la Fiscalía militar de La Spezia.

La mayor parte de los expedientes concernía a hechos ocurridos en Italia septentrional y, entre ellos, casi un tercio de los 695 expedientes fueron enviados a la Fiscalía militar de La Spezia. Esta repartición se explica bastante fácilmente.[115] Las matanzas de civiles de parte de las tropas alemanas tuvieron lugar en los territorios italianos bajo ocupación nazi y donde estaban las unidades de la Guardia Nacional Republicana de la República Social y operaban las fuerzas de la resistencia. Este fenómeno era prácticamente inexistente en varias regiones meridionales (como Calabria, Basilicata, Cerdeña, Sicilia y Puglia), donde la liberación del nazi-fascismo había llegado mucho tiempos antes que en el norte y en algunos casos incluso antes del armisticio del 8 de septiembre de 1943. En la Italia septentrional central, en cambio, la presencia de las formaciones partisanas era fuerte y es allí donde los alemanes condujeron una verdadera guerra civil,[116] con violencia, tortura, homicidios y masacres masivos contra la población civil italiana.

Los procesos de La Spezia se llevaron a cabo desde el 2004 hasta el 2007: el proceso por la matanza de Sant'Anna di Stazzema, Lucca, concluyó el 22 de junio de 2005 con la condena a prisión a perpetuidad de todos los imputados (diez); el de la matanza de Civitella en Val di Chiana, Arezzo, el 10 de octubre de 2006 con la condena a prisión a perpetuidad del único imputado aún con vida; el de la matanza de Marzabotto-Monte Sole, Bolonia, el 13 de enero de 2007 con la condena a prisión perpetua de diez de los dieciocho imputados llevados a juicio; y el proceso relativo a los hechos de Bardine San Terenzo y Vinca, Massa, en cambio, fue iniciado en La Spezia, donde se abrió el debate en junio de 2008, y fue concluido posteriormente en Roma, a causa de la reforma

---

el teniente coronel de las SS (*SS-Obersturmbannführer*) Siegfried Engel, reconocido responsable de las matanzas de Benedicta (147 fusilados entre el 6 y el 11 de abril de 1944), del paso del Turchino (59 fusilados el 19 de mayo de 1944), de Portofino (22 fusilados en la noche entre el 2 y el 3 de diciembre de 1944) y de Cravasco (20 fusilados el 23 de marzo de 1945).

115. Marco De Paolis, Crimini di guerra nazisti negli atti giudiziari del Tribunale militare di La Spezia, "Storia e memoria", n. 1, 2010, *Rivista dell'Istituto Ligure per la storia della Resistenza e dell'età contemporanea.*

116. Paolo Pezzino y Michele Battini en el libro titulado, precisamente: *Guerra ai civili. Occupazione tedesca e politica del massacro. Toscana 1944*, Venecia, Marsilio, 1997.

del ordenamiento de organización judicial militar,[117] en el 2009 con la condena a prisión perpetua de nueve de los diez imputados que aún vivían.

Tales procesos tienen una importancia notable no sólo desde el punto de vista histórico-político, sino también porque contribuyeron a la evolución de la jurisprudencia (militar) italiana sobre crímenes de guerra.

Son muchos los aspectos en los que se registra un aporte de estas sentencias: ante todo, las partes civiles pueden ahora constituirse en el proceso penal militar (antes del 1996 no era posible);[118] se afirmó que la conducta criminal en ejecución de órdenes ilegítimas no eximía de responsabilidad incluso respecto a los agentes militares de bajo rango.[119] En fin, es preciso recordar que tal

---

117. La supresión de la Fiscalía militar y del Tribunal militar de La Spezia fue dispuesta, en conjunto con la supresión de otras cinco sedes judiciales militares, con la Ley (financiera) 244 del 24.12.2007, art. 2, apartados 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, sobre "*Disposiciones para la formación del presupuesto anual y pluirianual del Estado (ley financiera 2008)*". Hasta el 30 de junio de 2008 los tribunales militares en Italia eran nueve (Turín, Verona, Padua, La Spezia, Roma, Nápoles, Bari, Palermo y Cagliari); luego, con esta Ley 244/2007 fueron reducidos a tres: Roma, Nápoles y Verona.

118. Con la sentencia n. 60 del 22 de febrero de 1996 la Corte Constitucional, en el marco del proceso Priebke, declaró la ilegitimidad constitucional del art. 270, apartados primero y segundo, del Código penal militar de paz que impedía a las víctimas (privadas e institucionales) accionar civilmente la restitución y el resarcimiento del daño frente a los tribunales militares. De este modo, se igualan los derechos de las partes civiles en los procesos militares con los de las partes civiles en los procesos comunes, poniéndose claramente en evidencia –también por la peculiaridad de la materia (crímenes contra la humanidad)– la vetustez del procedimiento militar a este respecto y la disparidad de tratamiento respecto al proceso común.

119. Tales procesos asumen una relevancia notable también en cuanto respecta a la ejecución de órdenes (ilegítimas). Los procesos reabiertos, en efecto, evidencian un cambio jurisprudencial respecto a las decisiones judiciales ocurridas inmediatamente después del fin de la guerra, por ejemplo, los procesos contra Reder y Kappler. Allí, se había elegido juzgar solamente a los "jefes", sin considerar la posición de los subordinados inmediatos en la cadena de mando, esto es, quienes –con su cooperación activa y determinante– habían hecho posible el cumplimiento de tales crímenes. Cfr. Amati, Caccamo, Costi, Fronza, Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milán, segunda edición 2011. Gracias a una diversa interpretación de los tipos penales y de las normas sobre intervención en el hecho se pudo juzgar y punir a muchos oficiales y suboficiales que habían tomado parte activamente en las operaciones de masacre de la población civil italiana. Véanse, por ejemplo, los procesos contra Paul Albers y Hubert Bichler, respectivamente, subteniente de las SS (*SS-Untersturmführer*) y mariscal ordinario de las SS (*SS-Oberscharführer*), juzgados

jurisprudencia también ha afirmado la sujeción de los Estados extranjeros a la jurisdicción de otros Estados, a través de la posibilidad de hacerlos responsables civilmente a resarcir los daños causados por los crímenes de guerra cometidos por sujetos pertenecientes a sus fuerzas armadas. La decisión que autorizó la citación a juicio de un Estado extranjero (en el caso, la República Federal de Alemania) como responsable civil por los daños provocados a través de la comisión de crímenes de guerra fue emitida por el Tribunale militar de La Spezia del 13 de enero de 2006 durante la primera audiencia del debate. Ella fue confirmada tanto en la instancia de apelación como en la de casación y fue objeto, por motivos obvios, de una firme oposición por parte de Alemania, que, en 2008, interpuso un recurso ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya, afirmando que las decisiones de la Corte de Casación, a través de una ilegítima expansión de la jurisdicción italiana, violaban los derechos de Alemania en cuanto Estado soberano.

La expresa posición de la jurisprudencia italiana representa un auténtico *novum* para la justicia militar,[120] porque por primera vez se reconoce la existencia de la jurisdicción italiana en relación con la demanda por resarcimiento promovida en un proceso penal contra un Estado extranjero por daños causados a la población civil a través de los crímenes contra la humanidad cometidos por sus militares, excluyendo, en tales casos, la operatividad del principio de la inmunidad de jurisdicción penal del Estado extranjero.

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.[121]

---

y condenados a la pena de prisión perpetua por los mismos hechos por el Tribunal militar de La Spezia en el 2007 y de Roma en el 2009.

120. Así, Marco De Paolis, *Crimini di guerra nazisti negli atti giudiziari del Tribunale militare di La Spezia*, "Storia e memoria", n. 1, 2010, Rivista dell'Istituto Ligure per la storia della Resistenza e dell'età contemporanea.

121. Así Filippo Focardi, La questione dei processi ai criminali di guerra tedeschi in Italia: fra punizione frenata, insabbiamento di Stato, giustizia tardiva (1943-2005), Annali dell'Istituto Ugo la Malfa, marzo, 2006; publicado además en Norbert Frei (dir.), Transnationale Vergangenheitspolitik. Der Umgang mit deutschen Kriegsverbrechern in Europa nach dem Zweiten Weltkrieg, Göttingen, Wallstein Verlag, 2006. 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 anti-fascismo únicamente a través del recuerdo de las matanzas y de las reacciones emotivas que de allí emergen,

5.2 La Comisión de investigación parlamentaria como solución no penal

Paralelamente a los procesos penales actualmente en curso, se ha buscado de hacer luz sobre la 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 nazi-fascistas.

La Comisión fue instituida con la ley del 15 de mayo de 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 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.[122] Los trabajos de la Comisión constituyen una fuente importante de documentaión para la reconstrucción de los crímenes nazi-fascistas.

6. 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 nazi-fascistas, 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,

---

aunque pueda ser una acción eficaz, presenta ciertas límitaciones. Sería deseable que en la conciencia histórica del país encontrase un lugar no sólo la memoria de los crímenes nazi-fascistas sufridos por italianos, sino también los crímenes de guerra cometidos por militares y civiles italianos contra poblaciones extranjeras (etíopes, líbios etiopiche, griegos, albaneses, yugoslavos, rusos).

122. Cfr. [http://legxiv.camera.it/_bicamerali/nochiosco.asp?pagina=/_bicamerali/leg14/crimini/home.htm]. Véase en particular el Informe de la minoría, p. 424 ss.

como por los juristas,[123] la segunda sólo recientemente ha merecido un examen más profundo a causa del descubrimiento de los documentos ocultados en el Palacio Cesi, sede de la Procuración Militar de Roma. Las dos medidas inhibitorias mencionadas (amnistía y archivo provisional) han jugado 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 post-guerra 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.[124]

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 nazi-fascistas (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 nazi-fascistas. 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

123. Para un análisis jurídico ver Gabriele Sabatini, *L'amnistia politica*, en Giuliano Vassalli, Gabriele Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione* cit., 416 ss.

124. 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 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 crímenes nazifascisti* (instituida con Ley de 15 de mayo de 2003 107). Véanse en particular las concluiones en las 422 ss. El texto se encuentra en: [http://legxiv.camera.it/_bicamerali/nochiosco.asp?pagina=/_bicamerali/leg14/crimini/home.htm].

difícil no sólo el juicio de los criminales,[125] sino también llevar a cabo una purga de los fascistas de las instituciones públicas. Se buscó de restar importancia al rol de los fascistas, limitando la persecución de los crímenes cometidos por éstos, 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 crímines nazi-fascistas 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 mismos 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 costituyente, antes que un momento jurídico,[126] en donde se decide qué nueva sociedad ha de construirse. La justicia de transición permite, en efecto, articular la relación entre memoria 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 ésta. No puede haber reconciliación si no hay claridad y reconocimiento de las injusticias cometidas.[127] 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 criminal sistémico de criminalidad

125. Así, no se logró a caracterizar al fascismo como Estado criminal, sino sólo a afirmar la naturaleza criminal de algunos comportamientos individuales.

126. Cfr., también para ulteriores referencias, Andrea Lollini, *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, Bologna, Il Mulino, 2005, ahora también en inglés cit.

127. Así Gerhard Werle, *La elaboracion juridica del pasado, Castigo o amnistia?, Comision de reconciliacion o Comision de la verdad?*, Intervención al Congreso de Sevilla sobre "La transformación jurídica de las dictaturas en democracias y la elaboración jurídica del pasado", Sevilla 7-9 de febrero de 2008.

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 ha podido establecer una memoria compartida.[128] 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. Éste 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, no obstante el 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 resumir 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,[129] porque hablar significaría hablar de la responsabilidad de los italianos.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A anistia e os crimes contra a humanidade, de Edson Luis de Almeida – *RBCCrim* 55/315;
- Crimes de racismo – crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, de Leon Frejda Szklarowsky – *RT* 743/459;
- História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra, de Winfried Hassemer – *RBCCrim* 6/36;

---

128. Habla de "memoria desorgánica 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", 1, en curso de publicación en *Storia contemporanea*.

129. El silencio sobre estos hechos y estos juicios, por ejemplo, esta muy bien representado en el documental "Lo stato di eccezione" (cf. [www.lostatodieccezione.com]) sobre el juicio de La Spezia respecto de la matanza a Marzabotto.

- O Estado penal no Brasil neoliberal: reproduzindo o holocausto, de Leandro Gornicki Nunes – *RBCCrim* 91/201;
- O terrorismo de esquerda na Itália nos anos setenta – causas e remédios, de Adolfo Ceretti – *RBCCrim* 18/9; e
- Tortura, história e sociedade: algumas reflexões, de Marcos César Álvarez – *RBCCrim* 72/275.

Veja também Jurisprudência

- Ação revisional de alimentos proposta contra a República da Alemanha por vítima do regime nazista: *RT* 799/412.

57035

7 PANORAMA Y PROBLEMAS DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN EN CHILE

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Profesor titular (catedrático) de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral en la Universidad de Valparaíso (Chile).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: El artículo examina las características y los elementos de la Justicia de transición en Chile, que ha combinado la vía penal con medidas civiles, administrativas, educacionales y de previsión social. Subraya el éxito de esta opción en la pacificación de la sociedad chilena, pero, al mismo tiempo, advierte que el Derecho chileno está aún pendiente y necesitado de reformas políticas y jurídicas indispensables para cerrar de una vez la fase dictatorial del país (1973-1990) y sus nefastas consecuencias, así como para garantizar una convivencia futura adecuada en el marco del Estado de Derecho, aún en trabajosa construcción. La dependencia política de estos problemas, y la subsistencia de opiniones contrastantes respecto de los crímenes perpetrados bajo la tiranía castrense, explica que el éxito del proceso se haya visto amagado en los últimos dos años, por el regreso al poder de fuerzas proclives al régimen militar.

PALABRAS CLAVE: Transición - Reconstrucción de la verdad histórica - Superación del pasado - Reparación - Justicia penal.

ABSTRACT: This article examines the characteristics and elements of Transitional Justice in Chile, where the criminal pathway has been mixed with other measures of civil, administrative, educational, and social security nature. The success of this option is highlighted in the pacification of the Chilean society, while it warns of the impending need for political and legal reform in the Chilean Law to close once and for all the dictatorial phase of the country (1973-1990) and its disastrous consequences. The reforms must also guarantee future coexistence within the framework of the Rule of Law, still under development. The political dependence of these problems, and the subsistence of differing opinions with respect to the crimes committed under the military tyranny, explains why the process has been feigned in the last two years, with the return to power of forces sympathetic with the military regime.

KEYWORDS: Transition - Reconstruction of the historical truth - Overcoming the past - Reparation - Criminal justice.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Mecanismos de superación del pasado conflictivo – 3. Análisis de los mecanismos utilizados: 3.1 Comisiones de la verdad y reparación; 3.2 Propuestas y medidas concretas de reparación – 4. Impacto de estos mecanismos – 5. Tendencias involutivas del presente – 6. Conclusiones – 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Una especial dificultad se presenta[1] 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,[2] la persecución y el exterminio políticos instaurados durante la satrapía castrense,[3] 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 etc., 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

1. El presente artículo es una versión revisada y actualizada del capítulo sobre Chile del libro *Justicia de transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malarino; e Gisela Elsner (Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009. p. 201-237).

2. 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; e Gisela Elsner (Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008. p. 131-158).

3. Minuciosamente documentados en el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. Santiago de Chile, 1991, 2 vols., y en el *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, Santiago de Chile, 2005. Una completísima exposición de los delitos en palabra, su contexto histórico y la suerte de los procesos correspondientes, en MILLALEO HERNÁNDEZ, Salvador. In: ESER; SIEBER; ARNOLD (Hrsg.). *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*. Teilband 11 (Chile y Uruguay). Berlín: Dunker & Humblot, 2007.

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.[4]

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 11.09.1973, 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 11.09.1973 tenían un carácter único en cuanto

4. 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, cfr. 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., p. 471 y ss. En p. 177 y 205 se consigna que más del noventa y cuatro por ciento de quienes sufrieron prisión política, afirman haber sido atormentados por agentes del aparato estatal. Sin embargo, la única condena que conocemos por el delito de aplicación de tormentos a detenidos data de 24.12.2009, fecha en que la Corte Suprema ratificó la sentencia respectiva de primera instancia. Allí se califica el hecho como un crimen de guerra y contra la humanidad, no susceptible de ser amnistiado e imprescriptible. En su inmensa mayoría, los procesos por los crímenes perpetrados durante el régimen militar trataron o versan de delitos de secuestro y, en contados casos, homicidio o asesinato.

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".[5]

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–,[6] nuestro interés se cifrará en lo de veras importante para el presente trabajo. No ya la crisis política y social que

5. *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* cit., t. I, p. 19 y 20, aunque allí mismo se subraya a renglón seguido que, "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" (idem. 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., cfr. p. 161.
Un inteligente análisis crítico de la situación de terror en que ocurrieron estas fechorías puede verse en MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *Terror, pena y amnistía – El derecho penal ante el terrorismo de Estado*. Santiago de Chile: Editorial Flandes Indiano, 2010, passim.

6. 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*. 5. ed. Con una nota di Leonardo Sciascia. Palermo: Sellerio Editore, 1995. p. 50). Como sea, son de nombrar algunos títulos: Barros, *La Junta militar. Pinochet y la Constitución de 1980*. Santiago de Chile: Editorial Sudamericana, 2005; Cavallo, *La historia oculta del régimen militar*. Grijalbo Mondadori, Santiago de Chile, 2001 (libro escrito por un periodista, mas de extraordinario rigor); Correa Sutil et al. *Historia del siglo XX chileno – Balance paradojal*. Santiago de Chile: Editorial Sudamericana, 2001; Illanes, *La batalla de la memoria – Ensayos históricos de nuestro siglo*. Santiago de Chile: Planeta, 2002; Izquierdo Fernández, *Historia de Chile*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1989-1990. 3 vols.; Salazar Vergara y Pinto Vallejos, *Historia contemporánea de Chile*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 1999. 5 vols.; Urzúa Valenzuela, *Historia política de Chile y su régimen electoral (desde 1810 a 1992)*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992; Valdivia Ortiz de Zárate, *El golpe después del golpe – Leigh* versus *Pinochet: Chile 1960-1980*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2003, y Vial Correa, *Historia de Chile (1891-1973)*. 4. ed. Santiago de Chile: Zig-Zag, 2001. 6 vols.

preparó, acompañó y alimentó la instauración del gobierno militar, sino sólo 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. Sólo 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.[7]

7. Lo mismo piensa un reconocido historiador. Junto a 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, Alfredo. Ni reconciliación. ni olvido. *Encuentro académico sobre reconciliación y democracia.* Santiago de Chile: Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, 1995. p. 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), cfr. AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición: especial referencia al caso colombiano.* Bogotá: Temis, 2008. p. 16-17.

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, 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.[8]

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.[9] 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

8. "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.

9. 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 éstas, fueron mayoría absoluta obreros y campesinos. Véanse el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* cit., t. I, p. 885 y 887, y el *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura* cit., p. 179. De este proceder arbitrario pudiera 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.

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.[10] Por cierto, ninguna de las víctimas de tales medidas recibió el amparo del 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.[11]

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 etc., 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".[12]

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.[13]

---

10. *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura* cit., cfr. p. 162-163.
11. El obscuro papel cumplido por el Poder judicial quedó profusamente ilustrado en el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* cit., t. I, p. 95-104, y el *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura* cit., p. 171-177.
12. *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.
13. Contexto que otros prefieren calificar como de terror y de ausencia del Estado de Derecho. Así, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, op. cit., cfr. p. 19-28.

2. MECANISMOS DE SUPERACIÓN DEL PASADO CONFLICTIVO

Urge advertir que cuando hablamos de la "superación de un pasado conflictivo", entendemos referirnos tan sólo 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 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 supera 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.[14] 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.[15]

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

14. Idem, cfr. p. 29.

15. Corroboran nuestra apreciación una serie de movimientos sociales que vienen cobrando gran fuerza en los últimos años, con demandas de reforma civil, educativa, económica, laboral, tributaria y otras, que reduzcan la marca discriminatoria, excluyente y clasista que caracteriza de antiguo a la sociedad chilena, rasgo agravado por la estructura institucional, económica y social diseñada por la Constitución que impuso el gobierno militar en 1980. Una de las tantas paradojas de la transición chilena reside en que el sistema político actual la considera válida y en perfecta vigencia.

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 éstas 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.[16] 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.[17] No es

16. Artículos 2.° del Decreto Supremo 355, de 25.04.1990, que estableció la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 4.° de la Ley 19.123, de 08.02.1992, idem, la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, y 3.° del Decreto Supremo 1.040, de 26.09.2003, idem, la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura.

17. Obsérvese, empero, que desde 1995 el Parlamento ha conocido tres proyectos de ley orientados, ya a extender la aplicación del Decreto-ley 2.191, de 19.04.1978 (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 11.09.1973 y el 10.03.1978. 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

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.[18]

Esto aparte, no se ha perseguido en el país crímenes internacionales en el estricto sentido del término. Los numerosos procesos que han tenido lugar fueron o son tramitados subsumiendo los hechos en delitos comunes, dada la falta, en la época de su comisión, de casi todos los tipos existentes en el derecho externo.[19]

---

entre esa fecha y marzo de 1990, época del término del régimen militar. Con sólo 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 pseudos juicios sobre la verdad. Nos explayamos al respecto en nuestro informe citado supra, nota 1.

18. 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, salud individual y 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.

19. Éstos fueron introducidos recién por la Ley 20.357, de 18.07.2009, que tipificó los delitos de genocidio y lesa humanidad, actualizando, además, el escueto y vetusto catálogo de crímenes de guerra. Una de sus disposiciones es sumamente reveladora de la incomodidad, incluso el temor que suscitan los procesos por casos de detenidos-desaparecidos en las agrupaciones políticas cuyos miembros apoyaron el régimen militar, así como de la resistencia que opuso su representación parlamentaria, muy

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 haber contado entonces 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 Dec.-ley 2.191, de 19.04.1978,[20] 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.[21] Esto, sin embargo, vale únicamente respecto de la amnistía. De la involución de la jurisprudencia de la Corte Suprema, asaz zigzagueante en estas cuestiones y que se ha abocado en el último trienio al problema de la prescripción gradual de la responsabilidad penal en fechorías que ella misma declara imprescriptibles, se dirá más adelante.

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

---

nutrida, a la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que sobreviene el 01.08.2009 tras un largo y accidentado proceso legislativo que comenzó en 1999. Se trata del artículo 44, que reza así: "Los hechos de que trata esta ley, cometidos con anterioridad a su promulgación. continuarán rigiéndose por la normativa vigente a ese momento. En consecuencia, las disposiciones de la presente ley sólo serán aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia". Con el precepto, completamente innecesario a la luz de las reglas del Código Penal sobre la irretroactividad de la ley penal más gravosa (artículo 18), se buscó en verdad asegurar dos puntos: primero, que los crímenes cometidos por el régimen militar continúen siendo juzgados como delitos comunes y, por tanto, substraerlos a la regla de imprescriptibilidad de los crímenes regulados por la Ley en palabra (artículo 40); segundo, como su principio de ejecución, tratándose de secuestros, se remonta mucho más atrás en el tiempo, permitir a la jurisprudencia perseverar (o no) en su reciente línea interpretativa de la prescripción gradual en estos maleficios, cuyos concretos efectos en estos casos nos ocuparán en su momento.

20. Cuyo contenido esencial hemos trascrito supra, nota 16.

21. 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.

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 etc., el engranaje estatal continuó operando como antes, incluyendo a funcionarios que fueron nombrados por el gobierno anterior en consideración a la simpatía ideológica con éste 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 quien quiera que sea.[22] Ahora bien, la conservación en sus puestos de los empleados designados por aquel régimen obedece a 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 fuere 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 señorío 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 aquél tomar participación activa en la vida política del país –como dirigentes de partidos, senadores, diputados, alcaldes etc.–,[23] y al antiguo jerarca del régimen, conservar nada menos que la jefatura de las fuerzas armadas, cargo que dejó tras algunos años

22. Decretos-leyes números 2 y 22, de septiembre de 1973. Complementó esta maniobra de poder total el Decreto-ley 98, de 26.10.1973, 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 expulsarles.

23. Es más, con la llegada al Poder ejecutivo en marzo de 2010 de una coalición de partidos políticos de derecha, antiguos simpatizantes y militantes del régimen militar pasaron a ocupar ministerios, jefaturas de servicio, gobiernos regionales y comunales, y embajadas. En su mayoría, se cuidan de manifestar públicamente el fervor que nutren por dicho régimen, del que empezaron a tomar distancia, por razones tácticas, tras conocerse a mediados de la década pasada las malversaciones cometidas por su líder gracias a la denuncia de autoridades norteamericanas.

para asumir la dignidad de senador de la República.[24] 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 éste 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.[25]

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,[26] 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 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. 55, de 25.04.1990,

24. De hecho, sólo 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 al interior de tales cuerpos.

25. 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.

26. Aunque también de los hechos ocurridos en la resistencia armada contra el régimen militar, siempre que ésta hubiese cobrado vidas o producido lesionados en la milicia o la policía uniformada.

es decir, antes de cumplirse dos meses desde la asunción del primer gobierno post dictatorial.

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 "sólo 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 éstos 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 (art. 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 sólo 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, ésta 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 en el tiempo. 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,[27] y sugerir medidas legales y administrativas con que prevenir la sobrevenida de sucesos análogos en el futuro (art. 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 sólo dos veces, al nombrar a sus integrantes[28] –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 (art. 4.º); en cambio, la consecución de los antecedentes y las declaraciones de particulares (víctimas, sus representantes, sucesores, familiares, testigos, victimarios etc.) 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 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",[29] 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

27. En el sentido de rehabilitar póstumamente a las víctimas.

28. Ocho en total. Figuran en el artículo 3.º del Decreto.

29. *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* cit., t. I, p. 6.

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 había 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 tarea 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. Ésta, que había dirigido todo el proceso, examinó centenares de casos, decidiéndolos en conciencia sobre la base de un nutrido conjunto de elementos.[30] Con ello se obtuvo no sólo 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, etc. 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 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.[31] El Informe contiene un grueso número de propuestas de reparación;

30. 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 etc.

31. En estas comunicaciones a tribunales se omitió la identidad de las personas que quisieron declarar bajo reserva absoluta ante la Comisión.

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 ésta, 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,[32] dato importante, en cuanto denota la participación del Congreso y, en consecuencia, de la totalidad del los órganos legiferantes en la empresa de reparar a las víctimas de la violencia política,[33] 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.[34]

Este servicio público descentralizado, sometido a la supervisión de la Presidencia de la República y configurado para tener una existencia legal de veinticuatro meses (arts. 1.° y 16),[35] tuvo como competencia general concluir el proceso de declaración 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 ésta, 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

32. Lleva el número 19.123, y se publicó en el *Diario Oficial* de 08.02.1992.

33. 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 etc., de los que trataremos en breve.

34. Artículo 7.° de la Ley 19.123. El nombramiento se sancionó con el Decreto Supremo 540, publicado en el *Diario Oficial* de 07.08.1992.

35. La Ley 19.358, de 29.12.1994, prorrogó la existencia de la Corporación hasta el día 31.12.1995, plazo extendido por la Ley 19.441, de 23.01.1996, hasta el 31.12.1996.

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 (art. 2.°). Como su predecesora, no podía arrogarse atribuciones jurisdiccionales, interferir en los procesos pendientes ni pronunciarse sobre la eventual responsabilidad de persona alguna (art. 4.°), 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 art. 6.° 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 (art. 3.°).[36] 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 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 éste culmina al 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 será abordado durante la década siguiente. En agosto de

36. 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 15.07.1992.

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 11.09.1973 y el 10.03.1990". 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 preveía resistencias en los personeros que aún defendían obra y maniobras del régimen militar,[37] la vía normativa que se eligió fue la misma ensayada trece años antes, o sea, el decreto supremo. Éste lleva el número 1.040, y se publicó el 11.11.2003. 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 éste en el mismo decreto de creación y un breve plazo –seis meses– para cumplir su labor, a cuyo vencimiento quedaría automáticamente disuelta.

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 (art. 1.°). Le correspondió, asimismo, proponer al Presidente de la República las condiciones, características, formas

37. Fresca estaba 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.

y modos de unas "medidas de reparación austeras y simbólicas" para las personas reconocidas como prisioneros políticos o torturados (art. 2.°). Al igual que sus antecesoras, tampoco ésta 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" (arts. 3.°, 5.° y 7.°).

El concepto de tormento, sólo esbozado en el estatuto de la entidad, lo extrajo ésta 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 sólo 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.[38]

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 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".[39] 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,

38. *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura* cit., cfr. p. 23-28.

39. Idem, p. 40.

los nombres de quienes fueron recluidos allí o en las mazmorras de la policía política del régimen,[40] 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 éstos 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.[41]

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,[42] cuyas brutalidad o refinada barbarie sobrecogen al lector hasta el punto de obligarle a reiteradas pausas para recobrar la presencia de ánimo y poder concluir la lectura.[43] 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 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.[44]

---

40. 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.

41. *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura* cit., cfr. p. 67.

42. Idem, cfr. p. 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 etc.

43. Los fines de la tortura quedan también explícitos en el Informe: sonsacar información del detenido y escarmentarle, 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. Idem, cfr. p. 178.

44. Idem, cfr. en particular p. 178, 204 y 498. En la primera se añade que la entidad estatal, para ejecutar su política, "movilizó personal y recursos de diversos organismos

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 etc.) 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 sólo 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, de manera que éstos puedan comenzar o concluir gratuitamente estudios universitarios o técnicos; (f) conceder un cupo o ponderación especiales a

---

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".

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,[45] 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 éstos 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;[46] (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

45. *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* cit., t. II, p. 838-839.

46. 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.

impidan o dificulten seriamente el ejercicio de las acciones legales".[47] En fin, significativo 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".[48] 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 19.123, 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.[49] Al 31.12.1995 percibían la pensión cuatro mil ochocientas ochenta y seis personas; su valor, incrementado por en art. 2.° de la Ley 19.980, de 09.11.2004, 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 (art. 23 de la Ley 19.123). En la asistencia médica, se dispuso la gratuidad de ciertas prestaciones financiadas por el Fondo

47. *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* cit., t. II, p. 860. Excelente planteamiento, del que discrepamos sólo en que la prescripción de la acción penal debe entenderse *suspensa* en tales casos. Como muchos otros del Informe, tampoco éste 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, José Luis. Crímenes internacionales y prescripción. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (eds.). *Temas actuales de derecho penal internacional – Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 103-115; también en portugués, Crimes internacionais e prescrição. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (orgs.). *Tribunal penal internacional – Possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 185-197.

48. *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* cit., t. II, p. 868.

49. Se trata del cónyuge sobreviviente; la madre o, a falta de ésta, el padre del causante; la madre o el padre de los hijos no matrimoniales que dejó el último, y sus hijos menores de veinticinco años o discapacitados de cualquiera edad (art. 20).

Nacional de Salud.[50] 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 el Estado, apoyo precedido por un subsidio mensual mientras sigan estudios secundarios (arts. 29-31).[51] 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 (art. 32). La Ley 19.980 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 éste debe destinar al financiamiento de memoriales y otros sitios que recuerden a los muertos.[52] 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–,[53] se decantan por un tríplice orden de medidas, en los aspectos

50. 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 cura no sólo de los familiares de detenidos-desaparecidos, sino también de ex prisioneros políticos, antiguos exiliados, torturados y otros. Cfr. el *Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política* cit., p. 601.

51. El plazo de duración de estos beneficios fue extendido por la Ley 19.980 (art. 1.°).

52. Monumentos de este tipo venían siendo edificados y mantenidos desde anterior data, con emplazamiento en parques, plazas, universidades públicas etc. 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. El llamado "Museo de la Memoria" fue inaugurado mucho después, en enero de 2010, como se reseña infra, apartado V.

53. "Las reparaciones en los procesos de transición a la democracia cumplen no sólo una función individual respecto de la víctima que debe ser reparada, sino también

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 éstos, rehabilitarles 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",[54] y de la 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.[55]

Las propuestas de reparación individual hallaron presto eco en la ley 19.992, de 24.12.2004. 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 éstos (arts. 1.º y 5.º). Para unos y otros se declara el derecho de recibir del Estado apoyo técnico y rehabilitación

---

poseen importantes dimensiones sociales, históricas y preventivas", reza en p. 519 del Informe.

54. Cfr. supra, nota 18.

55. Son sólo 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 19.992, de que se habla seguidamente en el texto. El Instituto Nacional de Derechos Humanos sería creado por la Ley 20.405, de 10.12.2009.

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 (arts. 11-13).

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. Sólo 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.

Con todo, algunos datos firmes existen sobre el particular. Éstos 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 27.03.1991 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".[56] 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 11.09.1973"; 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.[57] Va de suyo que el ejército no aceptó 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,

---

56. 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: [www.cepchile.cl].

57. 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 sólo careció de legitimidad, sino es constitutivo del delito de rebelión, al que describe y pena de antiguo el art. 121 del Código Penal. Delito contra la seguridad del Estado perpetraron también quienes aceptaron cargos o empleos de los sublevados (art. 135). Una peculiaridad de la transición chilena a la democracia es que ninguna de estas fechorías ha sido siquiera denunciada.

que descartó toda reforma a la jurisdicción castrense, la modificación de los planes de estudio en la formación de aspirantes a oficiales y suboficiales etc. 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.[58] 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 éste 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"[59] 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",[60] 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

58. En particular, la armada –de tradición muy 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 ejército.

59. *Mínimo* es el adjetivo superlativo de la palabra pequeño; le repugna, pues, la añadidura del adverbio comparativo *más*, que denota una idea de exceso, ya expresada por el superlativo. Llama la atención que los jueces del máximo tribunal de la República se manifiesten por escrito, en un documento de tanta significación, con semejante barbarismo.

60. 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.

ya toda compostura, concluye apostrofando el juicio de la Comisión como "apasionado, temerario y tendencioso, producto de una investigación irregular y de probables 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,[61] 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[62] 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",[63] 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,[64] pero

61. Acerca del cambio de rumbo de la jurisprudencia, al que no fueron ajenos los resultados que consignaron los Informes examinados en estas cuartillas, remitimos nuevamente a nuestra contribución citada *supra*, nota 1.

62. El número de aquellas cuya suerte no se podía establecer ascendía a mil.

63. Como consigna José Zalaquett, uno de los integrantes del cónclave, en su artículo: La Mesa de diálogo sobre derechos humanos y el proceso de transición política en Chile. *Estudios Públicos* 79/14.

64. Formaron parte de ella altos oficiales en representación de sus comandantes en jefe, miembros del gobierno, abogados vinculados a las causas judiciales por estos

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 comandantes de las fuerzas armadas,[65] tuvo señalada gravitación, hasta el punto que los miembros militares de la Mesa no cuestionaron la verdad de los hechos narrados en él.[66] Es cierto que el acuerdo final deja un regusto de ambigüedad, por la 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;[67] 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.[68]

---

crímenes y la defensa de los intereses de las víctimas, miembros de entidades religiosas o morales y algunos profesionales expertos en el tema.

65. 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.

66. ZALAQUETT, José, op. cit., cfr. p. 20-21.

67. 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".

68. Ley 19.687, de 06.07.2000. 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 ésta designase ministros abocados especialmente al conocimiento

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 sólo 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 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.[69] 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 masacraba cuerpos y deformaba vidas enteras, "ya que no existen antecedentes

---

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 pudieran corresponder a víctimas de la violencia política.

69. Datan de noviembre de 2004, salvo la de la aviación, fechada el primero de diciembre.

fidedignos ni es verosímil sostener que distinguidos magistrados se hayan podido concertar con terceros para permitir detenciones ilegítimas, torturas, secuestros y muertes".[70]

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, una tarea aún pendiente de realización.

En efecto, salvas la tardía ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional y la no menos demorada introducción de los crímenes internacionales al derecho nacional, la mayoría de las recomendaciones sugeridas por las Comisiones no se han transformado en innovaciones jurídicas de relieve. Las causas del rezago están ligadas al estado inconcluso de la transición política del país, la debilidad de su Estado de Derecho, cuyas raíces se hunden en una Constitución de ilegitimidad insanable[71] y la falta de reconocimiento público del carácter delictuoso del origen del régimen que destruyó la democracia en el país. De la herencia de vacío de Derecho son testimonio varios datos. La jurisdicción penal militar permaneció hasta poco tiempo atrás en una condición de intolerable hipertrofia.[72] El sistema

70. 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.

71. Sancionada en 1980 merced a un plebiscito que no dio las menores garantías a los ciudadanos –engañados o francamente amedrentados para aprobarla–, ha experimentado numerosas reformas desde 1999, en su mayor parte centradas en los aspectos políticos más ruines del autoritarismo que inspira el conjunto de su articulado. La reforma de 2005 fue presentada por el gobierno y el Parlamento de la época como si se tratase de una nueva Constitución; de hecho, el decreto que fija su texto refundido, coordinado y sistematizado, lo firma el Presidente de la República allí donde antes estampó la suya el tirano. Sin embargo, "*Hundert Jahre Unrecht. kein Tag Recht; Recht muss Recht bleiben*", o sea, que cien años de no-Derecho no hacen un solo día de Derecho; el Derecho tiene que permanecer como lo que es". Son palabras de Enrst von Beling. *Revolution und Recht*. Aubsburg: Fisler, 1923. p. 19.
Sobre este documento de prensiones constitucionales y sus problemas, remitimos a nuestro trabajo: Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980). *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. n. 12. p. 165-199. Valparaíso: Edeval, 1994.

72. Finalmente, la Ley 20.477, de 30.12.2010, excluyó de la competencia de los tribunales castrenses a los civiles, adultos o menores de edad.

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 al interior de la judicatura.[73] 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.[74] El grupo de los delitos contra la seguridad del Estado, el régimen penal del terrorismo y del control de armas dejan mucho que desear,[75] 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.[76]

---

73. No dejó de mencionar el defecto la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile en su declaración de 14.12.2004, 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. Éstas, 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".

74. Véase, al respecto: GUZMÁN DALBORA, José Luis. Involución de la reforma procesal penal chilena. *Revista Procesal Penal* 68/9-19.

75. Salvo que contemos como excepciones la Ley 19.029, de 23.01.1991, 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 19.047, de 14.02.1991, con su alicorta reforma de las leyes sobre seguridad del Estado y de control de armas, y los Códigos Penal y de justicia militar. La "Ley" 18.314, de 17.05.1984, sobre conductas terroristas, dictada por el régimen militar, ha recibido algunas reformas, como la introducida el 08.10.2010 por la Ley 20.467. Éstas, sin embargo, dejan intacto el draconiano régimen punitivo del terrorismo.

76. En cambio, sí se adecuó la legislación interna a la definición internacional de la tortura, con la reforma al art. 150 del Código Penal y la introducción de dos disposiciones nuevas, los arts. 150 A y 150 B, obra de la Ley 19.567, de 01.07.1998.

5. TENDENCIAS INVOLUTIVAS DEL PRESENTE

Los últimos años han traído nuevas complicaciones al proceso de transición. Se trata de tendencias doblemente inquietantes, porque afectan a los dos aspectos que desde un principio se quiso dejar correr por separado en dicho itinerario, por una parte, el establecimiento y la sanción de responsabilidades por los crímenes cometidos bajo el régimen militar, asunto de la justicia penal, y, por otra, los mecanismos de verdad y reparación, materia del aparato administrativo y la justicia civil del Estado.

En cuanto a lo primero, la jurisprudencia de la Corte Suprema se había venido uniformado en el sentido de declarar la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, pese a la falta de tipificación expresa de éstos a la fecha de su comisión y que la regla de la imprescriptibilidad se introdujo sólo en julio 2009, con la antes citada Ley 20.357.[77] Pero si, en tales circunstancias, los fallos del máximo tribunal concluyeron en la condena a penas de cumplimiento efectivo para los malhechores,[78] desde mediados de 2007 éstos empiezan a verse amparados por una insólita impunidad, que el tribunal les concede mediante el instituto de la prescripción gradual del delito, cuyo efecto atenuante permite reducir las puniciones hasta reemplazarlas por la libertad vigilada, cuando no remitirlas francamente por conducto de la condena de ejecución condicional.[79] Estas sentencias, con sus contradicciones íntimas,[80]

77. Art. 40: "La acción penal y la pena de los delitos previstos en esta ley no prescriben".

78. Sólo que en un presidio especial, construido *ad hoc* para los militares en virtud de la Ley 19.368, de 26.01.1995. Los privilegios de que gozan allí, que no disfrutan los demás presos, representan una flagrante negación del principio de igualdad ante la ley, como registramos en nuestro libro *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2008. p. 38.

79. La prescripción gradual de delito y pena, poco común en el panorama comparado, está prevista en el art. 103 del Código Penal de 1874: "Si el inculpado se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena. pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige. en sus respectivos casos. para tales prescripciones. deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los arts. 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena. sea para disminuir la ya impuesta".

80. Para su crítica, véanse: Fernández Neira, Karinna; Sferrazza Taibi, Pietro. La aplicación de la prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos. *Anuario de derechos humanos* 5/183-192. Disponible en: [www.cdh.uchile.cl/publicaciones/anuarios/anuario2009.tpl], y Fernández Neira, Karinna. Breve

forman ya un número abultado, siendo las primeras las que inciden en los secuestros de Juan Luis Rivera Matus (30.07.2007), Ancacura Manquean, González Calculef, Hernández Inostroza y Vega González (05.09.2007, en el episodio llamado "Ranco"), y Carlos Humberto Contreras Maluje (13.11.2007). Aunque ha habido algunos fallos que se hacen cargo de la imposibilidad de conciliar el carácter imprescriptible de estos delitos con una regla prevista para los que sí pueden prescribir,[81] sea por la naturaleza permanente del secuestro, sea por la irremontable dificultad de fijar una fecha precisa del cese del período consumativo, el hecho es que "la Corte Suprema continúa, en la mayoría de los casos, aplicando la prescripción gradual y otorgando la libertad a los responsables de tan graves crímenes",[82] incluso a algunos ya condenados, y en varias oportunidades, por hechos semejantes, que sólo les merecieron la libertad vigilada, o al precio de fijar ficticiamente fechas de defunción, como la declaración de muerte presunta de las víctimas, en pos del anhelado propósito de echar a correr la prescripción gradual.

Por lo que hace a las cuestiones de verdad y reparación, el problema es de data todavía más reciente, marzo de 2010, cuando asume el gobierno una coalición de partidos entre cuyos integrantes se cuentan destacados partidarios del régimen militar. Ha consistido en un entorpecimiento de las medidas adoptadas al respecto por el gobierno que cesó en aquella data. El Museo de la Memoria, inaugurado unos meses antes de la instalación de las nuevas autoridades para mantener vivo el recuerdo de los crímenes ocurridos de 1973 a 1990, sufrió la crítica de quienes querían que en sus salas se documentase, además, "las causas del quiebre democrático del 73",[83] como si aquellas fechorías pudiesen ser legitimadas con el manido argumento de que el golpe de Estado fue un acto lícito amén de inevitable. Cual contraprueba de la irritación que genera entre las personas propensas a la amnesia de sucesos de enorme significación

---

análisis de la jurisprudencia chilena en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar, en Estudios constitucionales. *Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, n. 1, año 8, p. 467-488.

81. Por ejemplo, las de 20.01.2010, por el secuestro de Álvaro Barrios Duque; 07.08.2008, en el caso de los hermanos Leveque, y 01.09.2008, en la causa sobre tortura de dos personas y asesinato de otras cinco, conocida con el nombre de "Operación Leopardo". Cfr. idem, p. 482-483.

82. Idem, p. 486.

83. *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010. p. 24.

pública, promediando junio el gobierno anunció la reducción del presupuesto del Museo, so pretexto de exigirlo las reparaciones de los múltiples daños causados por el terremoto de febrero de 2010. En seguida, la continuación de las labores de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, y la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, ahora confiadas a la Comisión Asesora para la Calificación de los Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, que se creó en diciembre de 2009 por la misma ley que estableció el Instituto Nacional de Derechos Humanos,[84] con el objeto de examinar los casos que no llegaron a conocer o reconsiderar los decididos negativamente por las primeras Comisiones, hace contraste con los anuncios de que se supo al año siguiente sobre la posibilidad de conceder indultos a los militares que intervinieron en los desmanes.[85] Por lo demás, el Instituto no parece haber sido una prioridad para el novel gobierno. En efecto, durante meses permaneció sin estar nombrados formalmente sus consejeros ni haberse dictado los decretos necesarios para su constitución; es más, aún no tiene sede física, por lo que en alguna medida puede decirse que sólo existe en el papel en que se escribe las leyes.

Una mención aparte solicitan dos extremos relativos a la persecución penal y las indemnizaciones civiles de los delitos que yacen tras todo este decurso. El Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, que en la última década asumió un relevante papel en el ejercicio de la acción penal nacida de aquéllos, ha entrado en una fase denominada de "continuidad reflexiva", lo que en buen castellano significa no abrir nuevas causas judiciales para los muchos casos aún no conocidos por los tribunales[86] y realizar una selección de los pleitos en trámite por modo de continuar algunos y dar término a aquellos que no ofrezcan perspectivas de un resultado concreto. Si esto no permite albergar horizontes risueños respecto del castigo de las tropelías pendientes de sanción, todavía más preocupante es la compensación civil a los deudos de los detenidos-desaparecidos. También en esto la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema semeja una cabeza de Jano. En efecto, declara imprescriptibles los crímenes, pero, además de dejarlos materialmente impunes al reconocer a

84. Cfr., supra, nota 54.

85. Lo anunciado, perdonar parejamente a civiles y militares si cometieron delitos de la misma gravedad, finalmente no se concretó por el rechazo que la noticia produjo en la población.

