

APUNTES SOBRE JUSTICIA TRANSICIONAL Y TRANSACCIONAL: EL *PLEA BARGAINING* EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

NOTES ON TRANSITIONAL AND TRANSACTIONAL JUSTICE: PLEA BARGAINING IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Gustavo Alfredo Linde
Doctorando en Ciencias Jurídicas / Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público
Universidad Católica Argentina / Universidad Nacional de La Matanza (Argentina)

Fecha de recepción: 17 de agosto de 2023.

Fecha de aceptación: 14 de noviembre de 2023.

RESUMEN

El presente trabajo aborda la temática de la negociación judicial, desde la óptica del *plea bargaining* y su incidencia en el Derecho Penal Internacional. Para ello, recoge antecedentes de su aplicación en tribunales penales internacionales *ad hoc*, creados para el juzgamiento de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como así también previsiones normativas y experiencias afines ensayadas en el Derecho Comparado.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of judicial negotiation, from the perspective of plea bargaining and its impact on International Criminal Law. Collects information on its application in ad hoc international criminal tribunals, created for the trial of serious violations of International Humanitarian Law and gross violations of International Human Rights Law, as well as legal provisions and experiences from the Comparative Law.

PALABRAS CLAVE

Plea bargaining, Justicia transicional, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

KEYWORDS

Plea bargaining, Transitional justice, International Humanitarian Law, International Human Rights Law.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. APUNTES SOBRE JUSTICIA TRANSACCIONAL. 2.1. Los orígenes de la negociación penal. 2.2. Su dimensión jurídico-procesal. 2.3. La naturaleza jurídica del instituto. 2.4. Su actual fisonomía. 2.5. La práctica transaccional en la doctrina judicial y legislación del *common law*. 2.5.1. *Whiskey Cases*. 2.5.2. *Brady v. United States* y *Santobello v. New York*. 2.5.3. *Bordenkircher v. Hayes*. 2.6. La situación en el Reino Unido. 2.7. ¿Bienvenida a la arena judicial? 2.8. Opinión. **3. APUNTES SOBRE JUSTICIA TRANSICIONAL. 4. UN MODELO INTERSECCIONAL: EL PLEA BARGAINING EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.** 4.1. Tribunales Internacionales *ad hoc*. 4.2. La Corte Penal Internacional. 4.3. Los Acuerdos de Paz (Colombia). 4.4. Los Juicios a los Guardianes del Muro (Alemania). 4.5. Los Juicios por la Verdad (Argentina). **5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.**

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. NOTES ON TRANSACTIONAL JUSTICE. 2.1. The origins of penal negotiation. 2.2. Its legal-procedural dimension. 2.3. The legal nature of the institute. 2.4. His current physiognomy. 2.5. Transactional practice in judicial doctrine and common law legislation. 2.5.1. *Whiskey Cases*. 2.5.2. *Brady v. United States* and *Santobello v. New York*. 2.5.3. *Bordenkircher v. Hayes*. 2.6. The situation in the UK. 2.7. Welcome to the judicial arena? 2.8. Opinion. **3. NOTES ON TRANSITIONAL JUSTICE. 4. AN INTERSECTIONAL MODEL: PLEA BARGAINING IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW.** 4.1. Ad hoc International Tribunals. 4.2. The International Criminal Court. 4.3. The Peace Agreements (Colombia). 4.4. The Border Guard Trials (Germany). 4.5. Truth Trials (Argentina). **5. CONCLUSIONS. 6. BIBLIOGRAPHY.**

1. INTRODUCCIÓN.

Julian Cook, catedrático de extensa trayectoria académica en los Estados Unidos de América,

enseñaba en su artículo *Plea Bargaining at The Hague*¹ que el modelo de justicia transaccional, consolidado y arraigado en las cortes norteamericanas había logrado traspasar el umbral de acceso a los estrados internacionales.

Luego de su categórica afirmación “*Plea bargaining has come to The Hague*”, el autor relata que ello habrá de acontecer en el marco del juzgamiento por crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos por autoridades de la ex-Yugoeslavia durante la denominada Guerra de los Balcanes (circa años '90).

