



Proceso y Verdad en la Transición

Process and Truth in the Transition

Michele Taruffo*

Resumen:

En el presente artículo se analiza el valor de la verdad en los procesos de transición, cuando luego de pasar por regímenes totalitarios se presenta una especial dificultad en conseguir justicia. La autora desarrolla el trabajo que han realizado los órganos especialmente creados para estos casos y el sentido que adquiere la verdad dentro de los procesos penales. Finalmente, se presentan dos ejemplos de cómo han transcurrido procesos similares en un par de países.

Abstract:

In this article we analyze the value of truth in transition processes, when after going through totalitarian regimes there is a special difficulty in achieving justice. The author develops the work that the specially created bodies have done for these cases and the sense that the truth acquires within the criminal processes. Finally, two examples of how similar processes have occurred in a couple of countries are presented.

Palabras Clave:

Valor de la verdad – Justicia de transición – Regímenes totalitarios o dictatoriales – Verdad transicional – Proceso penal

Keywords:

Value of truth - Transitional justice - Totalitarian or dictatorial regimes - Transitional truth - Criminal process

Sumario:

1. Introducción – 2. ¿Qué verdad? – 3. Contra la verdad – 4. Las “Comisiones por la verdad” – 5. Los procesos penales – 6. Dos ejemplos de transición: a) Brasil; b) Colombia – 7. Bibliografía

* Catedrático de Derecho Procesal Comparado y Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pavia. Es Doctor en Derecho por la Universidad de Pavia, Profesor visitante de las Universidades de Cornell (1994 - 1996), Pennsylvania (1997), Hastings College of the Law de la Universidad de California y conferenciante en otras universidades.

1. Introducción

Uno de los problemas más interesantes que se presenta, a propósito de la llamada justicia de transición, es si en esta encuentra espacio la búsqueda de la verdad sobre crímenes cometidos -sobre todo en el ámbito del terrorismo de Estado- en las épocas caracterizadas por regímenes totalitarios y dictatoriales por los cuales la violencia, en las formas más terribles, era una práctica cotidiana para la represión de las disidencias y de la oposición política. Un aspecto relevante de este problema se refiere a la función que puede ser desarrollada por procesos e investigaciones judiciales. Es evidentemente imposible un análisis completo relativo a todas las vicisitudes de transición por su número, su complejidad y su ocurrencia en momentos históricos diversos en varias partes del nuevo. En atención a ello, se pondrá la atención en particular en algunos países de Latinoamérica, que representan ejemplos muy interesantes del problema de la verdad y del proceso de transición.¹

Más comúnmente se habla, de hecho, de un “derecho a la verdad”², pero como se verá más allá del reconocimiento de este derecho es bastante incierto y tiene fuertes variaciones en las diversas situaciones históricas y políticas.

Además, como se podrá ver, la misma idea de verdad, que debería constituir el objeto de este derecho, viene definida en manera diferente caso por caso, lo que complica ulteriormente los términos del problema³.

Al referirse a un tema tan vasto y complejo como el de la justicia transicional⁴, es oportuno indicar de antemano la perspectiva en la que surge. La premisa fundamental a partir de la cual partiremos podría definirse como el valor social y jurídico de la verdad⁵, es decir, el rol y la función que el concepto de verdad asume no solo en contextos específicos como la ciencia o la teoría del conocimiento, o incluso en la justicia transicional en sí, pero también y, sobre todo, en el nivel más amplio y general de la dinámica social, política y jurídica.

Se debe hacer una referencia a Bernard Williams quien, en su último libro, dedicado precisamente a la verdad⁶, analiza la conexión entre la verdad y la política. En particular, el tema “anti-tiranía” es relevante y se basa en la consideración de que la verdad es una característica esencial de la democracia, ya que garantiza la libertad de los ciudadanos contra el poder tiránico. Así, demuestra que este aspecto no es contingente, sino que constituye un carácter *universal* de verdad y democracia, aunque se requieren otras condiciones para garantizar la existencia de un sistema inspirado por el *liberalismo*⁷. En esencia, el valor político de la verdad deriva del hecho de que en la medida en que un sistema político se basa sobre la verdad de las relaciones entre el poder y los ciudadanos, influye en el grado de democracia del sistema: el poder tiránico se basa en la “verdad envenenada”⁸, es decir, en la mentira⁹, mientras que el sistema democrático se basa en el principio de la verdad.

1 La bibliografía sobre este punto es extensa. Entre las publicaciones más recientes, además de las citadas posteriormente, se puede ver *Current Issues in Transitional Justice. Towards a More Holistic Approach*, N.Szablewska –S.D.Bachmann ed., Springer 2015; *Theorising Transitional Justice*, ed. By Corradetti, C., Eisikovitz, N., Volpe Rotondi, J., Farnham, UK, 2015; Mihai, *Negative Emotions and Transitional Justice*, New York 2016; Teitel, *Globalizing Transitional Justice. Contemporary Essays*, Oxford UP 2014; Id., Id., *Transitional Justice*, Oxford 2000; *The Role of Courts in Transitional Justice. Voices from Latin America and Spain*, ed by J.Almkvist and C.Espósito, London-New York 2012.

2 Cfr.ad es. Klinkner-Smith, *The Right to Truth, Appropriate Forum and the International Criminal Court*, in *Current Issues*, cit., p.4, 7 ss.; Maculan, *Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in Argentina: l'esperienza dei "giudizi per la verità"*, en *L'indice penale*, 2010, p.335; Herrera Jaramillo, *Riconciliazione complessa, conflittuale ed imperfetta, en Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, a cura di E.Fronza e G.Fornasari, Trento 2009, p.231; Hayner, *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2nd ed., New York-London 2010, p.23 s., 195. *Telling the Truths. Truth Telling and Peace Building in Post-Conflict Societies*, ed.by T.A.Borer, Notre Dame, Ind., 2006. Por ultimo, cfr. Accattino-Collins, *Truth, Evidence, Truth: The Deployment of Testimony, Archives and Technical Data in Domestic Human Rights Trials*, in *8 J.Hum.Rights Practice*, 2016, p.85 ss.

Cfr. Anche Pérez-Sales e Navarro García, *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en el proceso de exhumaciones en América Latina*, Barcelona 2007.

3 Al respecto, ver en particular Pastor, *Processi penali solo per conoscere la verità? L'esperienza argentina*, in *Il superamento del passato*, cit., p. 102 ss.; Accattino-Collins, *op.cit.*, p.83 ss. En sentido crítico ver también Borer, *Truth Telling as a Peace-Building Activity. A Theoretical Overview*, in *Telling the Truths*, cit., p.3 ss.

4 Con buena razón ha estado escrito que la justicia transicional se ha convertido en una industria y un mercado. Cfr. *The Era of Transitional Justice. The Aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and Beyond*, Abingdon, NY, 2011, p. 5 s., donde se hace hincapié en la tendencia generalizada a adoptar perspectivas holísticas que incluyen las cosas más diversas: juicios penales, verdades, reparaciones, reformas institucionales, conmemoraciones, reconciliación, etc.

5 Al respecto, ver más ampliamente Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Bari 2009, p. 92 ss.

6 Cfr. Williams, *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy*, Princeton 2002.

7 Cfr. Williams, *op.cit.*, p.207 s.

8 Cfr. D'Agostini, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Milano 2010, specialmente p.79 ss., donde se aclara que la “pretensión de verdad”, es decir la referencia a la realidad de eso que se dice, es un carácter esencial de cualquier “buen” argumento.

9 No es casual que Calamandrei subraye cómo la “verdad del Estado” (cursiva en el texto), es decir la “mentira del estado” haya sido uno de los aspectos fundamentales del régimen fascista: cfr. Calamandrei, *Il fascismo come regime della menzogna*, Bari 2014, p.63 ss., 68.