86. Hasta mayo de 2010 había trescientas cincuenta causas en tramitación, que representan sólo un tercio de la cifra oficial de víctimas reconocidas por las Comisiones de la verdad. Cfr. *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010* cit., p. 44.

los autores la prescripción gradual, estima que las acciones civiles ejercidas por los perjudicados en contra del fisco estarían prescritas al tenor del breve plazo que determina el Código civil para la responsabilidad extracontractual.[87] Hay excepciones, por cierto, entre las que es de mencionar el fallo del caso llamado "Liquiñe".[88] Sólo que, en esta oportunidad, la condena civil, precedida de una concepción relativa del injusto penal, abiertamente opuesta a la unidad de lo antijurídico dentro del ordenamiento, y de unas penas pronunciadas a título de saludo ceremonial,[89] reproduce de algún modo en el ánimo la atmósfera mezquina que engendró los hechos delictuosos y, sobre todo, confirma la sospecha de que la sociedad chilena, o los sectores dominantes en ella, sigue atribuyendo más valor a los bienes patrimoniales que al respeto por la libertad y la vida de sus hijos. Es la palingenesia de las distorsiones valorativas que antaño precipitaron al país a la catástrofe.

6. CONCLUSIONES

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

87. Cuatro años (art. 2.332).

88. Recibió este nombre porque en esa aldea rural del sur de Chile residían los secuestrados, varios de los cuales se desempeñaban como obreros forestales en una explotación maderera. El crimen, perpetrado en octubre de 1973, calza a pedir de boca en el concierto de la violencia que desencadenó el aparato estatal desde la asonada sediciosa de septiembre. Aun así, los hechos que lo componen alcanzaron cotas de una ferocidad inusual incluso para lo que fue la primera fase de la satrapía castrense, asociadas a unos rasgos de ruindad que muestran hasta qué simas de bajeza moral se había sumido a la sazón la comunidad chilena. Para el análisis del caso nos permitimos remitir a nuestro trabajo: La desaparición forzada de personas: el caso chileno. In: AMBOS, Kai (coord.). *Desaparición forzada de personas – Análisis comparado e internacional*. Bogotá: Temis, 2009. p. 53-73.

89. Saludo incluso más condescendiente que la "fantástica benevolencia" de los jueces alemanes que condenaron a los miembros del "comando Eichmann", a principios de los años sesenta del siglo pasado, pues éstos tuvieron que cumplir sus penas. Tomo la expresión de: ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén*. Trad. Carlos Ribalta. Barcelona: Debolsillo, 2008. p. 30.

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.[90] Pero sería injusto desconocer que aquel conjunto de perspectivas ha de haber remecido a muchos jueces y, de cualquier forma, sirvió de estímulo a los procesos pendientes, contribuyendo a la recta conclusión de algunos de ellos.[91]

---

90. 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: MUÑOZ CONDE, Francisco. Abrechen, aber wie? Die rechtliche Transformation europäische Diktaturen nach 1945: Der Fall Spanien. *Journal der Juristische Zeitgeschichte*. p. (41-48) 41. Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007. Cuaderno 2. Un panorama de la transición española, "modelo de impunidad u olvido absoluto de los crímenes cometidos durante la guerra civil y la dictadura franquista" en: GIL GIL, Alicia. España. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Justicia de transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009. p. (471-501) 471.

91. 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

No caeremos en la ingenuidad de generalizar las conclusiones que se puede extraer del caso de Chile a otros contextos políticos, sociales y jurídicos. A la pregunta de si se puede satisfacer las exigencias de paz social y de recomposición del Estado de Derecho con recursos penales, extra punitivos 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.[92] Suponer que la pena es efecto ineludible del delito y, por ende, que ha de seguirle 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 aquéllas y éstos si la ley se empecina en irrogarlo a ultranza.[93] La experiencia chilena muestra sólo 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. Es de esperar que la involución reciente en la jurisprudencia y la política no se transforme en un factor de perturbación del orden jurídico, máxime considerando que la fragilidad del Estado de Derecho, funesto legado de la dictadura castrense, no ha merecido todavía las reformas que superen esa condición y hagan de un país acostumbrado a soportar el "principio de autoridad", sin importar cuáles sean los títulos de ésta y los contenidos de su voluntad, una comunidad fundada en el reconocimiento efectivo de los derechos y bienes más importantes de las personas.

---

exitosa", e incluso "caso modelo en Latinoamérica", califican el proceso: FUCHS, Ruth; NOLTE, Detlef. Vergangenheitspolitik in Chile, Argentinien und Uruguay. Aus Politik und Zeitgeschichte. *Das Parlament* 42/(18-24) 24.

92. "Toda transición es diferente y requiere tomar en consideración las circunstancias concretas de la situación concreta". AMBOS, Kai, op. cit., p. 22.

93. 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. Berlin: Verlag von O. Häring, 1911. t. I, p. 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" (p. 161 y 162).

7. BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición: especial referencia al caso colombiano*. Bogotá: Temis, 2008.

ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén*. Trad. Carlos Ribalta. Barcelona: Debolsillo, 2008.

BELING, Ernst von. *Revolution und Recht*. Aubsburg: Fisler, 1923.

FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna. Breve análisis de la jurisprudencia chilena en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar, en estudios constitucionales. *Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*. n. 1. año 8. p. 467-488. Santiago de Chile: Universidad de Talca, 2010.

_____; SFERRAZZA TAIBI, Pietro. La aplicación de la prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos. *Anuario de derechos humanos*. Santiago de Chile, n. 5, 2009.

FUCHS, Ruth; NOLTE, Detlef. Vergangenheitspolitik in Chile, Argentinien und Uruguay. Aus Politik und Zeitgeschichte. *Das Parlament*. n. 42. p. 18-24. Berlin. 16.10.2006.

GIL GIL, Alicia. España. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Justicia de transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.

GUZMÁN DALBORA, José Luis. Crímenes internacionales y prescripción. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK; Jan (eds.). *Temas actuales de derecho penal internacional – Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 103-115.

_____. Crimes internacionais e prescrição. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ; Carlos Eduardo Adriano (orgs.). *Tribunal penal internacional – Possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación en Chile del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; MALARINO; Ezequiel (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: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

_____. Involución de la reforma procesal penal chilena. *Revista Procesal Penal*. n. 68. p. 9-19. Santiago de Chile: LexisNexis, feb. 2008.

_____. Jurisprudencia chilena sobre derecho penal internacional. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER; Gisela. *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional: con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

_____. La desaparición forzada de personas: el caso chileno. In: AMBOS, Kai (coord.). *Desaparición forzada de personas – Análisis comparado e internacional*. Bogotá: Temis, 2009.

_____. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago: LexisNexis, 2008.

_____. Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980). *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. n. 12. p. 165-199. Valparaíso: Edeval, 1994.

Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.

Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Santiago de Chile: La Nación, 1991. vol. 2.

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.

JELLINEK, Georg. Absolutes und relatives Utrecht. In: HÄRING, Verlag von O. *Ausgewälhlte Schriften und Reden*. Berlin, 1911. vol. 2. t. I, p. 151-163. Trad. castellana José Luis Guzmán Dalbora. Injustos absoluto y relativo. *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*. n. 10. 2008. Disponible en: [http://criminet.ugr.es/recpc/10/repc10-r1.pdf]. Acceso en: 02.02.2011; además, en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. n. 26, 2008, p. 281-290; y en Iter criminis. *Revista de Ciencias Penales*. n. 19. p. 131-140. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales. Cuarta Época, ene.-feb. 2011.

JOCELYN-HOLT LETELIER, Alfredo. Ni reconciliación, ni olvido. *Encuentro académico sobre reconciliación y democracia*. Santiago de Chile: Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, 1995.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *Terror, pena y amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado*. Santiago de Chile: Editorial Flandes Indiano, 2010.

MANZONI, Alessandro. *Storia della colonna infame*. 5. ed. Con una nota di Leonardo Sciascia. Palermo: Sellerio Editore, 1995.

MILLALEO HERNÁNDEZ, Salvador A. In: ESER; SIEBER; ARNOLD (Hrsg.). *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*. Teilband 11 (Chile y Uruguay). Berlín: Dunker & Humblot, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Abrechen, aber wie? Die rechtliche Transformation europäische Diktaturen nach 1945: Der Fall Spanien. *Journal der Juristische Zeitgeschichte*. p. (41-48) 41. Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007. Cuaderno 2.

ZALAQUETT, José. La Mesa de diálogo sobre derechos humanos y el proceso de transición política en Chile. *Estudios Públicos*. n. 79. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, 2000. Disponible en: [www.cepchile.cl].

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A anistia e os crimes contra a humanidade, de Edson Luis de Almeida – *RBCCrim* 55/315;
- Crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado ou por indivíduos com a conivência estatal à luz do direito interno e internacional, de Jorge Barrientos-Parra – *RT* 903/383;
- Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal, de Marlon Alberto Weichert – *RBCCrim* 74/170;
- Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional, de Kai Ambos – *RBCCrim* 49/48;
- O caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional, de André de Carvalho Ramos – *RBCCrim* 25/106;
- O caso Pinochet e a universalização da luta pelos direitos humanos, de Jorge Barrientos Parra – *RT* 763/465;
- O esclarecimento da verdade sobre graves violações dos direitos humanos, de Jan-Michael Simon – *RBCCrim* 92/403; e
- Relatos – Um advogado na ditadura, de Antonio Carlos da Gama Barandier – *RBCCrim* 19/417.

57036

JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y ELABORACIÓN DEL PASADO EN URUGUAY

8

PABLO GALAIN PALERMO

Doutor Europeu em Direito. Investigador responsável pela Seção de Portugal do Instituto Max-Planck, Friburgo, Alemanha.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: Uruguay sufrió una dictadura cívico-militar entre 1973-1985 durante la que se cometieron graves violaciones a los derechos humanos. Esta contribución presenta las distintas etapas de la justicia de transición para reaccionar frente a los crímenes del pasado y las distintas formas en que la sociedad uruguaya ha elaborado su pasado. Todo este proceso ha estado marcado por la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, una especie de ley de amnistía para los violadores de los derechos humanos, que en realidad ha operado como un mecanismo político antes que jurídico. Finalmente se enuncia la situación actual del proceso de justicia de transición en Uruguay.

PALABRAS CLAVE: Dictadura – Derechos humanos – Justicia – Transición – Amnistía – Verdad – Reparación – Punición.

ABSTRACT: From 1973-1985 Uruguay endured a civil and military dictatorship, in which serious violations of human rights were committed. Based on the Uruguayan experience, this paper analyzes different forms of transitional justice to deal with the past. The whole process has been underpinned by the Law of Caducity of the Punitive Claim of the State. To a certain extent this law proposes an amnesty law for the perpetrators, which has raised the contestation of the Urugayan civil society. The law has been used as a political mechanism instead of a juridical one. Finally, the current situation of the transitional justice process in Uruguay is described.

KEYWORDS: Dictatorship – Human rights – Justice – Transition – Amnesty – Truth – Reparation – Punishment.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Etapas de la justicia de transición: 2.1 Modelo de olvido o *Schlußstrichsmodel* (1985-2000); 2.2 Modelo de reconciliación o *Aussöhnungsmodel* (2000-2005); 2.3 Modelo de persecución penal o *Straßverfolgungsmodel* (2005-) – 3. Los problemas relacionados con la Ley de Caducidad y la utilización de mecanismos de democracia directa e indirecta – 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

1. Este artículo tiene como cometido analizar el proceso de la justicia de transición uruguaya en un período de tiempo que comprende desde el fin de la dictadura cívico-militar hasta el presente.

2. En el contexto de la "guerra fría"[1] y con la influencia de la Revolución cubana (1959), algunos movimientos guerrilleros[2] comenzaron a realizar acciones delictivas a principios de la década del 60.[3] Comenzada la década del 70 las Fuerzas Conjuntas (reunión de militares con policías) emprendieron una "lucha armada" contra los movimientos guerrilleros,[4] que fueron rápidamente derrotados en 1972.[5] El 27.06.1973 los militares junto al entonces Presidente democráticamente electo Juan María Bordaberry, dieron un golpe de Estado (o autogolpe), y sustituyeron al Parlamento por un "Consejo de Estado". El Presidente devenido en dictador ejerció funciones como "jefe de Estado" hasta 1976,[6] fecha en la que fue destituido por sus ex aliados militares.[7]

---

1. Vide DE SENARCLENS, Pierre. El problema de la legitimidad del poder. In: SIJAU. *Coloquio sobre Uruguay y Paraguay. La transición del estado de excepción a la democracia.* Montevideo: Banda Oriental, 1985. p. 15.
2. El principal grupo guerrillero, el Movimiento de Liberación Nacional Tupamaros, se oponía al régimen político vigente y cuestionaba la corrupción política y el caos económico en que se encontraba el país. Su propuesta consistía en un cambio profundo a través del uso de las armas que conduciría a la dictadura del proletariado, como consecuencia de la lucha de clases. Vide LESSA, Alfonso. *Estado de guerra. De la gestación del golpe del 73 a la caída de Bordaberry*. Montevideo: Fin de Siglo, 2007. p. 19 y ss.; WEIL, Thomas et al. *Area handbook for Uruguay*. 1. ed. Washington: Government Printing Office, 1971 (1976). p. 380 y s.
3. Vide SANGUINETTI, Julio María. *La agonía de una democracia. Proceso de la caída de las instituciones en el Uruguay (1963-1973)*. Montevideo: Taurus, 2008. p. 35 y ss.; DEMASI, Carlos; MARCHESI, Aldo; MARKARIAN, Vania; RICO, Álvaro; YAFFÉ, Jaime. *La dictadura cívico-militar. Uruguay 1973-1985*. Montevideo: Banda Oriental, 2009. p. 21 y ss.
4. Vide Dec. presidencial 566/1971, de 09.09.1971 del ex Presidente Pacheco Areco.
5. En detalle, Centro Militar; Centro de Oficiales Retirados de las FFAA. *Nuestra Verdad: 1960-1980, la lucha contra el terrorismo*. Montevideo: Artemisa, 2007.
6. Vide LESSA, Alfonso. Op. cit., p. 23, 109 y s; Fuerzas Armadas. *Las FFAA. al pueblo oriental. El proceso político*. Montevideo: FFAA., 1978. t. II, p. 130 y s.; VÁZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. *La filosofía de los derechos humanos y la realidad de América Latina.*, Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, 1989. p. 116; CAETANO, Gerardo; RILLA, José. *Breve historia de la dictadura*. Montevideo: Banda Oriental, 2006. p. 20.
7. Hasta 1981 estuvieron al frente del gobierno de facto dictadores civiles. El primer dictador militar fue Gregorio Álvarez, quien en 1981 se puso al frente del régimen

3. Durante la dictadura cívico-militar uruguaya (1973-1984) hubo un Estado gobernado mediante la expansión y escalada del miedo, el terror y la violencia.[8] La comisión de crímenes de lesa humanidad y la violación sistemática de los Derechos Humanos fue una de las características de la dictadura uruguaya.[9]

4. La transición de la dictadura a la democracia se produjo de forma pactada o negociada.[10] En esa negociación los militares entregarían el poder sólo y

---

de facto para dirigir y controlar el proceso de transición política hacia la democracia. Vide LESSA, Alfonso. *La primera orden. Gregorio Álvarez, el militar y el dictador. Una historia de omnipotencia*. Montevideo: Sudamericana, 2009.

8. En sentido similar, vide WALDMANN, Peter. *Terrorismus und Bürgerkrieg. Der Staat in Bedrängnis*. München: Gerling Akademie, 2003. p. 169.

9. Entre la gama de crímenes de lesa humanidad la tortura de las personas detenidas legítima y/o clandestinamente fue el crimen más cometido durante la dictadura cívico-militar. Vide WESCHLER, Lawrence. *A miracle, a universe. Settling account with torturers*. New York: Pantheon Books, 1990. p. 125 y ss.; ROSENCOF, Mauricio; FERNÁNDEZ HUIDOBRO, Eleuterio. *Memorias del calabozo*, Navarra: Txalaparta, 1993. p. 57; GIL, Daniel. *El capitán por su boca muere o la piedad de Eros. Ensayo sobre la mentalidad de un torturador*. Montevideo: Trilce, 1999. p. 38. De todas las dictaduras de la región la uruguaya fue de las más incisivas en términos de "represión sistemática", se dice que un 20% de los uruguayos fue detenido y la gran mayoría torturados. Vide AROCENA, Rodrigo. Uruguay: Zwischen Niedergang und neuen Wegen. *Ibero-Analysen*. Berlin: Ibero-Amerikanischen Institut, nov. 2003. Heft 13, p. 5; CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *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: Parthenon, 2007. p. 396; LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. *Problems of democratic transition and consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*. Baltimore/London: The Johns Hopkins University Press, 1996. p. 152; WESCHLER, Lawrence. Op. cit., p. 124; RONIGER, Luis; SZNAJDER, Mario. *The legacy of human-rights violations in the Southern Cone: Argentina, Chile, and Uruguay*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 249; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDDHH). Informe sobre la situación de los derechos humanos en Uruguay, OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 19 corr. 1, 31.01.1978, conclusiones, párr. 2. En mucha menor medida, la dictadura uruguaya aplicó la desaparición forzada de personas como una de las modalidades para infundir terror en la población. Vide Comisión para la Paz. Informe final de 10.04.2003, anexos 3, 5 y 12.

10. Vide PRATS, Martín. Derechos humanos, modelos de desarrollo y políticas de transición. *El legado de la verdad: impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina*. BLEEKER, Mô (ed. general). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2007. p. 133; RIAL, Juan. *Transición hacia la democracia y restauración en el Uruguay, 1985-1989*. San José: IIDH-Capel, 1990. p. 264; CAETANO, Gerardo. El testamento ciudadano y la exigencia de verdad. *RDH*. año 2, n. 2, jun. 2004, p. 19 y s., nota de pie 2.

cuando no hubiera ninguna etapa de revisionismo de ningún miembro de las fuerzas armadas o de la policía, que hubiera actuado en cumplimiento de órdenes.[11] Como consecuencia de la negociación política que se llevó a cabo en el "Pacto del Club Naval", se invertía la teoría que sostiene que la democracia se consolida a través de la justicia,[12] considerando los negociadores que la justicia sería un escollo para la reconstrucción democrática del país.[13]

2. ETAPAS DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN

5. La justicia de transición es un concepto en construcción, que combina aspectos políticos y jurídicos[14] y persigue cumplir con tres valores esenciales:

---

11. Vide KRITZ, Neil. *Transitional Justice*. Washington D.C.: United States Institute of Peace Press, 1995. vol. II, p. 383 y ss.; APPRATTO, María. *Del club naval a la Ley de Caducidad. Una salida condicionada para la redemocratización uruguaya, 1983-1986*. Montevideo: Monteverde, 2007. p. 60 y ss. Desde un punto de vista teórico, vide KAUFMANN, Arthur. Reflexionen über Rechtsstaat, Demokratie, Toleranz. In: KÜHNE, Hans-Heiner (Hrsg.). *Festschrift für Koichi Miyazawa: Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*. Baden-Baden: Nomos, 1995. p. 387.

12. Vide TEITEL, Ruti. How are the new democracies of the southern cone dealing with the legacy of past human rights abuses?. In: KRITZ, Neil (ed.). *Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes*. Washington D.C.: Unites States Institute of Peace Press, 1995. vol. I – General Considerations, p. 150.

13. El slogan de la transición política en Uruguay fue: "el cambio en paz". Este slogan implicaba una garantía de impunidad y un manto de olvido, desde un punto de vista político se trataba de mirar hacia el futuro sin elaborar el pasado.

14. Véase que las políticas sobre el pasado son parte de la política de transición, así como el derecho penal de transición está directamente unido con las políticas sobre el pasado y con la política de transición. Vide ARNOLD, Jörg. Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik. BÖSE, Martin; STERNBERG-LIEBEN, Detlev (Hrsgs.). *Grundlagen des Straf-und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 727. Werle identifica en primer lugar el modelo de persecución penal (*Strafrechtliche Verfolgung*); el modelo de "no persecución" (*Nichtverfolgung*); el modelo de esclarecimiento (*Aufklärung*, por ejemplo, mediante una Comisión de la verdad); el modelo de reparación (*Wiedergutmachung*) y el modelo de sanciones no penales (*Ausßerstrafrechtliche Sanktionen*). Vide WERLE, Gerhard. Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; VORMBAUM, Thomas (Hrsg.). *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*. Humboldt-Kolleg an der Universidad Pablo de Olavide Sevilla, 7-9. Februar 2008, De Gruyter, 2010, p. 16. Osiel enumera distintas medidas que pueden ser combinadas en procesos de transición como respuestas a las atrocidades masivas cometidas por el gobierno anterior: Comisiones de la Verdad, Amnistías, Purgas, Reparación de las víctimas y, como última alternativa, juicios (penales y civiles). Vide OSIEL, Mark. Respuestas estatales a las atrocidades masivas. In: RETTBERG,

verdad, justicia y reparación.[15] La justicia de transición tiene que congeniar las exigencias de la justicia con las vicisitudes de la política y procurar un

---

Angelika (comp.). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005. p. 67 y ss. La justicia de transición ha sido definida como una serie de prácticas, mecanismos e intereses que tienen que ser llevados a cabo luego de un período de conflicto, guerra civil o represión, y que están dirigidas directamente a confrontar y elaborar las violaciones contra los derechos humanos y el derecho humanitario. Vide ROTH-ARRIAZA, Naomi. The new landscape of transitional justice. In: ROTH-ARRIAZA, Naomi; MARIEZCURRENA, Javier (eds.). *Transitional justice in the twenty-first century. Beyond truth* versus *justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 2. No existe un sistema de justicia de transición aplicable como modelo de solución para todos los casos. El tipo de justicia de transición puede variar con el tiempo, y para ello guarda estrecha relación con las relaciones de fuerza entre la actual y la antigua elite en el poder. Vide SOOKA, Yasmin. Dealing with the past and transitional justice: building peace through accountability. *International Review of the Red Cross*. vol. 88. n. 862. p. 316 y s. jun. 2006. International Committee of the Red Cross (ICRC). Los mecanismos y procesos de intervención varían según los cambios de los gobiernos o las políticas de gobierno.Vide GALAIN PALERMO, Pablo. Uruguay., AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009. p. 413. Hoy en día, además del aspecto normativo vinculado a la resolución de un conflicto pasado en una sociedad determinada, se pretende que la justicia de transición contribuya con el compromiso internacional de brindar seguridad a los seres humanos y con la protección supranacional de los derechos humanos. Vide TEITEL, Ruti. Editorial note – Transitional justice globalized., *The International Journal of Transitional Justice*. vol. 2, n. 1, p. 3, 2008; CALL, Charles. Is transitional justice really just? *Brown Journal of World Affairs*. vol. XI, issue 1, p. 101. summer/fall 2004.

15. Vide TEITEL, Ruti. Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*. vol. 16, p. 69. spring 2003. Cambridge:,Harvard Law School; MCEVOY, K.; MCGREGOR, L. Transitional justice from below: an agenda for research, policy and praxis. In: MCEVOY, K.; MCGREGOR, L. (eds.) Transitional Justice from Below: grassroots activism and the struggle for change (Human Rights Law in perspective). Oxford: Hart Publishing, 2008; AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición*. Trad. Ezequiel Malarino. Bogotá: Temis, 2008. p. 8 y ss.; TEITEL, Ruti Law politics and contemporary transitional justice. *Cornell International Law Journal*. vol. 38, p. 837. New York: New York Law School, 2005; UPRIMNY, Rodrigo; SAFFON, Maria Paula. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. In: RETTBERG, Angelika (comp.). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005. p. 211 y ss.; SIMON, Jan-Michael. Criminal accountability and reconciliation. In: ALBRECHT, Hans-Jörg; SIMON, Jan-Michaek; REZAEI, Hassan; ROHNE, Holger-C.; KIZA, Ernesto (eds.). Conflicts and conflict resolution in Middle Eastern societies – Between tradition and modernity. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 99 y ss.; PAMPALK, Madalena; KNUST, Nandor. Transitional Justice und Positive Komplementarität. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*. n. 11, p. 669 y ss. Augsburg, 2010. También United Nations. Security Council,

equilibrio que satisfaga a todos los actores del conflicto. Este objetivo la obliga a oscilar entre la *política real* (formas de perdón y olvido propias de los procesos de transición) y las exigencias de la justicia, que a su vez confronta serias contradicciones entre principios universales y/o imperativos jurídicos internacionales que demandan la protección de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad con principios y garantías del derecho penal material y formal nacional.[16] En este contexto el derecho penal no puede perder su condición de *ultima ratio* como mecanismo de reacción frente a los crímenes cometidos en el pasado.[17] Para describir y explicar la transición jurídica uruguaya utilizaré una clasificación identificada en un proyecto del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg,[18] que reconoce tres grandes modelos para la transición de un régimen despótico o dictatorial hacia uno democrático y de derecho.[19] Estos modelos son: (a) el modelo de olvido o *Schlußstrichmodel*, subdividido en modelo de olvido absoluto o absolutes *Schlußstrichmodel* y el modelo de olvido relativo o relatives *Schlußstrichmodel*; (b) el modelo de persecución penal o *Strafverfolgungmodel* y (c) el modelo de reconciliación o *Aussöhnungsmodel*. Dichos modelos no tienen necesariamente que darse en su forma pura sino que puedan estar combinados entre sí.[20]

S/2004/616, of August 2/2004. Disponible en: [www.undp.org/cpr/documents/jssr/ssr/rule%20of%20law%20and%20transitional%20justice.pdf].

16. Vide GALAIN PALERMO, Pablo, *Transitional Justice in Uruguay: Different Mechanisms Used by Uruguay as a Reaction against Crimes Committed in the Past*, Academic Papers, Istanbul University, 23-30 September 2011, p. 143 y ss.

17. Vide ESER, Albin, *Rechtspolitische Reflexionen zu besserer nationaler Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch transnationale Absicherung*, Academic Papers, Istanbul University cit, p. 117

18. Vide ESER, Albin; ARNOLD, Jörg; KREICKER (Hrsgs.). *Strafrecht in Reaktion auf Systemunecht. Vergleichende Einbliche in Transitionsprozesse*. Iuscrim, 2001. p. 6 y ss. Un desarrollo posterior a las resultancias de este proyecto se encuentran en ARNOLD, Jörg. Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik cit., p. 727 y ss.

19. En los procesos de justicia de transición se pueden dar modelos diversos a los recién descritos o la combinación de estos modelos durante un mismo período de tiempo, aquí se utiliza esta clasificación con efectos meramente explicativos para diferenciar distintos momentos de la transición en Uruguay, en los que predominó uno de estos tres modelos teóricos.

20. Vide GALAIN PALERMO, Pablo, *Transitional Justice in Uruguay: Different Mechanisms Used by Uruguay as a Reaction against Crimes Committed in the Past* cit., p. 145.

2.1 *Modelo de olvido o* Schlußstrichsmodel *(1985-2000)*

6. En esta primera etapa del proceso de transición uruguayo predomina el olvido y la impunidad, aunque este *Schlußstrichmodel* también combina mecanismos de reparación a las víctimas.[21] La democracia trajo consigo los reclamos de las víctimas frente a la justicia penal. Para evitar una nueva sublevación militar, que no admitían sujetarse a la justicia ordinaria,[22] a fines de 1986 el Parlamentó promulgó la Ley 15.848, denominada *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*. Esta ley sujetó la investigación de los hechos denunciados a una decisión política del Poder Ejecutivo frente a cada requerimiento del Poder Judicial para determinar si el caso concreto podía ser investigado o estaba amparado por esta especie de "amnistía" que impedía cualquier tipo de investigación judicial para conocer los hechos e identificar al autor de los mismos.[23] En realidad esta ley solo puede ser catalogada como un mecanismo político de justicia de transición porque trasladó la decisión final sobre la persecución penal de los delitos cometidos durante la dictadura al Poder Ejecutivo (arts.

21. Con el regreso de la democracia se restituyó la plena vigencia de la Constitución, se hicieron reformas institucionales y el parlamento dictó una Ley de Amnistía (15.737 de 08.05.1985) que benefició a todos los autores de delitos políticos, delitos comunes y delitos militares conexos con éstos, cometidos a partir del 01.01.1962 (art. 1). El art. 5 de la Ley dejó expresamente fuera de la amnistía a "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". En ese año también se creó una Comisión parlamentaria para esclarecer la situación de los desaparecidos, pero ella no fue más que un simbólico ejercicio politico sin ningun apoyo del Poder Ejecutivo ni vocación para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad de personas todavía vinculadas al poder o a la administración pública. Vide HAYNER, Priscilla. *Unspeakable truths. Confronting state terror and atrocity*. New York/London: Routledge, 2001. p. 54; BARAHONA DE BRITO, Alexandra. *Human rights and democratisation in Latin America: Uruguay and Chile*. New York: Oxford University Press, 1997. p. 146. El nuevo régimen dictó leyes de reparación que principalmente declaraban la restitución de derechos y beneficios a las víctimas de la dictadura. Vide GALAIN PALERMO, Pablo. Uruguay cit., p. 396 y s.

22. La justicia militar pretendió asumir competencia en las denuncias penales contra militares que actuaron durante la dictadura cívico-militar, pero la SCJ declinó la competencia en la justicia penal ordinaria.

23. Vide FERNÁNDEZ, Gonzalo. Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht in Uruguay. ESER, Albin; SIEBER, Ulrich; ARNOLD, Jörg (Hrsg.). *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007. Teilband 11, p. 546 y ss.

3[24] y 4,[25] Ley 15.848).[26] Esta ley que viola la separación de poderes y que por ello es contraria a la Constitución, fue declarada constitucional por la Suprema Corte de Justicia (SCJ) en una sentencia fundamentada principalmente con argumentos políticos.[27] La ley que no contemplaba las aspiraciones de las víctimas y de una gran parte de la sociedad que exigía "verdad y castigo", fue ratificada por la ciudadanía en un Referendum (16.04.1989).[28] La solución local ratificada por todos los poderes del Estado (democracia indirecta) e incluso

24. Art. 3: "A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1 de la presente ley. Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria. Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el Juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo".
25. Art. 4: "El Poder Ejecutivo dispondrá de inmediato las investigaciones destinadas al esclarecimiento de estos hechos".
26. Vide SKAAR, Elin, "Impunidade versus responsabilidade no Uruguai: o papel da Ley de Caducidad", A Anistia na Era da Responsabilização. O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada, Comissão de Anistia, Ministerio da Justiça do Brasil/Centro de Estudos Latino-Americanos Universidade de Oxford, Reino Unido, Brasilia e Oxford, 2011, p. 433 y ss.
27. Cfe. SCJ, Sentencia 184 de 02.05.1988 que planteó la inconstitucionalidad de la ley. Vide *Revista de Derecho Penal*, n. 8, p. 143. Montevideo, 1988. Dicha sentencia fue la justificación judicial de la transición uruguaya y el reconocimiento del mayor órgano judicial que tanto la "amnistía" como su forma anómala (la "caducidad") son dos mecanismos de extinción de la punibilidad, que son recursos legítimos en una transición y que los mismos caben dentro de la competencia constitucionalmente reconocida 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". Vide FERNÁNDEZ, Gonzalo. Uruguay. ARNOLD; SIMON; WOISCHNICK (eds.). *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*. México: Unam, 2006. p. 264.
28. El 84,72% de los habilitados para votar ratificaron la ley con el 47% de sufragios. Esta cifra equivale aproximadamente a 700.000 sufragios a favor de su mantenimiento, recibiendo unos 600.000 en contra. Hay que decir, sin embargo, que desde que se impuso en el sistema electoral uruguayo la obligatoriedad del voto, significó la cifra más baja de participación. Vide RIAL, Juan. *El referéndum del 16 de abril de 1989 en Uruguay*. San José: IIDH-Capel, 1989. p. 34 y ss.

por la ciudadanía (democracia directa) fue considerada por muchos actores del conflicto como el "punto final" de la transición.[29] La solución aparente del conflicto se basaba en la impunidad de los autores y el olvido de los crímenes a cambio de algunas medidas de reparación a las víctimas. Si bien esta solución contaba con el beneplácito del sistema democrático y de la mayoría de la ciudadanía ella no cumplía con todos los estándares internacionales y supranacionales de protección de los derechos humanos y de las minorías. Por ello, ella fue cuestionada internacionalmente por el Comité de Derechos Humanos de la ONU[30] y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.[31] Esta primera etapa de la justicia de transición uruguaya no se ocupó de los objetivos de verdad y justicia, así como tampoco logró la total reparación de las víctimas y, sin embargo, fue la política mantenida por los sucesivos gobiernos hasta la asunción del primer gobierno con orientación de "izquierda" en la historia del Uruguay (2005). Este primer mecanismo de intervención basado en la Ley de Caducidad de la pretensión punitiva del Estado, que operaba como herramienta política (una especie de amnistía) en las manos del Poder Ejecutivo en ejercicio del gobierno, pretendió sin éxito poner un punto final a la transición jurídica en Uruguay.

2.2 *Modelo de reconciliación o* Aussöhnungsmodel *(2000-2005)*

7. Aunque la transición jurídica uruguaya mantuvo hasta el 2005 la política de Schlußstrichmodel, con el comienzo del nuevo siglo admitió un mecanismo que tuvo como una nueva finalidad la reconciliación social. El Presidente de orientación liberal Jorge Batlle creó la Comisión para la Paz (Res. 858/2000, de 09.08.2000) con el objetivo de devolver "la paz del alma a los uruguayos". Esta especie de "Comisión de la verdad" concentró su mandato en la averiguación del paradero de las personas forzadamente desaparecidas.[32] La comisión podía "recibir, analizar, clasificar y recopilar información sobre las desaparicio-

29. Vide NOLTE, Detlef. Wahrheit und Gerechtigkeit oder Vergessen? Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika. In: NOLTE, Detlef (Hrsg.). *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*. Frankfurt: Vervuert, 1996. p. 9.

30. *Caso Hugo Rodríguez* vs. *Uruguay*, Comunicación 322/1988, UN Doc. CCPR/C/51/D/322/1988. *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República del Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/79/Add.19, 05.05.1993, párr. 7.

31. Informe 29/1992, Uruguay, OEA/Ser.1/V/II 82, Doc. 25, 02.10.1992. Vide FERNÁNDEZ, Gonzalo. Uruguay cit., p. 408, notas de pie 8 y 9.

32. Vide TEITEL, Ruti. Transitional Historical Justice. In: MEYER, L. H. (Hrsg.). *Justice in time. Responding to historical injustice*. Baden-Baden: Nomos, 2004. p. 78 y ss.

nes forzadas ocurridas durante el régimen de facto" (art. 1 Res. 858/2000),[33] pero ella no tuvo potestades coercitivas ni de investigación, así como tampoco pudo revelar los nombres de los autores de los crímenes de estado. El mandato limitado de la Comisión impidió que ella cumpliera con un patrón mínimo que pudiera ser considerado como un equivalente funcional de la justicia para el esclarecimiento de los hechos.[34] La comisión para la paz, aunque fue un mecanismo que interrumpió largos años de silencio, tampoco pudo satisfacer plenamente los objetivos de verdad, justicia y reparación.[35] Este segundo mecanismo de intervención en el proceso de justicia de transición no pudo poner el pretendido "punto final" en relación al conocimiento de la "verdad de lo sucedido" con los desaparecidos, y la prueba más evidente de ello, es que el Informe final de la Comisión para la Paz no ha sido considerado por la justicia uruguaya.[36]

---

33. 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 sólo al 'cuándo', 'dónde', 'cómo' y 'por qué' de cada desaparición, pero no al 'quien' (...)". Vide FERNÁNDEZ, Gonzalo. Uruguay cit., p. 411 y s.

34. 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, para determinar lo sucedido de un modo objetivo y de acuerdo con criterios específicos. Vide SIMON, Jan-Michael. Procesos de paz y la corte penal internacional. In: RAMÍREZ, Sergio García (coord.). *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Unam, 2005. p. 430. Vide también MARKEL, Dan. *The justice of amnesty? towards a theory of retributivism in recovering states. University of Toronto Faculty of Law Review*. 49, 389, Toronto: University of Toronto Faculty of Law (UTORLJ), 1999. p. 21 y s.; MALLINDER, Louise. Can amnesties and international justice be reconciled?. *The International Journal of Transitional Justice*. 1, p. 224 y s., 2007.

35. 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" sobre la verdad histórica. La casi nula colaboración de fuentes militares o policiales limitó las principales fuentes de información a las propias víctimas (Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos, el Servicio de Paz y Justicia y el Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay).

36. Sentencia T.A.P. 3.° T. 165/2003 de 31.03.2003 (Bonavota, Harriague, Borges) 7.e: "El informe de la Comisión para la Paz hecho público, concluye en el fallecimiento de Elena Quinteros, no obstante para atribuirle valor probatorio en el proceso había que conocer y evaluar pormenorizadamente las fuentes y ello es tarea del primer grado". Vide LJU caso 14531, versión Internet. Vide GALAIN PALERMO, Pablo. Uruguay. AMBOS,

2.3 *Modelo de persecución penal o* Straßverfolgungsmodel *(2005-)*

8. La etapa punitiva comenzó con un cambio de interpretación de la ley de caducidad (15.848) por parte del gobierno de Tabaré Vázquez (2005-2010) que continúa con la actual administración de José Mujica (2010-), liberando casos puntuales del amparo de la "caducidad de la pretensión punitiva del Estado".[37] Como consecuencia de esta nueva política en relación al caso analizado fueron enjuiciados y condenados determinados militares y policías hasta ese momento impunes.[38] El ex Presidente (1971-1973) y luego dictador (1973-1976), Juan María Bordaberry, fue condenado con sentencia de primera instancia por diez delitos de homicidio especialmente agravados en reiteración real (art. 312 CP), en calidad de coautor (art. 61.4 CP).[39] La imputación de Bordaberry como coautor se basa en función del régimen dictatorial por él instaurado el 27.06.1973 mediante el Dec. 464/1973, que marcó el comienzo formal de la dictadura con la disolución del Parlamento el 27.06.1973. La responsabilidad de Bordaberry se fundamenta en que con la ruptura del régimen democrático facilitó las condiciones para la comisión de tales delitos y porque otorgó de antemano impunidad a sus autores directos. Es decir, se dijo que con la instauración de la dictadura Bordaberry permitió la realización de los tipos penales a los ejecutores materiales. El caso contra Bordaberry tuvo un giro brusco con la llegada de la Juez Mariana

---

Kai (coord.). *Desaparación forzada de personas. Análisis comparado e internacional.* Bogotá: Temis/GTZ, 2009. p. 164 y ss.

37. Vide en detalle GONZÁLEZ, José Luis; GALAIN PALERMO, Pablo. Uruguay. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana.* Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2008. p. 310 y ss.

38. Sentencia 036 de 26.03.2009, Documento 98-247/2006, Juzgado Letrado Penal (JLP) de 19.° Turno, Juez Luis Charles; Sentencia 1013/2006 de fecha 11.09.2006 (JLP de 19.° Turno). La condena definitiva por coautoría de homicidios muy especialmente agravados, proviene de la Sentencia 036, Ficha 98-247/2006, Juez Penal 19.° Turno, 26.05.2009. En detalle sobre esta condena, vide United States Institute for Peace. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional.* Washington D.C.: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2009. Paradigmáticos son los casos contra el ex dictador civil Juan María Bordaberry (Sentencia 2146 de 20.12.2006 JLP de 7.° Turno, Juez Graciela Gatti) y su ex Ministro de Exterior Juan Carlos Blanco (Causa 100/10592/85 del Juzgado Letrado en lo Penal de 11.° Turno).

39. Art. 61.4 CP: "Se consideran coautores: 4. Los que cooperen a realización, sea en la faz preparatoria, sea en la faz ejecutiva, por un acto sin el cual el delito no se hubiera podido cometer".

Mota al Juzgado Letrado de 7.° Turno, porque en la Sentencia definitiva n. 1 de 09.02.2010 modificó la sentencia inicial 2146 y condenó a Bordaberry por *atentado contra la Constitución* en calidad de autor y también por la *desaparición forzada* de nueve personas y dos casos de *homicidio político*, en calidad de coautor (art. 61.2 CP).[40] Como se ve, el cambio de juez permitió la imputación de crímenes de lesa humanidad que no estaban tipificados en el ordenamiento penal uruguayo al momento del comienzo de ejecución de los delitos,[41] pero que se estima que pueden ser imputados en base a preexistentes normas de *jus cogens*, aunque no se llegue a precisar exactamente a cuál de éstas normas la imputación del homicidio político se refiere. Bordaberry fue condenado en primera instancia a la máxima pena que existe en Uruguay (*treinta años de penitenciaría*) y a quince años de *medidas de seguridad eliminativas*, por ser considerado un criminal peligroso (art. 92 CP).[42] El reproche penal que se hace a Bordaberry no se fundamenta en una participación activa en los crímenes cometidos sino por una supuesta promesa de protección o impunidad que Bordaberry habría realizado a los militares en el llamado "Pacto de Boiso Lanza" (13.02.1973). En aquella circunstancia el Presidente de la República en ejercicio y los altos mandos militares se pusieron de acuerdo para dar un "golpe de Estado" (o autogolpe). La prueba de la condena es extraída de un discurso público de Bordaberry (pronunciado en 1974) en el que sostiene: "La conducta de las fuerzas armadas no podrá estar sujeta

40. Art. 61.2 CP: "Se consideran coautores: 2. Los funcionarios públicos que, obligados a impedir, esclarecer o penar el delito, hubiesen antes de la ejecución y para decidirla, prometido encubrirlo". La parte general del Código Penal uruguaya contiene una curiosa modalidad de autoría y participación (concurso de autores) que determina expresamente quienes tienen que ser considerados coautores, con total independencia de los criterios dogmáticos de determinación y delimitación de las categorías de la autoría y la participación. Vide CHAVES HONTOU, Gastón; GALAIN PALERMO, Pablo. Uruguay. SIEBER, Ulrich; SIMON, Jan-Michael; GALAIN PALERMO, Pablo (eds.). *Los estrategas del crimen y sus instrumentos: el autor detrás del autor en el derecho penal latinoamericano*, en prensa

41. La desaparición forzada de personas y el homicidio político fueron incorporados al ordenamiento penal uruguayo por la Ley 18.026 que fuera publicada en el *Diario Oficial* el día 04.10.2006.

42. Este tipo de medidas de seguridad permite al juez agregar tiempo de reclusión luego del cumplimiento de la pena, cuando se trata de delincuentes peligrosos. Ver la argumentación judicial en la reciente sentencia 282/2011 de 07.11.2011, JLP 1° Turno en los autos caratulados: "Gregorio Conrado Álvarez Armellino c/p co autor de un delito de homicidio muy especialmente agravado Ficha 87-10103/2002", fs. 14 y ss.

a procedimientos judiciales ni ser juzgada por la ciudadanía".[43] Bordaberry falleció a mediados de 2011 sin haber recibido una sentencia de condena.

9. Otro caso penal de sumo interés es el procedimiento contra el único dictador militar del proceso de facto, General Gregorio Álvarez,[44] por la desaparición forzada de varias personas (art. 21 Ley 18.026).[45] Las desapariciones se produjeron en 1978 en perjuicio de personas detenidas en Buenos Aires en 1977, en el marco del denominado "Plan Cóndor".[46] El reproche penal que se hace a Álvarez se fundamenta en argumentos provenientes del derecho internacional de protección de los derechos humanos, en relación con el derecho de las víctimas a conocer la verdad y en la obligación del Estado de brindar satisfacción a este derecho mediante una investigación y condena de los responsables.[47] La imputación de primera instancia contra Gregorio Álvarez por la realización de varios crímenes de desaparición forzada (Sentencia 1.142, JLP 19.º) fue modificada por el Tribunal de Apelaciones 2.º (Sentencia 352 de 23.10.2008), que impuso en su lugar la imputación de *reiterados homicidios muy especialmente agravados* (arts. 312.1 y 312.5 CP).[48]

10. Los tribunales inferiores han recurrido a conceptos e imputaciones provenientes del Derecho penal internacional que podrían obligar a una redefinición de principios básicos del derecho penal liberal y garantista como son los

43. Vide GALAIN PALERMO, Pablo. The Prosecution of International Crimes in Uruguay. *The International Criminal Law Review*. vol. 10, n. 4, p. 609, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

44. Sentencia 1.142 de 17.12.2007, JLP de 19.º Turno.

45. Documento titulado: Troccoli, Jorge Néstor. Antecedentes. Álvarez Armellino, Gregorio Conrado. Larcebeu Aguirregaray, Juan Carlos. *Reiterados delitos de desaparición forzada* IUE-2-20415/2007.

46. Coordinación de las cúpulas de los gobiernos dictatoriales de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay para la "lucha contra la sedición" y la "defensa nacional". El objetivo central de dicho plan era el seguimiento, vigilancia, detención, los interrogatorios con apremios psíco-físicos, los traslados entre países y la desaparición o muerte de personas consideradas por dichos regímenes como "subversivas del orden instaurado o contrarias al pensamiento político o ideológico opuesto o no compatible con las dictaduras militares de la región". Vide United States Institute for Peace. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana* cit., p. xlii.

47. La sentencia se apoya en sentencias de la CIDH, casos Castillo Páez *vs.* Perú (27.11.1998) y Bámaca Velázquez *vs.* Guatemala (25.11.2000).

48. Vide GALAIN PALERMO, Pablo. Uruguay. AMBOS, Kai (coord.). *Desaparición forzada de personas...* cit., p. 164 y ss.

principios de legalidad e irretroactividad.[49] Estos procesos por lo general no han sido ratificados por los tribunales superiores, salvo una reciente decisión de un Tribunal de Apelaciones de primer turno que ratificó la imputación *prima facie* del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas por conductas que se comenzaron a cometer antes de la existencia del tipo penal en el ordenamiento uruguayo.[50] La SCJ, sin embargo, sostiene que los delitos cometidos durante la dictadura cívico-militar son delitos comunes sujetos a prescripción.[51] En todos los procedimientos penales por crímenes cometidos durante la dictadura cívico-militar, los jueces no han contabilizado para la prescripción de los delitos el tiempo en que estuvo interrumpido el Estado de Derecho, de modo que los plazos de prescripción se cuentan a partir del retorno de la democracia el 01.03.1985.[52] En todos los procesos penales los jueces se encontraron con el inconveniente procesal de que muchos de los delitos comunes no podían ser imputados porque el plazo de prescripción había transcurrido. Por ello, los jueces recurrieron al criterio de *peligrosidad* contenido en el art. 123 Código Procesal Penal que permite ampliar el periodo de prescripción en una tercera parte. La consecuencia de haber declarado la SCJ que los crímenes de la dictadura son delitos comunes conduce, según la tesis jurídica mayoritaria que impera en Uruguay, a que los delitos cometidos por militares en la dictadura prescriban el 01.11.2011. Ante esta posibilidad, algunos fiscales insisten en considerar la imprescriptibilidad de estos crímenes y, también, hay una reciente posición jurisprudencial que indica que la prescripción para estos delitos no puede operar mientras persista el "obstáculo" de la Ley de Caducidad.[53]

---

49. Vide CASSESE, Antonio. Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law. The Kolk and Kislyiy vs. Estonia Case before the ECHR. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 4, issue 2, p. 410 y ss, y 416, 2006.