En particular, con la instauración del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) se desencadenaría un arduo proceso de justicia transicional que echaría mano a un mecanismo de prosapia transaccional, el *plea bargaining*.

El presente artículo invita a recorrer el vasto territorio de la jurisdicción universal, dominado en el pasado por tribunales penales internacionales *ad hoc* hasta la aparición en escena de la Corte Penal Internacional, de la mano de este instituto de raigambre anglosajona erigido a la sazón en herramienta práctica para el juzgamiento de las denominadas *gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law*.

Y con ello mostrar que, en procesos de reconciliación y búsqueda de la verdad ensayados en latitudes jurídicas muy distantes, es posible conciliar pasado, presente y futuro sobre la base del arrepentimiento y la cooperación del inculgado, tanto para una reparación integral mediante el conocimiento de la verdad como en pos de una pronta administración de justicia que contribuya de manera eficaz a pacificar sociedades urgidas por retornar a la normalidad luego del conflicto.

Para un mejor orden expositivo primero haré un abordaje de los aspectos más prominentes de la negociación judicial, para luego incursionar en los procesos de pacificación, reparación y búsqueda de la verdad, ámbito propio de la justicia transicional, y concluir con un mapeo de las experiencias que nos brinda tanto el Derecho Penal Internacional como el Derecho Comparado en torno a la temática.

2. APUNTES SOBRE JUSTICIA TRANSACCIONAL.

2.1. Los orígenes de la negociación penal

El *plea bargaining*, construcción idiomática bastante reciente (se trataría de un americanismo de los años '60), abarca toda una familia de términos afines.

Expresiones tales como *charge bargain* (negociación tendiente a responsabilizar por un cargo menor al originalmente formulado), *count bargaining* (negociaciones entabladas en caso de pluralidad de cargos, tendientes a asumir la responsabilidad por un número inferior de ellos), *sentence bargain* (negociación basada en la determinación anticipada de la pena) y, finalmente, *fact bargaining* (negociación en torno a la determinación de los hechos que presentará la fiscalía en el requerimiento acusatorio), se enrolarían en una misma categoría procesal e inscribirían en una

¹ Cfr. Cook, J., “Plea Bargaining at The Hague”, en *The Yale Journal of International Law*, 30, 2005, pp. 473-506. Disponible en: http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1856&context=fac_artchop&seid=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.ar%2Furl%3Fsa%3Dt%26rct%3Dj%26q%3Dplea%2520bargaining%2520at%2520the%2520hague%26source%3Dweb%26cd%3D2%26sqi%3D2%26ved%3D0CDQQFjAB%26url%3Dhttp%253A%252F%252Fdigitalcommons.law.uga.edu%252Fcgi%252Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D1856%2526context%253Dfac_artchop%26ei%3Drh0uUcGaFq3r0QHEXyGYBA%26usq%3DAFQjCNHvtV2VlahXNI4NOiQhJSb20QPqfA#search=%22plea%20bargaining%20hague%22 (acceso el 01-08-2023).

relación de género-especie respecto del *plea bargaining*.

Como puede verse, el *plea* en sus diversas manifestaciones, opera en distintos ámbitos o aspectos del proceso (el de la imputación, el de la pena y el de la prueba), evidenciando ello su profusión.

Asimismo, pensamos que esta definición supera aquella otra que la reduce a una mera “negociación sobre declaración de culpabilidad”² o *guilty plea*, que solo pone énfasis en la asunción de responsabilidad del imputado.

Para fines del siglo XIX y comienzos del XX, la negociación era una práctica que gozaba de gran predicamento en los tribunales norteamericanos³.

Tanto que la Corte Suprema de los Estados Unidos, sellaría el reconocimiento de dicha práctica como de la quintaesencia de su sistema judicial.

Así, transcurría el año 1878 cuando SCOTUS admitiría a través de su pronunciamiento *Whiskey Cases* “...que en varias jurisdicciones se autorizaba al fiscal, en vez del juez de juicio, a adoptar la decisión de permitir el testimonio de un coautor o cómplice a cambio de inmunidad”; ello, en la inteligencia de que “...era el fiscal quien podía meritar la necesidad del testimonio del coautor o cómplice a la luz de las demás pruebas que obrara en manos del Estado”⁴.