La tesis según la cual la verdad constituye un carácter fundamental de la democracia *liberal* no es solo de Williams. En la misma línea de pensamiento, también se colocan otros filósofos como Michael Lynch, que insiste en el valor fundamental de la verdad en el contexto de la democracia *liberal* analizando el valor político y social de la verdad¹⁰, señalando que el concepto “nos permite pensar que alguna cosa puede ser justa incluso si aquellos que tienen poder no están de acuerdo”¹¹. La consecuencia es que “*si nos aferramos a los valores liberales debemos defender la verdad*”¹².

Asimismo, se debe enfatizar que el principio de verdad se configura como una condición esencial para la efectividad del ordenamiento jurídico¹³. Dado que las normas jurídicas tienen por objeto regular el comportamiento asociado, parece claro que este propósito sería totalmente frustrado si los ciudadanos pensasen que la violación de las normas no comportaría alguna consecuencia o generaría consecuencias completamente al azar, y si no se dan hipótesis creíbles acerca de las consecuencias de la conducta de las personas, ya sean estas conformes o contrarias a cuanto prevén las normas jurídicas¹⁴.

Más específicamente, la consideración del valor jurídico de la verdad se refiere a la administración de justicia, en general y en sus diversas articulaciones. Se puede decir en síntesis¹⁵ que –al menos en los sistemas constitucionales en los que rige el principio de legalidad– la finalidad de la administración de justicia es la correcta interpretación y aplicación de la ley en las decisiones relativas a las controversias que viene a ser conocidas por los tribunales, pero la corrección de estas decisiones (más precisamente: su justicia) depende esencialmente de la determinación de la verdad relativa a las circunstancias de hecho que se encuentra en la base de toda singular controversia. Como escribe D’Agostini¹⁶, “la verdad no es” importante “es inevitable”.

2. ¿Qué verdad?

En la perspectiva seguida, la referencia a la verdad podría ser interpretada de una manera relativamente sencilla: parece razonable adoptar –en particular con referencia a la verdad de los hechos en la administración de justicia– un concepto de verdad reconducible a la perspectiva de realismo crítico que ahora parece recuperar terreno después del final de la parábola posmodernista, y que parece más apropiado en el contexto de la administración de justicia¹⁷. Este concepto se refiere a la verdad como *correspondencia*, es decir, a la relación entre la descripción de un hecho y la realidad empírica de ese hecho, en base a la regla por la cual es la realidad de la que hablamos la que establecerá la verdad o falsedad de lo que se dice¹⁸. Como ya se mencionó, la exigencia fundamental es que en el proceso se determine, en la medida de lo posible, la verdad de los hechos, es decir, se reconstruye la realidad de lo que se dice ha sucedido¹⁹. Si reconocemos que la determinación de la veracidad de los hechos es una condición *necesaria* para la correcta aplicación de la ley y, por lo tanto, para la justicia de la decisión²⁰, no podemos negar –más allá de los juegos de palabras que parecen frecuentes en este tema– que la investigación y determinación de la verdad sobre los hechos que son el objeto de la decisión es al menos *uno de los fines* del proceso.

Sin embargo, resulta necesario considerar que cuando el problema de la búsqueda de la verdad surge en el contexto de las fases de transición de regímenes dictatoriales y totalitarios, caracterizados por la realización de miles o decenas o cientos de miles de crímenes, a sistemas democráticos (o casi democráticos), el problema se le complica por una serie de razones a las que aquí nos podemos referir en términos generales.

Por un lado, la literatura que aborda el problema habla de la verdad en términos muy diferentes de caso a otro, de modo que parece prácticamente imposible establecer un mínimo de coherencia en los conceptos a los que se hace referencia. De hecho, circulan diversas ideas de verdad “transicional”: por un lado, se distingue una verdad como “reconocimiento”, que se configura como oficial y pública, y una verdad como conocimiento de los hechos, que sería entonces “individual”²¹; por otro lado, se distingue la verdad “fáctica”

10 Cfr. Lynch, *La verità e i suoi nemici*, tr.it., Milano 2007, p.228 ss.

11 Cfr. Lynch, *op.cit.*, p.211.

12 Cfr. Lynch, *op.cit.*, p.239 (cursiva en el texto).

13 Al respecto ver sobre todo Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen* 1990, p.430 ss.

14 Al respecto cfr. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2007, p.29 s.

15 Más ampliamente ver cfr. Taruffo, *op.cit.*, p.113 ss.

16 Cfr. D’Agostini, *Introduzione alla verità*, Milano 2011, p.16.

17 Para la justificación de esta opción teórica ver más ampliamente, y por referencia, Taruffo, *La semplice verità*, cit., p.74 ss., 135 ss.. V. inoltre AA.VV., *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, a cura di M.De Caro e M.Ferraris, Torino 2012; Ferraris, *Manifesto del nuovo realismo*, Bari 2012.

18 Sobre el tema ver en particular D’Agostini, *op.ult.cit.*, p.48 ss., 87 ss.; Kirkham, *Theories of Truth. A Critical Introduction*, Cambridge, Mass.-London 1995, p. 119 ss.

19 Ver Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 97 ss.

20 Lo reconoce incluso Pastor, *op.cit.*, p.127.

21 Cfr. Gready, *op.cit.*, p.20; Accattino-Collins, *op.cit.*, p.86 ss.

(o forense); verdad personal (o narrativa); la “verdad social” (o dialógica), y la verdad “curativa” y restaurativa; todos conceptos que presuponen una ciencia social confusa y tienen escasos fundamentos teóricos²².

En otras ocasiones, hablamos de la verdad en un número mucho mayor de significados, según los contextos a los que se hace referencia. Así, por ejemplo, hablamos de verdad y religión, de verdad y derecho, de verdad forense, de verdad narrativa (personal), de verdad dialógica, del deseo de verdad de las víctimas, de verdad restauradora dirigida a la reconciliación y reparación de daño, de verdad y política²³. Al respecto, vale la pena señalar que en la confusión total de estos discursos se pierde de vista cualquier concepto de verdad y se habla de verdad en contextos tan vagos y variables que se convierte en una especie de búsqueda vana y sin resultado confiable: de hecho, el concepto de verdad termina disolviéndose en una cantidad de significados profundamente diferentes, a menudo incompatibles e incoherentes entre sí. Parece evidente entonces que es imposible ocuparse de la verdad en todas las numerosas, y a menudo indefinidas, variaciones del significado que de tanto en tanto la literatura sobre la transición atribuye al término “verdad”. Por ejemplo, si hablamos de la verdad como “reconocimiento” por parte del perpetrador de un crimen, o por parte del Estado en los casos del terrorismo de Estado, claramente no estamos hablando de conocimiento real de lo que sucedió²⁴: el reconocimiento puede ser parcial, incompleto o incluso falso con la finalidad de esconder todas las reales responsabilidades. De manera similar, si hablamos de verdad “narrativa”²⁵, nos referiremos a historias respecto a las cuales no tenemos garantía de veracidad factual.

Las premisas que se han indicado anteriormente inducen, sin embargo, a centrar el discurso en uno de estos significados. En particular, cuando se habla de verdad como fundamento de la eficacia del derecho y como requisito necesario de la administración de justicia y la decisión judicial, se está hablando de la verdad *factual* y con ello me refiero a lo que los abogados normalmente entienden por “verdad”, es decir la determinación objetiva y completa, basada en el conocimiento y la evidencia verificables, de las circunstancias de hecho que subyacen a la decisión judicial. En los casos a los que nos referimos aquí, es decir, cuando se trata de crímenes contra la humanidad en las diversas formas que estos se han configurado, hablar de verdad factual, en el sentido más amplio, significa que se deben conocer todas las circunstancias en las que se produjo cada acto delictivo, identificando no solo a las víctimas y las modalidades de su asesinato, su desaparición forzada o las torturas que sufrieron, sino también, y sobre todo, la identidad de los sujetos directa e indirectamente responsables de estos eventos²⁶. De hecho, parece difícil hablar de una verdad “social”²⁷ o “colectiva” en la que no se haga referencia a la verdad específica, completa e “individual” de los hechos que son el objeto del conocimiento colectivo. El riesgo obvio en estos discursos es que se habla de la verdad en términos tan vagos que parecen carecer por completo de conexión con el conocimiento de lo que *realmente* sucedió²⁸.