50. Ver en: [http://colectivoepprosario.blogspot.com/2011/08/uruguay-los-soldados-comienzan-hablar.html]. Visitado el: 18.08.2011.

51. Ver sentencia 365 de 2009 que tuvo el voto discorde del Ministro Van Rompaey que consideró que la desaparición forzada de personas es incriminable como delito de ejecución permanente mientras no se conozca el paradero o suerte de las personas que aun estando presumiblemente muertas continúan desaparecidas.

52. Cfe. SCJ, Sentencia 973 de 15.08.2003. Vide ampliamente SIMON, Jan-Michael; GALAIN PALERMO, Pablo, *La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985)*, en prensa.

53. Según esta última posición, basándose en instrumentos internacionales como al CADH, en un sistema jurídico no pueden existir dos normas contradictorias al mis-

11. El 19.10.2009 la SCJ modificó su jurisprudencia con relación a la ley de caducidad y declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1,[54] 3 y 4.[55] Según esta sentencia la ley es inconstitucional porque el Poder Legislativo excedió el marco constitucional para acordar amnistías cuando declaró la caducidad de las acciones penales, que es una función constitucionalmente asignada a los jueces. La ley declarada inconstitucional otorga al Poder Ejecutivo una potestad que no le corresponde como es la de decidir qué casos pueden ser investigados y cuáles están amparados por la caducidad, que es una tarea que corresponde por completo al Poder Judicial. La Sentencia de la SCJ indica que el acuerdo político al que se arribó en el "Pacto del Club Naval" no puede "emitir una norma jurídica válida, vigente o aceptable" porque ello es potestad exclusiva de la soberanía directa o delegada. Por ello existe una violación de los arts. 4 y 82 de la Constitución. Según la SCJ la Ley de Caducidad no es ni una amnistía ni un indulto, de modo que no es un mecanismo jurídico avalado por la Constitución para otorgar impunidad a los autores de violaciones contra los derechos humanos. La SCJ constata vicios formales en la creación de esta ley que pretende tener los mismos efectos de una amnistía sin cumplir con las formalidades legales exigidas para otorgar una amnistía (art. 85.14 CU). Esta ley tampoco establece una caducidad con un plazo determinado para determinados delitos, porque establecer un término para la persecución penal si es potestad del poder legislativo, lo que escapa de su competencia es someter la persecución penal a la opinión del Poder Ejecutivo. La SCJ no hace otra cosa

mo tiempo, de modo que o bien las leyes de no castigo (Ley de Caducidad) son nulas o bien solo producen una suspensión de la potestad punitiva, en tanto este tipo de leyes no permite el transcurso de la prescripción.

54. "Art.1.° Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1.° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto."

55. SCJ. Caso "Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela –Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad", Sentencia 365, de 19.10.2009, prueba, f. 2325 a 2379. En Uruguay la declaración de inconstitucionalidad no tiene efecto *erga omnes* y solo tiene validez para el caso concreto, de modo que la ley continúa vigente en el ordenamiento jurídico uruguayo.

que declarar que la Ley de Caducidad como mecanismo político de intervención es contraria a la legalidad y violatoria de la Constitución.

12. A comienzos de 2011 la CIDH emitió el primer fallo de condena contra Uruguay y declaró la incompatibilidad de las leyes de amnistía o similares instrumentos que impiden la persecución penal de las graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados firmantes de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).[56] La sentencia sostiene que la ley de caducidad carece de efectos jurídicos en el sistema uruguayo y recomienda su remoción del ordenamiento jurídico.[57] La CIDH no solo condena al Estado uruguayo por mantener vigente la ley sino que da un paso más y determina incluso la imputación penal que corresponde al caso en cuestión.[58] Además, niega todo valor al pronunciamiento popular en favor de la ley de caducidad generador –como método de democracia directa– y declara la responsabilidad del Estado uruguayo, porque dicha ley contradice el derecho internacional de los derechos humanos.[59]

---

56. Caso "Gelman vs. Uruguay", Sentencia de 24.02.2011 (Fondo y Reparaciones).

57. Cfe. CIDH, Caso Gelman vs. Uruguay cit., § 195. "Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay". Idem, § 232.

58. "El proceso iniciado por Juan Gelman y reabierto en 2008 por gestiones de María Macarena Gelman, lo ha sido bajo la figura del homicidio, excluyendo otros delitos como la tortura, desaparición forzada y sustracción de identidad, con la que se hace posible que la causa sea declarada prescrita, por los tribunales nacionales. Es necesario reiterar que este es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno". Idem, §§ 235 y s.

59. "El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum (párrafo 2.° del art. 79 de la Constitución del Uruguay)– en 1989 y –plebiscito (literal A del art. 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los arts. 1 a 4 de la Ley– el 25.10.2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabili-

13. Durante esta etapa del proceso de transición uruguayo principalmente punitiva también se ha reparado material[60] y simbólicamente a las víctimas.[61]

3. LOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA LEY DE CADUCIDAD Y LA UTILIZACIÓN DE MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRECTA E INDIRECTA

14. La Ley de Caducidad continúa como un obstáculo a las investigaciones penales y como una cuenta pendiente para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos en Uruguay. Por eso, el 25.10.2009 se realizó una segunda consulta popular conjuntamente con las elecciones de autoridades nacionales. Esta vez la ley se sometió a Plebiscito conjuntamente con un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declararía nula la Ley de Caducidad. La propuesta alcanzó el 47.7% de los votos emitidos, por lo que la reforma no fue aprobada.[62] Como se puede apreciar, una semana más tarde de la declaración de inconstitucionalidad de la ley por parte de la SCJ (19.10.2009), por segunda vez, la ciudadanía daba su respaldo a la ley de caducidad como solución política en relación a los crímenes del pasado.

15. La discusión sobre la vigencia o derogación de la ley entonces llegó al Parlamento. Finalmente, tras meses de discusión política con amplia cobertura mediática la ley fue ratificada en ambas cámaras. Esta resolución parlamentaria coincidió con la voluntad de la mayoría de la ciudadanía que reside en Uruguay, acercando la voluntad de la soberanía directa e indirecta en relación a la forma de reaccionar frente a los crímenes del pasado.[63]

---

dad internacional de aquél. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana". Idem, §§ 238 y s.

60. Ley 18.596 de 18.09.2009 mandató: Repáranse integralmente a las víctimas de la actuación ilegítima del Estado en el período comprendido entre el 13.06.1968 y el 28.02.1985.

61. El 21.05.2009 el Intendente de Montevideo declaró ciudadanos visitantes ilustres de la ciudad de Montevideo a once jóvenes uruguayos y argentinos víctimas de las dictaduras de ambos países.

62. Vide, THIMMEL, Stefan; BRUNS, Theo; EISENBÜRGER, Gert; WEYDE, Britt (Hrsgs.). *Uruguay. Ein Land in Bewegung*. Berlin/Hamburg: Assoziation A, 2010. p. 141 y ss.

63. Según indica una encuesta realizada en 2011 por Cifra, la mayoría de la sociedad uruguaya (52%) no solo está de acuerdo con la ratificación de la ley por parte del Par-

16. A fin de junio de 2011 el Poder Ejecutivo emitió un decreto que revocó los actos administrativos de gobiernos democráticos anteriores que excluyeron a determinadas personas de una investigación penal en aplicación del art. 3 de la Ley de Caducidad. De esta forma, se liberó al Poder Judicial para que determine en cada caso sí corresponde o no retomar las causas ya clausuradas o iniciar las investigaciones penales solicitadas por las víctimas. El decreto presidencial se legitima en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman, que condenó a Uruguay por violar la CADH y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, exigiendo eliminar los obstáculos jurídicos para que se puedan indagar los hechos de la dictadura. Finalmente, en octubre 2011 el Parlamento promulgó la Ley 18.831[64] que determina que durante todo el tiempo que duró la dictadura cívico-militar (1973-1985) y desde el 22.12.1986 no se puede computar ningún día de prescripción. A partir de esta ley el Poder Judicial es libre para decidir el inicio de las investigaciones penales que entienda pertinente, sin ningún tipo de "filtro" ni cuestión previa de naturaleza política. En los hechos esta ley no deroga expresamente la Ley de Caducidad sino que la declara inoperativa, constituyendo una nueva "rareza" del ordenamiento jurídico uruguayo. Una vez vigente esta nueva ley el Poder Judicial recibió cientos de denuncias contra presuntos "criminales de Estado" por delitos cometidos durante la dictadura cívico-militar.

4. CONCLUSIÓN

17. El proceso de justicia de transición uruguayo fue consecuencia del acuerdo o negociación entre los criminales de Estado y las fuerzas políticas y

---

lamento sino que incluso el 55% de los entrevistados cree que no deberían iniciarse nuevos juicios penales para imputar responsabilidad a los ex criminales de Estado. Disponible en: [www.larepublica.com.uy/politica/460119-mayoria-a-favor-de-no-eliminar?nz=1]. Visitado el: 01.07.2011.

64. "Art. 1.° Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1.° de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1.° de la Ley n. 15.848, de 22 de diciembre de 1986.
Art. 2.° No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1.° de esta ley.
Art. 3.° Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.
Art. 4.° Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación por el Poder Ejecutivo." Vease: [http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/leyes/2011/10/cons_min_400.pdf].

ella privilegió el afianzamiento de la democracia recién recuperada[65] frente a los objetivos de la justicia de transición como mecanismo o proceso político-jurídico para obtener verdad, justicia y reparación en relación a los crímenes del pasado. La opción política encabezada por la Ley de Caducidad recibió el apoyo de una gran parte de la ciudadanía pero no pudo sortear la condena internacional, en tanto en los procesos de transición la justicia es el límite de la política frente a determinadas conductas que no pueden ni deben ser toleradas, olvidadas o perdonadas.[66]

18. La característica esencial del proceso uruguayo de transición, que lo vuelve tan particular, es que todas las etapas del proceso no sólo han estado marcadas por formas de ejercicio indirecto de la soberanía, sino que las decisiones más importantes han sido refrendadas por el ejercicio de soberanía directa.[67] Este fenómeno se hace evidente con el Referendum de 1989 y el Plebiscito de 2009, dos consultas populares precedidas de debate público para que la población por medio del "cuerpo electoral" decidiera sobre la abrogación o confirmación de la ley de caducidad y que resultaron favorables a la vigencia de la misma. Según la doctrina especializada, esta característica (las consultas populares que avalaron la "amnistía" para los criminales de Estado) convierte

65. Vide NOLTE, Detlef. Wahrheit und Gerechtigkeit oder Vergessen? Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika. In: Ders (Hrsg.). *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*. Frankfurt am Main: Vervuert, 1996. p. 14.

66. Vide TOMUSCHAT, Christian. National prosecutions, truth commissions and international criminal justice. In: WERLE, Gerhard (ed.). *Justice in Transition – Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006. p. 159; WERLE, Gerhard. Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht. *ZStW* 109, Heft 4, p. 822 y s., 1997; MUÑOZ CONDE, Francisco. Delito político y derecho penal del enemigo. *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*. Liber amicorum Homenaje al Prof. Antonio González-Cuéllar García. Madrid: Colex, 2006. p. 409; SANCINETTI, Marcelo; FERRANTE, Marcelo. *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. 462 y s.; MILLALEO, Salvador. Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht in Chile. In: ESER, Albin; SIEBER, Ulrich; ARNOLD, Jörg (Hrsg.). *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007. Teilband 11, p. 344.

67. Vide GALAIN PALERMO, Pablo. Transition through consultation: the Uruguayan experience. *Amnesties, immunities and prosecutions: international perspectives on truth recovery*. School of Law of Queen's University Belfast. Northern Ireland, 22.06.2009. Disponible en: [www.law.qub.ac.uk/schools/SchoolofLaw/Research/InstituteofCriminologyandCriminalJustice/Research/BeyondLegalism/filestore/Filetoupload,158483,en.pdf].

al caso uruguayo en un proceso "único" de justicia de transición.[68] De algún modo, estas consultas populares dotan de un manto de legitimidad democrática a la transición uruguaya, cuya sociedad tuvo la libertad de decidir una forma concreta de elaborar el pasado. Si bien la sociedad uruguaya se ha decidido por una solución basada en la clemencia, en muchos aspectos ella se puede haber confundido con el simple olvido.[69] El problema que permanece latente es que para poder olvidar primero hay que saber lo que se quiere olvidar y, en ese sentido, a la transición uruguaya le ha faltado una verdadera instancia de conocimiento de la verdad, que la Comisión para la Paz no pudo llevar a cabo. Este conocimiento se pretende lograr por medio de los procesos penales, que en realidad hasta el momento solo han servido para el castigo penal de los responsables y para terminar con la impunidad de algunos autores.[70]

19. El problema principal de la transición uruguaya ha dejado de ser político para convertirse en un debate jurídico. Sin embargo, subyace a todo el problema una interpretación de la más alta jurisprudencia nacional que se niega a aceptar conceptos, principios y disposiciones (normas consuetudinarias, jus cogens) provenientes del derecho (penal) internacional. La SCJ defiende una concepción positivista kelseniana o weberiana que mantiene que los crímenes de la dictadura solo pueden ser aquellos delitos comunes tipificados en

---

68. Ver SKAAR, Elin, "Impunidade versus responsabilidade no Uruguai" cit, p. 438.

69. Son ilustrativas las palabras de Christie, en cuanto: "we do not want amnesia, but the human history shows; we might in the end have no better final solution than forgiveness". Vide CHRISTIE, Niels. Peace or punishment?. In: GUILLIGAN, George; PRATT, John. *Crime, Truth and Justice. Official inquiry, discourse, knowledge*. Cullompton: Willan Publishing, 2004. p. 255.

70. En Uruguay no ha tenido lugar lo que Volk denomina "proceso penal como comisión de la verdad", es decir, el recurso al procedimiento para saber qué sucedió y no para la condena del indagado. Vide VOLK, Klaus. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Trad. Eugenio Sarrabaryrouse. Buenos Aires: Ad Hoc, 2007. p. 164. Son paradigmáticos los juicios penales llevados a cabo en Argentina con el mero objetivo de "conocer la verdad". Vide críticamente PASTOR, Daniel. ¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina. In: PASTOR (Dr.). *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009. p. 369 y ss. Sobre la relación entre el procedimento penal y la averiguación de la verdad, desde un punto de vista crítico, vide GALAIN PALERMO, Pablo, *Relaciones entre el "derecho a la verdad" y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal InternacionalSistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2011, p. 259 y ss.

el ordenamiento jurídico penal nacional antes del comienzo de ejecución que están sujetos a los plazos de prescripción establecidos en el Código Penal y que prescribirían el primero de noviembre de 2011. Esta visión no es compartida por las víctimas y algunos miembros del Ministerio Público que luchan por el reconocimiento de un derecho superior y anterior al derecho positivo nacional, aunque la prohibición no surja de normas escritas o reconocidas por el derecho penal nacional. Una parte de la doctrina, que se apoya en las sentencias de la CIDH, sostiene que los delitos cometidos durante la dictadura son imprescriptibles cuando se trata de la violación al derecho a la vida (art. 4, Convención Americana Derechos Humanos, CADH), de la prohibición de la desaparición forzada de personas (norma del jus cogens internacional), y/o de la prohibición de la tortura (art. 5.2, CADH, norma del jus cogens internacional).[71] En realidad se trata del problema más grave que aqueja a la justicia de transición como modelo o mecanismo para reaccionar frente a los crímenes del pasado;esto es, se trata de una lucha por la interpretación más o menos rígida del principio de legalidad y de otras garantías procesales, dentro del marco de interpretación jurídico-político que permite la justicia de transición. En el caso uruguayo el problema latente es aun más complejo que la decisión de la mayoría de la población entre recordar u olvidar las violaciones de los derechos humanos, porque hay áreas o materias que tienen que ver con los derechos más fundamentales de los individuos (considerados individual y colectivamente) que no pueden ser sometidos a la voluntad popular. El problema se complejiza todavía más cuando estos derechos humanos (de las minorías) solo se pretenden "satisfacer" o "reparar" mediante una justicia penal que como punto de partida tiene que recurrir a una disminución (o violación) de las garantías básicas del sistema de justicia tradicional y desconocer determinados principios del sistema penal liberal, para adoptar criterios propios de esta justicia de transición que legitiman la disminución de garantías y la inobservancia de principios cuando se trata de reaccionar frente a violaciones de los derechos humanos cometidas en un régimen anterior. Todo indica que la justicia de transición como concepto asume esta compleja situación que oscila, en primer lugar, entre decisiones políticas y jurídicas, y en segundo lugar, que admite la disminución de garantías y la inobservancia de principios básicos sobre los que se construye el propio sistema de justicia de un Estado de Derecho;todo ello legitimado en atención a la especial gravedad de las conductas criminales (en especial por el desvalor de acción de un injusto realizado por

71. Vide SIMON, Jan-Michael; GALAIN PALERMO, Pablo, La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985)cit.

verdaderos "aparatos organizados de poder")[72] y a la importancia de los bienes jurídicos protegidos.

20. La transición uruguaya ha otorgado una gran relevancia a las formas de ejercicio de soberanía directa a través de "consultas públicas" que han versado, especialmente, en torno a la derogación o mantenimiento de la Ley de Caducidad.[73] Sin embargo, esta solución local apoyada en el ejercicio más puro de la democracia puede ser contradictoria con el ordenamiento jurídico nacional e internacional. El caso uruguayo sirve para demostrar, que de algún modo, se presenta un conflicto entre la solución local con la solución global o internacional, que finalmente predomina cuando se trata de la protección de los derechos humanos.[74] El proceso de justicia de transición uruguayo evidencia que las soluciones locales (aunque ellas obedezcan a la voluntad de las mayorías o sean producto de un régimen democrático) están sometidas al control de instancias supranacionales, cuando el Estado (sus instituciones y su cuerpo electoral) no ha seguido parámetros determinados en algunas convenciones internacionales, cuando se trata de las más graves violaciones a los derechos

72. Sobre el tema, el proyecto del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Alemania, que analiza las formas de imputación de la autoría y participación en nueve sistemas penales de América Latina (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, México, Perú, Uruguay y Venezuela) cuando se trata de imputar responsabilidad a los jefes de bandas, asociaciones, redes criminales y aparatos organizados de poder, de próxima publicación, bajo la dirección de Ulrich Sieber, Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo, [www.mpicc.de/ww/de/ext/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/fuehrungspersonenlateinamerika.htm].

73. Vide GALAIN PALERMO, Pablo. La giustizia di transizione in Uruguay. Un conflito senza soluzione. In: FORNASARI, Gabriele; FRONZA, Emanuela (eds.). *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei Diritti Umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*. Trento: Univeristà degli Studi di Trento, 2011. p. 201 y ss.

74. Sobre el tema SANTOS, Boaventura; AVRITZER, Leonardo. Opening up the canon of democracy. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (eds.). *Democratizing democracy. Beyond the liberal democratic canon*. London/New York: Verso, 2007. p. lxviii y s. La doctrina es consciente del menoscabo de la "soberanía popular" y de las soluciones locales en relación a los tratados internacionales y el orden internacional que exige la persecución penal de los autores de crímenes contra los derechos humanos. Como sostiene Osiel: "En este punto, el derecho penal internacional puede ser percibido como una imposición externa, como una nueva forma de imperialismo: el llamado "imperialismo de los derechos humanos". Por otra parte, las obligaciones internacionales de esta naturaleza pueden resultar útiles más adelante para desafiar desde una perspectiva jurídica las leyes de amnistía y permitir que los criminales sean enjuiciados años mas tarde, una vez que hayan perdido su poder". Vide OSIEL, Mark. Respuestas estatales a las atrocidades masivas cit., p. 77 y s.

humanos. La etapa actual en la que se encuentra el proceso de transición uruguayo parece aceptar, desde un punto de vista político, los lineamientos ofrecidos por la jurisprudencia constante de la CIDH,[75] en relación con la protección de los derechos humanos, mientras que, desde un punto de vista jurídico, existe una resistencia a admitir una disminución en la consideración de las garantías y principios que informan al sistema penal nacional. El proceso de transición uruguayo también permite observar que la protección de los derechos humanos y el cumplimiento de los objetivos de la justicia de transición en relación a la consecución de la verdad, la justicia y la reparación, solo se está llevando a cabo por medio de la justicia penal. Resta por verse si por medio del procedimiento penal y del castigo a los culpables, como mecanismo principal de reacción frente a los crímenes del pasado, se puede también cumplir con los objetivos centrales de la justicia de transición en relación con la averiguación de la verdad y reparación de las víctimas.[76]

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também do mesmo Autor

- Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal. Algunos lineamientos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de una urgente reforma del proceso penal uruguayo, de Pablo Galain Palermo – *RBCCrim* 60/254;
- "¿La reparación del daño como 'tercera vía' punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin", de Pablo Galain Palermo – *RBCCrim* 55/162;
- Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes, de Pablo Galain Palermo – *RBCCrim* 91/161; e
- Suspención condicional del proceso a cambio de reparación: ¿Una forma anómala de decretar el sobreseimiento?, de Pablo Galain Palermo – *RBCCrim* 72/155.

75. Ver la bibliografía constante del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. Disponible en: [www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/es/Forschung/lateinamerikanische-studiengruppe-zum-internationalen-strafrecht.html]. Última visita: 04.07.2011.

76. Vide GALAIN PALERMO, Pablo, *Relaciones entre el "derecho a la verdad" y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* cit, p. 277 y s.

Tribunal Oral Federal 1 de Córdoba

Poder Judicial de la Nación
Córdoba, 22.12.2010

Vistos. [NE]

Estos autos caratulados: "*Videla, Jorge Rafael; Alsina, Gustavo Adolfo; Jabour, Yamil; Menéndez, Luciano Benjamín; Mones Ruiz, Enrique Pedro; Lucero, Alberto Luis; Meli, Vicente; Pérez, Miguel Ángel; Yanicelli, Carlos Alfredo; Poncet, Mauricio Carlos; Quiroga, Osvaldo César; Rocha, Ricardo Cayetano; González Navarro, Jorge; D'Aloia, Francisco Pablo; Molina, Juan Eduardo Ramón; Fierro, Raúl Eduardo; Paredes, José Antonio; Gómez, Miguel Ángel; Pino Cano, Víctor; Pérez, Carlos Hibar; Rodríguez, Luis Alberto; Huber, Emilio Juan; Luna, Marcelo; Tavip, José Felipe; Flores, Calixto Luis, p.ss.aa. Imposición de tormentos agravados, Homicidio calificado, Imposición de tormentos seguidos de muerte, Encubrimiento*" (Expte. n. 172/09), y "*Menéndez, Luciano Benjamín; Rodríguez, Hermes Oscar; San Julián, José Eugenio; Jabour, Yamil; Gómez, Miguel Ángel; Yanicelli, Carlos Alfredo; Antón, Mirta Graciela; Rocha, Fernando Martín; Salgado, Gustavo Rodolfo; Merlo, Luis David; Lucero, Alberto Luis; Flores, Calixto Luis, p.ss.aa. Privación ilegítima de la libertad agravada, Imposición de tormentos agravados*" (Expte. M-13/09), tramitados ante este Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 1 de Córdoba, presidido por el señor Juez de Cámara *Dr. Jaime Diaz Gavier*, e integrado por los señores Jueces de Cámara Subrogantes Dres. *Carlos Julio Lascano* y *José María Pérez Villalobo*, y el Dr. *Carlos Arturo Ochoa* en calidad de Juez sustituto;

(...)

III. Circunstancias comunes a los hechos y a los imputados

a. En cuanto a los imputados

Las 31 víctimas de autos fueron torturadas y asesinadas (salvo una) –según las hipótesis correspondientes– por personal policial y militar. En el caso de

---

NE. Nota do Editorial: A presente publicação é parte do acórdão que tem seu inteiro teor disponível em: [www.cardinalnorte.com.ar/imgarchivos/2884_2122011_FALLO%20VERSION%20FINAL.doc].

los policías, los responsables integraban el Departamento de Informaciones (D2) de la policía de Córdoba, fuerza esta que a partir del golpe de estado del 24.03.1976, pasó a ser controlada operacionalmente por la comandancia del III Cuerpo de Ejército (que en nuestra ciudad comprendía la jefatura del Área 311, organizada para la lucha contra la "subversión"), al igual que el resto de las fuerzas de seguridad y penitenciarias existentes en nuestra provincia.

El D-2 constituía un organismo de inteligencia policial que dependía directamente de la jefatura de la Policía de la provincia de Córdoba y sedividía en secciones de inteligencia, explotación de la información y brigadas antisubversivas. Al momento de los hechos, los imputados *Miguel Ángel Gómez, Juan Eduardo Ramón Molina, Alberto Luís Lucero, Marcelo Luna, Yamil Jabour, Ricardo Cayetano Rocha, Carlos Alfredo Yanicelli, Calixto Luís Flores y Luís Alberto Rodríguez*, formaban parte del Departamento de Informaciones D-2, y el imputado *José Felipe Tavip* era médico policial perteneciente a la División Medicina Legal de la policía de la provincia.

En cuanto a los imputados de rango militar: *Jorge Rafael Videla, Luciano Benjamín Menéndez, Vicente Meli, Mauricio Carlos Poncet, Raúl Eduardo Fierro, Jorge González Navarro, Víctor Pino, Juan Emilio Huber, Osvaldo César Quiroga, Enrique Pedro Mones Ruiz, Luís Alberto López, Francisco Pablo D'Aloia, Gustavo Adolfo Alsina, Miguel Ángel Pérez, José Antonio Paredes y Carlos Hibar Pérez*, integraban, el primero de los nombrados, la máxima autoridad militar y administrativa del país, y el resto, diversos organismos del III Cuerpo de Ejército, que a partir del golpe de estado del 24.03.1976 asumieron diferentes niveles de responsabilidad, y en algunos casos, fueron destinadas a cumplir funciones de control y seguridad en el Servicio Penitenciario provincial, en relación a los presos políticos o "detenidos especiales" como eran aquellos identificados. Se trata del Comando del III Cuerpo de Ejército, la Brigada de Infantería Aerotransportada IV, del Regimiento de Infantería Aerotransportada II y de la Compañía Policía Militar 141.

Los roles, funciones, jerarquías y grados de todo el personal policial y militar mencionado, serán objeto de análisis en el apartado "Participación de los imputados" de este requerimiento, en el que se valorará específicamente el nivel de responsabilidad y grado de participación criminal que a cada uno le compete en los hechos de la causa.

b. En cuanto a los hechos

1. Antecedentes

Los hechos que son materia de investigación en esta causa requieren, para su correcto análisis, ser ubicados en general dentro de la situación que vivió

la República Argentina entre marzo de 1976 y diciembre de 1983, período durante el cual las Fuerzas Armadas ejercieron un control absoluto de facto sobre las instituciones del país, anulando con ello la vigencia del estado de derecho y, por ende, consumando el avasallamiento de todas las garantías individuales protegidas por nuestra Constitución Nacional.

Para llevar adelante este esquema las fuerzas armadas pergeñaron un curso de acción secreto basado en mantener, de forma paralela, dos ordenamientos jurídicos distintos: el ordenamiento normal, destinado a luchar contra la criminalidad común, y un ordenamiento que, apropiadamente puede ser designado como anormal, que ejecutaba sus acciones de modo clandestino y con la protección del poder de facto, cuyo exclusivo propósito era la aniquilación de lo que se dio en llamar "la subversión", de la cual se sostenía que se hallaba enquistada y oculta dentro de la sociedad civil.

Al margen de este proceder anormal y clandestino, que en nuestra región quedó demostrado en la sentencia del 24.07.2008, dictada por el Tribunal Oral Federal n. 1 de esta ciudad de Córdoba en los autos "*Menendez, Luciano Benjamin y otros p.ss.aa. Privación ilegitima de la libertad (...)*" (Expte n. 40-M-2008), persiguiendo el mismo propósito de aniquilar "la subversión", se produjo otro fenómeno criminal de igual o mayor entidad, como el ocurrido en los hechos de esta causa. Tal situación en forma paradigmática demuestra, o mejor dicho encarna, lo que se dio en llamar "Terrorismo de Estado", fenómeno caracterizado por una práctica sistemática de violaciones a garantías constitucionales, por parte de todos los estamentos del poder del estado. Entre otras, por tales razones, algunos han preferido denominar este fenómeno como "Estado Terrorista" (v. al respecto Informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del 11.04.1980; *Informe Conadep*, del 20.09.1984 y CSJN Fallos: 309:1689; asimismo Duhalde, Eduardo Luís, *El estado terrorista argentino*. Buenos Aires: Eudeba, 1999).

Resulta de singular importancia mencionar que esta investigación presenta una característica que la diferencia esencialmente del caso juzgado por el Tribunal Oral I de Córdoba en la sentencia precitada. Y es que lo sucedido en las presentes actuaciones, deja al descubierto que el sistema represivo instaurado por las Fuerzas Armadas tras el 24.03.1976 –y aún antes– operaba también criminalmente como aparato de poder organizado, en coordinación o con el consentimiento del resto de las instituciones legales de nuestro país.

Los hechos de esta causa precisamente tratan acerca de la tortura y muerte de la que fueron objeto personas que se encontraban detenidas a disposición del Poder Judicial de la Nación y/o del Poder Ejecutivo Nacional, a quienes

se les reprochaba pertenecer a grupos denominados subversivos, ya sea que hubieran tomado parte activamente en acciones diseñadas por estas organizaciones o simplemente por sostener o simpatizar con un pensamiento político e ideológico diferente del que supuestamente abrazaba el poder que de facto derrocó al gobierno constitucional, tal como surge de los expedientes que se encuentran reservados como prueba para esta causa.

Quizá sea esa la razón por la cual en este proceso, en forma paradigmática queda claramente ejemplificado el accionar del llamado "terrorismo de Estado", tal como se ha sostenido en la resolución –firme– de fecha 13.05.2008. Pero no es solo esta causa, sino que en la jurisdicción federal de Rawson y en la de la provincia del Chaco, también se sustancian procesos por hechos de iguales características.

Si bien los hechos de autos se cometieron una vez producido el golpe de estado el 24.03.1976, el plan sistemático de eliminación de lo que era considerado elemento subversivo, había sido iniciado tiempo atrás, y auspiciado secretamente desde el estado por la organización autodenominada Alianza Anticomunista Argentina, o Triple A, cuyo blanco eran las organizaciones presuntamente subversivas.

Los secuestros, torturas, muertes y desapariciones de personas, atribuidas a razones políticas, empezaron a ser noticia fuerte en el país en el año 1975. Prueba de ello es lo que sucedió con varias de las víctimas de los presentes hechos, quienes fueron detenidas por el D-2 durante el mencionado año, luego pasadas a la Unidad Penitenciaria n. 1, donde finalmente se encontraron con la muerte.

La situación política y social que se vivía en 1975 motivó al Gobierno Constitucional de entonces a dictar los llamados decretos de aniquilamiento. En el caso del Dec. 261/1975, éste encomendó al Comando General del Ejército aniquilar el accionar de elementos subversivos en la Provincia de Tucumán. Luego le siguieron los Dec. 2.770/1975, 2.771/1975 y 2.772/1975. Este último amplió a todo el país la acción de las Fuerzas Armadas en la lucha antisubversiva. Mediante su Directiva 404/1975 librada el 28.10.1975, el Ejército estableció las zonas prioritarias de lucha, conformando zonas de defensa, subzonas, áreas y sub-áreas. En esta Directiva se estableció que los detenidos debían ser puestos a disposición de los Poderes Judicial o Ejecutivo.

Con tales directivas y siguiendo loslineamientos de la antigua Ley de Defensa Nacional, el país quedó delimitado en cinco zonas de defensa con sus respectivas sub-zonas, áreas y sub-áreas (con detalles, v. infra), quedando nuestra ciudad y provincia comprendida dentro de la zona de Defensa 3, que coincidía

con la jurisdicción del III Cuerpo de Ejército al mando del imputado *Menéndez*.

Lo antes expuesto tiene como finalidad remarcar que antes del golpe de estado producido en el año 1976, las fuerzas armadas ya habían puesto en marcha el plan de eliminación de quienes eran considerados subversivos.

2. El sistema de represión

A partir del golpe de estado llevado acabo por las Fuerzas Armadas el 24.03.1976, el plan de "aniquilación" de grupos políticos y sociales antagonistas se profundizó y sistematizó. Para tal cometido las distintas juntas militares apelaron a toda la estructura militar, policial y penitenciaria existente, tanto nacional como provincial, y con ese fin secuestraron, torturaron, pusieron en marcha Centros Clandestinos de Detención (C. C. D.) –y otros lugares regulares de detención como Complejos Carcelarios de los Servicios Penitenciarios– violaron, asesinaron, se apropiaron y suprimieron la identidad de niños, se apropiaron de bienes etc. En este accionar fué fundamental la participación de los cuadros militares legales, sobre todo de aquellos que revistaban en el área de Inteligencia, como asimismo la disposición de toda la maquinaria militar, con sus diversos elementos.

La existencia de este plan siniestro y sus nefastos resultados han sido ampliamente expuestos, primeramente en el Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Nunca Más) y en varias sentencias judiciales.

Las primeras fueron, la dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal en la Causa 13/1984, denominada "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Dec. 158/1983 del Poder Ejecutivo Nacional"; la dictada en la Causa 44/1986 seguida contra los ex-jefes de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, iniciada en virtud del Dec. 280/1984 del P. E. N.; y en nuestra ciudad, la dictada por el Tribunal Oral 1, antesreferida, entre otras.

Por otra parte, la resolución del 11.07.1998 en los autos *Videla, Jorge Rafael s/ Prisión preventiva*, principal, *Videla, Jorge Rafael y otros s/presunta infracción a los arts. 146, 293 y 139, inc. 2do., del Código Penal*, expte. 1.284/1985, de trámite por ante el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n. 1, Secretaría del Juzgado 2 de San Isidro, expresa: "Antes de continuar, resulta aquí oportuno efectuar una breve aclaración enfunción de las múltiples referencias que se harán al fallo dela Excma. Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federalen la Causa 13/1984 'Originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Dec. 158/1983 del P. E. N.'. (...) Así,

he de valorar solo como elementos probatorios en este juicio de probabilidad positiva –de eso se trata esta medida de coerción– las declaraciones de hechos contenidas en el fallo de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal en la Causa 13/1984. Ello, por cuanto resultan el fruto del juicio de certeza positiva contenido en la sentencia condenatoria y por tanto, poseen el *status* de verdad histórica objetiva irrevisable".

Sobre el costado clandestino que caracterizó al plan de aniquilación de la subversión no voy hacer valoraciones, toda vez que, como antes fuera mencionado, en el presente queda visiblemente expuesto el accionar de las instituciones regulares de la República en los acontecimientos que conforman el objeto procesal de autos.

No obstante, no puedo dejar de mencionar que el sigilo y la clandestinidad también se ejercieron como política de estado en Argentina. La existencia y alcances delplan de aniquilación fueron negados por las fuerzas de seguridad y los responsables políticos, inclusive esta negación quedó plasmada mediante una nefasta cuasi legislación, hoy felizmente anulada. Se trata de la Ley 22.924 del 23.03.1983 (de "auto amnistía") que pretendía extinguir las acciones penales emergentes de hechos constitutivos del programa represivo. También en el "Documento Final" de la última de las Juntas Militares de la dictadura (28.04.1983) en el que se practicaba una justificación histórica de los crímenes cometidos; y la "Orden de Destrucción" impartida a las unidades militares cuando ya finalizaba el períodos de la dictadura militar a los efectos de destruir la documentación referida a las operaciones ilegales.

Esta nefasta política pseudo-legislativa de liso y llano encubrimiento fue perfectamente analizada en la referida Causa 13/1984, en cuya sentencia la Cámara Federal porteña señaló la ilegitimidad del sistema.

3. *Funcionamiento de la estructura represiva*

Para llevar a cabo su cometido, el planilegal de represión se montó sobre la base de los mandos y estructura legal que presentaban las fuerzas armadas y de seguridad y recurrió a los recursos logísticos, materiales y humanos con que éstas, y el resto de las fuerzas sometidas a control operacional militar, contaban.

En la sentencia recaída en la Causa 13/1984 se estableció: "Así, se pudo establecer, que coexistieron dos sistemas jurídicos: (a) un orden normativo, amparado por las leyes, ordenes, directivas antes consignados, que regulaban formalmente la actuación de las Fuerzas Armadas (...); (b) un orden predominantemente verbal, secreto, y en el que sólo se observaba parcialmente el

orden formal v.g. jurisdicciones, acción psicológica, informes que se debían suministrar a los mandos etc., en el que todo lo referente al tratamiento de personas sospechosas respondían a directivas que sustancialmente consistían en: detener y mantener oculta esa persona, torturar para obtener información y eventualmente matar haciendo desaparecer el cadáver o bien fraguar enfrentamientos armados como modo de justificar dichas muertes".

En lo que hace a los hechos de esta causa, varias de las víctimas se encontraban detenidas desde el año 1975 por causas sustanciadas ante la justicia federal local, con prevención actuarial del Departamento de Informaciones D-2 de la Policía provincial, que incluso antes del 24.03.1976 se encontraba bajo el control operacional del III Cuerpo de Ejército.

En el emplazamiento del D-2 se les dispensó el más monstruoso trato, violento, inhumano y degradante, consistente en salvajes sesiones de torturas –y en tres casos, la muerte– que se mencionan en la plataforma fáctica de este requerimiento.

El otro escenario en que se produjeron parte de los hechos de la causa, estaba asimismo sometido al control operacional militar y por tanto también formaba parte de la estructura represiva de Córdoba. Se trata de la ex Unidad Penitenciaria n. 1 (UP1) del Servicio Penitenciario Provincial, complejo que operaba como receptáculo de numerosos detenidos políticos que, en algunos casos, como enel presente, provenían del temible D-2, y en otros, del circuito clandestino (v.g.: CCD La Perla, la Rivera etc.), es decir, eran "blanqueados".

Los acontecimientos fraguados en que se diera muerte a las víctimas de autos, salvo las producidas en el interior del D-2, tuvieron el común denominador de habersido extraídas de la UP1 por parte de personal policial del D-2, y/o militar, integrante de la Compañía Policía Militar 141, el Regimiento de Infantería Aerotransportada 2, ambos dependientes de la Brigada de Infantería Aerotransportada IV, todos a su vez orgánicos del III Cuerpo Ejército, salvo el D-2, que como dijimos dependía de la jefatura de la Policía Provincial, pero que, en todo caso, operacionalmente estaba bajo control del referido cuerpo de ejército.

IV. PLATAFORMA FÁCTICA

(...)

En efecto, a partir de 1975, en la República Argentina, y en virtud de decretos emanados por el Poder Ejecutivo Nacional, se inicia lo que se dio a conocer como "Lucha contra la Subversión" tal como lo han demostrado el informe

efectuado por la Conadep y la sentencia referida ut-supra en la que se enjuició a los Comandantes en Jefe de las Juntas Militares (CFCC, sentencia de fecha 09.12.1985). Esta situación no fue ajena a ésta provincia. A partir de 1975, en momentos en que asume como Comandante del III Cuerpo de Ejército *Luciano Benjamín Menéndez*, se inicia un proceso de organización de "fuerzas" a los fines de satisfacer las directivas nacionales. Es así, y tal como surge de los Memorando Reservados de la Policía Federal Argentina –Delegación Córdoba–, obrantes a f., la mentada "Lucha" tendiente a la aniquilación de lo que se dio a conocer como fuerzas subversivas, encuadrada bajo una férrea "Doctrina de Seguridad Nacional" –la cual se vale de doctrinas, métodos, intereses y experiencias en conflictos bélicos, importados de países del primer mundo– se empieza a estructurar y para ello, se conforma la Zona 3, y dentro de ésta el Área 311, cuya jefatura –en ambos casos– era ejercida por el jefe del III Cuerpo de Ejército.

Bajo el mando y coordinación de ésta área son puestos bajo control operacional diversos organismos militares, policiales y de seguridad de esta provincia, procurando así la mayor coordinación y efectividad en las tareas antisubversivas.

De esta manera, ya entrado el año 1976, se encontraba en pleno funcionamiento el aparato represor estatal, quien desatendiendo todo tipo de garantías y derechos consagrados en nuestra carta magna y sin ningún tipo de escrúpulos, valiéndose de métodos atroces e ilegales (detenciones arbitrarias y torturas), se aboca a la destrucción de las agrupaciones que eran denominadas de corte "Marxista", consideradas contrarias a los intereses estatales del momento.

A estos fines, se disponen instalaciones tendientes a albergar a las personas que siendo considerados "enemigos", eran secuestrados. Cabe señalar que en estos lugares denominados "Lugares de Reunión de Detenidos" (L. R. D.), se procedía sistemáticamente a interrogar salvajemente, valiéndose de diversos métodos de tortura, a las personas allí recluidas, alguno de éstos lugares, la sede del Departamento de Informaciones Policiales, conocido como "D2", el que se ubicaba en Pasaje Santa Catalina de esta ciudad, al lado del Cabildo histórico y una ex cárcel Militar denominada "La Rivera", la que se encontraba ubicada en Barrio San Vicente de esta ciudad.

De más esta decir que, a partir del 24.03.1976, una vez que las fuerzas militares de las tresarmas toman control del país, la situación antes señalada se agudiza, siendo moneda común la criminalidad y el desprecio absoluto de las libertades y derechos consagrados a los ciudadanos en nuestra Carta Magna, por parte de las fuerzas de seguridad en su conjunto.

Así las cosas, las estructuras y engranajes represores que ya actuaban antes del golpe militar de marzo de 1976, adquieren dimensiones inusitadas, transformando así a cada ciudadano en potencial enemigo del sistema, y cristalizándose de esta manera, una verdadera cacería humana sin precedentes en la historia de este país.

Es así que toda persona considerada miembro de alguna de las agrupaciones calificadas como ilegales –como sucedió con las víctimas– eran perseguidas, detenidas; interrogada ferozmente en los diversos centros clandestinos de detención existentes en la provincia y en el peor de los casos, asesinados y sus cuerpos ocultados, y todo ello, en función de la finalidad perseguida, es decir el "aniquilamiento de las agrupaciones subversivas" en pos de la "Seguridad Nacional", y sin siquiera inquietarles que, para ello, debían valerse de atroces e inhumanas metodologías, teniendo siempre como finalidad última, el cumplimiento de las tareas asignadas, tal como sucedió en el presente caso respecto a las víctimas José María Argüello, Luis Alberto Urquiza, Horacio Samamé, Carlos Cristóbal Arnau Zuñiga, Oscar Samamé y Raúl Rodolfo Urzagasti Matorras.

En efecto, tal como se viene recalcando, estos ilícitos se enmarcan en un concierto de acciones cuya magnitud y coordinación a nivel nacional se explica desde el momento en que se asume que su conducción obedecía a mandatos estatales. La logística estatal puesta en funcionamiento para la ejecución de severas vulneraciones a los derechos humanos de amplios sectores de la población civil autoriza holgadamente a clasificar estos hechos como delitos de lesa humanidad.

Esta planificación y las acciones que se desplegaron en su consecuencia han sido ampliamente acreditadas y descriptas por organismos públicos en infinidad de casos.

El gobierno constitucional del Dr. Raúl Ricardo Alfonsín dispuso mediante el Dec. 187/1983, dictado a días de su asunción, más precisamente el día 19.12.1983, la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep) que habría de funcionar en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional con el objetivo de esclarecer las desapariciones de personas durante el último gobierno de facto. En los considerandos de esta normativa se expresó "(...) que el Poder Ejecutivo Nacional, a través de una serie de proyectos de leyes y decretos, ha materializado ya su decisión de que las gravísimas violaciones a los derechos humanos cometidas en nuestro pasado reciente sean investigadas y eventualmente sancionadas por la justicia. Que como se ha dicho muchas veces, la cuestión de los derechos humanos trasciende a los poderes públicos y concierne a la sociedad civil y a la comunidad internacional (...). Que con relación a la sociedad civil, debe satisfacerse ese interés legítimo de

intervenir activamente en el esclarecimiento de los trágicos episodios en los que desaparecieron miles de personas, sin que esa intervención interfiera con la actuación de los órganos constitucionales competentes para investigar o penar estos hechos, o sea, los jueces (...)".

En el informe final producido por este organismo en septiembre de 1984, luego de colectar un enorme cúmulo probatorio, se concluyó que la metodología de desaparición forzada de personas se generalizó a partir de que las fuerzas armadas tomaron el control absoluto de los resortes del Estado. La desaparición comenzaba con el secuestro de las víctimas, continuaba con el traslado de las personas hacia alguno de los 340 centros clandestinos de detención existentes a lo largo de todo el país, donde los detenidos eran alojados en condiciones infrahumanas y eran sometidos a toda clase de tormentos y humillaciones. Finalmente, las personas detenidas eran en la mayor parte de los casos exterminadas con ocultamiento de su identidad, destruyendo en muchas oportunidades el cuerpo para evitar su identificación o simulando enfrentamientos con las fuerzas de seguridad para justificar e investir así de una aparente licitud la ejecución de quienes sufrían detención mediante el recurso de alegar que su muerte se habría producido como respuesta a una inverosímil agresión armada provocada por las víctimas.