Y cual corolario de aquel fenómeno expansivo, el mismo Tribunal reflexionaría casi un siglo más tarde en *Brady v. United States*, que el *plea bargaining* era inherente a la aplicación de la ley penal, dando con ello sólido respaldo a un sistema de resolución del conflicto penal que había suscitado no pocas controversias y cuestionamientos en torno a su constitucionalidad.

Del otro lado del Atlántico, la tradición judicial británica mostraría un auténtico predecesor de este mecanismo procesal: la antigua costumbre judicial intitulada “poner a prueba”.

Esta práctica forense se comportaría como un verdadero *plea bargaining* en estado embrionario, desde que implicaba que “[u]n acusado podía confesar y ofrecer acusar -o llevar adelante una persecución privada- a otros participantes en el hecho que se le imputaba”. Ante tal comportamiento procesal, “[u]n juez debía entonces evaluar los beneficios de proceder contra los demás y los riesgos de perdonar al acusado, porque si su apelación era exitosa automáticamente adquiriría el derecho de ser perdonado. Aceptar o no la oferta del acusado era una cuestión puramente discrecional”⁵.

Este mecanismo de prosapia transaccional exigiría del imputado-colaborador la estricta observancia de exigencias legales, preordenadas a desalentar “apelaciones”⁶ fingidas.

La importancia de este procedimiento sería reconocida y destacada por los jueces del *common law*, al punto de desarrollarse como una forma de negociación, vedada hasta mediados del siglo XIX a los acusadores fiscales y reservada solo a la autoridad de los magistrados, desde que “[e]l

² ALSCHULER, A., “La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad. El ‘*plea bargaining*’ y su historia”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, MOORE, J. (trad.), Vol. 7, N° 12, 2001, pp. 17 y 18 (nota al pie).

³ *Idem*, 25.

⁴ *Idem*, 38.

⁵ *Idem*, 37.

⁶ Procedimiento mediante el cual, en el derecho inglés, el imputado por un delito menor al ser indagado en el juicio confesaba el hecho antes de formular cualquier otra declaración -incluso antes de que se le preguntara que respondía a los cargos- y éste apelaba o acusaba a otros, sus cómplices o coautores en el mismo hecho, con el fin de obtener un perdón; en este caso se lo llama “puesto a prueba” y aquellos acusados eran los “apelados” (cfr. ALSCHULER, 37).

poder garantizar indulgencia a cambio de información era por naturaleza una facultad judicial”⁷

2.2. Su dimensión jurídico-procesal.

La negociación podría definirse como un mecanismo mediante el cual, el fiscal administra el ejercicio de la acción penal e incide en los mecanismos jurisdiccionales de imposición de la pena, a cambio de la efectiva cooperación del imputado.

En cuanto a los efectos que son capaces de producir dichos acuerdos a cambio del avenimiento del imputado, se puntualizan tanto la recomendación fiscal ante el juez para imponer una pena determinada al acusado o eximirlo de cumplir penas consecutivas en el caso de concurso de delitos (*sentence bargains*), como así también la opción de acusar por un delito más leve o de retirar uno o más cargos⁸.

Una caracterización bastante contemporánea de los perfiles del instituto nos la brinda el catedrático norteamericano Sherod THAXTON:

“Plea bargaining is ‘[a] negotiated agreement between a prosecutor and a criminal defendant whereby the defendant pleads guilty to a lesser offense or to one of multiple charges in exchange for some concession by the prosecutor, usu. a more lenient sentence or a dismissal of the other charges’ BLACK’S LAW DICTIONARY 1270 (9th ed. 2009). Plea bargaining may involve three areas of negotiation: charge bargaining (negotiation to plead guilty or no contest in exchange for the dismissal of some counts or reduction of the charge); sentence bargaining (negotiation to plead guilty or no contest in exchange for the prosecutor’s recommendation to the court for a lighter sentence); and fact bargaining (negotiation to stipulate to certain facts in exchange for an agreement not to introduce other facts into evidence)”⁹.