Por otro lado, en principio no se niega explícitamente la oportunidad que en la justicia de transición se busque la verdad de los hechos²⁹, y de hecho se insiste en esta necesidad con declaraciones a menudo retóricas y rimbombantes, pero en muchos casos se observa que la búsqueda de la verdad estaría en contraste con uno de los propósitos principales de la transición, es decir, con la reconciliación social que debería marcar el comienzo de una era de democracia y pacificación. En otras palabras, terminamos diciendo que el silencio y el olvido de crímenes del pasado son la mejor manera de facilitar la construcción de la nueva sociedad³⁰. Como se puede intuir fácilmente esta orientación puede ser -y en concreto comúnmente viene- desafiada: no sólo para las víctimas de los crímenes en cuestión, sino por la sociedad en general, puede ser difícil o imposible determinar la grave violencia cometida contra miles de personas y que sean superadas en silencio en nombre de la pacificación social³¹.

Este es obviamente un problema esencialmente político. Los defensores de una posible y pronta reconciliación tienden a evitar o impedir que se descubra la verdad sobre el pasado y los crímenes cometidos por regímenes anteriores. A lo sumo se admite que a favor de las víctimas existe alguna forma de reparación,

22 En este sentido cfr. Gready, *op.cit.*, p.2. s., y además p.27 ss., 61 ss., 102 ss., 107, 108 ss., 159 ss.. Cfr. Anche Walker, *Troubles with Truth Commissions: Putting the Moral Aims of Truth Commissions to the Fore*, en *The Performance of Memory as Transitional Justice*, ed.by S.E.Bird and F.M.Ottanelli, Cambridge-Antwerp-Portland 2015, p.15 ss.

23 Cfr. Breen Smith, *Truth Recovery and Justice after Conflict. Managing violent pasts*, London-New York 2007, p.22 ss. Sobre la impresionante pluralidad de ideas asociadas con lo que se entiende por verdad ver Borer, *op.cit.*, p.26.

24 Cfr. Gready, *op.cit.*, p.20.

25 Cfr. Breen Smith, *op.cit.*, p.26.

26 En este sentido ver Gready, *op.cit.*, p.23

27 Cfr. Gready, *op.cit.*, p.61 ss.

28 Sobre la falta de un concepto unitario de “verdad” cfr. Borer, *op.cit.*, p.21.

29 Cfr., también para posteriores referencias, Borer, *op.cit.*, p.17 ss.

30 Cfr. Hayner, *op.cit.*, p.14; Borer, *op.cit.*, p.19.

31 Sobre la necesidad que la reconciliación presuponga el conocimiento de la verdad Villa-Vicencio, *The Politics of Reconciliation*, in *Telling the Truths*, cit., p.71.

económica o simbólica³², y que ello sea suficiente para justificar el silencio sobre lo que realmente sucedió, incluso cuando se trata de crímenes muy graves que han afectado a decenas o cientos de miles de personas. A veces, esta orientación se justifica diciendo que el enjuiciamiento de los perpetradores puede tener altos costos políticos³³, y señalando que no solo existe la justicia retributiva, sino también la justicia reparadora, justicia disuasoria, la justicia compensatoria, justicia distributiva, justicia de rehabilitación, la justicia como afirmación de la dignidad humana y la justicia exonerativa³⁴. Parece claro que aquí estamos delante de otro intento de confundir y hacer vagos conceptos con los que se razona, lo que resulta en la disolución de sus significados, con lo cual pierde importancia la idea de que una noción fundamental de justicia presuponga la determinación de la verdad de los hechos, en nombre de una tendencia genérica y esencialmente política a la restauración de un orden social³⁵.

En este sentido, los posibles aspectos críticos son diversos, pero aquí solo podemos mencionar algunos de ellos. Por un lado, cabe señalar que una actitud favorable al olvido en nombre de cualquier paz social generalmente no se comparte. No falta, de hecho, los que con razón argumenten a favor de la necesidad de que venga determinada la realidad de hechos, tanto porque la verdad promueve el logro de la justicia³⁶, o sea porque el resarcimiento o la compensación de las víctimas se consideran insuficientes, y se sostiene que es necesario sancionar la responsabilidad penal de los responsables³⁷, es decir, también, porque, cualquier perdón y cualquier forma de compensación presuponen que se establezca “quién perdona a quién” y “por qué”, y quién merece una indemnización, y por qué razón. Incluso estos métodos de conciliación presuponen una determinación específica y completa de la verdad de los hechos. Se vislumbra ahora una suerte de dilema entre la verdad y la justicia, como si fuese posible lograr la justicia sin determinar la verdad³⁸, aunque no faltan opiniones según las cuales este dilema no tiene sentido, dado que el establecimiento de la verdad es una condición necesaria para que se haga justicia³⁹.

Sin embargo, existen numerosos ejemplos, como los referentes al fin de los sistemas totalitarios en Alemania, Italia y España⁴⁰, en los que tuvo lugar la transición de los regímenes totalitarios a los regímenes democráticos sin que hubiera una verificación efectiva de la verdad sobre los crímenes cometidos bajo esos regímenes, así que podríamos formular serios cuestionamientos sobre la calidad de la democracia que se construye sobre la base del silencio relacionado con los crímenes ocurridos bajo el régimen anterior: el hecho es que de esta manera, los viejos criminales, que masivamente escaparon de la justicia, se convirtieron en buenos y honorables ciudadanos de la nueva democracia. En este sentido, podemos preguntarnos si realmente podemos hablar de democracia cuando hablamos de un sistema político que sistemáticamente evita buscar la verdad sobre sus precedentes históricos inmediatos, a pesar de ser clara la cantidad y la calidad de los crímenes cometidos.

3. Contra la verdad

La actitud de rechazo de la verdad, más allá de las declaraciones abstractas, es bastante generalizada: muchos dicen que buscar la verdad es un error que hace más difícil la realización de la justicia “restaurativa” que sería el objetivo principal, o el único de la transición⁴¹ y, por lo tanto, es más apropiado garantizar la impunidad de los responsables de los crímenes de lesa humanidad como un medio para alentar la reconciliación⁴². El método más utilizado para lograr esto es aprobar una ley de amnistía. Resulta que ello ha sido aplicado en todo el mundo -en los años de 1970 a 2007- en 424 casos, es decir, en el 50% de los casos de transición⁴³. La razón de este fenómeno generalizado es obvia: la amnistía cancela la responsabilidad,

32 Lean, *Is Truth Enough? Reparation and Reconciliation in Latin America*, in *Politics and the Past. Repairing Historical Injustice*, ed. by J. Torpey, Lanham-Boulder-New York-Oxford 2003, p.176 ss.

33 Villa-Vicencio, *Transitional Justice, restoration, and prosecution*, in *Handbook of Restorative Justice*, ed. by D. Sullivan and L. Tiff, London-New York 2006, p.387 ss.

34 Villa-Vicencio, *op.ult.cit.*, p.389.

35 Villa-Vicencio, *op.ult.cit.*, p.398.

36 Cleary, *op.cit.*, p.21 ss.

37 Lean, *op.cit.*, p.183 ss.; Breen Smyth, *op.cit.*, p.2 ss., 12.

38 Teitel, *Transitional Justice*, cit., p.89 ss.; Id., *Globalizing Transitional Justice*, cit., p.56 ss.

39 En este sentido, ver por ejemplo Mihai, *op.cit.*, p.27 ss.: Al respect ver, Llewellyn, *Restorative Justice and Beyond*, in *Telling the Truths*, cit., p.83 ss.