En la sentencia pronunciada en la "Causa 13/1984 originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Dec. 158/1983 del Poder Ejecutivo Nacional", dictada por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal en pleno el día 09.12.1985 se sostuvo "(...) El gobierno constitucional, en ese entonces, dictó lo Dec. 261/1975, de febrero de 1975, por el cual encomendó al Comando General del Ejército ejecutar las operaciones militares necesarias para neutralizar y/o aniquilar el accionar de los elementos subversivos en la Provincia de Tucumán; el Dec. 2.770, del 06.10.1975, por el que se creó el Consejo de Seguridad Interna, integrado por el Presidente de la Nación, los Ministros del Poder Ejecutivo y los ComandantesGenerales de las fuerzas armadas, a fin de asesorar y promover al Presidente de la Nación las medidas necesarias para la lucha contra la subversión y la planificación, conducción y coordinación con las diferentes autoridades nacionales para la ejecución de esa lucha; el Dec. 2.771 de la misma fecha que facultó al Consejo de Seguridad Interna a suscribir convenios con las Provincias, a fin de colocar bajo su control operacional al personal policial y penitenciario; y 2.772, también de la misma fecha que extendió la acción de las Fuerzas Armadas a los efectos de la lucha anti subversiva a todo el territorio del país (...)".

Por su parte, lo dispuesto en los Dec. 2.770, 2.771 y 2.772, fue reglamentado a través de la Directiva 1/1975 del Consejo de Defensa, del 15 de octubre del mismo año, que instrumentó el empleo de la fuerzas armadas, de seguridad y policiales, y demás organismos puestos a su disposición para la lucha anti-subversiva, con la idea rectora de utilizar simultáneamente todos los medios disponibles, coordinando los niveles nacionales (a cargo del Consejo de Seguridad Interna), de forma conjunta (a cargo del Consejo de Defensa con asistencia del Estado Mayor Conjunto) y específica (a cargo de cada fuerza), tomando como zonas prioritarias las de Tucumán, Córdoba, Santa Fé, Rosario, Capital Federal y La Plata. Esta directiva dispuso que la acción de todas las fuerzas debía ser conjunta para lo cual debían firmarse los respectivos convenios y adjudicó al Ejército la responsabilidad primaria en la dirección de las operaciones contra la subversión en todo el territorio de la Nación, la conducción de la comunidad informativa y el control operacional sobre la Policía Federal, Servicio Penitenciario Federal y policías provinciales (...).

El Ejército dictó, como contribuyente a la directiva precedentemente analizada, la Directiva del Comandante General del Ejército n. 404/1975, del 28 de octubre de ese año, que fijó las zonas prioritarias de lucha, dividió la maniobra estratégica en fases y mantuvo la organización territorial –conformada por cuatro zonas de defensa– n. 1, 2, 3 y 5 –subzonas, áreas y subáreas– preexistentes de acuerdo al Plan de Capacidades para el año 1972 – PFE –PC MI/1972–, tal como ordenaba el punto 8 de la Directiva 1/1975 del Consejo de Defensa (...).

En el Orden Nacional, el Ejército dictó (a) la orden parcial n. 405/1976, del 21 de mayo, que sólo modificó el esquema territorial de la directiva 404 en cuanto incrementó la jurisdicción del Comando de Institutos Militares; (...) (b) La Directiva del Comandante General del Ejército n. 217/1976 del 02 de abril de ese año cuyo objetivo fue concretar y especificar los procedimientos a adoptarse respecto del personal subversivo detenido; (...) (d) Directiva 604/1979, del 18 de mayo de ese año, cuya finalidad fue establecer los lineamientos generales para la prosecución de la ofensiva a partir de la situación alcanzada en ese momento en el desarrollo de la lucha contra la subversión (...)" (Fallos 309:78 y ss.).

Obedeciendo a este Organigrama diseñado por la Directiva del Comandante General del Ejército n. 404/1975, que disciplinaba la lucha antisubversiva, el territorio nacional se dividió en cinco zonas operativas (nominadas 1, 2, 3, 4 y 5 respectivamente), comprensivas a su vez de subzonas, áreas y subáreas. Esta distribución espacial de la ofensiva militar estaba a cargo de los Comandos del Primer Cuerpo de Ejército –con sede en Capital Federal, Zona 1–, Segundo Cuerpo de Ejército –con sede en Rosario, Zona 2–, Tercer Cuerpo de Ejército

–con sede en Córdoba, Zona 3–, Comando de Institutos Militares –con sede en Campo de Mayo, Zona 4– y Quinto Cuerpo de Ejército –con sede en Bahía Blanca, Zona 5– respectivamente.

La Zona 3 trazaba un cuadrante abarcativo de diez provincias argentinas –Córdoba, San Luís, Mendoza, San Juan, La Rioja, Catamarca, Santiago del Estero, Tucumán, Salta y Jujuy–, cuya jefatura recaía sobre el titular de la comandancia del Tercer Cuerpo de Ejército, titularizada en el momento de los hechos que nos ocupan por el *General de División (R) Luciano Benjamín Menéndez.*

La Subzona 31 o 3.1 –comprendida en la Zona 3– se refería a las provincias de Córdoba, Catamarca y La Rioja, que a su vez se atomizaba en Áreas, correspondiendo a la provincia de Córdoba el Área 311 o 3.1.1 al mando de la cual se encontraba el Comando de la Brigada de Infantería Aerotransportada IV. A su vez, el Área 311 se dividía en siete Subáreas, (conf. 1.346/47) a saber: Subárea 3.111, Departamento Capital, a cargo de la IV Brigada de Infantería Aerotransportada; Subárea 3.112, Departamentos Sobremonte, Tulumba y Río Seco, a cargo de la Escuela de Suboficiales de Gendarmería Nacional con asiento en Jesús María; Subárea 3.113, Departamento San Justo y Río Primero, a cargo de la Fábrica Militar de San Francisco; Subárea 3.114, Departamento General San Martín, Unión y Marcos Juárez, a cargo de la Fábrica Militar de Villa María; Subárea 3.115, Departamento Río Cuarto, Juárez Celman, Presidente Roque Sáenz Peña y General Roca, a cargo del Distrito Militar de Villa María; Subárea 3.116, Departamento Río Segundo y Tercero Arriba, a cargo de la Fábrica Militar con asiento en Río Tercero y la Subárea 3.117, Departamentos Ischilín, Cruz del Eje, Punilla, Colón, Totoral, San Alberto, San Javier, Calamuchita y Santa María, a cargo del Grupo de Artillería 141 con asiento en José de la Quintana. Cabe indicar que nos interesa particularmente en este caso la Subárea 3.111, comprensiva de la ciudad de Córdoba.

En este marco institucional se desarrollaron centros de detención denominados Lugar de Reunión de Detenidos (L. R. D.) en los que se agrupaban a laspersonas privadas de su libertad con el objetivo de sustraer a sus víctimas del contacto con sus allegados y de la posibilidad de acceder al auxilio de la justicia. Estas dependencias operaban en la clandestinidad para la obtención de información por parte de los secuestrados valiéndose de la coacción y la tortura.

En esta provincia de Córdoba pueden mencionarse una pléyade de estos centros clandestinos entre los cuales podría enumerarse: Departamento II de Informaciones de la Policía de la Provincia de Córdoba (D2), Prisión Militar de Encausados La Rivera, Unidad Penitenciaría n. 1, Unidad Penitenciaria "Buen Pastor", "La Perla" o "La Universidad", "Malagueño" o "La Escuelita" o "Perla

Chica", "El Embudo" o "Chalet de Hidráulica", Comisaría de Unquillo, Subcomisaría de Salsipuedes y Destacamento Caminero de Pilar-Río Segundo.

Cabe reiterar que los Centro Clandestino de Detención, Tortura y Exterminio que nos ocupa, operado por personal de la Departamento de Informaciones de la Policía de la Provincia de Córdoba (D2), y por personal del Destacamento de Inteligencia 141 serían los denominados Departamento II de Informaciones de la Policía de la Provincia de Córdoba o mas bien conocido como la D2, ubicada en el Pasaje Santa Catalina de esta ciudad, al lado del cabildo histórico, la que servía se sede de la mencionada repartición policial y la Prisión Militar de Encausados La Rivera ubicada en Barrio San Vicente de esta ciudad, respectivamente.

El primero de los referidos centro de detención, tortura y muerte, que era operado por elementos de la Departamento de Informaciones Policiales (D2) funcionaba bajo el auspicio de la Jefatura de la Policía de la Provincia de Córdoba, que se encontraba bajo la orden directiva de un Militar, quien en la época en la que tienen lugar los sucesos que nos interesan en el presente caso era *Benjamín Adolfo Rivas Saravia*, siendo segundo el 2.° Jefe *Ernesto Cesario* (f.) quienes se encontraban secundados entre otros, por el Jefe del Departamento de Informaciones Policiales (D2) *Raúl Pedro Telleldín* (f.) y *Fernando José Esteban* (f.) como Jefe y 2.° Jefe del referido departamento de Inteligencia de la Policíade la Provincia de Córdoba respectivamente. A su vez, y en loque respecta al segundo de los referidos centros clandestinos de detención, el mismo se encontraba organizado en una ex cárcel militar, ubicada en terrenos pertenecientes al Tercer Cuerpo de Ejército ubicados en Barrio San Vicente de esta ciudad, bajo el control del Destacamento de Inteligencia 141 "Gral. Iribarren", el cual se encontraba a cargo de un Coronel, quien en la época en la que tienen lugar los sucesos que nos interesan en el presente caso era *Oscar InocencioBolasini* (f.), secundado por un Mayor, que en aquéllos momentos era *Hermes Oscar Rodríguez*.

Finalmente cabe señalar que en lo querespecta a la Unidad Penitenciaría n. 1 (U.P.1), ubicada en Barrio San Martín de ésta ciudad, la misma era utilizada asimismo en la conducción de detenidos en el marco de las acciones emprendidas por las fuerzas armadas y de seguridad, siendo que en este lugar, cumpliendo funciones de "Seguridad y/o Guardia Perimetral", se encontraba personal perteneciente a la Zona Noroeste de Gendarmería Nacional, cuya jefatura, durante el año 1978, era ejercida por *José Eugenio San Julián*, quien a su vez cumplían sus actividades dentro del marco de las funciones diagramadas e impartidas por el Área 311, cuya jefatura, conforme fuera señalado, era

ejercida por el jefe del III Cuerpo de Ejército, función que era desarrollada por *Luciano Benjamín Menéndez*.

De esta manera, y en lo que respecta al hecho en cuestión, queda muy sucintamente esquematizada la organización de las Fuerzas Armadas y de Seguridad actuante en lo que se dio a conocer como "lucha antisubversiva", señalándose además la metodología que sistemáticamente fue implementada valiéndose de medios profundamente deshumanizantes y por ende antijurídicos, en pugna con los principios fundamentales del estado de derecho y con lasconquistas más valiosas logradas por las naciones civilizadas de este planeta.

(...)

Considerando:

Que conforme el orden de votos establecidos, el Tribunal se planteó las siguientes cuestiones a resolver: *Primera:* ¿Es competente el Tribunal a fin de ejercer la jurisdicción en el juzgamiento de estas actuaciones? (...) *Quinta:* ¿Es procedente el planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, de reclusión y de la pena establecida en el art. 144 ter, párrafos primero, segundo y tercero del Código Penal según Ley 14.616? (...) *Septima:* ¿Es procedente la excepción de cosa juzgada deducida por la defensa del imputado Jorge Rafael Videla en relación al homicidio de Eduardo Daniel Bártoli contenido en la Causa 13/1984 individualizado como caso 541 y en relación a los hechos restantes que se le atribuyen a dicho acusado? (...) *Décimo Segunda:* ¿Se encuentra acreditada la existencia de los hechos investigados, y son sus autores responsables los imputados Jorge Rafael Videla, Luciano Benjamin Menéndez, Vicente Meli, Mauricio Carlos Poncet, Raúl Eduardo Fierro, Jorge González Navarro, Hermes Oscar Rodríguez, José Eugenio San Julián, Juan Emilio Huber, Víctor Pino Cano, Gustavo Adolfo Alsina, Enrique Pedro Mones Ruiz, Osvaldo Cesar Quiroga, Miguel Ángel Pérez, Carlos Ibar Pérez, Carlos Alfredo Yanicelli, Miguel Ángel Gómez, Alberto Luis Lucero, Calixto Luis Flores, Yamil Jabour, Marcelo Luna, Juan Eduardo Ramón Molina, Mirta Graciela Antón, Fernando Martín Rocha, Ricardo Cayetano Rocha, Luis Alberto Rodríguez, Francisco Pablo D'Aloia, José Antonio Paredes, Luis David Merlo y Gustavo Adolfo Salgado? *Décimo Tercera:* En su caso ¿Qué calificación legal y grado de participación les corresponde? (...)

A la primera cuestion planteada, los señores jueces de Cámara, Dres. Jaime Díaz Gavier, Carlos Julio Lascano y José María Pérez Villalobo, dijeron:

En oportunidad de ejercer su defensa material enla audiencia de debate, el acusado *Luciano Benjamín Menéndez* expresó –entre otros argumentos que hacen a su defensa– que la realización del juicio es inconstitucional. Que el art.

18 de la Constitución Nacional señala que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho, ni juzgado por comisiones especiales, ni sacado de los jueces naturales que designaba la ley antes de los hechos de la causa. Que la ley vigente al momento de comisión de los hechos era el Código de Justicia Militar, por lo tanto los jueces naturales para juzgarlo, son el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. Que en consecuencia, el Tribunal es incompetente. Dicho planteo fue sostenido al momento de los alegatos por el señor Defensor del imputado Menéndez, Dr. Alejandro Cuestas Garzón.

Que entrando al análisis de los planteos de incompetencia deducidos, resulta aplicable al caso lo resuelto por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos n. 786.XXXVI "Nicolaides, Cristino y otro s/sustracción de menores" (Causa 10.326). En dicho fallo, el Alto Tribunal –haciendo suyos los argumentos vertidos por el señor Procurador General en el dictamen correspondiente sostuvo en primer lugar, que existe una doctrina tradicional de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional no sufre menoscabo por la intervención de nuevos jueces en juicios pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de la justicia o en la distribución de la competencia (Fallos: 17:22; 95:201; 114:89; 135:51; 155:286; 187:494; 234;499; 306:2101). Que la cláusula contenida en el art. 18 de la Carta Magna sólo tiene por finalidad impedir la sustracción arbitraria de una causa, de un juez con jurisdicción para casos semejantes, a fin de atribuir el conocimiento a otro juez que no la tiene, constituyendo una comisión especial disimulada. En segundo lugar, se afirmó que es de aplicación una norma con jerarquía constitucional como es la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por Ley 24.556 (B.O. 18.10.1995). Dicha Convención ha sido incorporada a nuestra Constitución Nacional bajo los mecanismos legislativos pertinentes, mediante la Ley 24.820 y es de directa aplicación como cualquier otra disposición prescripta en la norma fundamental. Como consecuencia de ello, toda norma contraria preexistente sea ésta legal o reglamentaria pierde vigencia a partir de la entrada en vigor de aquélla. En su art. 9 se establece expresamente que "(...) los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, *con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar* (...)". Que en el caso, se trata de normas procesales de rango constitucional, siendo la facultad de legislar en materia procesal, un derecho inherente a la soberanía, por lo que no se configura una violación al principio constitucional de juez natural (Fallos: 163:231 y 316:2695). Que no existe un derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimien-

to, pues las leyes sobre procedimiento y jurisdicción son de orden público, en particular cuando 80 Poder Judicial de la Nación establecen las formas de persecución e investigación de delitos (Fallos: 193.191, 249:343; 306:2101). Este principio resulta plenamente compatible con la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional, por cuanto de acuerdo a la doctrina de la Excma. Corte (Fallos: 17:22) "el objeto del artículo dieciocho de la Constitución ha sido proscribir las leyes *ex post facto*, y los juicios por comisiones nombradas especialmente para el caso, sacando al acusado de la jurisdicción permanente de los jueces naturales, para someterlos a tribunales o jueces accidentales o de circunstancias; que estas garantías indispensables para la seguridad individual no sufren menoscabo alguno, cuando a consecuencia de reformas introducidas por la ley en la administración de justicia criminal, ocurre alguna alteración en las jurisdicciones establecidas, atribuyendo a nuevos tribunales permanentes, cierto género de causas en que antes conocían otros que se suprimen o cuyas atribuciones restringen: –que la interpretación contraria serviría muchas veces de obstáculo a toda mejora en esta materia, obligando a conservar magistraturas o jurisdicciones dignas de supresión (...)".

A mayor abundamiento, la actual integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "López, Ramón Ángel s/ Recurso del art. 445 bis del Código de Justicia Militar" –Causa 2.845–, resolvió, con fecha 06.03.2007 la inconstitucionalidad de los tribunales militares para el juzgamiento de militares en la comisión de delitos. Se sostuvo que es necesario distinguir entre derecho disciplinario y derecho penal militar propiamente dicho. Las faltas disciplinarias son sancionadas por el Presidente de la Nación en su carácter de Comandante de las fuerzas armadas (art. 9, inc. 12, de la Constitución Nacional). En cuanto al derecho penal militar, rigen los principios interpretativos constitucionales e internacionales que valen para todo el derecho penal. Es decir, el derecho penal militar tiene naturaleza penal. Según concluye nuestro más Alto Tribunal, el *Código de Justicia Militar es inconstitucional en todo cuanto exceda el marco disciplinario.* Asimismo se afirma que los tribunales militares están compuestos por funcionarios en dependencia jerárquica con el Poder Ejecutivo, lo cual es inconstitucional porque viola abiertamente la norma que prohíbe el ejercicio de funciones judiciales. *Que en consecuencia, los Tribunales para el juzgamiento de delitos militares o no, deberán ser tribunales ordinarios*, esto es, no integrados por funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo. Continúa afirmando dicho fallo, que un juez no puede estar sometido a ningún poder disciplinario, sólo a su responsabilidad política, ni puede estar sometido a otra coacción que la que por sus actos incumbe a cualquier ciudadano. Estos principios rigen respecto de toda la jurisdicción y los impone la Constitución

Nacional (inc. 1, art. 8 Convención Americana de los Derechos Humanos, art. 14, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en función del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional). En consecuencia, los tribunales militares no pueden considerarse jurisdicción en sentido constitucional ni internacional, sino que constituyen tribunales administrativos incompetentes para aplicar penas. Que si bien el fallo reseñado hace referencia al juzgamiento de delitos militares, iguales consideraciones y con mayor fundamento deben hacerse extensivas a los casos de juzgamiento de delitos no militares.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el planteo de incompetencia deducido oportunamente por el acusado Menéndez.

Ahora bien, la definición de su situación procesal obliga a detenerse en la parte medular de su planteo defensivo que, en esencia, objeta la jurisdicción de este Tribunal, al invocar la norma constitucional de juez natural y de aplicación de la ley vigente al momento del hecho. Al respecto, resulta útil citar los conceptos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto ha dejado claramente establecido que "(...) las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia, aún en los casos de silencio de ellas, se aplican de inmediato a causas pendientes. La facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía. No existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento, pues las leyes sobre procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir los delitos (...)". El objeto del art. 18 de la Constitución ha sido proscribir las leyes *ex post facto*, y los juicios por comisiones especiales nombradas para el caso, sacando al acusado de la jurisdicción permanente de los jueces naturales, para someterlos a tribunales o jueces accidentales o de circunstancias. Las garantías constitucionales que proscriben las leyes *ex post facto* y los juicios por comisiones nombradas especialmente para el caso no sufren menoscabo alguno cuando a consecuencia de reformas introducidas por la ley en la administración de la justicia criminal, ocurre alguna alteración en las jurisdicciones establecidas, atribuyendo a nuevos tribunales permanentes cierto género de causas en que antes conocían otros que se suprimen o cuyas atribuciones restringen; la interpretación contraria, serviría muchas veces de obstáculo a toda mejora, obligando a conservar magistraturas o jurisdicciones dignas de supresión o reformas (Ver Causa –Menéndez Luciano B. y otros, p.ss.aa. de Delitos Cometidos en la Represión de la Subversión–" (Causa 31-M-1987).

La declaración de que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa presupone que esos jueces siguen conservando la jurisdicción en cuya virtud estaban llama-

dos a conocer de una determinada causa, si los jueces han dejado de serlo, o su jurisdicción ha sido restringida por obra de la ley, no puede afirmarse que sigan teniendo poder para juzgar las causas de que se trate, por donde resulta evidente que cuando otros tribunales permanentes asumen el poder jurisdiccional que a ellos correspondía, no les quitan o sacan algo que siguiera estando dentro de sus atribuciones. Lo inadmisible –lo que la Constitución repudia–, es el intento de privar a un juez de su jurisdicción en un caso concreto y determinado para conferírsela a otro juez que no la tiene, en forma tal que por esta vía indirecta se llegue a constituir una verdadera comisión especial disimulada bajo la calidad de juez permanente investido por ese magistrado de ocasión. La facultad de ejecutar reformas debe ser siempre de la legislatura, y se crearía una interminable confusión de los procedimientos si cada caso debiera ser solamente sustanciado de acuerdo con las reglas procesales vigentes cuando los hechos ocurrieron y sólo por los tribunales entonces existentes.

En este sentido, Raúl W. Abalos afirma que el derecho procesal penal tiene naturaleza pública no sólo por los intereses públicos que protege y por el fin a que está dirigido, sino también porque está dispuesto en forma obligatoria en relación a los órganos encargados de administrar justicia en pos de dichos fines, más aún cuando el derecho penal sustantivo, que posee un indudable carácter público, está destinado a ser realizado en la faz prácticapor intermedio de las normas de rito que resulten vigentes almomento de su investigación (*Derecho procesal penal. Cuestiones fundamentales*. Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, t. I, p. 14 y 62). Las leyes de forma que regulan la actividad del Estado en el campo que nos ocupa, obedecen al principio general de que las leyes rigen para el futuro –salvo en materia penal cuando en relación a los intereses tutelados resultasen más beneficiosas para el imputado– (art. 3 del C.P.P.N. y 2 del C.P.). En coincidencia con este concepto, Clariá Olmedo, al tratar la cuestión de la eficacia temporal en materia de sucesión de leyes procesales--penales, ha afirmado que "la regla de la irretroactividad significa que la nueva ley regirá para todo proceso a iniciarse y para la continuación de todo proceso ya iniciado. Las posibles excepciones deben ser expresas (...) la nueva ley no puede empeorar la situación ya adquirida; en cambio, sí se aplicará si favorece al contemplado en la norma por otorgarle una situación más beneficiosa que la adquirida por la aplicación de la ley anterior" (*Derecho procesal penal*, Ed. Marcos Lerner, 1984. t. I, p. 103-105).

En el mismo sentido se expidió este Tribunal en los autos *Menéndez Luciano Benjamín, y otros* (Expte. 40-M-2008), sentencia de fecha 22.07.2008 que ha sido confirmada *in totum* por la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal con fecha 25.08.2010 (Expte. 9.890), y en autos *Menéndez Luciano Ben-*

jamín y otros (Expte. 281/2009) sentencia de fecha 11.09.2009. El Tribunal de alzada en la resolución aludida expresó que "carece de sustento jurídico el presunto 'privilegio' en el que los recurrentes pretenden fundar la exclusión de los tribunales civiles. Al respecto el Alto Tribunal sostuvo que 'si bien los ciudadanos revestidos de carácter militar pueden invocar como jueces naturales a los órganos jurisdiccionales militares para los delitos cuyas modalidades autoricen su inclusión en la competencia castrense, bien entendida, la absoluta prohibición de los fueros personales, y la sola subsistencia de los reales o de causa, ello no fue considerado impedimento para que se produjera una limitación de las atribuciones conferidas al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas derivada de la entrada en vigencia del art. 10 de la Ley 23.049, ya que las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes' (CSJN Fallos 323:2035, voto del Dr. Petracchi)".

Por todo lo expuesto votamos afirmativamente a la primera cuestión planteada.

(...)

A la quinta cuestion planteada, los señores jueces de Cámara, Dres. Jaime Díaz Gavier, Carlos Julio Lascano y José María Pérez Villalobo, dijeron:

La Doctora Natalia Bazán, ante el pedido concretode prisión perpetua para sus asistidos por parte de los acusadores públicos y privados, solicitó al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad de la misma. Sostiene que dicha sanción es contraria al bloque de constitucionalidad federal porque a partir de la reforma de 1994, se equipara a aquellas consideradas crueles, inhumanas y degradantes, y por ende violatoria de los Derechos humanos. Que viola el art. 5.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sostiene que afecta los principios de proporcionalidad, humanidad y personalidad de la pena y que al ser eterna resulta incompatible con la readaptación social y supone una pauta rígida que impide al operador judicial la mensuración punitiva atendiendo a las múltiples circunstancias que puede ofrecer cada episodio en particular, extremo que incorpora una objeción a este tipo de penas a la luz del principio de culpabilidad. Trae a colación la letrada que la Corte Suprema ha declarado la inconstitucionalidad de la pena de reclusión por tiempo indeterminado en autos "Gramajo, Marcelo" (05.09.2006) porque en nuestro modelo constitucional subyace la concepción de que la prisión solo se justifica si se la ejecuta de tal manera que se asegure que el individuo, en algún momento habrá de poder convivir en sociedad pacíficamente. Concluye señalando que la pena de prisión o reclusión perpetua implica una afectación clara de varios principios constitucionales: el derecho a la libertad y a su restricción razonable, el principio

de humanidad de las penas, principio de proporcionalidad, de progresividad y readaptación social del condenado, el derecho a la dignidad de las personas y además lesiona la intangibilidad de la persona humana.

Sobre la inconstitucionalidad planteada, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ladeclaración de inconstitucionalidad de una disposición legales un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la carta fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. Por otra parte debe demostrarse de qué manera la disposición contraría la Constitución Nacional (Fallos 253:362; 257:127; 308:1631, entre otros). De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado y para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 314:424, entre otros).

Asimismo, recientemente, la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en autos "Bussi, Antonio Domingo y otro Causa 9.822" (12.03.2010) ha tenido oportunidad de expedirse, sobre el pedido concreto de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, señalando la necesidad que tiene el interesado de esgrimir las razones de por qué, en el caso concreto, luce desproporcionada la sanción recibida por quien ha sido hallado autor penalmente responsable de delitos de singular gravedad, que a su vez han sido calificados como crímenes de lesa humanidad.

Sobre la constitucionalidad de la pena perpetua, ha dicho Zaffaroni que tampoco es inconstitucional como pena fija, siempre que en el caso concreto no se viole la irracionalidad mínima, pues guarda cierta relación de proporcionalidad con la magnitud del injusto y de la culpabilidad (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal, parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2003. p. 945-946).

En este orden de ideas y tal como reiteraremos al tratar la cuestión Decimotercera, el Estatuto de Roma forma parte actualmente de nuestro derecho positivo, conforme lo establecen las Leyes 25.390 (que aprobó a dicho Estatuto con fecha 23.01.2001) y 26.200 (09.01.2007) complementaria del Código Penal (que implementa las disposiciones del Estatuto de Roma y regula las relaciones de cooperación entre el Estado Argentino y la Corte Penal Internacional). En particular, el art. 77 del Estatuto de Roma establece que la Corte podrá

imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el art. 5 del dicho Estatuto (esto es, crimen de guerra, genocidio, lesa humanidad o crimen de agresión) una de las penas siguientes: (a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; (b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Para hacerlo, la Corte tendrá en cuenta la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Por su parte, la Ley 26.200, prevé en su art. 9 –referido a penas aplicables en crímenes de lesa humanidad– que en los casos previstos por el art. 7, esto es, actos que constituyen delitos de lesa humanidad, la pena aplicable es de 3 a 25 años de prisión y si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua. Si bien, la normativa analizada no resulta aplicable al caso, resulta interesante destacar que precisamente, el más actualizado derecho penal internacional, con fundamento en el principio de proporcionalidad, prevé prisión y reclusión perpetua para hechos de extrema gravedad, tales como los delitos de lesa humanidad, objeto de juzgamiento del presente juicio.

Por otra parte, descarta la jurisprudencia asimismo que esta clase de pena pueda ser calificada de "inhumana y degradante" ya que el trato inhumano supone la constatación de sufrimientos de especial intensidad, que provoquen humillación, sensación de envilecimiento a un nivel que es distinto y superior al que puede aparejar la imposición de una legal condena (cfr. CNCP, sala IV in re "Rojas, César Amilcar s/ rec. de inconstitucionalidad" C.614, Reg. 1623 30.11.1998– y "Velaztiqui, juan de Dios, s/ recurso de inconstitucionalidad y casación –Causa 3.927, Reg. 5477.4, 17.02.2004).

El Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, enpleno, en la causa B., S. A. y otro p.ss.aa. de homicidio calificado por el vínculo s/ recurso de inconstitucionalidad y casación– de fecha 18.10.2010, se pronuncia a favor de la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua, señalando que en el caso juzgado "(...) la pena impuesta no resulta desproporcionada a la infracción, irrazonable ni vulneratoria de los principios de prohibición de exceso o de mínima suficiencia como respuesta punitiva para ese delito, con propósitos también resocializatorios, ni vulneratoria del principio de culpabilidad por el hecho. Menos podría decirse que constituye una sanción de por vida o que la misma importa padecimientos físicos o morales constitucionalmente irrazonables de los encausados. Y ello ocurre no sólo por las referidas posibilidades de flexibilización del encierro contempladas en el ordenamiento penal para su ejecución, sino también por la relación que se advierte entre la magnitud de la pena prevista para el delito que se reprocha a los encartados con la gravedad de la infracción". Destaca el máximo tribunal provincial que "aunque los pro-

pósitos resocializadores toman un importante protagonismo durante la fase de ejecución de la pena privativa de la libertad (art. 1, Ley 24.660), en un modelo partidario de un derecho penal dehecho, de acto, la prevención especial no puede constituir elúnico fin de las penas. Por ende, tanto la culpabilidad como la peligrosidad delictiva, habrán de armonizarse en términos que ni los fines resocializatorios vinculados a la idea de peligrosidad delictiva sean negados, ni la aceptación de éstos últimos termine desvinculando la magnitud de la pena, de la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor. Una situación que importa dar cabida tanto a la dimensión de garantía propia de la consideración individual de la persona como a la dimensión de prevención que surge del reconocimiento de la función social del derecho". Se cita en apoyo el pensamiento de Carlos Creus en "Justificación, fines e individualización de la pena" –*Cuadernos del departamento de derecho penal y criminología. Homenaje a Ricardo Núñez*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba (Facultad de Derechos y Ciencias Sociales), 1995. Nueva serie, n. 1, p. 110.

Tampoco existen restricciones a la imposición de esta pena en el texto de los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, en la medida que se respete la integridad de la persona condenada (Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, art. 5, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 26, Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 5, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (arts. 7 y 10, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes, arts. 11 y 16, Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37). No surgen en definitiva normas expresas ni implícitas en el plexo constitucional integralmente analizado que ponga en pugna los derechos fundamentales que tutela.

En forma subsidiaria, el Dr. Carlos Casas Nóblega solicita se declare la inconstitucionalidad de las penas establecidas en los arts. 144 ter, párrafos primero, segundo y tercer del Código Penal, según Ley 14.616, en relación a lo supuestos por los que sus defendidos Miguel Angel Pérez, José Antonio Paredes y Carlos Ibar Perez fueron traídos a juicio. En tal sentido, sabido es que la declaración de inconstitucionalidad es un remedio de gravedad que requiere la constatación de evidentes incompatibilidadesentre la norma atacada y el plexo constitucional. Ahora bien, en su planteo, la Defensa se limita a enunciar la solicitud sin dar razón de sus dichos ni desarrollar fundamento algunopara tal petición, lo cual impide al Tribunal siquiera efectuar una valoración de la misma, motivo por el cual corresponde rechazar la petición de declaración de inconstitucionalidad del art. 144, párrafos primero, segundo y tercero del Código Penal.

En consonancia con la línea argumental que desarrollamos precedentemente, no resulta repugnante a la Constitución Nacional la pena de prisión perpetua, toda vez que en materia de determinación legislativa de los marcospunitivos, el principio de proporcionalidad surge del propio Estado democrático de derecho (CN, 1) y se irradia vedando la utilización de medios irrazonables para alcanzar determinados fines.

En este contexto, no es posible sostener que se vulnera el principio de igualdad si el legislador dentro del marco de sus facultades determina igual clase de pena fija a todos aquellos que desarrollaran una conducta subsumible en la norma.

Tampoco se advierte vulneración a los fines constitucionales de "reforma y readaptación social del condenado", en tanto, y tal como desarrollaremos al contestar la cuestión que sigue, no deben confundirse los presupuestos de aplicación de la pena con la finalidad de la ejecución de la pena de prisión. En éste contexto, adelantamos que el régimen de la Ley 24.660 introduce un sistema de indeterminación del contenido de la pena dentro del límite máximo de la sanción individualizada judicialmente por el Tribunal de mérito, para permitir su adecuación al caso en orden al cumplimiento de los fines de resocialización del art. 1 de dicha ley. Tal flexibilidad incluye circunstancias relativas a la estrictez y hasta la propia duración de los períodos de restricción efectiva de la libertad ambulatoria. De manera que los alcances de la libertad ambulatoria y hasta la propia duración del encierro carcelario podrán variar por decisiones que se adopten en la etapa de ejecución atendiendo a los fines preventivo especiales o de resocialización priorizados en esta etapa por la Ley 24.660 (cfr. SALT, Marcos G. *Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina*. Buenos Aires: De Palma, 1999).

En definitiva, y más allá de las críticas que pueda recibir la pena de prisión perpetua, es un instrumento elegido por el legislador, para el cumplimiento de sus mandas constitucionales que autoriza a restringir los derechos del ciudadano en función del derecho de los demás, de la seguridad de todos y del justo desenvolvimiento de la sociedad democrática.

A mayor abundamiento profundizaremos sobre el fundamento de la pena en general, pero también sobre las implicancias que dicha temática tiene en el caso particular, teniendo en cuenta la especial entidad de los crímenes cometidos por los acusados en autos, conforme lo que al respecto ya se ha dicho en otra parte de esta resolución. Claro que la respuesta que aquí se dará sobre el punto debe circunscribir la discusión a lo que se ha denominado "individualización legal de la pena", puesto que la crítica defensiva se dirige a la conminación que ya en abstracto formuló el legislador al establecer la pena de prisión

perpetua. Para otro capítulo de esta sentencia queda reservado el contenido argumental que da sustento a la solución punitiva de cada caso particular (de acuerdo a la obligación constitucional que tiene todo juez de fundar las penas en un sistema republicano), es decir, lo que ha dado en llamarse "individualización judicial de la pena". Ello permitirá a las personas que han sido condenadas efectuar las críticas que estimen adecuadas, en ejercicio del derecho a recurrir.

En definitiva, el trasfondo del planteo defensivo reposa sobre "el fundamento de la pena", cuestión que atraviesa tanto la individualización legal como la judicial de la pena, de modo que aristas comunes a ambas serán brevemente tratadas a continuación.

La finalidad del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, por lo tanto, para alcanzar dicho cometido, no es posible prescindir de los fines sociales en la aplicación de la pena. Ello supone renunciar a la idea de la retribución, pues, con la aplicación de un mal (que implica la pena) como retribución por el hecho cometido, no puede repararse los daños, que a menudo constituyen la causa de la comisión de delitos, y por ello no es un medio adecuado de lucha contra la delincuencia.

Coincidiendo con el profesor Claus Roxin, no compartimos la idea según la cual sólo la retribución justifica el castigo de los criminales nazis que actualmente viven socialmente integrados y que ya no representan ningún peligro, pues una penalización de esos hechos (al igual que los hechos de este proceso) es necesario desde fundamentos preventivo-generales, "porque si no se persiguieran se podría estremecer gravemente la conciencia jurídica general: si tales crímenes quedasen impunes, es posible que quisiera invocar el mismo tratamiento cualquier otro autor de homicidio (tortura, privación ilegítima de la libertad), respecto del cual no hay peligro de reincidencia y exigir el mismo modo de impunidad. Esto obligaría a relativizar la validez de la prohibición de matar y su efecto preventivo de forma intolerable" (cfr. ROXIN. *Derecho penal. Parte general*. Ed. Thomson Civitas. t. I).

Cierto es que la pena es una intervención coercitiva del Estado y una carga para el condenado, pero ello no implica que la esencia de la pena sea la retribución de un mal, pues las instituciones jurídicas no tienen "esencia" alguna independiente de sus fines, sino que esa "esencia" se determina mediante el fin que con ellos quiere alcanzarse.

Por último y a pesar de la renuncia a toda retribución, existe un *elemento decisivo de la teoría de la retribución* que debe tenerse en cuenta también a los fines preventivo generales que justifican el castigo en este tipo de hechos: el

principio de culpabilidad como *límite de la pena*. Pero eso, como antes dijimos, será analizado en otro apartado de esta resolución.

Según la CSJN, en un Estado republicano y democrático dederecho, corresponde al tribunal que acoja un pedido de prisión perpetua, alegar y demostrar la insuficiencia de alternativas punitivas más leves como respuesta adecuada a la culpabilidad del autor, para así justificar la necesidad de aplicar dicha sanción (cfr., autos *Maldonado, Daniel Enrique*, sentencia del 28.02.2006, publicado en Fallos, 328:4343).

El legislador en su juicio de conminación penal en abstracto ya ha ponderado la tensión entre los principios penales materiales y las consecuencias jurídicas correspondientes a cada conducta punible.

En lo que sigue, y dentro de los lineamientos arriba esgrimidos, efectuaremos breves consideraciones sobre algunosde dichos principios para demostrar el error de la defensa en(el modo de) su planteo.

Principio de resocialización. La pena de prisiónperpetua prevista en el art. 80 del Código Penal, noresulta lesiva de derechos consagrados en los Pactos incorporados a la Constitución Nacional a través de la norma de reenvío del art. 75, inc. 22. De acuerdo a lo establecido por el art. 1.° de la 24.660, se desprende que durante el transcurso de tiempo en que el condenado permanezca privado de su libertad, es función del Estado arbitrar todos los medios necesarios para lograr esa finalidad; todo condenado a pena privativa de la libertad cuenta con la posibilidad de recuperarla; por estos motivos las penas de prisión perpetua no obstan la resocialización del condenado (*CNCP, Sala III, Viola, Mario, 23.06.2004*). La defensa no logra demostrar la imposibilidad del cometido resocializador; es más, incluso va en contra del temperamento adoptado por su pupilo durante el debate, quien demostró algunos signos de arrepentimiento.

Principio de racionalidad de la pena. La pena de prisión perpetua –pese a su severidad– no puede ser encuadrada como trato inhumano o degradante. La cuestión está íntimamente relacionada con el principio de la "racionalidad de la pena", que exige que ésta guarde cierta proporcionalidad con el delito cometido (*CNCP, Sala IV, Díaz Ariel Darío, 29.03.2006*). La defensa no logra demostrar que la sanción pretendida por la Fiscalía y legalmente prevista para el delito por el que se lo encontró penalmente responsable sea irracional o contraria a la garantía de igualdad reconocida en el art. 16 de la Constitución Nacional. Tampoco surge del análisis de los Tratados Internacionales incorporados a nuestra normativa constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la C. N., que sus previsiones resulten inconciliables con la apli-

cación de la pena de prisión perpetua, siempre que se respete –al igual que en el caso de aquéllas temporalmente determinadas– la integridad de la persona condenada.

Principio de proporcionalidad. La pena de prisión perpetua impugnada de inconstitucional no aparece como tal. Antes bien, razones de Política Criminal, dentro de la sana discrecionalidad del legislador, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido (la vida humana), la misma se justifica plenamente en función de parámetros proporcionales a lagravedad del injusto cometido y al modo en que le mismo fue llevado a cabo; máxime si se tiene en cuenta que en nuestro país la prisión perpetua tenía al momento de la comisión de los hechos la posibilidad de obtener el beneficio de la libertad condicional conforme el art. 13 del Código Penal (*CNCP, Sala IV, Rojas, César, 30.11.1998*). La defensa no logró demostrar el quebrantamiento del estándar de proporcionalidad; ni siquiera fue invocado al momento de analizar la adecuación de la conducta de su defendido en los límites del art. 84 CP.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de validez. Asimismo se consideró que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes es un acto de suma gravedad institucional, *ultima ratio* del orden jurídico, ejerciéndose únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable. Además, el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los cuales deba pronunciarse al Poder Judicial, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario.

En orden al planteo de inconstitucionalidad de la pena de reclusión perpetua efectuada por las defensas técnicas, conforme lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos "Mendez" de fecha veintidós de febrero del año 2005, la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la Ley 24.660, dado que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión, por lo expuesto no corresponde hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad por estar referida a una pena que virtualmente en su faz ejecutiva no existe.

No se advierte en consecuencia, a la luz de los argumentos reseñados precedentemente, que las penas que se atacan repugnen cláusulas constitucionales, por lo que cabe rechazar el planteo de inconstitucionalidad. Así votamos.

(...)

A la septima cuestion planteada, los señores jueces de cámara, Dres. Jaime Díaz Gavier, Carlos Julio Lascano y José María Perez Villalobo, dijeron:

En oportunidad de ejercer su defensa material, elacusado Jorge Rafael Videla, manifestó que se estaba violando la garantía de cosa juzgada, por cuanto ya fue juzgado por los hechos materia del presente proceso en la sentencia de la Causa 13/1984. Por su parte, la señora Defensora Pública Adhoc, Dra. Natalia Bazán, en ejercicio de la defensa técnica del acusado Videla expresó, con relación al principio de cosa juzgada en sentido estricto, que su defendido ya fue juzgado por el crimen de Eduardo Bártoli, lo cual se desprende de las constancias de la sentencia de la Causa 13/1984. Que el caso 541 pertenece a Daniel Eduardo Bártoli donde el Tribunal en la p. 295 consignó "el tribunal tiene presente lo dictaminado por el Sr. Fiscal en cuanto solicita la absolución de los procesados respecto de este caso, lo que así se resolverá" (p. 295 del t. II). Esto se vio reflejado en el punto 24 del resuelvo, donde se *Absuelve a Videla,* entre otros casos, por el caso 541. Que en sentido amplio, deduce excepción de cosa juzgada, respecto del plan sistemático, por cuanto durante 1975, su defendido Jorge Rafael Videla se desempeñaba como Comandante en Jefe del Ejército, con la Directiva 1/1975, en su carácter de Comandante en jefe dictó la Directiva 404/1975 y planteó la situación determinando cuál era el enemigo y describiendo las fuerzas amigas; que previó que el Consejo de Defensa mantuviera una reserva estratégica compuesta por una brigada de infantería en diferentes zonas de prioridad, que en Córdoba se cumplió a través de la Cuarta Brigada de Infantería Aerotransportada, tal como lo grafica la propia Directiva 404/1975 que presenta un organigrama de la zona de Defensa 3. Que en la estructura, su defendido Videla se encontraba "en lo más alto" ocupando el cargo de Comandante en Jefe del ejercito y así se le imputa por este proceso ser autor mediato por dominio del curso de la acción al elaborar las órdenes destinadas a personal militar y o policial para la comisión de hechos delictivos –calificados como tormentos agravados, tormentos seguidos de muerte y homicidio calificado–. Que si bien el argumento de la cosa juzgada, esgrimido por su asistido almomento de su declaración indagatoria en instrucción fue rechazado por el alegato del Fiscal General, en cuanto dijo que los hechos de esta causa no están contenidos en los de la Causa 13, ha reconocido que por sus órdenes se instrumentó en todo el país un método idéntico en la lucha contra la subversión), se habilita nuevamente el planteo por tratarse de una garantía constitucional y que provocaría la nulidad del proceso a su respecto con argumentos distintos. Añadió la Dra. Bazán, que nuestro ordenamiento ha receptado el Principio de Oportunidad reglada no sólo a través de institutos tales como la probation entre otros, sino que actualmente algunos códigos procesales lo receptan especí-

ficamente, y fijan como criterio la innecesaridad de la persecución penal cuando por el número de hechos condenados o la edad del imputado, aquélla ya no resulta necesaria (entre otros, la provincia de Mendoza, Chubut, ciudad de Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires, Entre Ríos), criterios que permiten "(...) racionalizar la selección que necesariamente tendrá lugar en la práctica, a partir de criterios distintos –explícitos y controlables – de los que regular e informalmente aplica todo sistema de justicia penal. Que de la lectura del fallo 326:2805 'Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción' se pueden marcar las siguientes diferencias: el pronunciamiento ocurrió con motivo de la excepción de cosa juzgada interpuesta por el otrora defensor de Videla frente a una nueva imputación por sustracción de menores, de víctimas que no habían sido incluidos en la sentencia de la Causa 13, argumentando que en aquella sentencia ya se había excluido la existencia de un plan sistemático de apropiación de niños y que por los hechos que se lo indagó de sustracción, Videla había sido absuelto, justamente porque no se probó la existencia de un plan sistemático. Que en el presente juicio existe homogeneidad de los hechos de homicidio, privación y tormentos que hoy son juzgados en este proceso y que ya fueron condenados en Causa 13 donde sí se probó la existencia de un denominado Plan sistemático para poder cometer estos injustos, con lo cual los contextos resultan disímiles a fin de equiparar ambos fallos como situaciones análogas. Que el problema que se presenta es circular: sin el plan no se puede construir la autoría mediata para atribuirle los delitos cometidos como Comandante en Jefe del Ejército y sin la autoría mediata no hay delito para atribuir a Videla, esto es el acusador se queda sin manera de construir el grado de participación en los hechos. Añade la Defensa, que si se aplicara la supresión mental hipotética respecto del plan sistemático probado en la Causa 13 y en este proceso, no podríamos acreditar la participación de Videla en cada hecho que se le atribuye, por eso estimo que el mentado plan es una condición *sine qua non* de cada hecho endilgado y que por ello, independientemente de sus resultados ya no puede ser juzgado porque fue condenado a reclusión perpetua por hechos similares y homogéneas en el Juicio a las Juntas, por lo que se está en presencia de un delito continuado, consistente en el plan sistemático con el dictado de las órdenes secretas, ilegales y verbales– con distintos resultados pero unidos por una finalidad común.