2.3. La naturaleza jurídica del instituto.

Un primer acercamiento a la genética del instituto nos sugiere que se trata del ejercicio de facultades puestas en cabeza de la autoridad fiscal, en orden a acordar con los imputados y su defensa el resultado del pleito. Desde esta perspectiva se considera al fiscal como un “apoderado” de una de las partes del conflicto y se le permite disponer de su acción en una libre negociación con la contraparte.

En contraste con aquella plasticidad, el sistema procesal argentino -de tradición continental

⁷ *Idem*, 38.

⁸ Cfr. BOVINO, A., “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, en MAIER, J. y BOVINO, A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, 1ª reimp., Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 59.

⁹ Autor del artículo “Leveraging Death”, en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 103, N° 2, 2013, pp. 475, 477; material consultado en Montgomery County Circuit Court (Law Library) el 14-1-2014 [*Plea bargaining* es un “acuerdo negociado entre un fiscal y un acusado por el cual el acusado se declara culpable de un delito menor o de uno de los múltiples cargos a cambio de alguna concesión por parte del fiscal, usualmente una sentencia más indulgente o un retiro de los otros cargos.” *BLACK’S LAW DICTIONARY 1270 (9th ed. 2009)*. El *plea bargaining* puede implicar tres áreas de negociación: La negociación de cargos (para declararse culpable o no oponerse a cambio de la desestimación o reducción de algunos de ellos); la negociación de sentencias (declararse culpable o no oponerse a cambio de la recomendación del fiscal a la corte para una sentencia más leve), y la negociación de los hechos (a fin de estipular ciertos hechos, a cambio de no introducir otros como evidencia)]. La traducción es propia.

européa- se ha caracterizado por sus tintes inquisitivos (aunque una subcategorización es posible, si se presta atención a los sistemas inquisitivo-reformados que han ido alumbrándose a partir del siglo XIX en el subcontinente latinoamericano, inspirados en el Código de Instrucción Criminal Francés de 1.808¹⁰).

En contraposición a este modelo de la investigación oficial –como también es conocido el sistema continental- el modelo de la disputa al cual adscribe como categoría ideal el sistema procesal norteamericano, presenta a ambas partes antagónicas -acusación y defensa- como verdaderas dueñas del proceso, con pleno gobierno de la acción penal.

Sería esta “...cercanía del sistema estadounidense al modelo de la disputa (...) a la vez, una condición de posibilidad y un efecto de la práctica masiva del *plea bargaining*. Es decir, la presencia de ciertos elementos del modelo de la disputa facilitó el desarrollo del *plea bargaining* en los Estados Unidos”. Y, a modo de *feedback*, “...el desarrollo de este mecanismo acercó aún más el sistema estadounidense y sus actores al modelo de la disputa, como modo de pensar y percibir el proceso penal”¹¹.

Por ello, pensamos que se estaría en presencia de un mecanismo transaccional de naturaleza procesal, regente en la etapa instructora y orientado hacia la consecución de un acuerdo sinalagmático *inter alia*, mediante el librecambio de concesiones recíprocas y la disposición de la acción penal y de la pena.

2.4. Su actual fisonomía.

ARCHBOLD, en su trabajo intitulado *Pleading and Evidence in Criminal Cases*, enseña que existen cuatro tipos o especies de confesiones: las extrajudiciales, las que se producen en la etapa preparatoria, la *nolo contendere* o allanamiento a la imputación o pretensión acusatoria y la declaración de admisión de culpabilidad¹².

2.5. La práctica transaccional en la doctrina judicial y legislación del *common law*

2.5.1. *Whiskey Cases*¹³. En este precedente de fines del siglo XIX, el Máximo Tribunal norteamericano meditaría acerca de la validez procesal y fuerza ejecutoria de esta especie de acuerdos, sentando en lo medular que “...*the general rule is that if an accomplice, when examined as a witness by the public prosecutor, discloses fully and fairly the guilt of himself and his associates, he will not be prosecuted for the offense disclosed*”¹⁴.

¹⁰ Cfr. LANGER, M., “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en MAIER y BOVINO, *op. cit.*, pp. 101-104.