40 El caso de la transición posfranquista en España es particularmente interesante porque sucedió sin que sucediera nada significativo. En este sentido cfr. Encarnación, *Democracy without Justice in Spain. The Politics of Forgetting*, Philadelphia 2014; Gil Gil, *Spain as an example of total oblivion with partial rehabilitation*, in *The Role of Courts*, cit., p.103 ss. Solo recientemente han comenzado las investigaciones sobre los crímenes en el periodo franquista: cfr. Espinosa, *Contra el Olvido. Historia y memoria de la guerra civil*, Barcelona 2006; Chinchón Álvarez, *The challenges posed to the recent investigation of crimes committed during the Spanish Civil War and Francoism*, in *The Role of Courts*, cit., p.132 ss.

41 Llewellyn, *op.cit.*, p.91 ss.

42 Olsen-Payne-Reiter, *Transitional Justice in Balance. Comparing Processes, Weighing Efficacy*, Washington, D.C., 2010, p.10.

43 Olsen-Payne-Reiter, *op.cit.*, p.29 ss., 35.

imposibilita cualquier proceso judicial, permite la reintegración pacífica de los criminales en la sociedad “reconciliada”. Hasta qué punto esto ha beneficiado a la democracia de los sistemas que han empleado las amnistías es un problema esencialmente político que permanece abierto, respecto al cual -sin embargo- se justifica cualquier escepticismo.

Existen, además, algunas observaciones adicionales que merecen ser al menos mencionadas.

En primer lugar, es oportuno distinguir entre amnistías y autoamnistías. Los primeros se promulgan después de la caída de los regímenes dictatoriales y, por lo tanto, se derivan de los intentos de reconciliación de los posteriores regímenes democráticos. Un ejemplo importante es el de Argentina⁴⁴: terminada la dictadura de los coroneles en 1983, una comisión para la investigación sobre los *desaparecidos* llamada CONADEP llevó a cabo investigaciones logrando la obtención de información que podía ser utilizada en los procesos penales posteriores y presentó un informe titulado *Nunca Más*, que contenía numerosas pruebas de crímenes cometidos bajo la dictadura⁴⁵. Sin embargo, unos años más tarde y por la presión política militar, la *Ley de Punto Final* en 1986 y la *Ley de Obediencia Debida* de 1987 establecieron la impunidad para los autores de esos crímenes. Era evidente que el gobierno democrático intenta cerrar con el silencio la trágica historia de los homicidios, las desapariciones y las torturas (llevadas a cabo en 340 centros) realizadas a decenas de miles de personas y que había marcado la historia de ese país. Estas leyes le siguieron varios indultos otorgados durante el gobierno de Menem, que extinguieron las sanciones y juicios en curso⁴⁶. La imposibilidad de llegar a sentencias judiciales dio lugar a un fenómeno muy interesante conocido como *los juicios por la Verdad*, pero duró mucho tiempo, es decir, hasta 2005, cuando la Corte Suprema declaró que las dos leyes de 1986 y 1987 eran inconstitucionales. Por tanto, el régimen de impunidad desapareció⁴⁷, pero para alcanzar este resultado transcurrieron casi veinte años, durante los cuales las amnistías habían podido producir sus resultados.

Si esto sucede para las amnistías que pueden considerarse “ordinarias”, con mayor razón las intenciones para impedir el descubrimiento de la verdad se manifiestan en las llamadas autoamnistías, es decir, en las amnistías dictadas por los mismos regímenes dictatoriales con la finalidad de evitar sanciones para los perpetradores de crímenes cometidos en el contexto del terrorismo de Estado. El propósito declarado de estas amnistías es generalmente la pacificación social, como si estas fueran a favor de todos los autores de actos de violencia grave, pero –tratándose de hecho de provisiones de carácter general- el efecto práctico que en realidad se alcanza es el de la impunidad de los perpetradores de crímenes cometidos por órganos estatales como el ejército, la policía, los paramilitares, los servicios secretos.

Un ejemplo famoso fue el de la amnistía proclamada por Pinochet en los últimos años de su régimen⁴⁸. En 1978, se aprobó una ley para la amnistía de los delitos cometidos entre 1973 y 1978, pero solo recién en 1998 la Corte Suprema chilena afirma que esta no era aplicable a los delitos cometidos en violación de los derechos humanos. En cualquier caso, y no siendo seguro si esta ley sigue aplicándose, y en qué medida, todavía está en discusión y, por lo tanto, siempre puede encontrar aplicación⁴⁹.

Es cierto que en muchos casos⁵⁰, las amnistías y las autoamnistías se declaran, tarde o temprano, inconstitucionales o ilegítimas, pero esto normalmente sucede después de muchos años. La consecuencia es que, en diversos grados, las amnistías logran realmente los fines para los que eran destinadas, es decir la cancelación de las responsabilidades de la mayoría de los autores de crímenes de lesa humanidad.

44 Sobre la historia argentina existen numerosos estudios Cfr. ad es. L'ampia analisi svolta da Gil Lavedra, *The Possibility of Criminal Justice. The Argentinian Experience*, in *The Role of Courts*, cit., p.56 ss.; ed inoltre, anche per altri riferimenti, Pastor, *op.cit.*, p.100; Fornasari, *op.cit.*, p.77 ss.

45 Se verificó la desaparición de 8960 personas y la existencia de 380 centros de detención ilegales. Cfr. Pastor, *op.cit.*, p.109 ss.; Fornasari, *op.cit.*, p.86 ss.

46 Cfr. Gil Lavedra, *op.cit.*, p.68 s.; Pastor, *op.cit.*, p.112; Fornasari, *op.cit.*, p.95 ss.

47 Cfr. Gil Lavedra, *op.cit.*, p.75 ss.

48 En particular, Collins, *Post-Transitional Justice. Human Rights Trials in Chile and Salvador*, University Park, Pa, 2010, 68 ss. . Hayner, *op.cit.*, p.47; Garretón, *Chilean transitional justice and the legacy of de facto regime*, in *The Role of Courts*, cit., p. 81 ss., 85.

49 Aparentemente hubo 1,000 casos abiertos en 2014, incluidos 72 casos de tortura, mientras que 279 fueron declarados culpables, 75 de los cuales están en prisión.

50 No faltan sin embargo las excepciones, como aquella representada por Uruguay, donde, después de años de dictadura militar con numerosos crímenes contra la humanidad, se introdujeron dos medidas de amnistía en 1985 y 1986. Estas leyes fueron posteriormente sometidas a referendums populares, pero el resultado de estas consultas fue a favor de mantenerlos en vigor (sobre estos eventos, véase ampliamente Fornasari, *op.cit.*, 110 ss., 116 ss., 121 ss.). Sin embargo, en la sentencia del caso *Gelman Vs. Uruguay* del 24 de febrero de 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reafirma su propia jurisprudencia según la cual las leyes de amnistía relativas a crímenes contra la humanidad son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de Convención Interamericana (§ 225, 226, 227), y reconfirma la obligación de los Estados que lo suscribieron de investigar y sancionar tales delitos (§227).

Por lo tanto, permanece abierta la cuestión de si existen amnistías que de alguna manera pueden ser aceptadas o toleradas. En principio, y en base a las premisas aclaradas al principio, la respuesta debería ser claramente negativa. Además de los casos excepcionales en los que la amnistía viene dada a aquellos que reconocen su responsabilidad, de hecho, el efecto típico de la amnistía es evitar que se logre la determinación de la verdad sobre los crímenes en cuestión, y en particular que se identifiquen y -si eventualmente- se sancionen a los responsables. Por lo tanto, *ninguna* amnistía es compatible con el principio por el cual la democracia se basa en la verdad.