Que entrando al análisis de la excepción de cosa juzgada deducida, se impone el rechazo parcial del planteo formulado. En efecto, la prohibición de persecución múltiple es una garantía constitucional propia del Estado de Derecho que le corresponde a la persona contra quien se dirige el poder penal del Estado, por lo cual no se lo puede juzgar ni penar en más de una oportunidad,

por el mismo hecho. Si bien en la Constitución Nacional no se encuentra expresamente mencionada la garantía de prohibición de doble persecución, la enunciación del art. 33 no es limitativa, por lo que se la reconocido dentro de las garantías no enumeradas que surgen del sistema republicano y del Estado de Derecho (cfme. Julio Maier. *Fundamentos constitucionales del procedimiento.* t. I, p. 596). Actualmente y tras la reforma de 1994, surge en forma expresa del Pacto de San José de Costa Rica (art. 8, punto 4) y en forma más amplia aún, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (art. 14, punto 7). Sabido es que, a fin de determinar si existe persecución penal múltiple, la doctrina requiere la conjunción de una triple identidad: (1) de persona, (2) de objeto, (3) de causa de persecución. En el caso que nos ocupa, la discusión está centrada en la identidad de objeto, por cuanto la defensa y el propio acusado Videla sostienen que se lo ha juzgado con anterioridad, por idénticos hechos a los aquí ventilados, en la histórica Causa 13/1984.

¿Cómo se determina la identidad de objeto? Sostiene Julio Maier (ob. cit., t. I, p. 606 y ss.) que este extremo no siempre es sencillo de resolver; que el efecto impediente requiere una imputación idéntica, esto es, un mismo comportamiento atribuido a la misma persona. Añade Maier, que la regla genérica prescinde de valoraciones jurídicas, cualquiera sea el *nomen juris* del hecho; se mira al hecho y objeto como un acontecimiento real que sucede en un lugar y momento determinado, una misma acción, de un hecho atribuido como existente, concreto e históricamente sucedido, o hipotéticamente afirmado como real. Concluye este autor: "(...) *Dos objetos procesales son idénticos y no permiten persecuciones penales distintas simultáneas o sucesivas cuando la imputación consiste en la misma acción u omisión concreta aún cuando sólo afirmadas hipotéticamente como ciertas* (...)".

Con relación a los alcances del concepto de cosa juzgada y de la garantía bajo análisis, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido afirmando que para que opere esta garantía, debe tratarse de un mismo hecho –suceso histórico pasado– por el cual ya existió sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada o se trate del mismo hecho por el cual está desarrollándose, en su contra, otro proceso judicial al mismo tiempo y no puede versar sobre calificaciones legales (CS Fallos 308:1678; 314:377, 319:43, entre otros).

En forma más reciente, y específicamente con relación al alcance e interpretación de dicha garantía en el marco de delitos de "lesa humanidad", la C. S. J. N. (Fallo 326:2805 (21.08.2003), sostuvo: (Voto de Fayt) "(...) La garantía del '*non bis in idem*' debe entenderse como 'aquella que impide la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva por un mismo hecho. Tal como fue señalado no setrata exclusivamente de que una persona sea condenada dos veces por el

mismo hecho, sino que basta para incurrir en la violación de la garantía con que se la someta al riesgo por medio de un nuevo proceso de que pueda ser condenada. Su violación debe entenderse configurada cuando concurran las tres identidades clásicas (...)' (...) la identidad de objeto se configura si la idea básica permanece en ambos procesos, (...) aunque en el segundo aparezcan más elementos o circunstancias que rodean a ese comportamiento esencial (...). Debe tratarse del mismo hecho (...) sin importar si en el primer procedimiento seagotó la investigación posible de ese hecho. Por otra parte, este extremo no guarda relación alguna con la eventual persecución de comportamientos históricos diversos, pero pasibles de subsunción en el mismo tipo penal. (...) el objeto es idéntico cuando se refiere al mismo comportamiento atribuido a la misma persona. Se trata de impedir que la imputación concreta, como atribución de un comportamiento determinado históricamente se repita, cualquiera que sea el significado jurídico que se le ha otorgado , en una y otra ocasión (...) se mira el hecho como acontecimiento real que sucede en un lugar y en un momento determinado o período determinado (...) los comportamientos atribuidos en la presente causa son los relativos a la apropiación de los menores concretos que individualiza, comportamientos históricos (...) que no fueron imputados anteriormente". Se añade que elcomportamiento genérico no se juzga, porque cada proceso serefiere a un solo acontecimiento de su vida, a un hecho determinado. Que una imputación respetuosa de las garantías del procesado no puede consistir en una abstracción sino que debe tratarse de una afirmación clara, precisa y circunstanciada, de un hecho concreto y singular en la vida de una persona. Con relación al Derecho de Defensa: no hay juicio sin acusación, es un corolario del principio de la inviolabilidad de la defensa. Que es imprescindible, para tener algo de qué defenderse una hipótesis fáctica contra una persona determinada con significado en el mundo jurídico. Que en la Causa 13/1984, esos hechos fueron descriptos en ocasión de tomarse la indagatoria a los imputados, consignándose la fecha de ocurrencia del hecho, lugar donde se consumó, resultado principal y a veces, otros secundarios, el sitio donde fue conducida la víctima y aquellos donde fue trasladada, así como la fecha de liberación en caso de haber tenido lugar.

Añade el Dr. Fayt que Plan sistemático no es lo mismo que hechos imputados: Hecho imputado es la sustracción de cada uno de los menores. Plan sistemático es un concepto y sustracción es otro concepto. El análisis del *non bis in idem* debe hacerse sobre la sustracción de cada uno de los menores y no sobre el plan. Si la Cámara sostuvo en la Causa 13/1984 que debía absolverse por la "totalidad de los delitos por los que fueron indagados y que integraron el objeto del Dec. 158/1983, y acerca de los cuales el fiscal no acusó, tal afir-

mación no puede sino interpretarse armónicamente a la luz de la totalidad de los argumentos (...) únicamente fueron materia de juzgamiento los acontecimientos por los que los imputados fueron indagados y esto constituye el objeto del proceso, del mismo modo son aquellos respecto de los cuales tenía algún sentido asignar consecuencias al silencio del Fiscal, la acusación solo puede referirse a los delitos comprendidos en el sumario, etapa que no se inicia con el Dec. 158/1983. Que esta afirmación no se contradice con lo dicho por la Corte (Fallos 310:2746) acerca de que los ex comandantes fueron absueltos de todos los delitos que integraron el objeto del Dec. 158/1983, acerca de los cuales no hubo condena ni acusación, ya que tal afirmación solo pudo referirse a los hechos que imputados y por tanto incluidos en el sumario que no hubieran sido materia de acusación.

Añadió en el mismo fallo, el Dr. Petracci, en cuanto a la interpretación de lo que se considera cosa juzgada (Fallos 310:1011 y 2746), añade que, a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de DDHH en caso "Barrios Altos", han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas como las que se atribuyen a Videla. Corresponde rechazar interpretaciones extensivas del alcance de la cosa juzgada que impida persecución por hechos que constituye violaciones graves a los DDHH. El Dr. Boggiano expresó en su voto "(...) que en la sentencia de la Causa 13/1984 se estableció una política judicial por encima de la verdad, creadora de la verdad, empero, esta verdad no es producida por la política. Una política es considerada justa si se ajusta a escalas de valores y si sujeta la sentencia judicial a los principios constitucionales de congruencia, veracidad material y formal, juzgando sobre hechos y no sobre hipótesis. Esta hipótesis pretende sujetar el principio de una suerte de cosa juzgada omnicomprensiva en virtud de cierta política productora de una verdad jurídica simbólica (...)".

En consecuencia, y conforme señala finalmente el Dr. Maqueda, la Corte Suprema de Justicia de la Nación postula el rechazo de una interpretación extensiva del alcance de la cosa juzgada que impida la investigación, persecución penal y eventual sanción de los responsables por hechos que configuran graves violaciones a los DDHH, al tiempo que fija la necesidad de vincular el objeto procesal a hechos determinados, concretos imputados a un sujeto, respecto de los cuales pueda ejercer su derecho de defensa, todo ello, constituyendo principios generales a respetar para la determinación de la vulneración del principio "*ne bis in idem*", en un análisis general que obviamente excede la particular circunstancia de que en la causa llamada de la "apropiación de los

bebés", estos hechos estuvieron expresamente excluidos por la sentencia de la Causa 13/1984.

Ahora bien, fijados previamente estos conceptos, un examen cuidadoso de las constancias de la presente causa, permiten inferir que le asiste razón a la Defensa técnica del acusado Videla, con relación a la existencia de cosa juzgada en cuanto al hecho de homicidio de Eduardo Bártoli atribuido a Videla (uno de los tres hechos de homicidio calificado, integrantes del nominado Hecho II de la Causa "Videla"). En efecto, el homicidio de Eduardo Bártoli está incluido en el escrito acusatorio preliminar de Strassera (f., cuerpo 14 de la Causa 13/1984) y forma parte del Anexo VI, que junto con los Anexos I, VIII, IX y X, constituyen la nómina de casos expresamente imputados a Videla en su ampliación de indagatoria de f. El escrito del Dr. Strassera describe el hecho de la siguiente forma: "(...) BARTOLI, Eduardo Daniel: Privado de su libertad el 27.03.1976 en el domicilio de su madre, Antártida Argentina n. 7, Córdoba. La casa fue saqueada. Detenido en la Unidad Penitenciaria de San Martín (Córdoba) y en la División Informaciones de la Policía. Habría sido fusilado al intentar escapar. El 02.05.1976 se entregó el cadáver a su familia el que no pudo ser identificado".

Por otra parte, el caso 541: Bártoli, Eduardo D., está incluido en la sentencia dictada con relación a la Causa 13/1984 y constituyó objeto del proceso de la misma, siendo objeto de absolución, por pedido del propio Fiscal Strassera, conforme se desprende de los términos de la sentencia (Cfme. t. II de la sentencia de la C. S. J. N., p. 1295). En igual sentido, en el Acta de Debate (Cuerpo 20, hoja 318,versión digitalizada de la Causa 13, Sistema Greenstone) se deja constancia de que el Fiscal Strassera pidió la absolución por el caso 541 de Eduardo Bártoli, locual permite corroborar lo aquí analizado y afirmado por la Dra. Bazán, por todo lo cual, en relación a este hecho de homicidio calificado que tuvo como víctima a Eduardo Bártoli, corresponde hacer lugar a la excepción de cosa juzgada interpuesta con respecto al acusado Jorge Rafael Videla y en consecuencia absolverlo en orden a este hecho.

Distinto es el criterio a adoptar con relación a los restantes hechos atribuidos al acusado Videla, con respecto a los cuales corresponde rechazar la excepción de cosa juzgada interpuesta. Conforme ya fuera señalado en párrafos precedentes, la fijación del objeto procesal vinculado a un hecho o acontecimiento real, histórico atribuido como acción concreta a un acusado, resulta decisivo para determinar la existencia de la identidad de objeto requerida como uno de los elementos constituyentes de la doble persecución penal. Ahora bien, en este orden de ideas, el estudio de la Causa 13/1984 y de la Causa "Videla" permiten afirmar que los hechos motivo de la causa aquí sometida a

examen –con la ya señalada excepción del caso de homicidio de Bártoli– no constituyeron objeto de investigación, ni de juicio en la referida causa. En efecto, de la Causa 13/1984 se desprende que el Fiscal Strassera seleccionó 700 casos que constituyeron el objeto de investigación, recolección de prueba, acusación y juzgamiento. Esto está específicamente circunscripto y aclarado por la Sentencia (Considerando III, punto "a"), donde se menciona: "Introduccion al tratamientode los casos y consideraciones sobre la prueba (...) (a) los límites de la sentencia (...) Está claro que el pronunciamiento deeste Tribunal va a versar sobre los 700 casos que escogierala Fiscalía para formular acusación: ésta y las correspondientes defensas señalan los límites de conocimiento en el juzgamiento, constituyendo lo que la doctrina procesaldenomina el '*thema decidendum*' de la sentencia. No implicaello, en modo alguno –cosa oportunamente aclarada por el Fiscal, que los hechos ilícitos perpetrados con motivo de larepresión llevada a cabo por las FFAA para combatir elterrorismo se han visto limitadas a tan menguada cantidad. Por el contrario, hay prueba bastante en el proceso, como ya quedara reflejado, que las víctimas ascendieron a variosmiles de personas, parte de las cuales desapareció (...). Queda claro, pues, que los casos particulares que serán materia detratamiento en este capítulo no agotan en modo alguno lacantidad de injustos cometidos, aunque sí posibilitan reducira términos razonablemente asequibles la labor de juzgamientoque, de otro modo, se vería virtualmente imposibilitada enatención a la magnitud de los acontecimientos y, lo que espeor, peligrosamente demorada en franca mengua de la garantíade derecho de defensa, una de cuyas manifestaciones es la obtención de un pronunciamiento (...)".

Ahora bien, también añade la sentencia una consecuencia inusitada a tal selección y así menciona "(...) Talacotamiento de los objetos del proceso efectuado por el Fiscal ha de tener como consecuencia, en modo congruente conlas argumentaciones que se vienen de dar, que no pueda renovarse la persecución penal en contra de los nueve enjuiciados por los hechos susceptibles de serles atribuido sen su calidad de comandantes en jefe de sus respectivas fuerzas e involucrados en el Dec. 158/1983. En efecto, todos han sido indagados por la totalidad de los sucesos; ante ello el Fiscal tenía dos únicas alternativas posibles: acusar opedir la absolución (art. 361 C.J.M.) cosa que hizo en numerosos casos. La limitación que explicitó en modo elocuente y la falta de una solicitud expresa en el sentido de que se adoptara el temperamento previsto por el art. 362 del Código de Justicia Militar, importa un tácito pedido de absolución respecto de todos aquellos hechos delictuosos queno incluyera en su requisitoria que la ley le acuerda (art. 361 inc. 6.° del C.J.M.) con fuerza vinculante para el Tribunal. Bien entendido, que lo expuesto nada tiene que vercon la posibilidad

de que puedan ser objeto de persecución por hechos cometidos con motivo o en ocasión de su desempeño en cargos de responsabilidad militar distintos al decomandante en Jefe de la fuerza. Se trata de una lógica consecuencia de la limitación funcional consagrada por el Dec. 158/1983 presupuesto de incoación de este proceso (...)".

Más allá de las circunstancias históricas que rodearon el llamado "juicio de los Comandantes" y de las limitaciones de diverso orden que impidieron el juzgamiento de todos los hechos, el criterio de cosa juzgada que fija la sentencia de la Causa 13/1984 no es compartido por los suscriptos. Ello así, por cuanto como bien lo señala la C. S. J. N. (Fallo 326:2805), se está adoptando un concepto de cosa juzgada omnicomprensiva y abarcativa de hechos no atribuidos en concreto al acusado Videla en dicho proceso y causa, por lo que es criterio de los suscriptos, que la cosa juzgada sólo puede y debe limitarse a los 700 casos que constituyeron objeto de acusación e imputados a Videla en su ampliación de declaración indagatoria de f., ante la Cámara Federal, con fecha 21.02.1985, oportunidad procesal en donde se precisaron los hechos e individualizaron los mismos con sus anexos probatorios.

Pero, a mayor abundamiento, las constancias de la presente causa, permiten corroborar la afirmación de que los hechos investigados en la misma no constituyeron objeto de la Causa 13/1984. En efecto, en orden cronológico, con fecha 24.04.1985, el Dr. Arslanian (Presidente de la Cámara Federal (...) tribunal de juicio de la Causa 13/1984) se dirige a la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba en la Causa 13 y solicita la remisión de toda la causa "Fermín Rivera" paraintegrar cuaderno de prueba del Fiscal en Caso 533). Cabe aclarar que el caso 533 de la Causa 13, se describe sintéticamente de la siguiente forma en la sentencia (t. II, p. 490) "Puerta, Guillermo Rolando: quien fue privado de su libertad el 30.10.1976, por personal de Ejército, secuestrado por miembros de la Brigada de Infantería n. 4 y llevado a la Perla (cfme. testimonio de amigo del mismo de apellido Porta). En este campo se ha acreditado que actuaban fuerzas del comando del III Cuerpo de Ejército. Luego se lo mantuvo en el campo de La Rivera, lo cual surgede testimonio de Acosta y de la ficha para condenados de la U. Penitenciaria n. 1 de Córdoba. Luego detenido en U. P. n. 1 Federal desde 09.11.1976, lo que surge de sulegajo del Servicio Penitenciario de Córdoba, donde constaque se encuentra a disposición del Ejército. Se cita nota de Sasiain en este sentido. Luego a disposición del PEN (a partir julio de 1977, y luego liberado. No está probado que fuera torturado en su cautiverio".

Es decir, se deduce con claridad que se solicita la remisión de la causa, al sólo efecto de que integrara el cuerpo de prueba de un hecho investigado, consistente en el secuestro de Guillermo Puerta –testigo que depuso en el presente

juicio–, pero no existe mención alguna de que las víctimas ni los hechos de la causa constituyeran objeto de la investigación de la Causa 13/1984, con la sola excepción de Bártoli, conforme ya fuera analizado. Prosiguiendo con la cronología de las constancias de la causa, frente a la solicitud del Dr. Arslanian, con fecha 14.05.1985, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, contestó por oficio a la Cámara Federal de Buenos Aires, que no podía elevar la causa de 5 cuerpos "Rivera Fermín" por correr plazos de recurso extraordinario de partes, en la causa (f.) y la causa no se remitió a dicha Cámara. Con posterioridad, con fecha 12.06.1985, el Dr. Arslanian en la Causa 13, reiteró la solicitud de remisión de toda la causa y con igual fecha, requirió fotocopia autenticada de toda la causa "Fermín Rivera". Nuevamente la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba omitió la remisión de la misma. Finalmente, con fecha 03.07.1985, la Cámara Federal de Córdoba remitió actuaciones "Fermín Rivera" en 5 cuerpos y dos incidentes al Juzgado Federal n. 1 a cargo del Dr. Rodríguez Villafañe (fs. 969). Con fecha 04.07.1985, el Juzgado Federal n. 1, remitió todo al Juzgado Federal n. 3 a cargo del Dr. Uboldi (f.). Con fecha 05.07.1985, la Cámara Federal de Córdoba le ordenó al Juzgado Federal n. 3 que diera cumplimiento a la solicitud de la causa formulada en su oportunidad por la Cámara Federal de Buenos Aires (f.), por lo que finalmente con fecha 05.07.1985, el Juzgado Federal n. 3 remitió la causa en su integridad a la Cámara Federal porteña conforme al pedido inicial formulado por ésta en el sentido de que la causa integrara el cuaderno de prueba del caso "Puerta" (f. vta.).

Repárese en que, además de lo señalado –con relación al limitado alcance de la finalidad para lo cual se requería la remisión de la causa (prueba del caso 533 "Puerta")–, a la fecha en que las presentes actuaciones fueron efectivamente remitidas a la Cámara Federal de Buenos Aires (05.07.1985), Videla ya había sido imputado seis meses antes (21.02.1985) por los 700 hechos que constituyeron el objeto de la acusación y le habían sido exhibidos, incluso los anexos probatorios correspondientes, lo cual resulta un elemento más de juicio que permite deducir que los hechos de la presente causa nunca constituyeron objeto de la Causa 13/1984.

Con fecha 27.05.1986, la Cámara Federal porteña hizo devolución a esta jurisdicción de todas actuaciones (5 cuerpos y 6 agregados).

Conforme a todo lo señalado, se deduce que los hechos objeto de examen en el presente juicio, nunca fueron imputados al acusado Videla ni constituyeron objeto de investigación, acusación o sentencia en la referida Causa 13/1984.

Con relación al argumento esgrimido por la Dra.Bazán, en cuanto afirma que los hechos atribuidos a Videla constituyen delito continuado y que todos

los hechos homogéneos entre sí constituyen parte del plan sistemático ya probado y juzgado, sin el cual no es posible pensar los hechos del presente proceso en forma independiente, estimamos que debe desecharse.

En efecto, el llamado "Plan Sistemático", cuya existencia se ha dado por acreditada en la sentencia firme de la Causa 13/1984, como así también, por las sentencias dictadas por este Tribunal en las llamadas causas "Brandalisis" y "Albareda", constituyen un diseño y estrategia criminal pergeñados por el acusado Videla –entre otros– para, desde las estructuras estatales, llevar a cabo el exterminio de opositores políticos, pero dicho plan está constituido por una serie de ilícitos penales independientes entre sí, con diferentes circunstancias de tiempo, lugar, modo, cometidos contra diferentes y determinadas víctimas. Por ello, como señala la C. S. J. N., en el fallo reseñado en párrafos precedentes, debe diferenciarse el plan, de los hechos. En este sentido en forma concordante, menciona el Dr. Fayt en el fallo reseñado que la investigación de la existencia de un plan sistemático y de órdenes impartidas en virtud de ese plan, sólo fue y es un medio para determinar si se configura el supuesto específico de la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder, lo que debe verificarse en cada uno de los hechos investigados, es decir verificarse esta forma de participación del acusado Videla en cada uno de los ilícitos, pero ello no puede llevar a confundir plan sistemático con hechos delictivos verificados.

En la presente causa se juzgan hechos reprimidos por el Código Penal, todos los cuales se enmarcan dentro de un diseño criminal con particulares características que se ha dado en denominar "plan sistemático", según referimos, pero sin dificultad alguna, es posible individualizar cada uno de los hechos y los acusados, dentro del plan aludido, como lo muestran las causas ya sometidas a juicio y aquellas que aún están bajo investigación.

Por otra parte, cabe señalar que el concepto que la dogmática penal denomina "delito continuado", requiere para su configuración la realización por parte de un sujeto, de varios hechos dependientes entre sí, pero sometidos a una sola sanción legal, puesto que el autor comete con cada uno de ellos el mismo delito (Cfme. NUÑEZ, Ricardo. *Manual de derecho penal. Parte General*, reedición, Córdoba: Lerner, abr. 1987, p. 321 y ss.). Se diferencia del concurso real en cuanto en este último caso, la imputación delictiva es plural fáctica y legalmente, en tanto en el delito continuado, si bien los hechos son fácticamente plurales, legalmente son considerados una sola imputación. Requiere homogeneidad material, es decir, similitud en la forma de ejecución y unidad de culpabilidad (Cfme. NUÑEZ, ob. cit.), ésta última determinada por una misma resolución originaria de delinquir, todo lo cual podría darse por ejemplo en una misma trama delictiva. Conforme hemos analizado, la existencia de delito

continuado debe descartarse por completo para los hechos motivo de la presente causa. Ello así, por cuanto como hemos referido, cada uno de los hechos son independientes entre sí; en cada caso, ha habido una decisión y ejecución diferenciable en el particular, lo cual determina la existencia de concurso real entre los hechos, conforme analizaremos más adelante; ello sin perjuicio de un diseño y contexto criminal denominado "plan sistemático". Por otra parte, el argumento de mayor peso para descartar la existencia de delito continuado reside en la naturaleza de los bienes jurídicos afectados. En efecto, el delito continuado no se admite cuando la naturaleza jurídica de los bienes es la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad, el honor, la integridad sexual etc., por tratarse de bienes de naturaleza personalísima, incompatibles por entero con la continuidad delictiva, en caso de pluralidad de ofendidos (Cfme. LASCANO, Carlos. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Córdoba: Advocatus, 2000, t. II, p. 302). Ello resulta razonable y lógico, pues repárese en que el argumento esgrimido por la Defensa, llevado al absurdo, plantearía la posibilidad de que la imputación de los homicidios y tormentos de un *numerus clausus* de víctimas, fueran utilizados para eximir de posterior responsabilidad penal al acusado Videla por todos los hechos sufridos por otras víctimas, merced a una construcción teórica, lo cual resulta no sólo inaceptable desde la perspectiva dogmático-jurídica sino reñido con los más elementales principios de proporcionalidad y justicia material.

Por los argumentos antes expuestos, consideramos que debe rechazarse parcialmente la excepción de cosa juzgada deducida a favor del acusado Jorge Rafael Videla. Así votamos.

(...)

A la décimo segunda cuestion planteada, los señores jueces de Cámara, Dres. Jaime Díaz Gavier, Carlos Julio Lascano, y José María Pérez Villalobo, dijeron:

(...)

Así, habiéndose realizado un estudio de los hechos que comportan delitos de lesa humanidad y del conjunto con toda la prueba incorporada en autos, se advierte que se han configurado en el caso bajo análisis distintos hechos de tamaña gravedad, que atento su naturaleza, modalidad de comisión y por la calidad de sus supuestos autores y víctimas, deben ser considerados atentatorios de la humanidad en su conjunto, crímenes mencionados primeramente por el art. 6.° del Estatuto Internacional del Tribunal Internacional de Nüremberg y hoy tipificados para el futuro en el citado Estatuto de Roma –arts. 5.° y 7.°–.

Es decir que no se ha tratado de casos excepcionales, aislados, sino que han sido el resultado de un plan sistemático, que por su gravedad constituyen parte

del conjunto de conductas que son consideradas criminales por la Comunidad Internacional, por ser justamente lesivas de normasy valores fundamentales en orden a la humanidad. Estos actos, resultan disvaliosos desde el punto de vista del derecho positivo –en este caso penal–, lo que es argumento suficiente a los fines de calificarlos como delitos de lesa humanidad, como lo son el genocidio, la esclavitud, los tormentos, las muertes, las deportaciones, los actos inhumanos, las penas crueles entre otros (art. 6.°, inc. "c" del Estatuto del Tribunal de Nüremberg; Declaración de la Asamblea General dela ONU Resolución 95, Resolución 170 y Resolución 177 yespecialmente "Los principios de Nüremberg" formulados por La Comisión de Derecho Internacional del año 1950).

Al respecto, el primer parágrafo del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos –del 10.12.1948, suscripto entonces por nuestro país– ha postulado el reconocimiento de los derechos humanos, esto es lo que hace a la dignidad y derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, disponiendo en su art. 1.° que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Las cláusulas concernientes a la protección de los derechos humanos insertas en la Declaración se sustentan, además, en la Carta de las Naciones Unidas que en su art. 55, inc. c, que dispone el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, mientras que su art. 56 prescribe que todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el art. 55. Tales disposiciones imponen la responsabilidad, bajo las condiciones de la Carta, para cualquier infracción sustancial de sus disposiciones, especialmente cuando se encuentran involucrados un modelo de actividad o una clase especial de personas.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene límites dados por los derechos humanos que son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado (Velásquez Rodríguez, 29.07.1988, párrafo 165). La Comisión Interamericana puntualizó en este sentido que "la protección de los derechos humanos, en especial de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no

puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (...)" (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva del 09.05.1986).

Ahora bien, cabe consignar que el sistema de protección de estos derechos humanos se apoya en principios que se encuentran en los orígenes del derecho internacional y que de algún modo lo trascienden, pues no se limitan al mero ordenamiento de las relaciones de las naciones entre sí, sino que también se ocupa de valores esenciales inherentes a la dignidad de la persona humana que todo ordenamiento nacional debe proteger independientemente de su tipificación positiva, esto es el derecho de gentes configurativo de un sistema de moralidad básica universal. Al respecto es de hacer notar que la Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía del derecho de gentes y su aplicación por los tribunales respecto a los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar la responsabilidad individual para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción, considerándolo preexistente y necesario para el desarrollo de la función judicial.

Así, incluso antes de la jurisprudencia internacional en la materia, los delitos contra el derecho de gentes se hallaban reconocidos por el derecho internacional consuetudinario y concurrentemente por el texto de nuestra Constitución Nacional. La gravedad de tales delitos puede dar fundamento a la jurisdicción universal, como se desprende del art. 118 de la Constitución Nacional que contempla los delitos contra el derecho de gentes cometidos fuera de la Nación y ordena al Congreso determinar por ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio. Esto da por supuesto que tales delitos pueden ser juzgados en la República como así también en otros Estados extranjeros, además, permite entender que esos delitos contra el derecho internacional, contra la humanidad y el derecho de gentes, por su gravedad, lesionan el orden internacional, de modo que no puede verse en el mentado art. 118 sólo una norma de jurisdicción sino sustancialmente de reconocimiento de la gravedad material de aquellos delitos.

A su vez, en cuanto al análisis jurisprudencial de la materia, repárese que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido en diversas ocasiones, que este derecho no queda limitado a las normas locales, sino que se encuentra interrelacionado con el sistema de convivencia general de las naciones entre sí, que supone la protección de derechos humanos básicos contra delitos que agravian a todo el género humano, conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas, reconociendo la existencia de este conjunto de valores superiores a las que debían subordinarse las naciones por el

solo hecho de su incorporación a la comunidad internacional (Fallos: 2:46; 19:108; 107:395; 38:198; 240:93; 244:255; 281:69; 284:28; 316:965; 324:2885 entre otros).

De esta manera, este derecho de gentes fue siendo precisado progresivamente en cuanto a los delitos por él protegido, a través de su reconocimiento por los distintos tribunales nacionales, por el derecho consuetudinario, porlas opiniones de los juristas y por el conjunto de lostratados internacionales.

Todo ello permite suponer que, al momento en que se produjeron los hechos juzgados, ya existía un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio, independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula, esto es el *ius cogens* – que importa la noción del derecho de gentes en un grado de mayor precisión a través de las receptaciones aludidas en el párrafo anterior que constituye la mayor fuente internacional de prohibición de crímenes contra la humanidad, impuesta a los Estados e insuceptible de ser derogada por tratados en contrario, operando independientemente del asentimiento de las autoridades de los Estados.

Dada tal situación, cuestiones jurídicas como la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes, debe ser efectuada en atención al deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a la comunidad internacional que condena tales conductas.

Dicho *deber de punición del Estado*, proviene de los principios receptados por la comunidad internacional para la protección de los derechos humanos, siendo éstos a su vez las pautas básicas que impulsaron a los constituyentes de 1994 a incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma, en su art. 75, inc. 22. Así, el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 2.2.y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponen que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces competentes, para el amparo de sus derechos fundamentales.

De esta forma, los dos aspectos que constituyen el sistema de protección de los derechos humanos, se circunscriben, por un lado, a la incorporación del derecho de gentes al art. 118 de la Constitución Nacional, profundizado mediante la Convención Constituyente de 1994; y, por otro lado, al acceso a la justicia mediante un sistema de recursos en el orden nacional y con la conformación de un tribunal internacional a través de los pactos antes citados.

De esta manera, y en función de lo hasta aquí expuesto, resulta imperativo señalar expresamente que si la reforma constitucional de 1994 reconoció la

importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones, otorgando jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que ya se encontraban vigentes al momento de la sanción de las Leyes de impunidad 23.492 y 23.521, sus normas son claras en cuanto a la voluntad del constituyente de aceptar la responsabilidad de los Estados en la prosecución de acciones penales contra crímenes de lesa humanidad, como principio ya existente en ese momento. Correlativamente, la negativa a la prosecución de tales acciones penales, importa desconocer esos principios y salir del marco normativo en el que se han insertado las naciones civilizadas, especialmente desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas. La incorporación de estos derechos al derecho positivo universal desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las subsecuentes convenciones de protección de diversos derechos humanos, han supuesto el reconocimiento de este carácter esencial de protección de la dignidad humana.

Así las cosas, puede advertirse que *al momento de la sanción de las mencionadas leyes, existía un doble orden de prohibiciones* de alto contenido institucional que rechazaba toda idea de impunidad respecto de los Estados Nacionales. Por un lado, *un sistema internacional imperativo que era reconocido por todas las naciones civilizadas* y, por otra parte, un sistema internacional de protección de los derechos humanos constituido, en el caso, por la *Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada el 01.03.1984 por Ley 23.054 poco tiempo antes de la sanción de las leyes cuestionadas) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Esas dos fuentes consideraban inequívocamente que el delito de desaparición forzada de personas cometido por funcionarios de un Estado quedaba incluido en la categoría de los delitos de lesa humanidad y que las convenciones vigentes al momento de la sanción de las leyes impugnadas, impedían que el Estado argentino dispusiera medidas que impidieran la persecución penal tendiente a averiguar la existencia del delito, la tipificación de la conducta examinada y, eventualmente, el castigo de los responsables de los crímenes aberrantes ocurridos durante el período citado, descontándose además que la no punición, que supone la violación del derecho de las víctimas o de los damnificados indirectos a lograr la efectiva persecución penal de los delitos de lesa humanidad, representa la victoria de los regímenes autoritarios sobre las sociedades democráticas y consagra la protección de los criminales de lesa humanidad, dando una sensación de impunidad y licencia eventual a futuros criminales de este tipo.

Al respecto, *el máximo Tribunal de nuestro país*, sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto es pauta de interpretación insoslayable para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (casos *Ekmekdjian*, Fallos: 315:1492, considerando 15 del voto del juez Maqueda en la Causa *Videla, Jorge Rafael*, y considerando 15 del voto del juez Maqueda en la Causa *Hagelin, Ragnar Erland* –Fallos: 326:2805 y 3268, respectivamente–).

Por ello corresponde examinar el modo en que la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* ha precisado las obligaciones de los Estados en relación a los deberes de investigación y de punición de delitos aberrantes, entre los que se encuentran indudablemente los delitos aludidos en el art. 10 de la Ley 23.049. En este sentido, el mencionado tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que el art. 25 en relación con el art. 1.1. de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y obtener una reparación del daño sufrido, imponiendo las siguientes obligaciones:

a) El principio general que recae sobre los Estados de esclarecer los hechos y responsabilidades correspondientes que debe entenderse concretamente como un deber estatal que asegure recursos eficaces a tal efecto (Barrios Altos, Serie C n. 451, del 14.03.2001, considerando 48, y Velásquez Rodríguez, 29.07.1988, considerandos 50 a 81);

b) Deber de los Estados de garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial (Loayza Tamayo, Serie C n. 33, del 17.09.1997, y Castillo Páez, del 27.11.1988);

c) La obligación de identificar y sancionar a los autores intelectuales de las violaciones a los derechos humanos (Blake, del 22.11.1999);

d) La adopción de las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación incluida en el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Loayza Tamayo, Serie C n. 42, del 27.11.1998, Blake, Suárez Rosero, Serie C n. 35, del 12.11.1997, Durand y Ugarte, Serie C n. 68, del 16.08.2000);

e) La imposición de los deberes de investigación y sanción a los responsables de serias violaciones a los derechos humanos no se encuentra sujeta a

excepciones (Suárez Rosero; Villagrán Morales, Serie C n. 63, del 19.11.1999, Velázquez);

f) La obligación de los miembros de atender a los derechos de las víctimas y de sus familiares para que los delitos de desaparición y muerte sean debidamente investigados y castigados por las autoridades (Blake, Suárez Rosero, Durand y Ugarte, Paniagua Morales, del 08.03.1998, Barrios Altos). Sosteniendo el tribunal internacional que, de esta manera, los nacionales tienen el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y procesara los responsables y evitar la impunidad, definida por la Corte como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana" y ha señalado que "el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares" (casos Castillo Páez, Serie C n. 43 y Loayza Tamayo, Serie C n. 42, ambos del 27.11.1998).

En este estado de la exposición, previo a determinar la compatibiliad constitucional de las Leyes de impunidad 23.492 y 23.521 a la luz de las normas internaciones y jurisprudencia nacional e internacional que venimos invocando, y en relación a la validez de la *Ley 25.779*, por la que se declara la nulidad de las leyes de referencia, ya derogadas por la Ley 24.952, conformando la controversia a decidir una cuestión de puro derecho que en su naturaleza resulta idéntica a la ya resuelta por el Alto Tribunal del país, en el fallo *Simon, Julio y otros s/privación ilegítima de la libertad etc." –Causa 17.768*, y en atención al deber de acatamiento moral que surgen de sus pronunciamientos y, ante la falta de nuevos argumentos que conmuevan sustancialmente las bases sentadas en este pronunciamiento, lo sentado se confirma en un sólido fundamento judicial, por lo que corresponde remitirse en este particular punto, a sus fundamentos que hacemos nuestros.

Repárese, que el Alto Tribunal de la Nación en este sentido ha dispuesto expresamente que: "No obstante que las sentencias de la Corte Suprema sólo deciden los procesos concretos que le son sometidos y ellas no resultan obligatorias para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a esa jurisprudencia y, por ello, carecen de fundamentos los pronunciamientos de los tribunales que se apartan de los precedentes del Tribunal sin proporcionar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición allí adoptada" (Fallos: 324:3764, entre otros), lo que no ha ocurrido en autos, atento los argumentos esgrimidos por los abogados defensores. Por otra parte, reafirmamos el rol institucional que posee el Alto Tribunal como cabeza del

Poder Judicial, último intérprete de la Constitución Nacional, doctrinaria y jurisprudencialmente, se encuentra ampliamente reconocido que sus decisiones, si bien son obligatorias por su efecto jurídico sólo en los casos en que se dicten (Fallos: 16:364), como regla tienen una indudable fuerza moral, incidiendo su acatamiento en pro de la economía del proceso y en su caso, evitando el escándalo jurídico.

En razón de todo lo expuesto corresponde no hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad de la Ley 25.779 que declara nulas las Leyes de impunidad 23.492 y 23.521.

Ahora bien, sentada esta cuestión, corresponde señalar que en lo que respecta a las *leyes de punto final y obediencia debida*, éstas son incompatibles con diferentes cláusulas de nuestra *Constitución Nacional* (arts. 16, 18, 116), pero que la invalidez de las mismas también proviene de su incompatibilidad con diversos *tratados internacionales* de derechos humanos suscriptos por el Estado argentino, en tanto al momento de sancionarse las Leyes 23.492 y 23.521, el orden jurídico argentino otorgaba primacía a los tratados por sobre las leyes del Congreso (art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscripta el 27.01.1980).

Recuérdese aquí que la preeminencia del derecho internacional de los Derechos Humanos por sobre el derecho interno de los países cobra vigencia legal con la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, la cual es ratificada por la República Argentina el 05.12.1972, por Ley 19.865 (B.O. 11.01.1972), en cuyo art. 53 establece que: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

En este punto resulta de trascendental relevancia recordar que en el fallo "Arancibia Clavel", la Corte Suprema de Justicia de la Nación, trata específicamente la cuestión de si la acción penal se encuentra prescripta, a partir del punto 18) de tal resolutorio, señalando que en lo que hace al derecho interno de nuestro país, el rechazo de la retroactividad de las disposiciones penales, incluyendo las relativas a la prescripción de la acción penal, ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte, expresamente en el caso "Mirás" (Fallos: 287:76).

Pero nuestro Alto Tribunal establece en el punto 21) que "(...) la excepción a esta regla está configurada por aquellos actos que constituyen crímenes

contra la humanidad, ya que se trata de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no solo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma (...)".

En el punto 26) del fallo "Arancibia Clavel", sostiene nuestra Corte Suprema: "Que el Preámbulo de la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", señala que una de las razones del establecimiento de la regla de la imprescriptibilidad fue "la grave preocupación en la opinión pública mundial" suscitado por la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad, de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de delitos ordinarios, "pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes (...)" y agrega finalmente en este punto que si bien algunas formulaciones "(...) no resultan categóricas con respecto a la retroactividad de la Convención indican la necesidad de un examen de la cuestión de la prescripción diferenciada, según se trate o no de un delito de lesa humanidad".

En este punto, nos permitimos hacer un aporte interpretativo de nuestras propias normas vigentes, relativas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que a nuestro criterio no solo refuerzan los principios sentados en los importantísimos fallos de las causas "Simón" y "Arancibia Clavel", sino que dan fundamento legal a la afirmación que ahora formulamos en el sentido que la citada Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26.11.1968, ya se encontraba vigente y era de obligatoria aplicación en nuestro país a la fecha de la comisión de los hechos que juzgamos y ciertamente antes aún que la sanción de la Ley 24.584 (B.O. del 29.11.1995). Recordemos desde ya que el art. I de la Convención dice: "Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido: (...). (b) los crímenes de lesa humanidad (...) aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos".

Decimos que la Convención citada estaba vigente a la fecha de los hechos, fundándonos en el texto del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por Ley 19.865 (B.O. 11.01.1973), que establece la nulidad de "(...) todo tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (...)", que son las del denominado *ius cogens*, agregando que "(...) una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario (...)". Siendo ello así obligatorio para la República desde el 11.01.1973 por Ley

19.865, nos lleva a la necesaria conclusión de que si la Argentina no podía celebrar tratados internacionales que, por ejemplo, violaran el *ius cogens* contenido en el principio de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad consagrados en aquella Convención, mal podría uno de los Poderes del Estado Nacional, el Judicial, dictar una sentencia que aceptara y consagrara que tales delitos se encuentran prescriptos, como pretenden las defensas, pues ello significaría una clara y flagrante violación a esa norma imperativa del Derecho Internacional delos Derechos Humanos. En síntesis, no aceptar la imprescriptibilidad del los delitos de lesa humanidad, importaría desconocer el sentido y alcance del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969, que establece el carácter imperativo de una norma del Derecho Internacional General (*ius cogens*), suscripto por el Estado Nacional y aprobado por Ley 19.865 (B.O. 11.01.1973), es decir anterior a la fecha de comisión de los hechos que juzgamos.

Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que: "toda persona tiene derecho a que se respete su vida (...)" y que "Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente" (art. 4), como así también tiene derecho a no "ser sometido a torturas" (art. 5.°) y a que estos derechos sean "(...) protegidos por la ley (...)", habiéndose comprometido el Estado a "Adoptar (...) las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" (art. 2.°). En similar sentido se obligó el Estado a garantizar la protección de estos derechos al suscribir el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también vigente en el derecho interno al tiempo de la sanción de estas leyes; como así también la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, de donde surge además la imposibilidad de que pueda "invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura" (art. 2.3), debiendo destacarse que el principio de buena fe obligaba al Estado argentino a obrar conforme a los fines allí establecidos.

De esta manera, consecuentemente con lo apuntado, la sanción y vigencia de las Leyes 23.492 y 23.521, en tanto impedían llevar adelante las investigaciones necesarias para identificar a los autores y partícipes de graves delitos perpetrados durante el gobierno de facto (1976-1983) y aplicarles las sanciones penales correspondientes, resultaban claramente violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.

En tal sentido, resultan insoslayables las opiniones emitidas por los órganos interpretativos de tales tratados de derechos humanos, específicamente en

materia de prescripción, amnistía y obediencia debida, respecto a esta clase de crímenes.

En lo que respecta a la jurisprudencia de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, resulta menester destacar que se trató específicamente el caso del Estado argentino, examinando las leyes de punto final, obediencia debida y los subsiguientes indultos, en el informe n. 28/1992 ("Consuelo Herrera *vs.* Argentina", casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, informe n. 28, del 02.10.1992). Al respecto sostuvo la Corte que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos –secuestros, torturas, desapariciones, ejecuciones sumarias– cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas, hayan sido impedidos por las Leyes 23.492 y 23.521 de punto final y obediencia debida, y por el Dec. 1002/1989, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recomendando al gobierno argentino "la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar".

Adviértase entonces que ya a partir de ese momento había quedado establecido que para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la circunstancia de que las leyes en cuestión hubieran sido dictadas por órganos democráticos fundados en la urgente necesidad de reconciliación nacional y de la consolidación del régimen democrático, en tanto esa fue la alegación del gobierno argentino, era irrelevante a los fines de la determinación de la lesión de los derechos protegidos en las normas invocadas.

Así las cosas, en cuanto al *alcance concreto de la recomendación* de la Comisión en el informe antes citado, es decir si en el caso de Argentina los juicios de la verdad histórica en virtud de la vigencia de las leyes de punto final y obediencia debida eran suficientes, o si había que privarlas de todos sus efectos, señaló que el alcance había quedado esclarecido a partir de la decisión de esa Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos" (CIDH, caso "Chumbipuma Aguirre *vs.* Perú", sentencia del 14.03.2001, Serie C n. 75). En efecto, en dicha sentencia, la Corte Interamericana hizo lugar a una demanda contra el Perú, a raíz de un episodio ocurrido en Lima, en el vecindario de Barrios Altos, con fecha 03.11.1991, en que miembros de inteligencia militar del ejército peruano, que actuaban en un "escuadrón de eliminación" con su propio programa antisubversivo y que habría obrado en represalia contra supuestos integrantes de la agrupación "Sendero Luminoso", procedieron a asesinar a quince per-

sonas en estado de indefensión. Cuando una jueza asumió la investigación y ordenó la citación, la justicia militar dispuso que los militares no declararan, planteándose de este modo un conflicto de competencia ante la Corte peruana que, antes de su resolución, quedó sin efecto cuando el Congreso de ese país al sancionar la Ley de Amnistía 26.479 exoneró de responsabilidad a los militares, policías y civiles que hubieran cometido violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones entre 1980 y 1995. Reiteró este proceder el Congreso cuando tras la declaración de inconstitucionalidad de la amnistía por violar garantías y obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dictada por la jueza, se dictó una nueva Ley 26.492, en la que declaró que la amnistía no era revisable en sede judicial.

Por este accionar, la Corte Interamericana consideró responsable internacionalmente a Perú, no sólo por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal derivada de la masacre, sino también por el dictado de las dos leyes de amnistía señalando expresamente que: "(...) son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos (...) prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos (...)", al tiempo que señaló asimismo que: "(...) La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los arts. 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 (...). 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 arts. 8 y 25 en concordancia con los arts. 1.1 y 2 de la Convención (...)". Consiguientemente, ante la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana no se limitó a declarar esta la incompatibilidad, sino que resolvió que las leyes peruanas carecían de efectos y le impuso al Estado peruano la obligación de hacer a un lado la cosa juzgada, al establecer que: "las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables".

Finalmente, destáquese que el caso "Barrios Altos" no constituye un precedente aislado, sino que señala una línea jurisprudencial constante, señalando la Corte Interamericana en dicho fallo que lo allí resuelto se aplicaba con efecto

general a todos los demás casos en que se hubieran aplicado las leyes de amnistía examinadas en aquella oportunidad, otorgándole a sus conclusiones, más allá de haberse ocupado expresamente del caso peruano, un alcance general.

De más está señalar en realidad, que *la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en "Barrios Altos" al caso argentino resulta imperativa*, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales.

A su vez, la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* en el informe 28/1992, al analizar las leyes de obediencia debida, punto final y del Dec. de Indulto 1002/1989, concluyó que tales instrumentos jurídicos eran incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por su parte, *las Naciones Unidas*, en el informe conocido como "Joinet", señalan que la obediencia debida no puede exonerar a los ejecutores de su responsabilidad penal; a lo sumo puede ser considerada como circunstancia atenuante (Principio 29), que la prescripción no puede ser opuesta a los crímenes contra la humanidad (Principio 24), y 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 (Principio 25) (U. N. E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev. 1).