¹¹ *Idem*, 122.

¹² Cfr. ALSCHULER, 35.

¹³ 99 U.S. 594 (1878).

¹⁴ [...la regla general prescribe que cuando un imputado es interrogado por el Ministerio Público y declara de manera verosímil contra sí mismo y contra los corresponsables del hecho, no puede ser procesado por las revelaciones efectuadas a partir de dicho testimonio]. La traducción es propia.

El caso se vinculaba con una conspiración que involucraba a funcionarios federales de una agencia impositiva gubernamental, tendiente a obstaculizar la efectiva tributación sobre la producción de bebidas espirituosas.

El *leading case* en cuestión, inauguraría el debate en torno a la potestad fiscal de negociar con el inculpado la obtención de su testimonio de cargo en perjuicio de terceros, bajo garantía de inmunidad -o “inmunidad transaccional”, como también se la conoce-.

Haciendo propios los comentarios al fallo, vertidos por ALSCHULER “...el *common law* permitía el sacrificio del interés público en procesar a un acusado, a cambio de obtener su cooperación para lograr la condena de otros delincuentes, y desarrolló una forma de negociación abierta y regularizada para lograr ese resultado”¹⁵.

De allí que la propensión de la metodología transaccional es, en rigor y desde sus mismos orígenes, hacia la obtención del testimonio inculpatario del procesado en perjuicio de coautores o partícipes, para provecho de la investigación y mejor ejecución de la política criminal del Estado.

En tales supuestos, los tribunales insistieron en que a esos imputados debería acordárseles inmunidad transaccional”¹⁶.

Las décadas posteriores mostrarían un incremento exponencial de las resoluciones negociadas, al punto que “...para el estado de Nueva York (...) las actitudes hacia la negociación fueron variando hacia los últimos treinta años del siglo XIX (...) solo el 15% de todas las condenas por delitos graves en Manhattan y Brooklyn fueron mediante confesiones en 1839, incrementándose rápidamente cada década a 45, 70, 75 y 80%. Esta última cifra se mantuvo hasta 1919, cuando sobrepasó el 85%. Hacia 1926, el 90% de todas las condenas por delitos graves en Manhattan y Brooklyn eran por medio de declaraciones de culpabilidad negociadas, y las cifras para todo el estado de Nueva York revelan un incremento similar”¹⁷.

Y promediando el siglo XX, la negociación se habría convertido en un dispositivo esencial para contener el crecimiento vertical de causas penales, como efecto o subproducto de la post guerra.

“La ola criminal de los '60, producida en parte por el *baby boom* posterior a la Segunda Guerra Mundial y el incremento del número de jóvenes en la sociedad estadounidense, derivó en una expansión del número de casos (...) el número de casos penales se duplicó de una década a la otra, mientras los recursos sólo se incrementaron débilmente”, explica ALSCHULER en su crónica de época¹⁸.

Bajo estas condiciones, llegaría un segundo hito en el proceso de consolidación institucional de la negociación judicial en materia penal, alumbrado en el contexto de la “revolución del debido proceso” y como efecto colateral de esta nueva cultura procesal que, aunque escrupulosa en el respeto de las garantías del inculpado durante el decurso del procedimiento ordinario, acudiría a la alternativa transaccional como válvula de descompresión del sistema.

2.5.2. *Brady v. United States* y *Santobello v. New York*. En *Brady*¹⁹, SCOTUS admitiría sin medias tintas que la negociación era inherente a la ley penal y, su aplicación, una práctica legítima; *holding* que postula que la amenaza de aplicación de la pena máxima no resulta coercitiva, si la

Ante ello, el Fiscal federal decidió llevar adelante un complejo proceso de negociaciones encaminado a obtener los testimonios inculpatarios de ciertos conspiradores, bajo promesa de desistir parcialmente de la formulación de cargos, como así también de renunciar a la promoción de acciones civiles.

¹⁵ ALSCHULER, 39.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Idem*, 43-44.

¹⁸ *Idem*, 66.