La evaluación *política* de las amnistías puede ser diferente, dependiendo de las circunstancias en que estas se conceden y mantienen⁵¹. Se trata, en otras palabras, de establecer si en cada situación específica es más *ventajoso* prescindir de la verdad sobre los crímenes del pasado a cambio de la esperanza de una pronta paz social, o si se considera que no se conseguirá la construcción de una verdadera democracia sin que la verdad sea completamente determinada. En el mejor de los casos, por lo tanto, podrían ser toleradas las amnistías concedidas en los regímenes democráticos, pero no descartando el descubrimiento de la verdad sobre los crímenes contra la humanidad cometidos por las dictaduras, mientras que los que no podrían ser aprobada amnistías que -incluso realizadas o confirmados en los regímenes democráticos- tengan el efecto de excluir la búsqueda de la verdad⁵².

4. Las “Comisiones por la verdad”

En muchas situaciones de transición, se afirma el “derecho fundamental a la verdad”⁵³ contra los crímenes de lesa humanidad cometidos durante los regímenes dictatoriales, y se crean comisiones con la tarea de determinar estas verdades⁵⁴. Se crearon no menos de 68 comisiones hasta el 2007⁵⁵, pero muchas otras se crearon más tarde, como la comisión brasileña que se estableció solo en 2011. La composición de estas comisiones varía mucho según el caso, así como cambia la definición de sus tareas⁵⁶. Sin embargo, está claro que la búsqueda de la verdad que tienen que realizar suele ser más limitada de la que podría establecer un tribunal⁵⁷, y generalmente se centra en las víctimas, es decir, en su identificación y en la verificación de las formas en que se cometieron los crímenes en su contra⁵⁸, mientras que poca o ninguna atención se da a la identificación de los culpables. Se dice, en esencia, que el “derecho a la verdad” pertenece sobre todo a las víctimas de estos crímenes, mientras que se atribuye menos importancia al descubrimiento de “toda” la verdad. También, de acuerdo con estos límites, se reconoce que estas comisiones han tenido una importancia secundaria en la transición, y de alguna manera han contribuido a ella, pero solo en combinación con amnistías y los procesos⁵⁹.

Sin embargo, esta evaluación particularmente poco positiva no puede generalizarse, ya que hay ejemplos en los que el trabajo de las comisiones se ha llevado a cabo de manera intensa y profunda y ha producido resultados significativos.

Uno de estos ejemplos es la comisión creada en Perú en 2001, con la tarea de investigar la violencia y los crímenes de lesa humanidad cometidos en el período comprendido entre 1980 y 2000. Cabe señalar que estos son en realidad dos períodos bastante distintos: de 1980 a principios de los años 90, la situación del país se caracterizó por las guerrillas, incluyendo especialmente el movimiento *Sendero Luminoso*; mientras que en la década siguiente la violencia que se practicaba en su mayoría era por parte del Estado bajo la dictadura de Alberto Fujimori. La comisión trabaja intensamente de 2001 a 2003, recopila una cantidad impresionante de documentos y testimonios, y publica un informe en 9 volúmenes.⁶⁰ Los resultados de la investigación llevada a cabo por la Comisión son impresionantes: solo basta recordar que se determina la muerte o desaparición forzada de 69,280 personas (un número no definitivo) y se descubren 4,600 entierros clandestinos. Sobre la base de esta gran cantidad de información, la Comisión sugiere que se realicen investigaciones judiciales para establecer responsabilidades de esta impresionante matanza, pero poco se

51 Sobre las posibles valoraciones positivas de algunas de las amnistías, especialmente emanadas en los regímenes democráticos que sucedieron a los regímenes dictatoriales, ver Fornasari, *op.cit.*, P.171 ss.

52 Cfr. Fornasari, *op.cit.*, p.178.

53 Sobre el derecho a la verdad como derecho del hombre cfr. Méndez, *The Human Right to Truth*, in *Telling the Truths*, cit., p.115 ss.

54 Para un amplio análisis cfr. Hayner, *op.cit.*, p. 27 ss., 45 ss., 239 ss.

55 Cfr. Olsen-Payne-Reiter, *op.cit.*, p.34.

56 Cfr. En particular Hayner, *op.cit.*, p.10 ss.; Walker, *op.cit.*, p.16 ss.. Sobre las comisiones como órganos de la justicia “restaurativa” cfr. Llewellyn, *op.cit.*, p.98 ss.

57 Cfr. Hayner, *op.cit.*, p.13; Collins, *op.cit.*, p.74; Teitel, *Transitional Justice*, cit., p.81 ss.

58 Cfr. Hayner, *ibidem*, 20 ss.

59 En este sentido Hayner, *op.cit.*, p.26; Olsen-Payne-Reiter, *op.cit.*, p.21, 23, 153 s.; Walker, *op.cit.*, p.15, que señala el creciente escepticismo hacia las comisiones como medios para determinar la verdad.

60 Un resumen de esta relación es un volumen de casi 500 páginas, que en realidad es también un estudio de gran interés en la historia del Perú en el período considerado. Cfr. *Hatun Willakuy. Versión abreviada de l'Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Peru*, 2008.

realizado y, de hecho, el presidente y los miembros del comité recibieron amenazas a raíz de su labor de investigación.⁶¹

Otro ejemplo muy significativo es el de Chile. En este país, como hemos visto, la autoamnistía de 1978 había sustancialmente bloqueado cualquier posibilidad de investigación de los crímenes ocurridos durante la dictadura de Pinochet. Por otro lado, en 1990/1991 operó la llamada “Comisión Rettig” –la cual tomó el nombre de su presidente– que, sin embargo, solo tenía la tarea de tener en cuenta los casos de muerte por asesinato, desaparición forzada o tortura. Curiosamente, la comisión no abordó las torturas que no causaron la muerte, como si estas torturas se consideraran irrelevantes en tales casos. A pesar de estas limitaciones, la comisión pudo atender 2.920 casos, el 95% debido a la violencia atribuible a los organismos estatales y solo el 4% debido a la acción de los grupos de izquierda.⁶² La situación cambió sólo después de varios años, ya que sólo de 2003 a 2005, y luego en 2011, opera una comisión (llamada “Comisión Valech”)⁶³ que se ocupa de torturas y encarcelamientos ilegales, identificando 28,549 víctimas (de las cuales 1.244 eran menores de 18 años y 176 tenían menos de 13) y descubrieron 1200 lugares de tortura. Incluso en estos casos, sin embargo, la tarea de la comisión se limita básicamente por el hecho de que se investiga e identifica a las víctimas, pero no se identifica los nombres de los culpables, incluso si se encontraban involucrados cuerpos militares, la policía o equipos de espionaje. Así pues, estaba claro que la comisión no podía proporcionar información que pudiera usarse en los tribunales⁶⁴. Está presente además el hecho de que una ley excluye, salvo en casos excepcionales, el acceso a la información contenida en el informe, durante los próximos 50 años⁶⁵.

Un límite similar también caracteriza a la comisión de la verdad que operó en Guatemala en 1997-1999: frente a 200.000 muertes en 30 años de la guerrilla y del terrorismo de Estado, con 626 masacres atribuibles a los militares y paramilitares, que habían producido 42.000 víctimas, no hubo identificación alguna de los culpables⁶⁶.

Se justifica entonces la opinión generalizada según la cual las comisiones de la verdad a veces han sido útiles, pero no han sido el instrumento más efectivo, y mucho menos el único instrumento, para determinar la verdad⁶⁷. Algunos creen en cambio que las comisiones de la verdad pueden ser instituciones útiles para aclarar la verdad a fin de realizar el *rule of law*⁶⁸.

5. Los procesos penales

De una manera puramente hipotética, podría suponerse que el instrumento ideal para tratar los crímenes, y especialmente los crímenes cometidos contra la humanidad, es el proceso, y en particular el proceso penal. La misma opinión también puede aplicarse en el caso de la justicia transicional, ya que solo se puede lograr una verdadera justicia después de haber averiguado la verdad sobre los crímenes cometidos en los regímenes totalitarios⁶⁹. En las diversas situaciones de transición, en cambio, el recurso a las investigaciones y los procedimientos judiciales terminó siendo bastante infrecuente: de hecho, fue excluido de las amnistías y no correspondía a las funciones de las diversas comisiones de la verdad, aunque en algunos casos estas proporcionaron elementos de conocimiento que podrían usarse en sede procesal.