Lo propio expuso el *Comité de Derechos Humanos*, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando al referirse específicamente al caso argentino sostuvo que las leyes de punto final y de obediencia debida y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del Pacto, pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los arts. 2 y 9 del Pacto (Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 5/04/95, CCPR/C/79/Add. 46; A/50/40).

Posteriormente, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que: "en los casos en que algún funcionario público o agente estatal haya cometido violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados no podrán eximir a los autores de responsabilidad jurídica personal, como ha ocurrido con ciertas amnistías y anteriores inmunidades. Además, ningún cargo oficial justifica que se exima de responsabilidad jurídica a las personas a las que se atribuya la autoría de estas violaciones. También deben eliminarse otros impedimentos al establecimiento de la responsabilidad penal, entre ellos la defensa basada en la obediencia a órdenes superiores o los plazos de prescripción excesivamente

breves, en los casos en que sean aplicables tales prescripciones" (Comité de Derechos Humanos, Observación General n. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el Pacto, aprobada en la sesión celebrada el 29.03.2004).

En sentido coincidente, el *Comité contra la Tortura* declaró que las leyes de punto final y obediencia debida eran incompatibles con las obligaciones del Estado argentino bajo la Convención (casos n. 1/1988, 2/1988 – O.R.H.M. y M.S. c/Argentina); al tiempo que el *Estatuto del Tribunal de Nüremberg* en el art. 8 expresa que: "El hecho que el acusado haya actuado siguiendo órdenes de su gobierno o de un superior no lo libera de su responsabilidad, sin perjuicio de que ello puede ser considerado para mitigar la pena (...)". Repárese que en términos similares está redactado el art. 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, vigente en nuestro país a partir de su aprobación (Ley 25.390) y que rige para hechos cometidos con posterioridad a su creación.

Concluyendo, cabe consignar entonces, sin mayor esfuerzo argumental, que las leyes de punto final y obediencia debida dirigidas a procurar la impunidad de crímenes contra la humanidad, resultaron "ineficaces" al momento de su sanción frente al derecho internacional al que el Estado se encontraba vinculado, por lo que procede considerarlas inconstitucionales conforme a todas las consideraciones expuestas.

En conclusión, en cuanto a la cuestión de la prescripción de los hechos juzgados traída a consideración del Tribunal por planteos concretos de las partes en ese sentido, resulta procedente aseverar que, en función de la jurisprudencia nacional e internacional de derechos humanos, que hemos desarrollado, como así también lo impuesto por distintos convenios internacionales de derechos humanos que obligan al Estado argentino, podemos afirmar terminantemente que los delitos de lesa humanidad como los que aquí se juzgan son *imprescriptibles* y que tal condición era y es anterior a la fecha de los hechos objeto de juzgamiento.

Así, la *Corte Interamericana* afirmó en el caso "Barrios Altos" que "considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (Serie C n. 45).

Ahora bien, atendiendo al aspecto convencional internacional en la materia, es importante hacer notar que a partir de la *Convención sobre la Impres-*

criptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, Resolución 2391 (XXIII) del 26.11.1968 aprobada por la Ley 24.584, la calificación de delitos de lesa humanidad quedó indisolublemente unida con la de imprescriptibilidad de este tipo de crímenes, de modo tal que los principios que se utilizan habitualmente en el ámbito nacional para fundamentar el instituto de la prescripción, no resultan necesariamente aplicables en el ámbito de este tipo de delitos contra la humanidad en tanto, precisamente, el objetivo que se pretende mediante esta calificación, es el castigo de los responsablesdonde y cuando se los encuentre, independientemente de las limitaciones que habitualmente se utilizan para restringir el poder punitivo de los Estados. En otras palabras, la imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes, opera como una cláusula de seguridad tendiente a evitar que los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados por el mero transcurso del tiempo. Es más, señálese al respecto que, si tras calificar los hechos aquí juzgados como delitos de lesa humanidad, se declarara, acto seguido, extinguida la acción por prescripción, este Tribunal incurrirá en una contradicción manifiesta con las propias bases de este pronunciamiento y, consiguientemente, en una palmaria violación del derecho penal internacional.

A su vez, la sanción de la Ley 25.778 que le ha conferido jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, le agrega a este deber de punición, que recae sobre los tribunales nacionales en estos casos de lesa humanidad, la presencia de una norma positiva de derecho internacional que consagra la imposibilidad de considerar extinguida la acción penal por prescripción respecto de los delitos juzgados en la causa.

La imposibilidad de que este deber impuesto a los Estados, desde el ordenamiento internacional de derechos humanos, consistente en la individualización y juicio de los responsables de los delitos aludidos, cese por el transcurso del tiempo, surge también de otros instrumentos internacionales que hacen referencia al tema en igual sentido, tales como la *Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas*, art. 7.º y *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, art. 29. A tales cláusulas cabe agregar la cita de los arts. 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana, conforme la interpretación que de ellos hizo la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos", Serie C n. 75, sentencia del 14.03.2001.

Esto implica que, cuando se trata de procesos penales por delitos de lesa humanidad, las personas imputadas no pueden oponerse a la investigación de la verdad y al juzgamiento de los responsables, a través de excepciones perentorias, salvo cuando el juicio sea de imposible realización (muerte del

acusado), o ya se haya dictado una sentencia de absolución o condena (cosa juzgada). En otras palabras, las defensas de prescripción no pueden admitirse, salvo que, previamente, se consiga refutar la clasificación de los hechos como crímenes contra la humanidad.

Sin perjuicio de que lo expuesto es suficiente para rechazar los planteos en este sentido, procede dejar sentado que la modificación de las reglas sobre prescripción de manera retroactiva, que supone la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968, no altera el principio de legalidad bajo ningún aspecto.

Repárese que no se viola el principio de culpabilidad, en la medida que las normas legales sobre prescripción no forman parte del tipo penal en sentido amplio a efectos de establecer el juicio de reproche penal, por lo que su modificación no implica alterar esta tipicidad –conductas distintas a las del momento de comisión o penas más gravosas– que el autor pudo tener en cuenta al momento de perpetrar los hechos que se juzgan.

A su vez, atendiendo a que el fundamento a la extinción de la acción por prescripción depende de la pérdida de toda utilidad en la aplicación de la pena que aparece justa aplicarle el autor del delito, es absurdo afirmar que al momento de cometerlo éste pueda contar con una expectativa garantizada constitucionalmente a esa pérdida de interés en la aplicación de la pena, de modo tal que no resulta legítimo invocar tampoco afectación de la seguridad jurídica que en este sentido corresponde garantizar a todo ciudadano fiel a las normas.

En tal sentido, ni el principio de legalidad entendido como *nulla poena sine lege praevia*, ni el, de reserva por el cual "ningún habitante de la Nación esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohibe", previstos en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, se ven afectados por la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad, ratificada por la República Argentina en 1995, en tanto la misma ya se encontraba aprobada por la Asamblea de la ONU desde 1968 y en cualquier momento que hubiese sido ratificada por Argentina, antes o después de la comisión de los hechos de esta causa, el efecto hubiera sido el mismo, esto es el de instaurar la imprescriptibilidad retroactiva y prospectiva para los delitos de lesa humanidad cometidos en territorio argentino.

Así, es de destacar que si la Convención sobre Imprescriptibilidad fue dictada con la manifiesta intención de tener efecto retroactivo, en tanto el objetivo inmediato fue el de remover el obstáculo que suponían las leyes nacionales sobre prescripción para el juzgamiento de crímenes cometidos durante el régimen nazi que gobernó Alemania entre 1933 y 1945, su aplicación con tal

carácter retroactivo no implica violación alguna al principio de legalidad en este aspecto.

En función de lo apuntado y en vista además de lo prescripto en el *art. 26*, que establece que "Todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe", por el *art. 28*, última parte, que reza que "Las disposiciones de un tratado no obligarán a una Parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa Parte, ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, *salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo*" (el subrayado nos pertenece), ambos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cabe afirmar no solo que el Estado argentino puede aplicar retroactivamente la Convención de1968, sino que no podría excusarse de hacerlo en tanto esa esla obligación que asumieron los Estados parte conforme lo surgido tanto del texto de la Convención cuanto del espíritu con que fue aprobada.

Las consideraciones aludidas son coincidentes con las conclusiones arribadas por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver similares planteos en los autos caratulados *Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad etc. – Causa 17.768* dictado con fecha 14.06.2005, cuyos fundamentos in totum por devenir del máximo Tribunal de Justicia, integran el presente decisorio.

De esta manera, en primer lugar, cabe concluir que la vigencia del derecho de gentes; por sí solo permite rechazar el planteo de prescripción formulado. Entendido este como sistema moral básico universal de protección de la dignidad inherente a la persona humana, frente a cualquier atentado incluso proveniente de los propios poderes estatales, derecho que ha sido receptado por la comunidad internacional –de la que la Argentina forma parte– desde la Carta de las Naciones Unidas y sumado a los múltiples pronunciamientos de los diversos tribunales internacionales, americanos y nacionales, y de su positivización en tratados internacionales de derechos humanos, conocido como *ius cogens*, que se encuentra expresamente receptado por su importancia en el art. 118 de nuestra Carta Magna. En segundo lugar, partiendo de un principio de orden racional-legal, que impone una interpretación sistemática de las normas de derecho interno e internacional, sumado al reconocimiento que ha efectuado el convencional constituyente de 1994, al incorporar con jerarquía constitucional los tratados internacionales de derechos humanos que lo tipifican y positivizan, por un lado, y por otro, la vigencia de concretos convenios internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional, vigentes al

momento de los hechos –Convención sobre la Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad de 1968– obligan al Estado argentino en una suerte de doble vía legal, a juzgar y castigar, si así correspondiere, a los responsables de delitos de lesa humanidad cometidos en el ámbito de su soberanía.

Esto es así en tanto y en cuanto resulta violatorio de este deber de punición constitucional, cualquier ley interna de impunidad o de impedimento de juzgamiento por el mero transcurso del tiempo –prescripción– de todas aquellas conductas delictivas que por su modalidad comisiva puedan considerarse de lesa humanidad, de este modo es que, los planteos de nulidad del presente juicio, articulados por las partes defensoras, fundados en el instituto de la prescripción como así también en las Leyes de impunidad –23.492 y 23.521– devienen inadmisibles frente a lasperspectivas del derecho interno e internacional.

A mayor abundamiento, repárese que distintos tribunales federales del país se han pronunciado de modo terminante entendiendo que los crímenes contra la humanidad no están sujetos a plazo alguno de prescripción, conforme la directa vigencia en nuestro sistema jurídico de las normas que el derecho de gentes ha elaborado en torno a los crímenes contra la humanidad, receptado por nuestro sistema jurídico a través del art. 118 CN (Cámara Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, Sala 1, Massera s/exc. de falta de acción del 09.09.1999; sala 2, Astiz Alfredo 04.05.2000 y Contreras Sepúlveda del 04.10.2000 entre otras).

Tales consideraciones han sido puntualmente aludidas por el Juzgado Federal n. 3 de La Plata, en la Causa 2.251/2006 seguida a Miguel Osvaldo Etchecolatz, como coautor de los delitos de privación ilegal de la libertad, autor mediatode la aplicación de tormentos y coautor de homicidio calificado por hechos cometidos entre los años 1976 y 1979, de público conocimiento en nuestro país.

Por su parte, el Tribunal Oral en los Criminal Federal n. 5 de la Capital Federal, resolvió con fecha 24.08.2006, en la Causa 1.056 seguida a Julio Héctor Simón, no hacer lugar a la solicitud de prescripción de la acción penal formulada por la defensa del imputado, en función de los arts. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Convención sobre Imprescriptibilidad los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Por su parte, ya en el caso "Priebke" la mayoría de la Corte Suprema había establecido que los tratados de extradición deben interpretarse a la luz del *ius cogens*, con arreglo al cual los crímenes contra la humanidad son imprescrip-

tibles, desde que el derecho de gentes se encuentra reconocido por el ordenamiento jurídico en virtud de lo prescripto por el art. 118 de la Constitución Nacional, siendo obligatoria su aplicación de conformidad con lo dispuesto por el art. 41 de la Ley 48 y que los delitos *ius gentium* son aquellos que hacen a sus perpetradores enemigos del género humano (considerandos 38, 39, 49, 50 y 51 del fallo de la Corte Suprema en el aludido caso Priebke).

A su vez, la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción y su concreta relevancia en el derecho interno, frente a supuestos similares fue reconocida también por el más alto Tribunal de la República en Fallos: 326:2805 (*Videla, Jorge Rafael*), voto del juez Petracchi; 326:4797 (*Astiz, Alfredo Ignacio*), voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni y, en especial, en la Causa A.533.XXXVIII. 'Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros (Causa 259, resuelta el 24.08.2004, voto del juez Petracchi), en el que se admitió la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ingresada a nuestro ordenamiento jurídico *ex post facto*.

Habiendo dejado sentado el criterio de que las conductas aquí juzgadas constituyen delito de lesa humanidad, cabe consignar que las mismas no responde al contexto de genocidio como se ha pretendido calificarlas. Ello así toda vez que los hechos aquí juzgados no observan las exigencias subjetivas establecidas en el art. 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ni las contempladas en el art. II del Convenio para la Prevención del Delito de Genocidio Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 09.12.1948, en cuanto a que para tal delito de gentes se requiere: "(...) la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal (...)"; mientras que conforme sobradamente ha quedado demostrado, las conductas abarcativas en el concepto de lesa humanidad solo exige que se trate de actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, tal como ocurre en el caso autos, como bien lo establece el art. 7. del Estatuto citado.

Dable es destacar en este contexto que tales pronunciamientos del Tribunal Supremo tuvieron plena acogida incluso por parte de la Cámara Nacional de Casación Penal al confirmar la Sentencia de este Tribunal de fecha 24.07.2008, al señalar que "(...) habrá de acatarse los precedentes del Tribunal Supremo y, en su consecuencia, de aplicárselo en le presente caso, en el que los delitos por lo que han sido condenados los acusados han sido cometidos en ejecución de un plan criminal tendiente a la desaparición forzada de personas, delito indis-

cutible de lesa humanidad" (Causa *Menéndez Luciano Benjamín y otros s/ rec. de casación* –Sala III, Causa 9.896, Registro 1.253/2010–, de fecha 25.08.2010).

(...)

Acreditada así la existencia de los hechos materia del presente juicio, como así también su calidad de delitos de lesa humanidad –en opinión de los señores Jueces, Dres. Díaz Gavier y Lascano– e imprescriptibles, corresponde ahora establecer la participación responsable de los imputados en los mismos, no sin antes realizar algunas consideraciones acerca de la notoria dificultad que presenta la acreditación de hechos aberrantes como los que hemos juzgado en esta causa, caracterizados por la propia perversa naturaleza por la que, en la propia consumación del delito, se pretende, y muchas veces se logra, la ocultación del responsable. La tortura física y psíquica propinada a las víctimas en absoluta situación no sólo de indefensión, sino privados de toda posibilidad de percepción sensorial de dónde y de quién procede el ataque, procuraba una impunidad solo falible en cuanto subsisten algunos elementos probatorios que, sumados a indicios procesalmente rescatables, permiten la acreditación de hechos y las participaciones responsables en los mismos. La tortura inflingida a quien tiene los ojos vendados, como sucedió en todos los casos que tratamos, no tiene otro objeto que el de borrar para siempre su propio testimonio, y mucho más cuando a la misma la sucedía el asesinato de la víctima.

El propósito cruel es que lo que quede de la tortura sea un cuerpo sin palabra, como en la muerte, y que la víctima no pueda dar testimonio del sufrimiento ante otros seres vivientes, susceptibles de sufrir dolor. De allí la enorme importancia de un juicio legal, en el que el Estado brinda la posibilidad de restituirle la palabra a quiénes habían quedado en silencio para que, en conjunción con otros elementos probatorios, pueda reconstruirse la verdad hasta donde sea posible, determinándose entonces la participación, o no, de quienes se encuentran inculpados de estos delitos, removiéndose así la ominosa lápida del silencio.

Al respecto, la Directiva 1/1975 del Consejo de Defensa del 15.10.1975, reglamentaria de los Dec. 2.770, 2.771 y 2.772 que instrumentó el empleo de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales –y demás organismos puestos a su disposición para la lucha antisubversiva– con la idea rectora de utilizar simultáneamente todos los medios disponibles coordinando los niveles nacional –Consejo de Seguridad Interna–, conjunto –consejo de Defensa con asistencia del Estado Mayor Conjunto–, y específico –a cargo de cada fuerza– tomando como zonas prioritarias las de Tucumán, Córdoba, Santa Fe, Rosario, Capital Federal y La Plata, dispuso que la acción de todas las fuerzas debía ser conjunta, para lo cual debían firmarse los respectivos convenios adjudicando al Ejér-

cito la responsabilidad primaria en la dirección de las operaciones contra la subversión en todo el territorio de la Nación, la conducción de la comunidad informativa y el control operacional sobre la Policía Federal, Servicio Penitenciario Federal, Provincial y policías provinciales.

En dicho contexto la distribución espacial de la ofensiva militar a cargo del Tercer Cuerpo de Ejército con sede en Córdoba –Zona 3– conforme la estructura expuesta, trazaba un cuadrante abarcativo de diez provincias argentinas –Córdoba, San Luis, Mendoza, San Juan, La Rioja, Catamarca, Santiago del Estero, Tucumán, Salta y Jujuy–, y se encontraba a cargo del Comandante del Tercer Cuerpo de Ejército al tiempo de los hechos, General de División Luciano Benjamín Menéndez.

La Subzona 3.1 comprendía las provincias de Córdoba, Catamarca y La Rioja, la que a su vez se atomizaba en Áreas, correspondiendo a Córdoba el Área 3.1.1 al mando de la cual se encontraba el Comando de la Brigada de Infantería Aerotransportada Cuarta, con jurisdicción también sobre la Subárea 3.1.1.1 abarcativa de la ciudad de Córdoba, pues el Área 3.1.1 se dividía en un total de siete Subáreas dentro de la provincia.

Así las cosas, las acciones delictivas descriptas al tratar la prueba relativa a la existencia de los hechos de la presente, tuvieron lugar en el marco del plan diseñado e implementado con el alegado propósito de la llamada lucha contra la subversión, por órdenes impartidas por las autoridades del Ejército Argentino, en particular en este caso por su Comandante en Jefe Teniente General Jorge Rafael Videla y por quienes –siguiendo la cadena de mando– dirigían y supervisaban el funcionamiento del Área 311 –especialmente organizada para esa "lucha"–, esto es por el Comandante de la Zona de Defensa 3 y Comandante del III Cuerpo de Ejército General de División Luciano Benjamín Menéndez; por el Comandante del Área 311 y de la IV Brigada de Infantería Aerotransportada, General Juan Bautista Sasiaiñ –actualmente fallecido–; por el Estado Mayor del Área 311 y de la IV Brigada de Infantería Aerotransportada, integrado al tiempo de los hechos por el Coronel Vicente Meli –Jefe de Estado Mayor desde los primeros días de julio de 1976– con funciones de dirección y supervisión del Estado Mayor; el Teniente Coronel Mauricio Carlos Poncet, Jefe de la División Personal (G1); Teniente Coronel Raúl Eduardo Fierro, Jefe de la División Inteligencia (G2) y el Teniente Coronel Jorge González Navarro, Jefe de Asuntos Civiles (G5); Estado Mayor este que en su conjunto cubría las responsabilidades del Comandante de la Brigada y se hallaba compenetrado con éste, asesorándolo, preparando el detalle de sus planes, transformando sus resoluciones en órdenes, haciendo que las mismas se transmitan a los demás integrantes de la fuerza y sean ejecutadas tanto por militares como por perso-

nal de la Policía de la Provincia de Córdoba, ésta última actuando bajo control operacional del Ejército.

a) Conforme la estructura mencionada a lo largo del presente resolutorio y en relación al imputado *Jorge Rafael Videla*, cabe señalar que a la época de los hechos se desempeñaba como Comandante General del Ejército y miembro de la Junta de Comandantes integrada por las tres Fuerzas Armadas que constituían la máxima autoridad de gobierno en todo el territorio del país. Ya hemos dado por acreditada la existencia histórica de los hechos, como así también el contexto político y social imperantes en nuestro país en la década de los 70. Todo ello fue motivo de un pormenorizado análisis en la Sentencia de la Causa 13/1984 dictada en el juzgamiento de los "Comandantes", hechos que no se encuentran controvertidos, estando firme dicho decisorio. Del contenido del mismo se desprende el análisis de la responsabilidad primaria del Ejército en la dirección de las operaciones contra la subversión en todo el país y la responsabilidad del acusado Jorge Rafael Videla, como titular de dicha arma e integrante de la Junta de Gobierno, que éste integraba junto con los máximos titulares de la armada y de la aeronáutica.

Retomando algunas de las consideraciones efectuadas en dicha sentencia cabe recordar que frente al denominado fenómeno "terrorista" en el año 1975, el Gobierno Constitucional dictó los Dec. 261/1975, 2.770/1975, 2.771/1975 y 2.772/1975 que involucraron a los Comandantes Generales de la Fuerzas Armadas en la lucha antisubversiva por alegarse la incapacidad de las fuerzas policiales para hacer frente a este fenómeno.

Por otra parte, en forma complementaria, el Consejo de Defensa de las Fuerzas Armadas dictó la Directiva 1/1975 que estableció la intervención de las Fuerzas Armadas y policiales y demás organismos puestos a su disposición para la lucha antisubversiva, coordinando los niveles nacional –a cargo del Consejo de Seguridad Interna– conjunto –a cargo del Consejo de Defensa con la asistencia del Estado Mayor Conjunto– y específico –a cargo de cada fuerza–, teniendo como zona prioritarias Tucumán, Córdoba, Santa Fe, Rosario, Capital Federal y la Plata. Esta directiva establecía la acción conjunta de todas las fuerzas; y como se mencionara, adjudicó al Ejército responsabilidad primaria en la dirección de las operaciones contra la subversión en todo el territorio de la Nación, la conducción de la comunidad informativa y control operacional sobre la Policía Federal, Servicio Penitenciario Federal y Policías Provinciales.

Asimismo, el acusado Videla, en su carácter de Comandante General del Ejército, dictó la Directiva 404/1975 que estableció, a los fines de la lucha contra la subversión, una estrategia consistente en la división en zonas prioritarias para direccionar la ofensiva, conformando por cuatro zonas de defensa

correspondientes a los grandes centros urbanos, manteniendo la organización territorial. Como es sabido y hemos dado por probado, la Provincia de Córdoba junto a otras provincias del país se encontraba territorialmente encuadrada en la Zona 3, bajo el mando del acusado Menéndez.

En este contexto, ya habiéndose dado intervención a las Fuerzas Armadas en la lucha antisubversiva, el 24.03.1976 los Comandantes de las tres Fuerzas Armadas, Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera y Orlando Ramón Agosti conformaron "La Junta Militar" usurparon el poder, derrocaron a las autoridades constitucionales mediante un golpe de estado e iniciaron una dictadura que dieron en llamar "Proceso de reorganización nacional". El acusado Videla tuvo un papel preponderante y protagónico, a punto tal que fue elegido para dirigir la Nación al ser designado Presidente (Dec. 21 publicado en el boletín oficial n. 23.377 en donde lo designan Presidente de la Nación).

La Directiva 404/1975 dictada por Videla el veintiocho de octubre de 1975 efectuó un planteo de situación determinando el "enemigo" para atacar y las "fuerzas amigas" entre las que se incluyeron a la Armada y la Fuerza Aérea. Se previó la existencia de una reserva estratégica compuesta por una Brigada de Infantería en diferentes zonas de prioridad, correspondiendo a Córdoba la prioridad 3. En esta Directiva, asimismo se estableció entre otras cuestiones, que los detenidos debían ser puestos a disposición de los poderes judicial o ejecutivo. Esta orden se cumplió en la ciudad de Córdoba a través de la única Brigada del Ejército con asiento en esta ciudad, a saber la IV Brigada de Infantería Aerotransportada, afectada específicamente a la lucha contra la subversión (conforme organigrama de la zona de defensa 3 de la Directiva 404/1975 que designa en Córdoba a la IV Brigada, reservada por Secretaría).

En el mismo sentido, este Tribunal en la Sentencia 22/2008 señaló que: "(...) En este orden de ideas, resulta sumamente esclarecedora la Sentencia de la Causa 13/1984 puesto que en su Considerando 2.°, capítulo XX, punto 2 se sostiene: '(...) Así, se pudo establecer, que co-existieron dossistemas jurídicos: (a) uno de orden normativo, amparado porlas leyes, ordenes y directivas antes consignados, que reglaban formalmente la actuación de las Fuerzas Armadas enla lucha contra el terrorismo, y (b) un orden predominantemente verbal, secreto, y que solo se observaba parcialmente el orden formal –v.g. jurisdicciones, acción psicológica, informes que se debían suministrar a los mandos etc.–, en lo que todo lo referente al tratamiento de personas sospechadas respondían a directivas que sustancialmente consistían en: detener y mantener oculta esa persona, torturar para obtener información y eventualmente matar haciendo desaparecer el cadáver o bien fraguar enfrentamientos armados como modo de justificar dichas muertes. Pese a contar las Fuerzas Armadas con facultades

legales para el dictado de bandos y la aplicación de pena de muerte mediante juicio sumario militar en la Argentina en todo el período de 1976 a 1983, no se dictó un solo bando ni se aplicó una sola muerte como consecuencia de una sentencia. De este modo los ex Comandantes aprobaron un plan criminal por el cual en forma secreta y predominantemente verbal ordenaron a sus subordinados que: (a) privaran de su libertad en forma ilegal a las personas que considerasen sospechosas de tener relación con organizaciones terroristas. (b) que las condujeran a lugares de detención clandestinos. (c) que ocultaran todos estos hechos a familiares de las víctimas y negaran haber efectuado la detención a los jueces que tramitaran *habeas corpus*. (d) que aplicaran torturas a las personas capturadas para extraer la información obtenida, dispusieran la libertad, la legalización de la detención o la muerte de la víctima (...)'. En efecto, a partir de 1975, en la República Argentina, y en virtud de decretos emanados por el Poder Ejecutivo Nacional, se inicia lo que se dio a conocer como 'Lucha contra la Subversión' tal como lo han demostrado el informe efectuado por la Conadep y la sentencia referida ut-supra en la que se enjuició a los Comandantes en Jefe de las Juntas Militares (CFCC, sentencia de fecha 09.12.1985). Esta situación no fue ajena a ésta provincia. A partir de 1975, en momentos en que asume como comandante del III Cuerpo de Ejército Luciano Benjamín Menéndez, se inicia un proceso de organización de 'fuerzas' a los fines de satisfacer las directivas nacionales. Es así, y tal como surge de los Memorandos Reservados de la Policía Federal Argentina –Delegación Córdoba– obrantes a f. de autos, la mentada 'Lucha' tendiente a la aniquilación de lo que se dio a conocer como fuerzas subversivas, encuadrada bajo una férrea 'Doctrina de Seguridad Nacional' –la cual se vale de doctrinas, métodos, intereses y experiencias en conflictos bélicos importados de países de primer mundo–, se empieza a organizar y para ello, se conforma la Zona 3, y dentro de ésta el Área 311, cuya jefatura –en ambos casos– era ejercida por el Jefe del III Cuerpo de Ejército.

Bajo el mando y coordinación de ésta área son puestos bajo control operacional diversos organismos militares, policiales y de seguridad de esta provincia, procurando así la mayor coordinación y efectividad en las tareas antisubversivas emprendidas.

De esta manera, ya entrado el año 1976, se encontraba en pleno funcionamiento el aparato represor estatal, quien desatendiendo todo tipo de garantías y derechos consagrados en nuestra carta magna y sin ningún tipo de escrúpulos, valiéndose de métodos atroces e ilegales (detenciones arbitrarias, torturas y desapariciones), se aboca a la destrucción de las agrupaciones que eran denominadas de corte 'Marxista', consideradas contrarias a los intereses estatales del momento.

A estos fines, se disponen instalaciones tendientes a albergar a las personas que siendo considerados 'enemigos', eran secuestrados. Cabe señalar que en estos lugares denominados 'Lugares de Reunión de Detenidos' (L. R. D.), se procedía sistemáticamente a interrogar salvajemente, valiéndose de diversos métodos de tortura, a las personas allí recluidas. Así las cosas, demás está decir que a partir del 24.03.1976, y una vez que las fuerzas militares de las tres armas toman control del país, la situación antes señalada se agudiza, siendo moneda común la criminalidad y el desprecio absoluto de las libertades y derechos consagrados a los ciudadanos en nuestra Constitución Nacional, por parte de las fuerzas de seguridad en su conjunto. Así las cosas, las estructuras y engranajes represores que ya actuaban antes del golpe militar de marzo de 1976, adquieren dimensiones inusitadas, transformando así a cada ciudadano en potencial enemigo del sistema, y cristalizándose de esta manera, una verdadera cacería humana sin precedentes en la historia de este país. Es así que toda persona considerada miembro de alguna de las agrupaciones calificadas como ilegales –como sucedió con las víctimas– era perseguida, detenida e interrogada ferozmente en los diversos centros clandestinos de detención existentes en la provincia, y todo ello, en función de la finalidad perseguida, es decir el 'aniquilamiento de las agrupaciones subversivas' en pos de la 'Seguridad Nacional', y sin siquiera inquietarles que, para ello, debían valerse de atroces, sádicas e inhumanas metodologías, teniendo siempre como finalidad última, el cumplimiento de las tareas asignadas, tal como sucedió en el presente caso. En efecto, tal como venimos recalcándolo, estos ilícitos se enmarcan en un concierto de acciones cuya magnitud y coordinación a nivel nacional se explica desde el momento en que se asume que su conducción obedecía a mandatos estatales. La logística estatal puesta en funcionamiento para la ejecución de severas vulneraciones a los derechos humanos de amplios sectores de la población civil autoriza holgadamente a clasificar estos hechos como delitos de lesa humanidad. Esta planificación y las acciones que se desplegaron en su consecuencia han sido ampliamente acreditadas y descriptas por organismos públicos en infinidad de casos (...)".

Ahora bien, teniendo presente la jerarquía militar del acusado Videla y su rol político e institucional, resulta insoslayable su responsabilidad, habida cuenta quedesde su posición institucional, diseñó y controló la organización criminal que los llevó a cabo. En este sentido, la Directiva 404/1975 (Lucha contra la Subversión), tuvo porcometido poner en ejecución el objetivo político de represiónde actividades consideradas ilegales y de aniquilación de personas reputadas "peligrosas" para el régimen, que había sido asentado en la Directiva del Consejo de Defensa n. 1/1975.Conforme la directiva 404/1975, el objetivo

del Ejército era: "(...) operar ofensivamente (...), (...) contra la subversión en el ámbito de su jurisdicción y fuera de ella en apoyo de las otras FF. AA., para detectar y aniquilar las organizaciones subversivas a fin de preservar el orden y la seguridad de losbienes, de las personas y del Estado(...)". Tratándose de una directiva destinada a los subordinados en el marco de una estructura jerárquica y vertical como es la del Ejército, asignaba al Comando General del mismo la misión de "(...) orientara los Comandantes de jurisdicciones territoriales sobre la Acción Sicológica a desarrollar", e indicaba que correspondía a los Comandos de Zona de Defensa "planear, ejecutar y evaluar la Acción Sicológica a desarrollar en todos los públicos de sus jurisdicciones (...)". Fijando así los "blancos" objeto de dicha acción constituidos por las organizaciones "ERP, PRT, Montoneros, PPA, Organizaciones políticas promarxistas, instituciones nacionales, provinciales y municipales infiltradas, organizaciones infiltradas" (ver directiva).

La citada directiva además destacaba que ante la existencia de "delincuentes subversivos detenidos", el personal e instalaciones penitenciarias de los Servicios Penitenciarios federales y provinciales, quedaban bajo control operacional de la autoridad militar. Este control implicaba, concretamente: "(1) Entender en la seguridad yrecuperación de las instalaciones; (2) Supervisar el régimeninterior a fin de evitar la prosecución de las funciones de dirección y adoctrinamiento de los dirigentes o delincuentes subversivos detenidos; (3) Establecer el régimen de relación y contacto de los delincuentes subversivos detenidos con el ámbito interior y exterior de la instalación. (4) Supervisar la permanencia o traslados de los delincuentes subversivos detenidos. (5) Establecer y dirigir en la instalación la estructura y el régimen funcional de inteligencia y contrainteligencia. (6) No intervenir en aspectos administrativos específicos de la instalación, siempre y cuando no afecten a la seguridad y al aislamiento total de los delincuentes subversivos detenidos" (ver puntos 5 y 12 (m y f respectivamente) de la Directiva 404/1975).

Lo cierto es que, como ya ha quedado acreditadotanto en la sentencia de la Causa 13/1984 como en el presente juicio, coexistían una organización formal y una secreta y oculta, pero quienes cumplían ambos roles eran los mismos funcionarios públicos, policiales, militares que han resultado acusados, condenados y aún continúan siendo objeto de investigación en diferentes causas penales, lo que pone de relieve, que la organización formal y legal servía sólo de pantalla engañosa, tras la cual se desarrollaban, desde el aparato estatal y sin el menor reparo, toda suerte de acciones criminales con la finalidad de eliminación de opositores políticos. Esta necesidad de mantener un aparato estatal legal, meramente formal, puesto de manifiesto enforma reiterada, mediante

procedimientos de ocultamiento delas pruebas de los hechos, distorsión de las versiones oficiales de los mismos, falsificación de documentación, amenazas a los detenidos a fin de evitar denuncias ante la visita de organismos internacionales, homicidios y represalias contra quienes pretendían dar a conocer los hechos criminales que se estaban llevando a cabo, comunicados oficiales de prensa y del Ejército con falsas versiones, manejo de los medios de comunicación, entre muchos otros, señala a las claras, la intencionalidad de mantener una fachada de legalidad y así engañar a la opinión pública dentro del país, con la finalidad de lograr el apoyo de la sociedad civil, como así también, el mantenimiento de una imagen frente a la opinión pública internacional, nada de locual podía ignorar el acusado Videla, pues desempeñaba el más alto rol dentro de esta organización criminal de dos caras, mediante el diseño, planificación estratégica de las accionesa desarrollar y control de sus subordinados.

Ahora bien, resulta necesario señalar, que el presente juicio tuvo como eje fundamental de investigación, un procedimiento criminal en particular denominado "Ley de fuga", cuya modalidad en Córdoba se desarrolló por medio del asesinato de presos legales, a disposición de la Justicia – en su mayoría–, del 3er. Cuerpo de Ejército o bien del PEN, alojados en la UP1, por medio de la simulación de una fuga y enfrentamiento con efectivos policiales y/o militares. Este gravísimo accionar delictivo reñido con las más elementales pautas de legalidad estatal, no fue objeto de juzgamiento por parte del mencionado "juicio de los Comandantes", esto es, no constituyó ninguno de los 700 hechos seleccionados por la Fiscalía en su escrito acusatorio, ni formaron parte en forma expresa, como modalidad particular, dentro del plan sistemático descripto por la sentencia de la Causa 13/1984. Esto ya ha sido señalado al rechazar la excepción de cosa juzgada del acusado Videla en la cuestión correspondiente. En efecto, más allá de las limitaciones fácticas y políticas del objeto procesal del juicio llevado a cabo en 1985, lo ciertoes que, la Ley de fuga como accionar criminal no fue objeto de conocimiento ni de juzgamiento en ese proceso y sentencia. Esto no ocurrió, no porque la "Ley de fuga" no formara parte del plan sistemático, sino porque este procedimiento ilegal no había sido investigado, ni desentrañado en profundidad a la fecha del juicio. Corroborando este aserto, cabe mencionar que, al describirse el caso 541, relativo al homicidio de Eduardo Bártoli, el señor Fiscal de Cámara, Dr. Strassera mencionó que Eduardo Bártoli fue muerto al intentar huir. No existen en dicha causa constancias de que se haya dudado opuesto en tela de juicio esta versión oficial de la muerte dedicha víctima, lo cual ha quedado desvirtuado en este juicio, aunque en ese caso en particular, ya no puede ser considerado ahora, pues se ha beneficiado al acusado Videla con el principio "non bis in idem", tal como

ya lo hemos desarrollado en la cuestión séptima. A lo largo de la fundamentación del presente decisorio se ha descripto enforma pormenorizada el desarrollo del procedimiento de "Ley de fuga", el que no se trató de episodios al azar, ni aislados, sino de un procedimiento reiterado en forma sistemática en todos los casos, mediante la intervención depersonal policial y/o militar que llevó a cabo su accionar con pleno conocimiento y en cumplimiento de las órdenes,directivas y estrategias de sus superiores, entre los mismos, ocupando el cargo de mayor jerarquía, el acusado Videla.

En oportunidad de ejercer su defensa material en la apertura del debate, en la audiencia del día 05.07.2010, entre otras manifestaciones, el acusado Videla asumió con plenitud su responsabilidad castrense, en la "guerra" y la autoría de las Directivas que impartió. Que las fuerzas policiales quedaron bajo el control operacional delas Fuerzas Armadas a partir del 25.10.1975 por orden de Luder. En su ampliación de indagatoria del 16.09.2010, expresó que fueron crueles, pues lo impone la propia naturaleza de la guerra, pero que no habían sido sádicos. Queel Servicio Penitenciario de la Provincia de Córdoba se vio desbordado, luego del 24.03.1976, sus autoridades pidieron que personal del Ejército colaborara en las tareas de requisa, con acción de presencia en actitud disuasoria; asimismo, negó que personal del Ejército cubriera guardias periódicas y rotativas, porque el servicio de guardia era de ejecutar operaciones de seguridad, rastrillaje, protección de edificios, todas ellas fuera de la unidad penitenciaria, usando solamente las unidades periféricas, para acantonamiento; reconoció que fueron crueles sin duda, como lo hicieron en toda guerra, pero no fueron sádicos.

Los elementos probatorios de la presente causa, en particular la documental y testimonial permiten desvirtuar por completo la posición defensiva de Videla. Por contrario, ha quedado acreditado que el Ejército tuvo completo poder, manejo y control sobre la situación de los detenidos "especiales" de la Unidad Penitenciaria. Esta misión designada al Ejército se desprende del contenido de la propia Directiva 404/1975 conforme ya lo hemos analizado. En el marco de este plan sistemático dirigido a la eliminación de opositores políticos, en el caso de la "Ley de fuga", se dirigió sin miramientos a asesinar presos "blanqueados", legalizados, detenidos con causas penales, a disposición de autoridades civiles etc. Este procedimiento fue pergeñado por el acusado Videla y ejecutado por sus subordinados, como una maniobra particular destinada a eliminar presos legales, quienes en atención a su condición, visibilidad y estar a disposición de autoridades civiles no podían ser llevados, alojados y exterminados dentro de los Centros Clandestinos de Detención, como ocurría en los denominados "La Perla" o "Casa de Hidráulica" conforme ya lo tiene

acreditado este Tribunal en las causas: *Menéndez, Luciano Benjamín y otros p.ss. aa. privación ilegítima de la libertad etc.* (Expte. 40/M/2008) y *Menéndez, Luciano Benjamín y otros p.ss.aa. homicidios agravados etc.* (Expte. 281/2009). Por ello, urdieron los traslados, supuesta fuga, enfrentamiento y versiones falsas aportadas por los comunicados oficiales. Asimismo dichos detenidos eran sometidos a tormentos, vejaciones, inanición, trato inhumano, incomunicación, traslados para ser eliminados y torturados, todo ello ante la mirada impotente del resto de la población carcelaria y del Servicio Penitenciario Provincial, en cumplimiento del régimen de detención cuyo endurecimiento y desenlace fatal para las víctimas fue expresamente ordenado y anunciado abiertamente por Saisaiñ, bajo las órdenes de Menéndez, quien a su vez se encontraba a cargo de toda la lucha antisubversiva de la Zona de defensa y área 311, conforme el esquema y estrategia diseñado por el acusado Videla para la provincia y ciudad de Córdoba.

Las actividades de patrullaje, seguridad y protección de los edificios que menciona el acusado Videla, fueron desarrolladas, en forma paralela con las actividades criminales antes referidas, conforme al diseño del plan sistemático de mención. El acusado Videla mantiene una versión formal y legal de los hechos, acorde con los comunicados oficiales proporcionados por las Fuerzas Armadas a la época en que ocurrieron los mismos, la que ha sido desvirtuada totalmente por la abrumadora cantidad de elementos probatorios recibidos en el debate. El pacto de silencio, ocultamiento de la prueba y mantenimiento de la versión oficial de los hechos que sostienen Videla y los restantes implicados aún después de más de treinta años, a la fecha, permiten contextualizar y comprender la reacción y palabras denostativas de Videla frente a las disculpas y arrepentimiento del acusado Cabo Miguel Ángel Pérez, durante el juicio.

Por otra parte, resulta absolutamente inverosímil que Videla, a la cabeza del régimen de facto y del plan sistemático reseñado, dentro de una estructura estrictamente vertical y jerárquica, como es la militar, ignorara la modalidad sistemática utilizada para eliminar a detenidos queen muchos casos, se hallaban a disposición del PoderEjecutivo Nacional a su cargo, por medio de la denominada "Ley de fuga". Corroborando el conocimiento, estrecho vínculo entre el Área 311 y la conducción del Ejército, como así también, el dominio que Videla tenía sobre cualquier unidad de detención del país y en particular en la UP1, como así también sobre el trato y destino de los presos políticos, resulta por demás ilustrativo el episodio de intercambio epistolar con el Cardenal Primatesta y sus consecuencias. En efecto, el intercambio de correspondencia que mantuviera el Arzobispado de Córdoba con la Comandancia del Ejército muestra la clara y personal ingerencia de Videla en lo relativo a la

suerte que habrían de correr cada uno de los "detenidos especiales" allí alojados. La misiva enviada por el Presidente de la Conferencia Episcopal Argentina, Cardenal Raúl Francisco Primatesta, a Videla, en la que abogaba por la situación de los detenidos, resulta muy significativa en tal sentido. Allí, con motivo de la proximidad de las fiestas navideñas, se solicita agilidad en los trámites para la obtención de la libertad o disminución de las penas, según corresponda a cada situación; benevolencia en el trato a quienes se encuentren cumpliendo condenas y flexibilidad en la autorización de visitas a detenidos por parte de sus familiares (ver copia certificada de carta suscripta por Raúl Francisco Primatesta a Jorge Rafael Videla; Extracto de documentos y memorias de la Conferencia Episcopal Argentina –1970 a 1982– f.). Dicha solicitud permitió, efectivamente, la liberación de personas y algunas contemplaciones en la situación de "detenidos especiales", a estar a los términos de una carta posterior que el Cardenal Primatesta giró a Videla en agradecimiento al anuncio que el propio Videla le había efectuado con relación a la libertad e inicio de trámites para reducción de penas. Por otra parte, en corroboración con lo antes dicho, en los registros documentales de la época correspondientes al Servicio Penitenciario de la Provincia de Córdoba, ha quedado constancia de la intervención personal de Videla en la cadena de mando de sus subordinados y más aún, en los asuntos propios del establecimiento carcelario. En el caso, se hace mención, en particular, a dos notas suscriptas por Vicente Meli y confeccionadas por Jorge González Navarro (de acuerdo al sello escalera estampado en ellas), datadas 21 y 22.12.1976, en las que respectivamente se comunica a la Dirección del Servicio Penitenciario la disposición de libertad de un listado de personas y la autorización de visitas a detenidos especiales durante la noche buena –por el lapso de una hora y en cantidad no superior a tres familiares directos– (documentación sobre detenidos especiales remitida por archivo general del Servicio Penitenciario Provincial queobra como documentación reservada en Secretaría del Juzgado Federal n. 3 a disposición de este Tribunal e incorporada al debate). En consecuencia el nombrado debe responder por los tormentos padecidos por la totalidad de las víctimas de esta causa, y por los homicidios de Irazusta, Chiavarini, Fidelman, Mozé, Hernández, Svaguza, Verón, Young, Pucheta, Sgandurra, Barrera, Zorrilla, Barberis, Rosetti de Arquiola, Funes, Moukarzel, Bauducco, Vaca Narvaja, Gustavo De Breuil, Toranzo, Tramontini, Páez de Rinaldi, Balustra, García, Hubert, Ceballos, Díaz y González de Baronetto, procediendo a su vez dictar su absolución en orden a la muerte de José Osvaldo Villada que le atribuye la acusación, conforme los argumentos expuestos en el punto (1).

(...)

A la decimo tercera cuestión planteada, los señores jueces decámara, Dres. Jaime Díaz Gavier, Carlos Julio Lascano, y José María Pérez Villalobo, dijeron:

(I) Calificación legal

Habiendo respondido en la cuestión anterior acerca de la determinación de los hechos y la responsabilidad que en los mismos les cupo a los encartados, corresponde fijar la calificación legal en la que debe encuadrarse las conductas de cada uno de los responsables.

Previo a ello, haremos consideraciones referidas a la ley penal aplicable.

(1) La ley penal aplicable

Con relación a la privación ilegal de lalibertad, la Ley 14.616 estableció una pena de uno a cinco años de prisión o reclusión e inhabilitación especial porel doble tiempo para este delito.

La Ley 21.338 incorporó la agravante prevista como inc. 6.° del art. 142 del Código Penal y estableció la pena de dos a seis años de prisión o reclusión como circunstancia agravante del art. 144 bis último párrafo del C.P. Asimismo esta ley derogó el primer párrafo del art.142 bis y lo incorporó –con una hipótesis más restringida y con una pena menor– como inc. 6.° del art. 142 del Código Penal.

Con respecto al planteo relacionado con la supuesta ilegitimidad de la Ley 21.338 por emanar de un gobierno de facto, estimamos que debe desecharse en tanto se trata de un debate de orden filosófico-político, que sibien puede resultar de interés académico e histórico, excede el marco de lo hoy traído a juicio y lo que esteTribunal debe resolver, no habiendo dicho planteo sido introducido por la vía jurídica correspondiente.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar –como ya se hiciera en el fallo *Albareda* dictado por este Tribunal, que la generalización del argumento referido a la ilegitimidad de toda normativa dictada durante el gobierno de facto, podría llevar, por ejemplo, al cuestionamiento dela ley de convocatoria a elecciones que permitió el retorno de la democracia, con las graves consecuencias institucionales que esto traería aparejado.

Por otra parte, la ley en cuestión (21.338) sólo introduce modificaciones con relación a la figura legal de la privación ilegítima de la libertad, no así enlos restantes delitos imputados y fue norma aplicada en la Sentencia 13/1984 y confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, todo ello durante gobierno constitucional. El Congreso de la Nación, con fecha 27.08.1984, mediante Ley 23.077 (Protección del orden Constitucional y la vida democrática) derogó la Ley 21.338, lo cual implica reconocer su vigencia. Asimismo

ha sidotexto legal aplicado por este Tribunal en la Sentencia 22/2008, de fecha 24.07.2008 en autos *Menéndez, Luciano Benjamín y otros p.ss.aa. privación ilegítima de la libertad, tormentos agravados y homicidio agravado* (Expte. n. 40/M/2008).

Con relación a los tormentos, la Ley 14.616 estableció una pena de 3 a 15 años de reclusión oprisión para el delito de imposición de tormentos agravadapor tratarse la víctima de un perseguido político. Posteriormente la Ley 23.097 estableció para dicho delitouna escala penal más gravosa, de 8 a 25 años de reclusión oprisión, para el supuesto de tormento aplicado por un funcionario público a una persona privada de su libertad sea o no un perseguido político.

Con relación a las lesiones graves (art. 90 C. Penal), al momento de comisión del hecho (Causa *Gontero*, víctima Luis Urquiza, noviembre de 1976) estaba vigente el texto originario del Código Penal (Ley 11.179) que preveía una pena de prisión de 1 a 6 años, pena que continúa sin modificaciones a la fecha.

Con relación al homicidio calificado, al momento de comisión de algunos de los hechos, el CódigoPenal establecía una pena de reclusión o prisión perpetua, pena y agravantes que rigen a la fecha, para aquellos hechos de homicidios perpetrados hasta el 26.06.1976, es decir para los Hechos: II (víctimas Irazusta, Chiavarini y Bártoli), IV (Fidelman, Mozé, Verón, Young, Svaguza y Hernández), V (Pucheta y Sgandurra), y VI (Barrera, Zorrilla, Abdón de Maggi y Barberis). Con posterioridad al 26.06.1976, se sancionó la Ley 21.338 que produjo algunas modificaciones, entre las mismas, el inc. 4.° que hacía referencia a "concurso premeditado de dos o más personas", pasó a ser inc. 6.° con el mismo contenido, en tanto el inc. 2.° "con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso", se mantuvo como inc. 2.°, por lo que con relación a los Homicidios calificados correspondientes a los Hechos VII (Funes y Rossetti deArqueola), VIII (Bauducco), XI (Vaca Narvaja, De Breuil, y Toranzo), XII (Tramontini y Páez de Rinaldi) y XIII (alustra, González de Baronetto, Hubert, Ceballos, Garcíay Díaz) rige el art. 80 con las modificaciones producidas por la Ley 21.338, que al igual que la Ley 14.616, preveía pena de prisión y reclusión perpetua.

Con respecto a los tormentos seguidos de muerte, al momento de comisión del hecho (Hecho IX, víctima Moukarzel, 05.07.1976) estaba vigente el texto ordenado por Ley 14.616 (art. 144 ter) que preveía una escala penal de prisión o reclusión de 10 a 25 años.

El Dr. Viola, en ejercicio de la Defensa técnica de Gustavo Adolfo Alsina argumentó que deben aplicarse las penas previstas por el Estatuto de Roma (penas temporales), por resultar más benignas que aquellas que prevé el Código

Penal (prisión perpetua) para algunos delitos. Consideramos que corresponde desechar la petición formulada.

En efecto, si bien el Estatuto de Roma forma parte actualmente de nuestro derecho positivo interno, conforme lo establecen las Leyes 25.390 (que aprobó el Estatuto de Roma el 23.01.2001) y 26.200 (09.01.2007) complementaria del Código Penal (que implementa las disposiciones del Estatuto de Roma y regula las relaciones de cooperación entre el Estado Argentino y la Corte Penal Internacional), el art. 77 del Estatuto de Roma establece que la Corte podrá imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el art. 5 del dicho Estatuto (esto es, crimen de guerra genocidio, lesa humanidad o crimen de agresión) una de las penas siguientes: (a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; (b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Para hacerlo, la Corte tendrá en cuenta la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Por su parte, la Ley 26.200, prevé en su art. 9.° –referido a penas aplicables en crímenes de lesa humanidad– que en los casos previstos por el art. 7.°, esto es, actos que constituyen delitos de lesa humanidad, la pena aplicable es de 3 a 25 años de prisión y si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua. Conforme a lo señalado, no se desprenden ni del Estatuto ni de las leyes complementarias posteriores, disposiciones que permitan interpretar y aplicar las mismas por resultar ley penal más benigna en los términos del art. 2.° del Código Penal.

En consecuencia, en los casos analizados, corresponde aplicar las siguientes leyes vigentes al momento de comisión de los hechos: 11.179 con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642, 20.708 y 21.338, de acuerdo a la fecha de comisión de los hechos en cada caso, conforme al análisis antes efectuado, no registrándose modificaciones posteriores en el Código Penal que autoricen la aplicación de leyes penales más benignas.

Como ya se señalara al tratar la excepción de prescripción, además del contexto de legislación de derecho interno mencionado, los hechos traídos a juicio fueron encuadrados por la acusación, en un contexto de tipicidad e ilicitud internacional de lesa humanidad, conforme Derecho Consuetudinario Internacional de naturaleza *Ius Cogens* (aplicable por la Justicia Federal según lo autorizan los arts. 118 de la Constitución Nacional y 21 de la Ley 48) y el Derecho Convencional Internacional, a saber: art. 1.° apartado "b" de la Convención Sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, art. 15, punto 2do. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y art. 7.° del Estatuto de Roma.

En este orden de ideas resulta esclarecedor lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos: *Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición* (L. 845. XL. R. O.) voto de los señores Ministros, Doctores Maqueda y Zaffaroni con relación al tratamiento de los delitos de lesa humanidad por parte del derecho internacional convencional: "(...) al menos desde los primeros años de la última posguerra tanto su categoría como su imprescriptibilidad se hallaban consagradas por el derecho internacional consuetudinario, que los tratados posteriores no han hecho más que reafirmar y precisar. La punición e imprescriptibilidad de los crímenes cometidos participando de un aparato de poder estatal y con su cobertura, consistentes en la eliminación de opositores bajo un régimen de estado de policía y adoptados como metodología programada, al igual que los crímenes de guerra, consistentes en la toma y eliminación de rehenes, era *ius cogens* desde mucho antes de su tipificación internacional precisa y cierta en tratados internacionales. Justamente, el derecho internacional penal evolucionó en este aspecto desde las incertidumbres del *ius cogens* a la certeza de la legislación por tratados y convenciones, (...) lo que no implica que su aplicación sea retroactiva sino que recoge en ley internacional lo que estaba desde ante vigente en el derecho internacional de fuente consuetudinaria, a tal punto que 'afirma' la imprescriptibilidad, en lugar de 'establecerla (...)".

La calificación conforme al derecho internacional, como delito de "lesa humanidad" para los hechos traídos a juicio no determina un doble agravamiento de los delitos objeto de juzgamiento, como plantea la Defensa Pública. En efecto, conforme se ha señalado precedentemente, la ley aplicable es de derecho interno vigente al momento de comisión de los hechos, es decir, el Código Penal con sus modificaciones aplicables. La calificación de los delitos como de "lesa humanidad" de conformidad con lo establecido por el Estatuto de Roma (que forma parte de nuestro bloque constitucional) no determina modificaciones más gravosas en los tipos ni en las penas, sólo determina condiciones de subsistencia de la acción penal, esto es, torna a los hechos imprescriptibles, lo que ha sido pormenorizadamente tratado en el punto relacionado a los planteos de prescripción.

(...)

6) Participación

Respecto de este punto, el Dr. Jaime Díaz Gavier dijo:

Corresponde en este punto determinar el tipo de intervención que han tenido los acusados en los delitos que se les atribuyen. Cabe mencionar al respecto que el art. 45 del Código Penal define las distintas formas de participación cri-

minal, incluyendo la autoría y otras formas que la doctrina ha elaborado bajo los nombres de participación necesaria y secundaria.

En la dogmática se han desarrollado distintas teorías con el fin de interpretar y explicitar el contenido de dicho precepto legal. Entre las mismas se destaca la "Teoría del Dominio del Hecho". Conforme señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar (*Manual de derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Ed. Ediar, 2005, p. 605 y ss.), de acuerdo con la misma "(...) autor es quien domina el hecho, retiene en sus manos el curso causal, puede decidir sobre el si y el cómo, o más brevemente dicho "quien puede decidir la configuración central del acontecimiento". A su vez el dominio del hecho no puede ser concebido desde una caracterización amplia del fenómeno, pues se presenta en forma concreta, bajo tres variantes: (a) Dominio de la acción, es el que tiene el autor que realiza el tipo de propia mano. (b) Dominio funcional del hecho, cuya idea central es la coautoría cuando se presenta en la forma de una división de la tarea en la etapa ejecutiva. (c) Dominio de la voluntad, donde la idea decisiva es la autoría mediata y tiene lugar cuando se domina la voluntad de otro, sea por necesidad o por error.

Por su parte, Claus Roxin desarrolló una tesis con relación a la autoría mediata, donde el dominio del hecho se da por fuerza de un aparato organizado de poder, lo que explicó a partir del caso Eichmann, condenado por el Tribunal de Jerusalén el 15.12.1961 por crímenes cometidos en el marco del nacional socialismo.

Roxin sostiene que en el caso de crímenes de Estado, de guerra o de organizaciones mafiosas es admisible la forma de autoría mediata en el sujeto que dentro del aparato organizado de poder se encuentra más cerca de los órganos ejecutivos de decisión y más lejos de las víctimas e imparte las ordenes a subordinados; lo que se traduce en la particularidad de que esta circunstancia, proporciona al mismo mayor dominio del hecho, pese a encontrarse más alejado de la víctima.

Resulta decisiva en esta teoría la fungibilidad de los ejecutores como así también su responsabilidad penal. Se trata de situaciones donde desde el terrorismo de Estado se configura –en violación a las garantías constitucionales y con quebrantamiento de las instituciones democráticas– una organización del poder estatal, al margen de la ley.

Este criterio fue adoptado en nuestro país por unanimidad en la ya referida Sentencia en la Causa 13/1984 y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la misma causa, más recientemente en el fallo "Etchecolatz" dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Plata en el año 2006 y en la Senten-

cia 22/2008 dictada por este Tribunal con fecha 24.07.2008 y en la Sentencia 33/2009.

Esta forma de autoría mediata, en consecuencia coexiste con la figura de un ejecutor responsable según afirma Claus Roxin (*Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión*, en la colectánea, "Sobre el estado de la Teoría del Delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)", Madrid: Civitas, 2000, p. 157-178). Señala este autor que la "figura del autor mediato por utilización de aparatos organizados de poder" fundamenta el dominio del hecho del oficinista que se halla inmerso en un régimen criminal, en la intercambiabilidad de los receptores de las órdenes, que, en cualquier caso, lleva a un cumplimiento automático de las órdenes, porque el hombre de atrás, a diferencia del inductor, no depende de un autor concreto. A pesar de que el ejecutor resulta responsable, la contribución al hecho del hombre de atrás, o autor mediato, conduce automáticamente a la realización del tipo.

Asimismo, Roxin afirma que el hombre de atrás, tiene el dominio del hecho por la "disposición incondicionada del ejecutor inmediato a realizar el tipo".

Por otra parte conforme al esquema teórico planteado precedentemente, el ejecutor responsable puede tomar dos formas: (1) La de autor o coautor por dominio de la acción, en donde el agente cumple objetiva y subjetivamente con la conducta típica en forma directa, teniendo en sus manos el curso del devenir central del hecho; (2) La coautoría por dominio funcional del hecho, que tiene lugar mediante un reparto de tareas, cuando el aporte que cada uno realiza al hecho es de tal naturaleza que, conforme al plan concreto, sin ese aporte el hecho no podría haberse llevado a cabo según el diseño de dicho plan, lo que debe evaluarse en el caso concreto (ZAFFARONI y otros, ob. cit., p. 608 y ss.).

Autores como Vest (citado por Kai Ambos en *Fundamentos y ensayos críticos de derecho penal y procesal penal*, Capítulo: "dominio del hecho por organización", Ed. Palestra, p. 233 y ss.), puntualizan que, cuando la organización criminal como un todo sirve de referencia para la imputación de los aportes individuales al hecho, esto es, cuando se aprecian los aportes a la luz de un plan criminal general, puede hablarse de un *dominio organizativo porescalones*, en donde el dominio del hecho presupone por lo menos alguna forma de control sobre una parte de la organización. Aquí la distinción tradicional entre autoría y participación es reemplazada por tres niveles de participación: el primer nivel, más elevado compuesto por los autores que planifican y organizan los sucesos criminales y pertenecientes a un estrecho círculo de conducción de la organización que se pueden denominar *autores por mando*; un segundo nivel de autores de jerarquía intermedia que ejercitan alguna forma de control sobre una parte de la organización, que pueden designarse como *autores por*

organización; un tercer nivel más bajo, donde están los *autores ejecutivos*, quienes cumplen órdenes de los dos niveles anteriores dentro del aparato estatal criminal. Los dos primeros niveles de autoría responden a la forma de autoría mediata dentro de aparatos organizados de poder, pues su posición dentro de la organización, los coloca en la cúspide de la misma, o bien en un segundo nivel de conducción y control, sin ejecución material del hecho.

Señala Claus Roxin (*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Ed. Marcial Pons, p. 275 y ss.) que para delimitar el concepto de autor, "(...) quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud de dominio de la voluntad que le corresponde siutiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés deinstancias superiores y a órdenes suyas es irrelevante pues para au autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito (...)". Añade que en estos casos "(...) una acción consistente simplemente en firmar un documento o enllamar por teléfono puede consistir en asesinato (...)". Que en muchas oportunidades el autor mediato no coopera al principio ni al final y su intervención se limita a un *eslabón intermedio,* lo que genera una larga cadena de autores detrás del autor, posibilitando precisamente el camino desde el plan hasta la realización del delito, "(...) cada instancia dirigiendo gradualmente la parte de la cadena que surge de ella, aúncuando visto desde el punto de observación superior, el respectivo dirigente a su vez es sólo un eslabón de una cadena total (...)".

Esta tesis de Roxin resulta coincidente con la posición de Vest –ya reseñada– en cuanto ambos admiten la existencia de "*autores mediatos intermedios*".

Asimismo, son admisibles otras formas de participación. En efecto, señala Claus Roxin (ob. cit., p. 276), que en el marco de las maquinarias organizadas de podercabe la complicidad. La complicidad está constituida por cualquier actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria, la que, más bien sólo puede fundamentar participación. Añade que "(...) aquel que simplemente interviene aconsejando, quien sin tener mando proyecta planes de exterminio, quien proporciona medios para asesinar (...) son por lo general únicamente cómplices (...)".

Por otra parte, con relación a la admisión de la "coautoría mediata" conforme ya fuera sostenido por esteTribunal en las causas "Brandalisis" (confirmada por la Ecxma. Cámara Nacional de Casación Penal) y en la causa "Albareda", consideramos que en los casos sometidos a examen, los autores, en rigor, intervinieron en los hechos como "coautores mediatos", en sus diferentes estratos.

Así, con relación a la admisión de la "coautoría mediata", las objeciones centrales de Roxin se centran en afirmar que el núcleo conceptual de la coautoría es la realización conjunta del ilícito, lo que no se presenta en el caso, dado que quien ordena y el ejecutor no se conocen; no deciden nada conjuntamente; ni están situados al mismo nivel y no se comportan conjuntamente. Fundamentalmente añade que la tesis de la coautoría elude la diferencia estructural entre autoría mediata y coautoría, consistente en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (con desarrollo de arriba abajo, del que ordena al ejecutor), mientras que la coautoría lo está horizontalmente.

Ahora bien, entrando al análisis de los delitos atribuidos a los acusados, y a los efectos de determinar su grado de participación, primeramente cabe señalar que los imputados estaban todos incluidos dentro de la organización de un plan sistemático integral criminal, que, amparado por los mecanismos estatales tenía como objetivo la eliminación de los opositores políticos.

Dentro de este plan, los acusados cumplieron distintos roles y tareas. Al respecto, como se señalara al describir el contexto general dentro del cual se cometieron los hechos, la represión ilegal estuvo caracterizada –entre otros aspectos– por la discrecionalidad y libertad otorgada por la Junta de Comandantes (Videla) a los jefes de zona (Menéndez en el caso) para organizar la represión en la zona bajo su mando, como así también la libertad dada al personal militar y policial inferior, en sus distintas jerarquías y grados (los restantes imputados).

Resulta necesario destacar que el esquema de Roxin –en cuanto hipotetiza un líder burocrático militar, detrás de un escritorio, firmando órdenes de exterminio y una serie de militares subalternos en la cadena, que obedecen la orden impartida por un solo sujeto, en virtud de la verticalidad militar y jerárquica– no es aplicable con exactitud a lo que sucedió en nuestro país, por lo que es factible pensarlo con algunas variables que no alteran en cuestiones fundamentales el esquema teórico propuesto por este autor, pero que resultan interesantes de discriminar.

En este orden de ideas, cabe señalar en primer término, que los conceptos construidos por la corriente funcionalista dentro de la Dogmática Penal son concebidos en articulación con razonamientos de política criminal a fin de acercar el derecho a la realidad. Se trata de conceptos que incorporan razones de política criminal, que resultan instrumentales a fin de resolver problemas concretos, y no solo mirados por su capacidad lógica deductiva.

En segundo término, cabe referir desde una perspectiva epistemológica, que la construcción de los conceptos son efectuados en el Funcionalismo, a

partir de la casuística, por medio de un razonamiento inductivo, como sucede precisamente con el concepto de autor mediato por dominio vinculado a aparato de poder estatal, donde Roxin tomó el modelo de Estado alemán, con un solo líder o conductor, en la cúspide. Pero lo cierto es que este modelo alemán, que responde a lo sucedido históricamente en dicho país, es muy distinto a lo sucedido en nuestro país. Aquí, nos hallamos con un modelo con gobierno de facto ejercido por tres comandantes de las tres fuerzas armadas, en paridad de poderes.

En efecto, puede entonces advertirse que en nuestro país se organizó un gobierno de facto – lo que no ocurrió en Alemania–. Los miembros de la Junta de Comandantes, a cargo del gobierno, esto es, Videla, Massera y Agosti, aún estando cada uno al comando de su respectiva fuerza, articularon, planificaron y ejecutaron acciones desde el Estado, con un propósito común: la puesta en marcha de un plan ilegal de exterminio de opositores políticos en todo el país (cfme. la sentencia 13/1984). Se advierte allí sin dificultad, un nivel horizontal de responsabilidades y la existencia de *coautoría mediata*. Todos ellos se conocían, se reunían, compartieron cargos como integrantes de la Junta y en común planificaron y ordenaron la ejecución del plan criminal descripto. Se introduce junto al *eje vertical* y jerárquico que plantea Roxin –indudablemente también existente– un segundo *eje horizontal* que despliega una decisión y ejecución en común entre pares, que configura la coautoría mediata, lo que se ajusta con mayor exactitud al modelo de represión y de plan criminal local analizado en el presente decisorio.

Este análisis de responsabilidades horizontales es factible de trasladar al acusado Menéndez, quien compartió un grado de responsabilidad paralela en paridad de cargos con los demás Comandantes de zona del país, por lo que en relación al plan, podría también considerarse a cada Comandante de zona, coautor mediato en relación a su par, aúncuando, a los efectos de su responsabilidad penal, lógicamente debamos circunscribirnos a su competencia reglamentaria y territorial. Es decir entonces, la *coautoría mediata de Menéndez se configura en relación al plan sistemático y con respecto a sus pares*. Por otra parte, lo mismo puede afirmarse con respecto a aquellos autores mediatos intermedios que compartían funciones en otros cargos paralelos, como ya analizaremos al tratar los integrantes del Estado Mayor. Por lo antes dicho, entendemos que la modalidad de intervención utilizada en nuestro país –de la que dan cuenta los hechos traídos a juicio– se presentan bajo la forma de coautoría mediata, no siendo necesaria para su configuración, que otros con igual jerarquía se encuentren acusados en la misma causa, por cuanto, como referimos, la coautoría se perfecciona con relación al hecho considerado como plan criminal, aún cuando puedan acotarse las responsabilidades penales con respecto a los hechos motivo de acusación.

En el marco del plan sistemático descripto en la Sentencia de la Causa 13/1984 y reseñado en particular en el presente decisorio, se procedía a la realización de una serie de acciones típicas articuladas y concatenadas entre sí llevadas a cabo específicamente, como ya hemos probado, por el grupo que ejecutaba el plan, esto es, por la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Córdoba, denominada "D2", o Comando Radioeléctrico, del Destacamento de Inteligencia 141 (hechos de la Causa Gontero y Hechos I, II, IV, V y VII de la Causa *Videla*) por personal militar, tanto de Policía Militar, Regimiento de Aerotransportada II, como Gendarmería Nacional (Hechos III, VI, VIII, IX, XI, XII y XIII de Causa *Videla* y Hecho (...), Causa *Gontero*).

Estas acciones típicas interdependientes (plan) consistían en el secuestro de las víctimas, su traslado hasta la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia y/o privación ilegal de su libertad una vez arribada por sus propios medios hasta dicha sede, traslado y alojamiento en la Unidad Penitenciaria n. 1 y al centro clandestino "La Ribera", su privación ilegal de la libertad dentro de dicho centro, el sometimiento a un régimen deshumanizante, imposición de tormentos físicos y psíquicos permanentes, y como destino final la legalización –puesta a disposición del Poder Ejecutivo Nacional o de la Justicia–, la libertad o la muerte. Por ello, dicho plan requería en consecuencia, una tarea en conjunto y a su vez una división de las mismas.

1) Con relación a la privación ilegal de la libertad agravada (seis hechos de la Causa Gontero), cabe señalar que los acusados *Miguel Ángel Gómez, Yamil Jabour, Graciela Antón, Carlos Alfredo Yanicelli, Calixto Luis Flores, Alberto Luis Lucero y Fernando Martín Rocha* en sucarácter de integrantes de la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Córdoba o como miembro del Comando Radioeléctrico, también de la Policía de la Provincia de Córdoba, presentes en el lugar y en el tiempo donde se produjeron los hechos, decidieron intervenir con su aporte y ajustarse al mismo plan. Lo cierto es que más allá de la tarea específica que cumplió cada uno de los acusados antes referidos, éstos efectuaron aportes, ya sea materializando la privación ilegal de la libertad, o bien contribuyendo al mantenimiento y permanencia de las mismas en tal situación, bajo su total arbitrio, de tal manera que sin sus aportes, los hechos de privación ilegal de la libertad, no hubieran podido llevarse a cabo según estaban diseñados. De esta manera sus intervenciones se definen como *coautoría por dominio funcional* en la ejecución del hecho.

2) Con respecto a los tormentos agravados (seis hechos de la Causa *Gontero*, cabe señalar que los acusados *Miguel Ángel Gómez, Yamil Jabour, Graciela Antón, Carlos Alfredo Yanicelli, Calixto Luis Flores, Alberto Luis Lucero y Fernan-*

do Martín Rocha en su carácter de integrantes de la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Córdoba, o como miembro del Comando Radioeléctrico, también de la Policía de la Provincia de Córdoba, presentes en el lugar y en el tiempo donde se produjeron los hechos de tormentos, decidieron intervenir con su aporte y ajustarse al mismo plan, consistente en someter a tormentos a las seis víctimas de la causa. Lo cierto es que más allá de la tarea específica que cumpliera cada uno, efectuaron los aportes consistentes en aplicar tormentos físicos y psicológicos, humillar etc., ya descriptos en el punto correspondiente, de tal manera que sin ese aporte los hechos de tormentos no hubieran podido llevarse a cabo según estaba diseñado. De esta manera sus intervenciones lo son a título de *coautor por dominio funcional* en la ejecución de cada hecho de tormentos.

3) Con respecto a los tormentos agravados (cuatro hechos que constituyen el Hecho I de la Causa *Videla*), cabe señalar que los acusados *Miguel Ángel Gómez, Yamil Jabour, Carlos Alfredo Yanicelli (sólo en relación al hecho de lavíctima Fidelman), Calixto Luis Flores, Alberto Luis Lucero, Juan Eduardo Ramón Molina y Marcelo Luna* en su carácter de integrantes de la Dirección de Inteligencia de la Policía dela Provincia de Córdoba, presentes en el lugar y en el tiempo donde se produjeron los hechos de tormentos, decidieron intervenir con su aporte y ajustarse al mismoplan, consistente en someter a tormentos a las seis víctimas de la causa. Lo cierto es que más allá de la tarea específica que cumpliera cada uno, efectuaron los aportes consistentes en trasladar a la víctima hasta el lugar para ser sometida a tormentos, aplicarles tormentos físicos y psicológicos, humillarlas etc., ya descriptos en el punto correspondiente, de tal manera que sin ese aporte los hechos de tormentos no hubieran podido llevarse a cabo según estaba diseñado. De esta manera sus intervenciones lo son a título de *coautor por dominio funcional* en la ejecución de cada hecho de tormentos.

En los tres grupos de hechos, la forma de intervención se presenta bajo la variable del dominio del hecho que enunciamos como "co-dominio funcional", la que se configura, en tanto los coautores han realizado un aporte alhecho, de características y naturaleza tal, que conforme alplan concreto y diseño ya descriptos, sin ese aporte, el hecho no podría haberse realizado en la forma en que se desarrolló. Como advertimos supra, la privación ilegal de la libertad se configura desde el momento en que se priva a la víctima de su libertad de movimiento o ambulatoria, manteniéndose la figura bajo la forma de un delito permanente mientras no cesa esta situación.

En el caso de los tormentos, su adecuación típicase configuraba no sólo por la imposición de tormentos físicos, sino por las condiciones de vida inhumanas, castigos permanentes, amenazas, tabicamiento, mantenimiento de encier-

ro bajo estas condiciones etc., ya descriptos precedentemente, todos los cuales constituyeron padecimientos físicos y psíquicos sufridos de manera continua y sistemática por todos los cautivos en dependencias de la D2, Policía dela Provincia, como ha sido acreditado durante el transcurso del debate y que se subsumen en el tipo de tormentos agravados, habiéndose dado por probado que en este grupo, sus integrantes participaron en diferentes tramos y momentos delos operativos de las privaciones y sesiones de tormentos, según corresponda a cada hecho analizado.

Por todo ello, no es necesario que los acusados hayan tomado parte desde el inicio en la comisión de todos los delitos; pueden haberse sumado al *iter criminis* mientras los ilícitos continuaban consumándose y hasta su culminación, asegurando con su aporte doloso la continuación de la privación ilegal de la libertad y los tormentos.

4) Con respecto a los tormentos agravados (veintiocho hechos que corresponden al Hecho III de la Causa *Videla*), cabe señalar que los acusados *Gustavo Adolfo Alsina, Pedro Mones Ruiz, Carlos Ibar Perez y Miguel Angel Perez* en su carácter de integrantes del Ejército, realizaron en forma directa las acciones que constituyen dicho delito, con dominio de las acciones típicas en cada hecho atribuido.

La prueba rendida en el debate ya analizada permite acreditar que la forma de intervención de los nombrados se presenta bajo la variable del dominio del hecho que enunciamos como "dominio de la acción", la que se configura en tanto los autores realizan el tipo de propia mano. Su adecuación típica se configuró no sólo por la imposición de tormentos físicos, sino por las condiciones devida inhumanas, castigos permanentes, amenazas, tabicamiento, mantenimiento de encierro bajo estas condiciones, tormentos, humillaciones, hambre, hacinamiento, incomunicación etc., ya descriptos precedentemente, todos los cuales constituyeron padecimientos físicos y psíquicos sufridos de manera continua y sistemática por todos los cautivos en dependencias de la UP1, como ha sido acreditado durante el transcurso del debatey que se subsumen en el tipo de tormentos agravados, habiéndose dado por probado que en este grupo, sus integrantes participaron en forma directa en la imposición de dichos tormentos, ya sea imponiendo tormentos físicos ya descriptos, como psicológicos, infundiendo el terror,mediante humillaciones y amenazas a los detenidos.

Por todo ello, no es necesario que los acusados hayan tomado parte desde el inicio en la comisión de todos los delitos; pueden haberse sumado al *iter criminis* mientras los ilícitos continuaban consumándose y hasta su culminación, asegurando con su aporte doloso la continuación de los tormentos.

5) Con respecto a la participación responsable delos acusados *Calixto Luis Flores y Marcelo Luna* en los tres homicidios calificados que constituyen el Hecho II Causa *Videla*, en su carácter de integrantes de la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Córdoba, presentes en el lugar y en el tiempo donde se produjeron los hechos de homicidio, decidieron intervenir con su aporte y ajustarse al mismo plan, consistente en dar muerte a las tres víctimas. Lo cierto es que más allá de la tarea específica que cumplió cada uno, efectuaron los aportes consistentes en preordenar el estado de indefensión de las víctimas, llevarlas hasta el lugar donde fueron fusiladas y finalmente darles muerte, mediante disparos de arma de fuego, lo que ya fue descripto en el punto correspondiente, de tal manera que sin esos aportes los hechos de homicidio no hubieran podido llevarse a cabo según estaba diseñado. De esta manera sus intervenciones lo son a título de *coautor por dominio funcional* en la ejecución de cada hecho que conforma el denominado Hecho II (Causa *Videla*), la que se configura, entanto los coautores han realizado un aporte al hecho, de características y naturaleza tal, que conforme al plan concreto y diseño ya descriptos, sin ese aporte, el hecho no podría haberse realizado en la forma en que se desarrolló.

6) Con respecto a la participación responsable delos acusados *Calixto Luis Flores, Carlos Alfredo Yanicelli, Yamil Jabour, Alberto Luis Lucero, Miguel Angel Gómez y Juan Eduardo Ramón Molina* en los seis homicidios que constituyenel Hecho IV Causa "Videla", en su carácter de integrantes dela Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Córdoba, en su carácter de integrantes de la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Córdoba, presentes en el lugar y en el tiempo donde se produjeron los hechos de homicidio, decidieron intervenir con su aporte y ajustarse al mismo plan, consistente en dar muerte a las seis víctimas de la causa. Lo cierto es que más allá de la tarea específica que cumpliera cada uno, efectuaron los aportes consistentes en trasladar a las víctimas hasta el lugar para ser asesinada, preordenando su indefensión por medio del tabicamiento y ataduras, y como desenlace, proceder a asesinarlas mediante disparos de arma de fuego, de tal manera que sin esos aportes los hechos de homicidio no hubieran podido llevarse a cabo según estaba diseñado. Sus intervenciones lo son a título de *coautor por dominio funcional* en la ejecución de cada uno de los seis hechos de homicidio.

La forma de intervención se presenta bajo la variable del dominio del hecho que enunciamos como "codominio funcional", la que se configura, en tanto los coautores han realizado un aporte al hecho, de características y naturaleza tal, que conforme al plan concreto y diseño ya descriptos, sin ese aporte, el hecho no podría haberse realizado en la forma en que se desarrolló.

Por todo ello, no es necesario que los acusados hayan tomado parte desde el inicio en la comisión de todos los delitos; pueden haberse sumado al *iter criminis* mientras los ilícitos continuaban consumándose y hasta su culminación, asegurando con su aporte doloso la ejecución y consumación delos homicidios.

7) Con relación a la participación responsable delos acusados *Pedro Mones Ruiz y Miguel Angel Perez*, en lostormentos y homicidio calificado del que resultó víctima Bauducco (Hecho VIII Causa *Videla*), hemos dado por acreditado que Miguel Angel Perez, sometió a Bauducco a una feroz golpiza, en el marco de una requisa violenta ordenada, supervisada y dirigida por Mones Ruiz, en su carácter de superior de Perez y Jefe de Sección del Regimiento II. Como consecuencia de los tormentos recibidos, Bauducco resultó con lesiones cerebrales y un estado de semidesvanecimiento que le impidieron obedecer la orden impartida por Perez para levantarse, por lo que éste último procedió a efectuarle disparos de arma de fuego en la cabeza, ocasionando su muerte. En este caso, la forma de intervención de Perez se presenta bajo la variable del dominio del hecho que ya enunciamos como "dominio de la acción", la que se configura en tanto el nombrado realizó los tipos de tormentos y homicidio de propia mano.

Ahora bien, conforme ya hemos reseñado, el acusado *Mones Ruiz*, en su carácter de Jefe de Sección, del Regimiento II, a cargo de la requisa ese día y superior de Perez, se encontraba a cargo de la requisa y procedimiento realizado ese día, que tuvo como desenlace el homicidio de Bauducco. Por lo expuesto, Mones Ruiz, presente en el lugar y en el tiempo donde se produjo el homicidio de Bauducco, decidió intervenir con su aporte y ajustarse al mismo plan, siendo evidente que dicha intervención implicaba en el marco de su ejecución conocer con certeza y querer y/o asentir el desenlace de este plan, consistente en el homicidio de Bauducco, como así también el tramo anterior consistente en los tormentos infligidos al mismo. Lo cierto es que más allá de la tarea específica que cumplió Mones Ruiz, efectuó los aportes referidos precedentemente, dentro del único tramo con lesiones progresivas (tormentos y luego homicidio), consistente en dar la orden de requisa y controlar todo el operativo ejecutado sobre la víctima Bauducco, de tal manera que sin ese aporte el hecho de homicidio no hubiera podido llevarse a cabo según estaba diseñado. De esta manera su intervención como *coautor por dominio funcional* en la ejecución del hecho ha co-configurado la ejecución del homicidio.

Entendemos que el acusado precedentemente mencionado efectuó una contribución esencial en el estadio de la ejecución del homicidio, la que se inscribe como desenlace y tramo final del plan concreto ya descripto y que hemos dado por probado.

Los aportes del acusado al homicidio, no constituyen así meros actos preparatorios no punibles, ni aportes por participación necesaria sino una intervención co-configurante del hecho.

Se ha acreditado tanto el aspecto objetivo de la co-configuración funcional (materialización de la orden de requisa violenta bajo golpes y del disparo) como el aspecto subjetivo (consentir y querer todos los tramos del hecho, con su modalidad agravatoria, esto es alevosía por haber asegurado la indefensión previa de la víctima). Todo ello nos permite afirmar que el acusado Pedro Mones Ruiz intervino como coautor funcional por dominio del hecho en relación a los tormentos y el homicidio del que resultó víctima Bauducco, todo ello, más allá de la subsunción tratada en los tipos que los abarcan.

8) Con relación a la participación responsabledel acusado *Gustavo Adolfo Alsina*, en el homicidio calificado, del cual resultó víctima René Moukarzel (Hecho IX Causa *Videla*), hemos dado por acreditado que dio expresas órdenes a su personal de que sometieran a Rene Moukarzel a una feroz sesión de tormentos consistente en estaquear al mismo, desnudo atado de manos y pies, en un patio de la Penitenciaría, además de recibir golpes y patadas, arrojándole agua, dicho personal durante casi 24 hs., pese a frías temperaturas invernales, falleciendo Moukarzel como consecuencia de la sesión de tormentos, tras una larga agonía, frente a la mirada tanto de los presos como del personal presente en el lugar, no haciendo cesar la sesión de tormentos pese a los pedidos de auxilio de Moukarzel y a los signos de agonía de éste. Ahora bien, conforme ya hemos reseñado, el acusado Alsina, en su carácter de Jefe de una de las Secciones de la Compañía de Policía Militar 141, a cargo del detenido Moukarzel, expresamente dio la orden a sus subalternos de que llevaran a cabo materialmente los tormentos antes descriptos y los mantuvieron durante el lapso y condiciones indicadas, los que produjeron la muerte del nombrado. Por lo expuesto, Alsina, presente en el lugar y en el tiempo donde se produjo el hecho, decidió intervenir con su aporte y ajustarse al mismo plan, siendo evidente que dicha intervención implicaba en el marco de su ejecución conocer con certeza y querer el desenlace de este plan, consistente en la muerte e Moukarzel, como así también el tramo anterior consistente en los tormentos infligidos al mismo, y que su muerte se produjera por medio de un extremo sufrimiento en condición de total indefensión. Alsina efectuó los aportes referidos precedentemente, dentro del único tramo de tormentos que culminaron con la muerte, de tal manera que sin ese aporte el hecho no hubiera podido llevarse a cabo según estaba diseñado. De esta manera su intervención como coautor por dominio funcional en la ejecución del hecho ha co-configurado la ejecución del homicidio calificado por alevosía y ensañamiento.

Entendemos que el acusado precedentemente mencionado efectuó una contribución decisiva en el estadio de la ejecución de la muerte de Moukarzel. Los aportes del acusado no constituyen aportes por participación necesaria sino una intervención co-configurante del hecho.

Se ha acreditado tanto el aspecto objetivo de la co-configuración funcional (materialización de la orden de tormentos) como el aspecto subjetivo (querer tanto los tormentos como la muerte con sufrimiento, preordenando la indefensión del mismo). Todo ello nos permite afirmar que el acusado Gustavo Adolfo Alsina intervino como *coautor funcional por dominio del hecho* en relación al homicidio calificado del que resultó víctima Moukarzel.

En este punto resulta de interés destacar con respecto a la participación como coautores por dominio funcional del hecho que hemos fijado para el acusado Alsina (Hecho IX), y Mones Ruiz (Hecho VIII), que con relación al delito de homicidio, Nuñez, –autor de indiscutida adhesión estricta a la teoría causal– analiza en su *Manual de Derecho Penal, parte General*, Córdoba: Ed. Córdoba, 1999, p. 252, que en general la coautoría abarca a quienes cometen típicos actos consumativos y quienes cumplen actos que ayudan o complementan dichos actos (Disposiciones Generales, p. 197) y aplicando este criterio respecto de homicidio, y específicamente el mismo autor (nota 418) ha señalado que es coautor no solo quienes apuñalaron a la víctima sino quien, ayudó al autor con su tarea, estando presente, instruyéndolo para que lo cometiera. En los casos de autos, entregar presos y dentro del mismo contexto instruir para que se los mate, ordenar a los internos que salgan y en el mismo contexto, entregarlos para que los golpeen a quienes se instruye en el mismo contexto, se tratan de conductas cohacedoras tanto del delito de tormentos como de homicidio. Consideramos que aquí Nuñez, efectúa para el caso del delito de homicidio, una suerte de cesión y ampliación en su análisis que no se reduce a la mera constatación mecánica causal para la determinación de la autoría, sino que incorpora pautas valorativas relativas a la función y finalidad cumplidas en la comisión del hecho, que permiten aproximar la concepción causal con la teoría del dominio del hecho para los hechos antes descriptos, por lo que se infiere que cualquiera sea la concepción conforme a la cual se analicen los hechos de homicidio y tormentos, se arribaría a la misma conclusión por ende, el acusado nombrado, debe responder a título de coautor.

10) Corresponde ahora abordar la intervención y grado de responsabilidad que les cupo a los acusados *Vicente Meli, Mauricio Carlos Poncet, Raúl Eduardo Fierro y Jorge González Navarro.*

En tal sentido cabe mencionar que los delitos de tormentos agravados (cuatro hechos en concurso real, en Hecho I Causa *Videla*) y homicidio calificado

(tres hechos en concurso real, Hecho II en Causa *Videla*) y los homicidios calificados (seis hechos en concurso real, Hecho IV, y VII (dos hechos) todos en la Causa *Videla*), fueron atribuidos en grado de coautoría por dominio funcional, según sus respectivas responsabilidades en cada grupo de hechos, conforme ya fuera analizado, a los acusados Yanicelli, Luna, Jabour, Flores, Molina, Gómez y Lucero, pertenecientes a la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Córdoba "D2", o bien a autores no identificados pertenecientes a dicha fuerza, todos los cuales estaban subordinados y bajo el mando de la Jefatura de la Dirección General de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Córdoba, la que a su vez recibían orden de la Jefatura de la Policía de la Provincia de Córdoba, quienes revestían todos el carácter de fuerza de seguridad bajo el control operacional del Ejército. A su vez todos ellos recibían directivas del Área 311, correspondiente a la Provincia de Córdoba, que formaba parte del Tercer Cuerpo de Ejército.

Por otra parte, fueron atribuidos en cuanto a su ejecución material a personal militar los Hechos III, V, VI, VIII, IX, XI, XII y XIII, fuera este identificado y traído a juicio o no. El personal interviniente pertenecía en todos los casos al Ejército, dependiendo en todos los casos de la Brigada IV, de Infantería Aerotransportada.

Los acusados Meli, Poncet, Fierro y González Navarro integraban el Estado Mayor de la IV Brigada Aerotransportada. A su vez, Sasiaiñ era su Jefe inmediato superior, como Comandante en Jefe del Estado Mayor y de la Brigada IV de Infantería Aerotransportada. Conforme ya fuera analizado, el Estado Mayor de la Brigada formaba parte del Estado Mayor del Area 311. Era un órgano cuyas funciones consistían –entre otras– en tareas de enlace entre el Comando y los organismos dependientes del mismo, informar al Comandante y representarlo cuando fuera necesario, fiscalización de todas las órdenes que se impartieran que respondieran a normas y planes fijadas por el Comandante, control de cumplimiento de las órdenes del Comandante, obteniendo información, orientación y órdenes desde el Comando superior asegurándose que se establezca el enlace con comandos adyacentes. Cumplía funciones de asistencia y colaboración con el Comandante. Obtenía información de inteligencia, efectuaba apreciaciones y asesoraba, preparaba planes, transformaba dichos planes en órdenes y hacía que éstas fueran transmitidas a cada integrante de la fuerza, supervisaba la ejecución de los planes y órdenes, asegurando que se cumplieran las mismas. Existía una "compenetración mutua" entre el Comandante y su Estado Mayor calificados como una sola entidad militar frente al cumplimiento de las "misiones". Se trataban de cargos asumidos por personas que gozaban de máxima confianza del Comandante. En forma preponderante este órgano

se ocupaba de supervisar la ejecución de las órdenes del Comandante. El contexto de actuación del Estado Mayor se comprende en estrecha vinculación y dentro del marco de la lucha antisubversiva, por medio del plan ilegal de exterminio de opositores políticos instrumentado por el Ejército. Conforme ya fuera señalado en las sentencias dictadas por este Tribunal en las causas *Brandalisis* y *Albareda*, con relación al aparato organizado de poder estatal desde el año 1975. Conforme lo señala la Sentencia de la Causa 13/1984 y se ha acreditado en autos, el plan sistemático clandestino de exterminio de opositores políticos iniciado como consecuencia de la "Lucha contra la Subversión" se inició a partir de 1975 pero adquirió forma generalizada con control absoluto de los resortes del gobierno por parte de la autoridad militar, a partir del 24.03.1976. En igual sentido, el informe final de la Conadep señaló que la desaparición forzada de personas se generalizó a partir de que las fuerzas armadas tomaran el absoluto control del Estado, y mediante una estructura operativa tendiente a lo que se denominó "Lucha contra la Subversión", preexistente a esa fecha.

Ello nos sitúa dentro de los estratos de un escalafón militar con capacidad de planificación y decisión dentro del Comando del Area 311, compuesto por el Comandante (Menéndez) el segundo Comandante (Sasiaiñ) y su Estado Mayor con sus roles de planificación, asesoramiento, dando cumplimiento a las órdenes impartidas por sus Jefes y fiscalización de aquellas impartidas.

En este contexto, y conforme ha sido descripto, le cupo al acusado *Vicente Meli* un rol fundamental como Jefe de un órgano encargado de gestar, impulsar planes y órdenes, asesoramiento, planificación estratégica y supervisión en la ejecución de órdenes del Comandante, secundando al mismo. Por su parte, ya se ha dado por acreditada la intervención de Meli en las reuniones de la Comunidad Informativa, donde se fijaban las pautas y acciones de la lucha ilegal contra la subversión en Córdoba. Sin perjuicio de su rol preponderante como Jefe de un órgano clave en toda la lucha antisubversiva. Meli también intervino directamente suscribiendo órdenes de traslado de detenidos relativas a dos de las víctimas de homicidio de la causa (Tramontini y Páez de Rinaldi), de traslado de DeBreuil y Jorge García al CCD la Perla donde fueron brutalmente torturados; de comunicación de la versión falaz y encubridora a la justicia de los fusilamientos de Balustra, Díaz, Hubert, González de Baronetto y García, de dictado de directivas sobre visitas o sobre libertad de numerosos presos a disposición del PEN. En particular resulta de relevancia la nota dirigida al Director del Servicio

Penitenciario Provincial Ejército (organismo que quedó bajo el control operacional del Ejército conforme a la Directiva 404/1975 de Videla) facultando a los internos subversivos a recibir visitas para Navidad en 1976, prueba evidente

de su labor de retransmisión de órdenes emanadas desde la cúpula de Comandantes, en el caso: de Videla a Menéndez, que éste último retransmitió a la IV Brigada y ésta a su vez a Meli (quien le retransmitió la orden en reemplazo de Sasiaiñ), con motivo de una solicitud formulada personalmente en este sentido por Primatesta a Videla. Todo ello pone de relieve su papel fundamental y el poder que el mismo detentaba, como así también su amplias y variadas funciones, no limitándose su intervención en los hechos a la de mero asesoramiento y planificación, por cuanto, por el contrario se ha acreditado con certeza, su intervención en el plan sistemático como retransmisor de órdenes y supervisor del cumplimiento de las mismas, denotando una clara intervención en la toma de decisiones y retransmisión de órdenes a personal penitenciario y militar en este escenario. Por ello, consideramos que le cabe una responsabilidad en los hechos atribuidos que no se limita o circunscribe a la de cómplice, sino a título de *coautor mediato intermedio*, en los hechos atribuidos.