En los últimos años, parece que la oposición a la justicia “retributiva”⁷⁰ se ha debilitado y la preferencia por la justicia “restaurativa” ha disminuido, con la consecuencia de que el recurso a la justicia penal parece estar en expansión (incluso sin excluir el empleo de los otros instrumentos de la transición). Este parece ser, por ejemplo, el caso de Chile, donde solo después de 1998 comienza a conocer penalmente los crímenes, procesando a varios cientos de oficiales del ejército, 200 de los cuales son condenados y 59 cumplen encarcelados sus condenas⁷¹, pero también es el caso de Argentina⁷².

61 Sobre la comisión peruana, ver en particular Root, *Transitional Justice in Peru*, New York 2012, p.53 ss., 73 ss.. V. inoltre Hayner, *op.cit.*, p.38 s.; Montoya Vivanco, *Responding to human rights violations committed during the internal armed conflict in Peru. The limits and advances of Peruvian criminal justice*, in *The Role of Courts*, cit., p.169 ss., 172 ss.; Méndez, *op.cit.*, p.135 ss.

62 Cfr. Hayner, *op.cit.*, p.47 ss., Collins, *op.cit.*, p.74 ss.; Méndez, *op.cit.*, p.123 ss.

63 Collins, *op.cit.*, p.94 ss.; Ferrara, *Assessing the Long-term Impact of Truth Commissions. The Chilean truth and reconciliation commission in historical perspective*, London-New York 2015, p.165 ss., 189 ss.

64 Cfr. Hayner, *op.cit.*, p.61 ss.

65 Cfr. Accattino-Collins, *op.cit.*, p.90.

66 Cfr. Hayner, *op.cit.*, p.32 ss.; Méndez, *op.cit.*, p.127 s.

67 Teitel, *Transitional Justice*, cit., p.81 ss., 89; Collins, *op.cit.*, p.74 ss.. Para una valoración positiva ver Ferrara, *op.cit.*, p.191, 206 ss.

68 Cfr. De Greiff, *Truth Telling and the Rule of Law*, in *Telling the Truths*, cit., p.181 ss.

69 Cfr. ad es. Cunneen-Hoyle, *Debating Restorative Justice*, Oxford-Portland, Ore., 2010, p.81 ss.; Olsen-Payne-Reiter, *op.cit.*, p.16 ss., 98 ss., 132 ss.; Lean, *op.cit.*, p.183 ss.; Teitel, *Transitional Justice*, cit., p.72 ss.; Mihai, *op.cit.*, p.27 ss.

70 Una posible explicación se da el sentido de que esta orientación se debe a la tendencia generalizada a reducir o incluso eliminar las sanciones penales normales. En este sentido cfr. Teitel, *Globalizing Transitional Justice*, cit., p.99 ss., 151 ss.

71 Cfr. Hayner, *op.cit.*, p.49; Collins, *op.cit.*, p.100 ss., 133 ss.; Garretón, *op.cit.*, p.93 s.

72 Cfr. Gil Lavedra, *op.cit.*, p.75 ss.

A este respecto, sin embargo, existen problemas de diversa índole que podrían dividirse muy ampliamente en dos categorías: problemas prácticos y problemas jurídicos.

Los problemas prácticos son de diversa naturaleza y se han manifestado con una intensidad variable pero muy fuerte en todos los países que han sido tomada en consideración. Sin proceder aquí con un análisis específico respecto a los singulares ordenamientos jurídicos, puede ser suficiente mencionar una lista de factores que, en varias combinaciones, han llevado a que la condena penal de los responsables de crímenes termine siendo un evento bastante poco frecuente. En primer lugar, debe recordarse que, en muchos casos, tanto los órganos de acusación como los jueces, que a menudo permanecieron en sus cargos después de la transición, pero después de haber realizado funciones antes de tal periodo, muestran una fuerte inclinación hacia la inactividad, especialmente cuando se trata de perseguir los crímenes cometidos bajo varias dictaduras⁷³. A este factor se agregan fuertes presiones políticas dirigidas a evitar que la verdad del pasado se descubra realmente⁷⁴: incluso la clase política ha salido sustancialmente ileso de la fase de transición y, por lo tanto, es obvio que incluso en los nuevos regímenes existen fuerzas económicas, sociales y políticas que de diversas maneras se opongan al descubrimiento de verdades que podrían ser inconvenientes o peligrosas. Se explica entonces el fenómeno, que aparece con bastante frecuencia, de mentiras organizadas⁷⁵, no pocas veces por los mismos perpetradores, con la finalidad de impedir la búsqueda de la verdad o, en cualquier caso, frustrar los resultados⁷⁶.

Asimismo, debe recordarse que en muchos casos la posibilidad de investigar y llevar a cabo juicios penales está severamente limitada por el paso del tiempo, que a menudo se mide en algunas décadas de retraso con respecto a los hechos⁷⁷. Si se lleva a cabo una investigación -quizás sin una energía particular- a veinte o treinta años puede ser difícil encontrar evidencia de lo sucedido, especialmente cuando -como sucede a menudo- estas se encuentran en las manos de los mismos órganos (Estado, ejército, policía, paramilitares) de los cuales son parte los responsables. En estos casos, que representan casi la normalidad, está claro que la evidencia ha desaparecido, ha sido escondida o destruida⁷⁸. Un ejemplo macabro pero significativo está constituido por lo que Pinochet llamó "transferencia de televisores", es decir, la práctica de vaciado de las fosas comunes sustrayendo los pobres restos de los muertos con el fin de destruirlos y evitar de esta manera que sean una evidencia tangible de lo eso había sucedido

Además, el paso del tiempo hace que sea muy difícil, si no imposible, identificar a los culpables, o al menos a todos los culpables, con la consecuencia evidente de que muchos de estos no pueden ser procesados.

A estas dificultades prácticas se agregan a veces los problemas de naturaleza jurídica que se refieren a ciertos aspectos del derecho penal. Uno de estos problemas deriva del hecho de que, si el juicio tiene lugar después de décadas o años desde que se cometieron los crímenes que se tratan de averiguar, es muy probable que el período de prescripción para estos crímenes haya operado⁷⁹. Sin embargo, este problema se ha superado en relación con los crímenes de lesa humanidad, ya que ahora se reconoce que estos crímenes no pueden prescribir⁸⁰. Otro problema es el de la irretroactividad de la ley penal. En esencia, los crímenes de lesa humanidad no serían punibles, ya que no fueron previstos como tales por el derecho penal interno de los diversos sistemas jurídicos cuando tales actos se cometieron⁸¹. Sin embargo, esta consecuencia paradójica puede evitarse. Por una parte, se observó que comportamientos como el homicidio, la desaparición forzada y la tortura ya estaban previstos como delitos en el derecho penal ordinario, incluso si no estaban calificados con el *nomen juris* de crímenes de lesa humanidad. Por otro lado, los crímenes contra la humanidad siempre se han considerado como tales, independientemente de la presencia de reglas explícitas que los sancionen⁸². Por lo tanto, no habría problema de retroactividad, ya que los crímenes de lesa humanidad ya eran crímenes de lesa humanidad en el momento en que se cometieron.

Claramente, estos son temas que pueden no ser compartidos y se puede considerar que no coinciden perfectamente con los dogmas tradicionales del derecho penal, pero no parece apropiado tratar aquí estas discusiones. En cambio, una consideración general parece justificada: la aplicación rigurosa -y tal vez excesivamente formal- de estos dogmas puede producir consecuencias que son difíciles de aceptar, a

73 Para el caso de Chile cfr. Accattino-Collins, *op.cit.*, p.87, 91.

74 Cfr. Lean, *op.cit.*, p.185; Root, *op.cit.*, p.90 ss.

75 Cfr. Breen Smyth, *op.cit.*, p.35 ss.

76 Como señala Lean, *op.cit.*, p.185, "truth telling and prosecution are dangerous ventures".

77 Cfr. ad es. Montoya Vivanco, *op.cit.*, p.181.

78 Cfr. ad es. Olsen-Payne-Reiter, *op.cit.*, p.22 ss.; Accattino-Collins, *op.cit.*, p.91.

79 Para mayor conocimiento Fornasari, *op.cit.*, p.181 ss.

80 Cfr. Fornasari, *op.cit.*, p.182.

81 Ver todavía Fornasari, *op.cit.*, p.189 ss.

82 Al respecto Fornasari, *op.cit.*, p.190 ss.

saber, la imposibilidad de recurrir a la justicia penal para determinar la verdad sobre los crímenes de lesa humanidad.

Desde un punto de vista diferente, se niega que el proceso penal sea un instrumento adecuado para la búsqueda de la verdad histórica sobre los crímenes de lesa humanidad, basado en la diferencia que existe entre la actividad del historiador y la del juez⁸³. En este sentido, no vale la pena resumir aquí el debate añejo y ahora obsoleto sobre las diferencias y las similitudes entre lo que hace el historiador y lo que hace el juez⁸⁴. Cualquiera sea la manera en que se considere la actividad del historiador -tema sobre el que hay una pluralidad de opiniones que no pueden discutirse aquí y una vasta literatura, desde Foucault hasta Adam Schaff- no podemos negar que el juez tiene como propósito esencial la investigación y el descubrimiento de la verdad sobre los hechos que son objeto de decisión. Esto se aplica en general, y por lo tanto también en el proceso penal, si se considera -como se mencionó anteriormente- que la verdad de los hechos es una condición necesaria para la correcta aplicación de la ley, en cada sistema inspirado por el principio de legalidad⁸⁵.

6. Dos ejemplos de transición: a) Brasil; b) Colombia

a) Un ejemplo muy significativo es el de Brasil, donde la dictadura militar duró de 1964 a 1988. Ya en 1961 se aprobó una ley de amnistía, y se aprobó otra ley similar en 1979, que fue corregida en 1985, para luego extender su aplicación en 1988. Después del final de la dictadura militar, en 1989 otra ley de amnistía fue aprobada "para crímenes políticos" que creó una comisión especial. Hasta 2014, esta Comisión examinó 62,000 solicitudes, pero muchos de los presos políticos - opositores a la dictadura militar - no fueron amnistiados, mientras que los "amnistiados políticos" que participaron en crímenes cometidos en el contexto del terrorismo de Estado recibieron varias ventajas como readmisión o promoción de sus carreras. Solo en 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al decidir en el famoso caso de la "guerrilla de Araguaia", afirma que la interpretación de la ley de 1979 según la cual se evitaría investigaciones, fallos y sanciones por violaciones de los derechos humanos es incompatible con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y establece la obligación del Estado de conocer la verdad⁸⁶. El caso de Brasil es muy interesante porque en 1995 se creó otra comisión que funcionó durante 11 años y presentó un informe en 2007⁸⁷, pero en 2011 se crea una comisión adicional que concluye su trabajo a fines de 2014. El resultado es un informe publicado en tres volúmenes de varios miles de páginas, que describe las investigaciones llevadas a cabo por la comisión y sus resultados. El objetivo principal de la comisión es la "realización del derecho a la memoria y la verdad histórica" sobre lo sucedido en los muchos años de dictadura militar, en relación con el deber del Estado de investigar, juzgar y castigar a los responsables de crímenes de lesa humanidad⁸⁸. Un aspecto muy importante de la comisión brasileña, que lo distingue de muchas otras comisiones que tenían como único objetivo el descubrimiento de la "verdad de las víctimas", es que entre sus tareas también está el descubrimiento e identificación de los autores de los crímenes en cuestión⁸⁹. La comisión utiliza información sobre estos crímenes que había sido recopilada previamente, en particular por la arquidiócesis de São Paulo como parte del proyecto de *nunca mais*⁹⁰, pero sobre todo lleva a cabo investigaciones independientes. El resultado son textos de gran interés. En particular, el volumen II del *Relatorio* contiene una serie de ensayos que son muy detallados, incluso desde el punto de vista histórico, que incluyen información detallada sobre violaciones de derechos humanos cometidas contra soldados, trabajadores y sindicalistas, campesinos, sacerdotes, profesores y estudiantes de las Universidades, indígenas y homosexuales. También analiza los fenómenos de colaboración de civiles, especialmente industriales, con los militares y las formas de resistencia que la sociedad civil había intentado desarrollar contra el terrorismo de Estado. En conjunto, una obra de gran importancia histórica y documental. Además, el volumen III del *Relatorio* contiene, en casi 2.000 páginas, las historias de 434 muertes y víctimas de desapariciones forzadas, con indicaciones analíticas sobre personas, lugares y eventos -especialmente sobre torturas atroces y mortales- de estos eventos. En muchos casos, donde fue posible, se identifica a

83 En particular Pastor, *op.cit.*, p.115 ss.; Fornasari, *op.cit.*, p.101.

84 Más ampliamente en Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, p.310 ss., además, Id., *Il giudice e lo storico. Considerazioni metodologiche*, in *Riv.dir.proc.* 1967, p.438 ss. Sobre la analogía entre el trabajo del historiados y del juez ver con atención, Pastore, *Decisioni Argomenti Controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Torino 2015, p.105 ss.,

85 En este sentido Taruffo, *La semplice verità*, cit., p.97 ss.

86 Se trata de la sentencia *Gomes Lund y otros ("Guerrilla do Araguaia") Vs. Brasil*. In argomento v. ampiamente Fornasari, *op.cit.*, p.145 ss.

87 Cfr. *Direito à Memória e à Verdade*, 2007 (è il rapporto della Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos), p.28, 51 ss. La investigación incluye cientos de páginas con nombres, descripción de los hechos y fotografías.

88 Cfr. il vol.I del *Relatorio* della Commissione, p.46,67 ss. (v. <http://www.cnv.gov.br/>)

89 Cfr. il *Relatorio*, cit., vol.I, p.73 ss.

90 En esta investigación vienen documentados 707 casos con 7,364 acusaciones y 10,034 investigaciones policiales. Cfr il *Relatorio*, cit., I, p.16. Altre informazioni raccolte nel 1995 parlano di 339 casi di omicidi e sparizioni forzate, mentre altri 221 casi vengono scoperti nel 2007. Cfr il *Relatorio*, cit., I, p.18, 21.

los responsables de estos crímenes y se indican las pruebas pertinentes. Lo que aún permanece incierto es si este gran trabajo de investigación y evaluación puede llevar a enjuiciamientos y condenas penales. Cabe señalar, de hecho, que la ley de amnistía de 1979, a pesar de la decisión de la Corte Interamericana de 2010, sigue vigente y, por lo tanto, siempre puede aplicarse⁹¹. De hecho, el gobierno la defiende, rechazando en 2012 cualquier discusión, nacional o internacional, incluso con el apoyo de la Corte Suprema, que estableció que los crímenes cometidos por los militares fueron políticos y, por lo tanto, podrían amnistiarse.

- b) Por supuesto, es demasiado pronto para cualquier análisis que afirme ser confiable de la situación actual en Colombia: el proceso de paz está en marcha, y será necesario esperar su conclusión para evaluar su resultado.