Por su parte los acusados *Mauricio Carlos Poncet, Raúl Eduardo Fierro y Jorge González Navarro*, cumplieron tareas como Jefes de Personal (G-1), de Inteligencia (G-2) y de Asuntos civiles (G-5) respectivamente, dentro del Estado Mayor. Todos tenían como superior inmediato al acusado Meli.

En particular, *Poncet* tenía como función la planificación, supervisión, trato y educación de prisioneros de guerra. Es decir, los detenidos por su supuesta vinculación con actividades subversivas, sometidos al plan ilegal, los que se hallaban bajo su área de custodia. Asimismo supervisaba al Estado Mayor respondiendo ante el Comandante por la clasificación y asignación con eficacia del hombre más adecuado para cada tarea, de lo que se derivaba el control del personal militar que cumplía servicios en la UP1. Su rol en el control de "prisioneros de guerra", en el marco de la lucha antisubversiva como así también su efectiva contribución en la retransmisión de decisiones que determinaron la realización de los hechos ilícitos motivo de la presente causa se ponen en particular en evidencia, mediante la elaboración, intervención personal y suscripción de la orden emitida por Sasiaiñ a través de la cual se dispusieron severas restricciones al régimen interno de los detenidos especiales en la UP1 a partir del 02.04.1976, lo que ocasionó, en cumplimiento de dicha directiva, los hechos ocurridos a las víctimas de la presente causa. Sasiaiñ con claridad preanunció a los detenidos, que todos morirían, al tiempo que se dictaba la directiva citada, por lo que resulta claro que la puesta en marcha del régimen de detención tenia como finalidad y último tramo del plan, el exterminio de todas las víctimas, desenlace que no pudo estar ajeno al conocimiento de Poncet, desde su cercano rol de asesor, custodio de prisioneros y suscriptor de dicha orden. Por lo expuesto, consideramos que le cabe responsabilidad como

coautor mediato intermedio en todos los hechos atribuidos relacionados con el escenario de la UP1 (Hechos III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XI, XII y XIII). Con relación a los Hechos I y II, que tienen como ejecutores a personal de la Policía de la Provincia (D2), no se ha acreditado que el acusado Poncet, interviniera en la retransmisión ni suscripción de órdenes emanadas de la autoridad militar dirigidas a la fuerza policial, por lo que consideramos que en el caso, su intervención se ha visto limitada al asesoramiento y planificación de estrategias y planes con relación a los detenidos por fuerzas policiales, papel inherente a su competencia general dentro del G1, conforme al cual se brindaban aportes indispensables para la toma de decisión por parte del Comando con relación a los detenidos. Por ello con relación a los hechos I y II, cabe atribuirle responsabilidad a título de *partícipe necesario*.

Con relación a la participación que le cabe a *Raúl Eduardo Fierro*, éste se desempeñaba como mencionáramos, como Jefe del G2, esto es, Inteligencia del Estado Mayor, siendo de fundamental importancia su labor dirigida a la adquisición de "blancos" y la apreciación de capacidades del enemigo, planeamiento y coordinación con otros miembros del Estado Mayor de los métodos para engañar al "enemigo", mediante acciones psicológicas. Los blancos en la jerga militar, eran obviamente aquellos seleccionados para ser luego detenidos, torturados etc., con las finalidades y recorrido ya analizado acabadamente. En este contexto delictivo, Fierro proporcionaba la información necesaria para dirigir y decidir el accionar contra dichos blancos y elaboraba los informes de inteligencia correspondientes. Por lo expuesto, consideramos que el acusado Fierro ha efectuado aportes fundamentales que permitieron la toma de decisiones y ejecución de acciones antisubversivas desarrolladas tanto por personal policial como militar, conforme a las órdenes emanadas de la IV Brigada, por delegación de la Comandancia del Area 311, en el marco del plan delictivo y hechos motivo de la presente causa, por lo que le cabe una responsabilidad a título de partícipe necesario en todos los hechos atribuidos (Hechos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XI, XII y XIII).

Con relación a la participación que le cabe a *Jorge González Navarro* en los hechos enrostrados, éste se desempeñaba como Jefe del G5, esto es, Jefe de Asuntos Civiles del Estado Mayor, siendo de fundamental importancia su labor dirigida a la remoción de funcionarios de gobierno, estudiando y clausurando los tribunales de justicia, coordinando con el G2 y G3 para mantenerse informado de las actividades "de guerrilla", con responsabilidad primaria en asuntos relacionados con la población civil. Se trataba de un funcionario clave en la implementación del sistema ilegal desempeñando un rol como asesor en la remoción y designación de distintos funcionarios, entre los mismos, el

personal directivo de la UP1. En particular adquiere relevancia su intervención personal en las órdenes de traslado de los detenidos en la UP1, conforme se desprende de distintas notas cursadas donde se solicitaban detenidos para interrogatorios, u órdenes de libertad, a modo de ejemplo: orden de traslado de Vaca Narvaja entre varios detenidos, orden efectivizada por Alsina donde fueron llevados al CCD La Ribera, de Franzosi (quien reingresó a la UP1), de Fidelman, Mozé y otros (Hecho IV), quienes fueron trasladados por personal de la D2, traslado que terminó en un simulacro de fuga y su muerte, en la orden de entrega a personal militar de De Breuil, Vaca Narvaja etc (Hecho XI) con similar procedimiento al anterior e igual desenlace. Intervino asimismo en la confección de la orden de entrega de las víctimas Tramontini y Páez de Rinaldi, suscripta asimismo por su superior inmediato, Meli (Hecho XII), entre varias órdenes más, ya enumeradas en el apartado correspondiente, órdenes ejecutadas tanto por personal policial como militar. Resulta por ello acreditado que además de sus funciones asignadas dentro del plan, algunos de los acusados, cumplían además, otras tareas relevantes y particularizadas dentro del mismo, en el caso, *González Navarro*, aparece en los hechos, no sólo cumpliendo un rol de asesoramiento y planificación –conforme hemos indicado precedentemente– sino con un desempeño en forma fundamental, como retransmisor de órdenes y suscriptor de las mismas, concerniendo tanto a las acciones delictivas desarrolladas por personal del D2 como por personal militar, por lo que consideramos que cabe atribuirle responsabilidad como *coautor mediato intermedio* en todos los hechos que le fueran atribuidos (Hechos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XI, XII y XIII).

Con respecto a la participación que le cupo al acusado *Víctor Pino Cano*, éste cumplía funciones como Jefe del Regimiento de Infantería Aerotransportada II, dependiente de la IV Brigada. Dicho regimiento a su cargo, era una unidad de relevancia dentro de la conformación orgánica del III Cuerpo y estuvo designada, mediante determinadas subunidades, a cumplir funciones dentro de la UP1, quienes establecieron base en dicha unidad, para cumplir misiones dentro del plan represivo. Así, sus subordinados, junto con personal militar de la Policía Militar, monopolizaron el ejercicio deprácticas ilegales represivas dentro de la UP1, siendo elacusado Pino Cano, quien tenía bajo su comando a dicho personal, dada la verticalidad en la cadena de comando, hecho que no podía ignorar, pues por delegación, las órdenes a cumplir dentro del plan ilegal, debían ser dadas a sus subalternos por su superior inmediato, esto es, el acusado Pino Cano, quien en consecuencia, retransmitió las órdenes emanadas de sus Jefes, esto es, de la –Brigada IV, fin de que sus subordinados– en la causa, los acusados Pedro Mones Ruiz y Miguel Angel Perez –ejecutaran los

tormentos y prácticas que constituyen el Hecho III, que les han sido atribuidos como autores por dominio de la acción y co-dominio funcional del hecho respectivamente. Por todo lo expuesto, consideramos que su participación en los hechos atribuidos (Hecho III) es *coautor mediato intermedio*.

Con relación a *Emilio Juan Huber* caben consideraciones similares a las efectuadas con relación a Pino Cano. En efecto, Huber cumplía funciones como Jefe de la Policía Militar 141 a la fecha de los hechos, dependiendo directamente de la IV Brigada, del que pasó a depender, tres días antes del golpe de Estado, dato relevante si se tiene en consideración la función asignada a la Policía Militar, cual era, fundamentalmente la custodia de detenidos y seguridad del personal del Comando. Es decir, entonces, toda la Policía Militar estaba asignada a la lucha contra la subversión. En este contexto, todas las unidades a su cargo fueron designadas para hacer base en la UP1, con tarea de custodia de detenidos especiales. Se ha acreditado que el personal subalterno debía retirar sus órdenes en sede de la Policía Militar y luego dirigirse a cumplirlas a la UP1, lo cual sitúa al acusado Huber en un evidente rol de retransmisor de la órdenes que en el contexto del plan represivo ilegal impartía la IV Brigada a través de la Policía Militar para ser ejecutadas dentro de la UP1. Ya hemos destacado que el régimen inhumano de detención impuesto a los detenidos en dicho escenario, no fue obra de la casualidad sino producto de una expresa directiva impartida por Sasiaiñ, es decir el superior inmediato de Huber, marco dentro del cual se produjo por otra parte, el hecho de homicidio calificado del que resultó víctima Moukarzel, por obra de su subalterno Alsina, por todo lo cual cabe colegir que Huber tuvo intervención en la retransmisión de órdenes emanadas de sus superiores, pues conforme a lo dado por probado y antes analizado, dicho personal actuó siempre bajo sus órdenes, por todo lo cual *Juan Emilio Huber* debe responder penalmente como coautor mediato intermedio por los hechos atribuidos (Hechos III y IX).

Con respecto a la participación que le cupo al acusado *Luciano Benjamín Menéndez*, el nombrado ocupaba elcargo de Jefe del Tercer Cuerpo de Ejército y al mismo tiempo, Comandante del Area 311. Desde este rol, Menéndez desarrolló un estricto control de las unidades a su cargo, impartió órdenes e instrucciones, generó las condiciones adecuadas para que esas órdenes e instrucciones se acataran, supervisó los resultados y facilitó las condiciones para que el plan (referenciado supra), del cual formaba parte con un rol de diseño y dirección, se cumpliera acabadamente por las diversas dependencias a su cargo.

Por ello, los hechos traídos a juicio se ejecutaron como consecuencia de las directivas y órdenes impartidas por Menéndez, lo que nos permite con-

cluir que intervino en los hechos atribuidos (Hechos de la Causa *Gontero* –ver detalles–) y Hechos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XI, XII y XIII de la Causa *Videla*); y conforme a las consideraciones efectuadas en párrafos precedentes como *coautor mediato* por dominio de las unidades que integraban el Área 311 y en particular de la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Córdoba, comando Radioeléctrico, la Brigada IV de Infantería Aerotransportada con su Estado Mayor, y dependencias de dicha Brigada (Regimiento II y Compañía de Policía Militar 141) y Gendarmería Nacional.

Por último cabe analizar la participación responsable en los hechos atribuidos del acusado *Jorge Rafael Videla*, con el cargo de Teniente General, máxima autoridad militar, junto con sus pares en la Junta de Comandantes, titular del PEN y del gobierno de facto, merced al golpe de –estado perpetrado el 24.03.1976 y Comandante General del Ejército, con rol preponderante como Fuerza Armada en la denominada "lucha contra la subversión". Todos los hechos de la Causa *Videla* se cometieron como consecuencia de la planificación estratégica y táctica emanada de la cúpula militar. Videla fue el responsable de fijar los objetivos y proveer de infraestructura y medios para la consiguiente cadena de mandos bajo sus órdenes. En este marco dictó la Directiva 404/1975 (Lucha contra la Subversión) que tuvo por finalidad poner en ejecución el objetivo político de represión de actividades consideradas ilegales y de la aniquilación de todos los opositores políticos al régimen, destacándose de los términos de dicha directiva la orden impartida de actuar ofensivamente, prefigurando lo que se consideraba "enemigo". Se trazó una división por zonas en todo el país a fin de llevar adelante el plan ilegal diseñado por el acusado Videla, todo lo cual ha sido ya analizado pormenorizadamente en el apartado correspondiente. Sin perjuicio de lo antes dicho, cabe añadir que, en el caso de la mayoría de los detenidos, con excepciónde Bártoli, Funes Svaguzzza, Young y Verón, los restantes estaban a disposición en forma exclusiva o conjunta con el Poder Judicial, del PEN, del cual era titular, esto es, estaban a su disposición. Por todo lo expuesto, resulta indudable su participación responsable como *coautor mediato* en los hechos atribuidos (Hechos I a IX, y XI a XIII), con excepción del hecho de homicidio de la víctima Bártoli, conforme las consideraciones efectuadas a este respecto, al tratar la excepción de cosa juzgada.

Respecto de este punto (6. participación), los Dres. Carlos Julio Lascano y José María Pérez Villalobo dijeron: Coincidimos en todo lo expresado por el señor Vocal que antecede en el voto, sin embargo, sostenemos que a los acusados *Jorge Rafael Videla, Luciano Benjamín Menéndez, Vicente Meli, Mauricio Carlos Poncet, Jorge González Navarro, Hermes Oscar Rodríguez, José Eugenio San Julián, Emilio Juan Huber y Víctor Pino Cano*, les corresponde la categoría

de "autor mediato (determinador)" y no la de "coautor mediato" y "coautor mediato intermedio".

Pasaremos ahora a la justificación dogmática de la categoría de participación criminal "autoría mediata por determinación" atribuida a los acusados correspondientes.

En los delitos de dominio es autor quien tiene el dominio del hecho, sea como "dominio de la acción", propio de la autoría directa o inmediata; "como dominio funcional", que caracteriza la coautoría; o como "dominio de la voluntad", en los casos de autoría mediata.

En la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, no solo son autores (directos o inmediatos) los que ejecutan materialmente las órdenes ilícitas impartidas por el sujeto de atrás y retransmitidas por los órganos intermedios; sino que también lo son, tanto el jefe que ocupa la cúspide de poder como los que detentan lugares intermedios y que actúan como engranajes haciendo posible el plan global (autores mediatos).

Esta forma de autoría tiene base legal en nuestro Derecho Positivo, pues halla favorable acogida dentro del concepto de autor que el legislador argentino contempló en el art. 45 del Código Penal. Distintos autores ya se han encargado de repeler con sólidos fundamentos la crítica proveniente de representantes nacionales del positivismo jurídico que piensan que con esta forma de autoría (mediata) se violaría el principio de legalidad pues –al no estar prevista en el Código Penal Argentino– su aplicación a un caso concreto implicaría una interpretación *ad-hoc* extensiva del art. 45 del Código Penal en perjuicio del inculpado. Esta posición encontró sustento en el método semántico-gramatical de interpretación del texto legal.

La CSJN hace ya varios años aportó una pauta que permitió apartarse de este modo hermenéutico como el único válido para desentrañar el sentido de la ley. El alto tribunal en reiterados fallos viene diciendo que el principio enunciado en el art. 18 de la CN, de acuerdo al cual se proscribe la aplicación analógica de la ley penal, no impide la interpretación de sus normas para llegar a la determinación de su sentido jurídico, tarea específica del Poder Judicial. Para alcanzar acabadamente este objetivo, lo cual significa que la labor interpretativa adquiera legitimidad, es requisito indispensable que ella permita la aplicación *racional* de las normas jurídico-penales (véase al respecto, CSJN, *Fallos,* 254:315, entre otros). A partir de esta trascendente línea jurisprudencial se abrió camino a que posiciones teleológicas o abiertas fueran utilizadas como herramientas complementarias en la interpretación del Derecho. Por cierto que la doctrina, sobre todo de vertiente alemana, ya venía desarrollan-

do esta metodología con fuerte impulso tras la aparición de la pequeña pero fundamental obra de Claus Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1972).

En base a esta línea de pensamiento se ha dicho que las reglas sobre autoría que contiene el art. 45 del Código Penal, son reglas amplias dominadas por conceptos demasiado vagos: "tomar parte en la ejecución del hecho". Por tanto, la interpretación de acuerdo con la teoría del dominio del hecho no presenta inconvenientes, pues ello significa que es razonablemente factible atribuir a "los hombres de atrás" la circunstancia que con sus órdenes están "tomando parte en la ejecución del hecho" (art. 45 del Código Penal), tanto en sentido literal como jurídico-penal (cfse. al respecto Sancinetti-Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 206).

Si bien esta posición tiene suficiente peso argumental como para sepultar la crítica causalista, consideramos no obstante que la autoría mediata está *expresamente* prevista en el Código Penal dentro de la categoría de los "determinadores", en el último párrafo del art. 45. De este modo, si con la posición antes reseñada de Sancinetti-Ferrante no se vulnera el principio de legalidad constitucional, menos aún se verifica esta lesión con la interpretación que propugnamos para el caso de autos.

En efecto, la fórmula "el que hubiese determinado directamente a otro a cometerlo" permite sostener que, entrelas variantes que caben considerar del concepto de *determinador*, se encuentra aquél que ejerce el dominio del hecho a través de otro cuya voluntad se encuentra "determinada directamente", es decir, sometida al plan delictivo de aquél, pero conservando el ejecutor el dominio de la acción.

Su consideración dogmática se encuentra vinculada a los crímenes de lesa humanidad cometidos en la segunda guerra mundial y su posterior juzgamiento por los tribunales de Nuremberg y Tokio. Concretamente el proceso iniciado contra Adolf Eichmann (alto funcionario nazi encargado de localizara los judíos y conducirlos a los campos de concentración donde luego eran ejecutados dentro de las cámaras de gas) y el caso Staschynski. Ambos casos despertaron el interés de Roxin quien en 1963 desarrolló una teoría conforme a la cual era posible concebir otra manifestación del dominio mediato del hecho: el dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder.

Presupuestos fundamentales: cuando hablamos de ilícitos cometidos en el marco de aparatos o estructuras organizadas de poder, nos referimos a toda clase de organización que utiliza para la comisión de delitos un aparato de poder

estructurado jerárquicamente, con una relación vertical y piramidal entre sus miembros. Los órganos de mando se encuentran en la cúspide de la pirámide, desde donde se imparten las órdenes y se toman las decisiones. Los ejecutores, es decir, los encargados de cumplir las órdenes, no toman parte en la decisión original de realizar el hecho ni en la planificación del mismo, incluso en muchas ocasiones, ni siquiera conocen el plan en su globalidad, siendo conscientes únicamente de la parte que les toca ejecutar. En estos supuestos, el sujeto de atrás, sin intervenir directamente en la ejecución de los ilícitos, domina su realización sirviéndose de una "maquinaria" personal (generalmente organizada por el Estado), desde los más altos rangos de donde se dan las órdenes criminales, hasta los meros ejecutores materiales de las mismas, pasando por las personas intermedias que organizan y controlan el cumplimiento de estas órdenes. (ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000, p. 269-279).

Los delitos cometidos con esta modalidad se apartan considerablemente de los casos tradicionales de autoría mediata, en los que el dominio de la voluntad del sujeto de atrás encuentra sustento en situaciones de coacción o error en el ejecutor. En la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, el dominio de la voluntad tiene fundamento en la fungibilidad del ejecutor. Es que este tipo de organizaciones funciona automáticamente sin que importe la identidad del ejecutor. El sujeto de atrás, que ocupa los mandos de la estructura organizativa, puede confiar en que la orden será cumplida sin necesidad de tener que conocer al ejecutor. Tampoco resulta necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos no cumple la orden, automáticamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global. Por supuesto que el ejecutor último de la orden, es decir, quien en definitiva comete el crimen de propia mano, responde plenamente como autor inmediato o directo, pero ello en modo alguno afecta el dominio de la voluntad por parte del sujeto de atrás, pues desde la cúspide el ejecutor no se presenta como una persona libre y responsable (aunque efectivamente lo sea), sino como una figura anónima y sustituible (ROXIN, ob. cit., p. 272-273).

Pero además de un aparato de poder organizado y del carácter fungible (intercambiable) del ejecutor, Roxin limita el dominio de la organización a los aparatos que actúan al margen del ordenamiento jurídico, pues "en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello

el poder de voluntad del sujeto de detrás". Es posible distinguir dos manifestaciones típicas de aparatos o estructuras de poder organizado: aquéllos que se presentan en el seno mismo del poder estatal, como el régimen nacional-socialista; y aquéllos grupos creados con fines criminales, como movimientos clandestinos, organizaciones secretas y otras asociaciones delictivas (ROXIN, ob. cit., p. 276-277).

Esta teoría ha encontrado acogida en la jurisprudencia nacional. En efecto, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en su sentencia de fecha 09.12.1985, condenó como autores mediatos a los integrantes de las tres primeras Juntas Militares que gobernaron nuestro país entre los años 1976 y 1982, adoptando el criterio del dominio de la voluntad a través de aparatos de poder organizados (*Carlos Julio Lascano* (h), *Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales*, en "Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales", Homenaje al Profesor Claus Roxin, La Lectura –Lerner– Córdoba, 2001, p. 366), siendo éste el primer antecedente registrado en el mundo sobre la aplicación judicial de la teoría en cuestión. Así lo reconoce incluso el mismo Roxin (ob. cit., p. 724).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación por el voto dela mayoría (Fayt, Petracchi y Bacqué) confirmó la condena dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, calificando la conducta de los ex comandantes como autoría mediata, aplicando la teoría de los aparatos organizados de poder (Carlos Julio Lascano (h), ob. cit., p. 368).

Incluso desde que fueron reactivadas las causas sobre violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar, a partir del precedente "*Simón*" de la CSJN (*Fallos* 328:251), la absoluta mayoría de las instancias federales de instrucción, de apelación y de juzgamiento viene adoptando el criterio de la autoría mediata en aparatos de poder organizados (véanse, entre otros, JF III Caba, 23.05.2006; JF III La Plata, 03.05.2006; CFA de La Plata, 28.09.2006; JFIII de Córdoba, 25.09.2007; y todos los Tribunales Orales Federales que juzgaron hechos de la misma naturaleza: jurisdicciones de Tucumán, Buenos Aires, San Luís, Mendoza, Córdoba, Corrientes, Santa Fe etc.). Así votamos.

(...)

El tribunal, por unanimidad, resuelve:

1) No hacer lugar al planteo de incompetencia del Tribunal deducido por las defensas técnicas.

2) No hacer lugar a la reiteración del planteo de recusación del señor Vocal, Dr. José María Pérez Villalobo formulado por las defensas técnicas, por tratar-

se de una cuestión ya resuelta por el Tribunal, teniendo presente las reservas formuladas.

3) No hacer lugar a los planteos de nulidad formulados por las defensas.

4) No hacer lugar a la excepción de prescripción planteada por las defensas técnicas de los imputados.

5) No hacer lugar a los planteos de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, de reclusión y de la pena establecida en el art. 144 ter, párrafo primero, segundo y tercero del Código Penal según Ley 14.616.

6) No hacer lugar al planteo referido a la imposición depena meramente declarativa, efectuada por las defensas técnicas.

7) Con relación al homicidio de Eduardo Daniel Bártoli –contenido en la Causa 13/1984, individualizado como caso 541–, hacer lugar parcialmente a la excepción de cosa juzgada deducida por la defensa del imputado Jorge Rafael Videla y en consecuencia *absolver* al nombrado en orden al hecho demención, rechazándolo respecto de los demás hechos que hansido motivo de acusación y juzgamiento en la presente causa.

8) Hacer lugar a la nulidad parcial del alegato formulado por el Dr. Miguel Ceballos en orden a la acusación de Francisco Pablo D Aloia, por el hecho nominado undécimo.

9) Hacer lugar a la nulidad parcial formulada por la defensa técnica del acusado Jorge Rafael Videla y las adhesiones formuladas por las defensas técnicas de González Navarro y Mauricio Carlos Poncet, del alegato formulado por los Dres. María Elba Martínez y Vaca Narvaja de conformidad a la nulidad decretada en el auto de elevación a juicio.

10) No hacer lugar al pedido de declaración de nulidad de los procesamientos de Dora Isabel Caffieri y Raúl Augusto Bauducco en los autos caratulados "Muñoz, María del Rosario y otro p.ss.aa. de asociación ilícita y Ley 20.840" (Expte. 86-M/1975), y el de reivindicación de su buen nombre y honor, por ser este Tribunal incompetente, debiéndose remitir el planteo efectuado por el Dr. Rubén Arroyo al señor Juez Federal competente a sus efectos.

11) No hacer lugar a la excepción de cosa juzgada deducida por la defensa técnica del imputado Gustavo Adolfo Alsina.

12) Tener presente las reservas formuladas por las defensas técnicas.

13) Declarar a *Jorge Rafael Videla*, ya filiado, autor mediato (determinador) –Dres. Carlos Julio Lascano y José María Pérez Villalobo– y coautor mediato –Dr. Jaime Díaz Gavier– penalmente responsable, de los delitos de imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima

(treinta y dos hechos en concurso real), homicidio calificado por alevosía y por el concurso de pluralidad de partícipes (veintinueve hechos en concurso real), tormento seguido de muerte (un hecho); todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 ter, primer y tercer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto y 80 incs. 2.° y 6.° del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en unaunidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario Federal.

14) Declarar a *Luciano Benjamin Menéndez*, ya filiado, autor mediato (determinador) –Dres. Carlos Julio Lascano y José María Pérez Villalobo– y coautor mediato –Dr. Jaime Díaz Gavier– penalmente responsable, de los delitos de privación ilegal de la libertad calificada por tratarse de un funcionario público, agravada por el uso de violencia, por durar más de un mes y por haberse cometido para compeler a la víctima a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no estuviese obligada (seis hechos en concurso real); imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (treinta y ocho hechos en concurso real), homicidio calificado por alevosía y por el concurso de pluralidad de partícipes (treinta hechos en concurso real), tormentos seguido de muerte (un hecho); lesiones graves calificadas (un hecho) todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 bis, inc. 1.°, con las agravantes contempladas por el 142, incs. 1.°, 5.° y 6.°, en función de lo dispuesto por el último párrafo del 144 bis; 144 ter, primer y tercer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto, 90, en función del art. 92 y 80 incs. 2.° y 6.° del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación), ordenando la realización inmediata de una junta médica en el Hospital Nacional de Clínicas de esta ciudad, a los fines de determinar si el imputado Menéndez se encuentra en condiciones de salud, que permitan su alojamiento en una unidad carcelaria de la provincia.

15) Declarar a *Vicente Meli*, ya filiado, autor mediato (determinador) –Dres. Carlos Julio Lascano y José María Pérez Villalobo– y coautor mediato intermedio –Dr. Jaime Díaz Gavier– penalmente responsable, de los delitos de im-

posición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (14 hechos en concurso real, a partir de principios del mes de julio de 1976), homicidio calificado por alevosía y por el concurso de pluralidad de partícipes (12 hechos en concurso real), tormento seguido de muerte (un hecho); todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 ter, primer y tercero párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto y 80 incs. 2.° y 6.° del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario Federal.

16) Absolver a *Vicente Meli*, ya filiado, en orden a los tormentos agravados y homicidio calificado de Marta del Carmen Rosetti de Arquiola y José Cristian Funes, que le atribuye la acusación (art. 3 del C.P.P.N.).

17) Declarar a *Mauricio Carlos Poncet*, ya filiado, autor mediato (determinador) –Dres. Carlos Julio Lascano y José María Pérez Villalobo– y coautor mediato intermedio –Dr. Jaime Díaz Gavier– penalmente responsable, de los delitos de imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (28 hechos en concurso real), homicidio calificado por alevosía y por el concurso de pluralidad de partícipes (27 hechos en concurso real), tormentos seguido de muerte (un hecho) y partícipe necesario responsable de los delitos de imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (cuatro hechos en concurso real) y de homicidio calificado por alevosía y por el concurso de pluralidad de partícipes (tres hechos en concurso real); todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 ter, primer y tercer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto y 80 incs. 2.° y 6.° del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario Federal.

18) Declarar a *Raul Eduardo Fierro*, ya filiado, partícipe necesario responsable de los delitos de imposición de tormentos agravada por la condición de

perseguido político de la víctima (32 hechos en concurso real), homicidio calificado por alevosía y por el concurso de pluralidad de partícipes (30 hechos en concurso real), tormento seguido de muerte (un hecho); todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 ter, primer y tercer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo preceptoy 80 incs. 2.° y 6.° del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación), ordenando la realización inmediata de una junta médica en el Hospital Nacional de Clínicas de esta ciudad, a los fines de determinar si el imputado Fierro se encuentra en condiciones de salud, que permitan su alojamiento en una unidad carcelaria de la provincia.

19) Declarar a *Jorge Gonzalez Navarro*, ya filiado, autor mediato (determinador) –Dres. Carlos Julio Lascano y José María Pérez Villalobo– y coautor mediato intermedio–Dr. Jaime Díaz Gavier– penalmente responsable, de los delitos de imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (32 hechos en concurso real), homicidio calificado por alevosía y por el concurso de pluralidad de partícipes (30 hechos en concurso real), tormentos seguido de muerte (un hecho); todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 ter, primer y tercer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto y 80 incs. 2.° y 6.° del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338, imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, dejar sin efecto la prisión domiciliaria que le fuera concedida oportunamente, ordenando su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario de Córdoba.

20) Declarar a *Hermes Oscar Rodriguez*, ya filiado, autor mediato (determinador) –Dres. Carlos Julio Lascano y José María Pérez Villalobo– y coautor mediato intermedio –Dr. Jaime Díaz Gavier– penalmente responsable, de los delitos de privación ilegal de la libertad calificada por tratarse de un funcionario público, agravada por el uso de violencia y por haberse cometido para compeler a la víctima a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no estuviese obligada (seis hechos enconcurso real); imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (seis hechos),todo en concurso

real (arts. 45, 55, 144 bis inc. 1.°, con las agravantes contempladas por el 142, incs. 1.° y 6.°, en función de lo dispuesto por el último párrafo del 144 bis; 144 ter, primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338, imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *12 años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo de la condena,* accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario de la provincia de Mendoza.

21) Declarar a *Jose Eugenio San Julian*, ya filiado, autor mediato (determinador) –Dres. Carlos Julio Lascano y José María Pérez Villalobo– y coautor mediato intermedio –Dr. Jaime Díaz Gavier– penalmente responsable, de los delitos imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (seis hechos), todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 ter, primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338, imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *seis años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo de la condena,* accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar la realización inmediata de una junta médica en el Hospital Nacional de Clínicas de esta ciudad, a los fines de determinar si el imputado San Julián se encuentra en condiciones de salud, que permitan su alojamiento en una unidad carcelaria.

22) Declarar a *Juan Emilio Huber*, ya filiado, autor mediato (determinador) –Dres. Carlos Julio Lascano y José María Pérez Villalobo– y coautor mediato intermedio –Dr. Jaime Díaz Gavier– penalmente responsable, de los delitos de imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (28 hechos en concurso real) tormento seguido de muerte (un hecho); todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 ter, primer y tercer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto, Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338) imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *14 años de prisióne inhabilitación absoluta por el mismo tiempo de la condena,* accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer pár-

rafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario de Córdoba.

23) Declarar a Victor Pino Cano, ya filiado, autor mediato (determinador) –Dres. Carlos Julio Lascano y José María Pérez Villalobo– y coautor mediato intermedio –Dr.Jaime Díaz Gavier– penalmente responsable, de los delitos de imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (28 hechos en concurso real), todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 ter, primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *12 años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo de la condena,* accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar la realización inmediata de una junta médica en el Hospital Nacional de Clínicas de esta ciudad, a los fines de determinar si el imputado Pino Cano se encuentra en condiciones de salud, que permitan su alojamiento en una unidad carcelaria.

24) Absolver a *Victor Pino Cano*, ya filiado, en orden al delito de homicidio calificado por alevosía y por la pluralidad de partícipes, respecto de las víctimas Miguel Hugo Vaca Narvaja, Gustavo Adolfo de Breuil y Arnaldo Higinio Toranzo (tres hechos) que le atribuye la acusación (art. 3 del C.P.P.N.).

25) Declarar a *Gustavo Adolfo Alsina*, ya filiado, autorpor dominio de la acción, penalmente responsable, de los delitos de imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (28 hechos en concurso real) y coautor por dominio funcional del delito de tormentos seguidos de muerte en concurso ideal con homicidio calificado por alevosía, ensañamiento y por la pluralidad de partícipes (un hecho), todo en concurso real (arts. 45, 54, 55, 144 ter, primer y tercer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisiónde los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario Federal.

26) Declarar a *Enrique Pedro Mones Ruiz*, ya filiado, autor por dominio de la acción, penalmente responsable, de los delitos de imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (28 hechos en concurso real) y coautor por dominio funcional del delito de homicidio calificado por alevosía y por la pluralidad de partícipes (un hecho), todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 ter, primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto, 80 incs. 2.° y 6.° del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario Federal.

27) Declarar a *Miguel Angel Perez*, ya filiado, autor por dominio de la acción, penalmente responsable, de los delitos de imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (28 hechos en concurso real) y homicidio calificado por alevosía y por la pluralidad de partícipes (un hecho), todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 ter, primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto, 80 incs. 2.° y 6.° del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario de Córdoba.

28) Declarar a *Carlos Ibar Perez*, ya filiado, autor por dominio de la acción, penalmente responsable, de los delitos de imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (28 hechos en concurso real), (arts. 45, 55, 144 ter, primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto, del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *10 años de prision e inhabilitación absoluta por el tiempo que dure la condena*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398,403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato

alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario Federal.

29) Declarar a *Carlos Alfredo Yanicelli*, ya filiado, coautor por dominio funcional, penalmente responsable, de los delitos de privación ilegal de la libertad calificada por tratarse de un funcionario público, agravada por el uso de violencia y por haberse cometido para compeler a la víctima a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no estuviese obligada (seis hechos en concurso real); imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (siete hechos en concurso real) y coautor por dominio funcional del delito de homicidio calificado por alevosía y por el concurso de pluralidad de partícipes (seis hechos en concurso real), todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 bis inc. 1.°, con las agravantes contempladas por el 142, incs. 1.° y 6.°, en función de lo dispuesto por el último párrafo del 144 bis; 144 ter, primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto, y 80 incs. 2.° y 6.° del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario de Córdoba.

30) Absolver a *Carlos Alfredo Yanicelli*, ya filiado, en relación a la imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de las víctimas EduardoDaniel Bártoli, María Eugenia Irazusta y Víctor HugoChiavarini (tres hechos) que le atribuye la acusación (art. 3 del C.P.P.N.).

31) Declarar a *Miguel Angel Gomez*, ya filiado, coautor por dominio funcional, penalmente responsable, de los delitos de privación ilegal de la libertad calificada por tratarse de un funcionario público, agravada por el uso de violencia y por haberse cometido para compeler a la víctima a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no estuviese obligada (seis hechos en concurso real); imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (10 hechos en concurso real); homicidio calificado por alevosía y por el concurso de pluralidad de partícipes (seis hechos en concurso real); todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 bis inc. 1.°, con las agravantes contempladas por el 142, incs. 1.° y 6.°, en función de lo dispuesto por el último párrafo del 144 bis; 144 ter, primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto y 80 incs. 2.° y 6.° del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones

introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario de Córdoba.

32) Declarar a *Alberto Luis Lucero*, ya filiado, coautor por dominio funcional, penalmente responsable, de los delitos de privación ilegal de la libertad calificada por tratarse de un funcionario público, agravada por el uso de violencia y por haberse cometido para compeler a la víctima a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no estuviese obligada (seis hechos en concurso real); imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (10 hechos en concurso real); homicidio calificado por alevosía y por el concurso de pluralidad de partícipes (seis hechos en concurso real); todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 bis inc. 1.°, con las agravantes contempladas por el 142, incs. 1.° y 6.°, en función de lo dispuesto por el último párrafo del 144 bis; 144 ter, primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto, y 80 incs. 2.° y 6.° del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario de Córdoba.

33) Declarar a *Calixto Luis Flores*, ya filiado, coautor por dominio funcional, penalmente responsable, de los delitos de privación ilegal de la libertad calificada por tratarse de un funcionario público, agravada por el uso de violencia y por haberse cometido para compeler a la víctima a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no estuviese obligada (seis hechos en concurso real); imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (10 hechos en concurso real); homicidio calificado por alevosía y por el concurso de pluralidad de partícipes (nueve hechos en concurso real); todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 bis inc. 1.°, con las agravantes contempladas por el 142, incs. 1.° y 6.°, en función de lo dispuesto por el último párrafo del 144 bis; 144 ter, primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto, y 80 incs. 2.° y 6.° del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole

en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario de Córdoba.

34) Declarar a *Yamil Jabour*, ya filiado, coautor por dominio funcional, penalmente responsable, de los delitos de privación ilegal de la libertad calificada por tratarse de un funcionario público, agravada por el uso de violencia y por haberse cometido para compeler a la víctima a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no estuviese obligada (seis hechos en concurso real); imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (10 hechos en concurso real); homicidio calificado por alevosía y por el concurso de pluralidad de partícipes (seis hechos en concurso real); (arts. 45, 55, 144 bis inc. 1.°, con las agravantes contempladas por el 142, incs. 1.° y 6.°, en función de lo dispuesto por el último párrafo del 144 bis; 144 ter, primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto y 80 incs. 2.° y 6.° del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario de Córdoba.

35) Absolver a *Yamil Jabour*, ya filiado, en relación a los homicidios calificados por alevosía de las víctimas Eduardo Daniel Bártoli, María Eugenia Irazusta y Víctor Hugo Chiavarini (tres hechos) que le fueran atribuidos en calidad de partícipe secundario (art. 3 del C.P.P.N.).

36) Declarar a *Marcelo Luna*, ya filiado, coautor por dominio funcional, penalmente responsable, del delito de imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (cuatro hechos en concurso real); homicidio calificado por alevosía y por el concurso de pluralidad de partícipes (tres hechos en concurso real); todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 ter, primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto y 80 incs. 2.° y 6.° del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398,

403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario de Córdoba.

37) Absolver a *Marcelo Luna*, ya filiado, en relación alos homicidios calificados por alevosía y por el concurso de pluralidad de partícipes de las víctimas Diana Beatriz Fidelman, Miguel Ángel Mozé, Luís Ricardo Verón, Ricardo Alberto Young, Eduardo Alberto Hernández y José Alberto Svaguza (seis hechos) que le fueran atribuidos en calidad de coautor (art. 3 del C.P.P.N.).

38) Declarar a *Juan Eduardo Ramon Molina*, ya filiado, coautor por dominio funcional, penalmente responsable, de los delitos de imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (cuatro hechos en concurso real); homicidio calificado por alevosía y por el concurso de pluralidad de partícipes (seis hechos en concurso real); todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 ter, primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto y 80 incs. 2.° y 6.° del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338, imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario de Córdoba.

39) Declarar a *Mirta Graciela Anton*, ya filiada, coautora por dominio funcional, penalmente responsable, de los delitos de privación ilegal de la libertad calificada por tratarse de un funcionario público, agravada por el uso de violencia y por haberse cometido para compeler a la víctima a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no estuviese obligada (seis hechos en concurso real); imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (seis hechos en concurso real); todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 bis inc. 1.°, con las agravantes contempladas por el 142, incs. 1.° y 6.°, en función de lo dispuesto por el último párrafo del 144 bis; 144 ter, primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *siete años de prisión e inhabilitación absoluta por el tiempo que dure la condena*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario de Córdoba.

40) Declarar a *Fernando Martin Rocha*, ya filiado, coautor por dominio funcional, penalmente responsable, de los delitos de privación ilegal de la libertad calificada por tratarse de un funcionario público, agravada por el uso de violencia y por haberse cometido para compeler a la víctima a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no estuviese obligada (seis hechos en concurso real); imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (seis hechos en concurso real); todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 bis inc. 1.°, con las agravantes contempladas por el 142, incs. 1. y 6.°, en función de lodispuesto por el último párrafo del 144 bis; 144 ter, primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto del Código Penal texto conforme Ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las Leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338), imponiéndole en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de *ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por el tiempo que dure la condena*, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, ordenar su inmediato alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario de Córdoba.

41) Absolver a *Osvaldo César Quiroga*, ya filiado, porlos homicidios calificados de la víctimas Miguel Hugo Vaca Narvaja, Gustavo Adolfo de Breuil y Arnaldo Higinio Toranzo (tres hechos) que le fueran atribuidos en la acusación, ordenándose su inmediata libertad, sin perjuicio de que permanezca detenido a disposición de otro Tribunal (art. 3 del C.P.P.N.).

42) Absolver a *Francisco Pablo D'Aloia*, ya filiado, porlos homicidios calificados de la víctimas Miguel Hugo Vaca Narvaja, Gustavo Adolfo de Breuil y Arnaldo Higinio Toranzo (tres hechos) que le fueran atribuidos en la acusación (art. 3 del C.P.P.N.).

43) Absolver a *Ricardo Cayetano Rocha*, filiado en autos, en relación a los tormentos agravados sufridos por las víctimas Eduardo Daniel Bártoli, María Eugenia Irazusta, Diana Beatriz Fidelman y Víctor Hugo Chiavarini (cuatro hechos) y por los homicidios calificados de la víctimas Diana Beatriz Fidelman, Miguel Ángel Mozé, Luis Ricardo Verón, Ricardo Alberto Young, Eduardo Alberto Hernández y José Alberto Svaguza (seis hechos), que le fueran atribuidos en la acusación, ordenando su inmediata libertad sin perjuicio que el mismo permanezca detenido a disposición de otro Tribunal (art. 3 del C.P.P.N.).

44) Absolver a *Luis Alberto Rodriguez*, filiado en autos, en relación a los tormentos agravados sufridos por las víctimas Eduardo Daniel Bártoli, María Eugenia Irazusta, Diana Beatriz Fidelman y Víctor Hugo Chiavarini (cuatro hechos) que le fueran atribuidos en la acusación (art. 3 del C.P.P.N.).

45) Absolver a *Jose Antonio Paredes*, filiado en autos, en relación a los tormentos agravados sufridos por las víctimas de esta causa en la Unidad Penitenciaria n. 1 (28 hechos) que le fueran atribuidos en la acusación (art. 3 del C.P.P.N.).

46) Absolver a *Luis David Merlo*, filiado en autos, por los delitos de privación ilegal de la libertad agravada e imposición de tormentos agravados en relación a las víctimas Luis Alberto Urquiza, José María Argüello, Oscar y Horacio Samamé, Carlos Cristóbal Arnau Zúñiga y Rodolfo Urzagasti Matorras que le fueran atribuidos en la acusación (art. 3 del C.P.P.N.).

47) Absolver a *Gustavo Adolfo Salgado*, filiado en autos, por los delitos de privación ilegal de la libertad agravada e imposición de tormentos agravados en relación a las víctimas Luis Alberto Urquiza, José María Argüello, Oscar y Horacio Samamé, Carlos Cristóbal Arnau Zúñiga y Rodolfo Urzagasti Matorras, que le fueran atribuidos en la acusación (art. 3 del C.P.P.N.).

48) Absolver a *Jorge Rafael Videla, Luciano Benjamín Menéndez, Mauricio Carlos Poncet, Carlos Gonzalez Navarro y Raúl Eduardo Fierro*, filiados en autos, por el delito de homicidio calificado de José Osvaldo Villada que les fuera atribuido en la acusación (art. 3 del C.P.P.N.). Protocolícese y hágase saber.

Jaime Diaz Gavier
Presidente

Jose M. Perez Villalobo
Juez de Camara

Carlos J. Lascano
Juez de Camara

Pablo Bustos Fierro
Secretario de Camara

RESENHA

Trata-se de acórdão proferido pelo Tribunal Criminal Federal da Província de Córdoba, que julgou diversos acusados, dentre eles o ex-Presidente da Argentina, Jorge Rafael Videla, pela prática de crimes de imposição de tormentos agravados, homicídio, imposição de tormentos seguidos de morte, privação de liberdade agravada, dentre outros, no período ditatorial naquele país.

O acórdão reflete claramente a forma rigorosa com a qual a Argentina vem lidando com os crimes cometidos em seu período ditatorial.

Tendo em vista tratar-se de decisão bastante longa (600 páginas), foram publicados somente os trechos mais relevantes. Da argumentação do acórdão, destaca-se a contextualização dos crimes, com menções aos sistemas repressivos vigentes no período ditatorial argentino e ao funcionamento dos centros de detenção, consistindo em interessante lição histórica sobre a época.

Questões jurídicas extremamente relevantes foram discutidas, dentre elas a competência (e a legitimação) para processamento e julgamento dos acusados por um tribunal estabelecido posteriormente aos fatos, além da aplicação de legislação igualmente posterior. Discutiu-se, também, a constitucionalidade da pena de prisão perpétua, à luz dos princípios da proporcionalidade, humanidade e pessoalidade da pena, bem como dos objetivos de readaptação social e respeito à culpabilidade. Questões ligadas à exceção da coisa julgada também foram objeto de análise, uma vez que um dos acusados (exatamente o já mencionado ex-Presidente Jorge Rafael Videla) já teria sido julgado com relação a um dos homicídios que lhe foram imputados no processo, tendo requerido ainda a extensão daquela decisão (absolutória) a todos os demais fatos.

O acórdão traz, ademais, análise sobre o desenvolvimento do conceito de crimes contra a humanidade na esfera internacional e sua recepção pelo direito argentino, assim como o reflexo nas leis de transição e a consequente imprescritibilidade de tais crimes no direito argentino.

Há, ainda, relevantíssima discussão sobre a aplicação da teoria do domínio do fato para determinar quais acusados poderiam ser considerados autores (ou partícipes) dos crimes imputados. O tribunal trouxe não apenas os fundamentos teóricos sobre a matéria, mas também discutiu, à luz dos dados do caso concreto, como operar sua aplicação àqueles réus.

Ainda que não se concorde com algumas das conclusões do tribunal – o que é normal, diante de tantos pontos controvertidos – a leitura do acórdão é extremamente enriquecedora, pois a decisão aborda todos os temas mais pulsantes da denominada "Justiça de transição", conferindo-lhes concretude.

HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora-Dautora de Direito Penal na Faculdade de Direito da USP. Professora do Cursa de Pós-graduação em Direito Penal Econômico da FGV. Advogada.