Sin embargo, el caso de Colombia ya se ve muy interesante, y vale la pena echar una mirada final al *Acuerdo Final* firmado el 12 de noviembre de 2016. Por un lado, en muchas de las 310 páginas densas del Acuerdo se habla en numerosas ocasiones -a menudo con un tono retórico y enfático- de la búsqueda y la determinación de la verdad sobre los numerosos crímenes de lesa humanidad que se han cometido en las décadas de guerra entre el Estado y las organizaciones guerrilleras. Por otra parte, sin embargo, se dice varias veces que el objetivo principal del acuerdo consiste sobre todo en la realización de una justicia "reparadora", es decir, en la compensación de las víctimas de tales crímenes. No es casualidad que la parte del acuerdo que también aborda la verdad (punto 5) se llame *Acuerdo sobre las víctimas del conflicto*. En cambio, no se presta especial atención al castigo de los culpables. Por lo tanto, se trataría de establecer verdades *parciales*, incluso si bien en muchos aspectos importantes, pero no en el descubrimiento de verdades *completas* sobre los hechos en cuestión.

Que la verificación de la verdad completa sobre los crímenes en cuestión no se considera particularmente importante es bastante evidente si se observan los mecanismos institucionales que el acuerdo estipula para el logro de la paz.

En primer lugar, mientras que en los párrafos 21 y 22 del Acuerdo se dice que el Estado colombiano debe garantizar, entre otras cosas, la verdad y la justicia sobre los crímenes contra la humanidad, en el párrafo 23 se habla de una amnistía "*más amplia posible*", incluso si después (puntos 25 y 40) se excluye que sea aplicable a tales crímenes. Sin embargo, los límites relativos a la aplicación de la amnistía aún quedan por establecerse.

Más interesante, sin embargo, es la creación de un *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición* cuyo objetivo principal es hacer realidad los derechos de las víctimas, y en particular el derecho a la verdad (puntos 5.1.1.1., 5.1.1.1.1 y siguientes). En este contexto, la creación de diversos mecanismos, incluyendo una *Comisión para el esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición*, órgano extrajudicial que debe tratar de conocer la verdad, pero la mayoría debe promover el reconocimiento de las víctimas y la responsabilidad de los participantes de conflicto armado. Es un *reconocimiento voluntario*, individual o colectivo que, sin embargo, no implica ninguna imputación penal, ya que la información recibida por la Comisión no puede ser transferida a los órganos judiciales, los cuales no pueden solicitarla, y en cualquier caso no pueden tener ningún valor probatorio.

En las mismas direcciones se orienta la creación del *Componente de Justicia del Sistema*, que incluye varios órganos con una organización compleja. En cuanto a aquí respecta, debe señalarse que incluye una *Sala de amnistía o indulto* (punto 46 c del acuerdo) con la tarea de otorgar estos beneficios. El aspecto más importante, sin embargo, es la centralidad que se atribuye al *reconocimiento* de la verdad y la responsabilidad: reconocimiento que puede ser individual o colectivo, y puede llevarse a cabo de diversas maneras (párrafo 47). Además, se crea un *Sala de reconocimiento de verdad, responsabilidad y determinación de los hechos y conductas*. Esto es evidentemente, en las intenciones del acuerdo, el momento fundamental de todo el sistema. Es cierto que se crean otros órganos que deben ocuparse de casos en los que no existe reconocimiento, como el *Tribunal para la Paz* (punto 46 b), pero parece claro que estos casos se consideran marginales. No debemos olvidar, sin embargo, que en los casos de reconocimiento se aplican sanciones (no de la prisión, consistiendo esencialmente en actividades orientadas al cumplimiento de los derechos de las víctimas: párrafo 60) relativamente modestas, mientras que serán mucho más grave en los casos donde no hay el reconocimiento "voluntario" y, sin embargo, se haya establecido la responsabilidad (párrafo 60).

91 Para intentar interpretarlo en un sentido democrático, es como si promoviera decisiones inspiradas en "verdad y justicia" y no solo "libertad" o "impunidad" ver Abrão-Torelli, *Transformaciones del concepto de amnistía en la justicia de transición brasileña: la tercera etapa de la lucha por la amnistía*, in *Jueces por la democracia*, 2013, p.96 ss., 105.

Es un sistema tan complejo, y tan analíticamente regulado, que cualquier evaluación sumaria debería evitarse. Sin embargo, vale la pena enfatizar lo que parece ser el aspecto más relevante de este sistema. Como dijimos, el acuerdo habla de la búsqueda de la verdad sobre las responsabilidades de los perpetradores de los crímenes, incluso si la verdad considerada por mucho la más importante es la conciente a las víctimas. Por otro lado, la verdad sobre la responsabilidad depende esencialmente de su reconocimiento. El punto crítico, entonces, es que no existe un mecanismo de control y verificación sobre la *veracidad* del reconocimiento, ni prueba de los hechos que son "reconocidos". La consecuencia parece obvia: el reconocimiento puede ser incompleto, construido *ad hoc* o completamente falso, y llevado a cabo con el único propósito de obtener una escasa penalización. De ahí la duda de si estos mecanismos están realmente dirigidos al descubrimiento de la verdad, o no están más bien orientados a cerrar un conflicto en nombre de una verdad que se proclama en palabras pero que de hecho se considera como poco relevante.

7. Bibliografía

Anche Walker, *Troubles with Truth Commissions: Putting the Moral Aims of Truth Commissions to the Fore*, en *The Performance of Memory as Transitional Justice*, ed.by S.E.Bird and F.M.Ottanelli, Cambridge-Antwerp-Portland 2015, p.15 ss.

Borer, *Truth Telling as a Peace-Building Activity. A Theoretical Overview*, in *Telling the Truths*.

Breen Smith, *Truth Recovery and Justice after Conflict. Managing violent pasts*, London-New York 2007, p.22 ss.

Chinchón Álvarez, *The challenges posed to the recent investigation of crimes committed during the Spanish Civil War and Francoism*, in *The Role of Courts*, cit., p.132 ss.

Cunneen-Hoyle, *Debating Restorative Justice*, Oxford-Portland,Ore., 2010.

De Caro, M. y M. Ferraris, Torino. *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, a cura. 2012.

Encarnación, Omar G. *Democracy without Justice in Spain. The Politics of Forgetting*, Philadelphia 2014.

Espinosa, *Contra el Olvido. Historia y memoria de la guerra civil*, Barcelona 2006.

Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2007.

Gil Lavedra, *The Possibility of Criminal Justice. The Argentinian Experience*, in *The Role of Courts*, cit., p.56 ss.

Gil Gil, Alicia. *Spain as an example of total oblivion with partial rehabilitation*, in *The Role of Courts*.

Hatun Willakuy. *Versión abreviada de l'Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Peru*, 2008

Kirkham, *Theories of Truth. A Critical Introduction*, Cambridge, Mass.-London 1995, p. 119 ss.

Llewellyn, Jennifer J. *Restorative Justice and Beyond*, in *Telling the Truths*.

Méndez, *The Human Right to Truth*, in *Telling the Truths*, cit., p.115 ss.

Montoya Vivanco, *Responding to human rights violations committed during the internal armed conflict in Peru. The limits and advances of Peruvian criminal justice*, in *The Role of Courts*.

Olsen-Payne-Reiter, *Transitional Justice in Balance. Comparing Processes, Weighing Efficacy*, Washington,D.C., 2010, p.10.

Pastor, *Processi penali solo per conoscere la verità? L'esperienza argentina*, in *Il superamento del passato*, cit., p. 102 ss.

Root, *Transitional Justice in Peru*, New York 2012, p.53 ss., 73 ss.

Taruffo, Michele. *Il giudice e lo storico. Considerazioni metodologiche*, in *Riv.dir.proc.* 1967.

_____. 1992. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano.

Torpey, J. *Is Truth Enough? Reparation and Reconciliation in Latin America*, in *Politics and the Past. Repairing Historical Injustice*. Lanham-Boulder-New York-Oxford 2003, p.176 ss.

Villa-Vicencio, *Transitional Justice, restoration, and prosecution*, in *Handbook of Restorative Justice*, ed.by D.Sullivan and L.Tiftt, London-New York 2006, p.387 ss.