¹⁹ 397 U.S. 742 (1970). El caso versa sobre el cambio de una declaración de no culpable a culpable, que el justiciado luego alegaría había sido inducida por temor a la sanción punitiva.

declaración de culpabilidad fue hecha voluntaria e inteligentemente.

A su turno, en *Santobello*²⁰ -causa en la que se investigaba la promoción y práctica de juego clandestino, y en cuyo marco se acordara la reducción de cargos, a cambio del reconocimiento de una participación secundaria en el hecho- se dijo en consonancia con el decisorio anterior, que la disponibilidad de la acción penal es un componente tan esencial como deseable del sistema procesal norteamericano, abundando en razones dadas en apoyo a dicha tesis:

*“Disposition of charges after plea discussions is not only an essential part of the process, but a highly desirable part for many reasons. It leads to prompt and largely final disposition of most criminal cases; it avoids much of the corrosive impact of enforced idleness during pretrial confinement for those who are denied release pending trial; it protects the public from those accused persons who are prone to continue criminal conduct even while on pretrial release; and, by shortening the time between charge and disposition, it enhances whatever may be the rehabilitative prospects of the guilty when they are ultimately imprisoned”*²¹.

2.5.3. *Bordenkircher v. Hayes*²². Aquí, en ejercicio del *certiorari*, la Suprema Corte de los Estados Unidos sostendría sin hesitación que la cláusula del debido proceso contenida en la Decimocuarta Enmienda no sufre menoscabo cuando el fiscal, en el decurso de las negociaciones con el imputado, le previene acerca de las consecuencias más graves que se seguirían de formularse cargos sin mediar *plea of guilty*.

A su vez y cual declaración de principios, el pronunciamiento de la Corte estadounidense reconocería que tanto la declaración de culpabilidad requerida para el acuerdo, como el acuerdo mismo, son componentes importantes del sistema de justicia penal de aquel país, añadiendo que, correctamente administrados, pueden beneficiar a todos los involucrados.

2.6. La situación en el Reino Unido.

Antiguamente, la ausencia de asistencia letrada, la inverosimilitud de numerosas declaraciones autoinculpatorias y la impronta draconiana de una buena parte de la legislación punitiva del siglo XIX, eran condiciones desfavorables para la negociación judicial.

Por el contrario, en nuestros días se “...dan diferentes casos de justicia consensuada [en los que u]n acusado penalmente puede instar la aplicación del instituto denominado *charge bargain* a partir del cual, si cuenta con varias acusaciones en su contra, puede aceptar un *guilty plea* para una o más, a cambio de anular las otras”²³.

2.7. ¿Bienvenida a la arena judicial?

Pareciera con lo visto, que tanto la doctrina como la jurisprudencia de los EE.UU., bendijeron

²⁰ 404 U.S. 257 (1971).

²¹ [La disposición de cargos que siguen a las discusiones sobre declaraciones de culpabilidad, no sólo es una parte esencial del proceso sino, por muchas razones, una parte muy deseable de él. Esto, por cuanto conlleva una pronta y definitiva resolución de gran parte de las causas penales, a la vez que evita en buena parte los efectos corrosivos del encarcelamiento preventivo, protege a la sociedad de los individuos proclives al delito aún en su condición de procesados y, al abreviar los plazos procesales entre imputación y sentencia, incrementa las perspectivas de rehabilitación de los condenados a pena de prisión de efectivo cumplimiento]. La traducción es propia.

²² 434 U.S. 357 (1978).

²³ DEL CORRAL, D., *Juicio Abreviado*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2010, pp. 48-49.

el nacimiento de la cultura de la negociación dentro de su territorio jurisdiccional. Sin embargo, la cuestión no se muestra del todo pacífica, al oír el tronar de críticas que, desde calificadas corrientes doctrinarias, se levantan en su contra.

La justicia no se negocia. Así, mientras desde una tribuna resuenan loas en favor de la negociación, desde la opuesta se escucha el tronar de los “halcones” del proceso criminal (denominación adoptada alrededor de 1920) que condena cualquier modalidad transaccional bajo la sospecha de “hacer amigos con el crimen”.

“A través de la aceptación de una confesión por un delito menor respecto de aquel por el cual fuera inicialmente procesado, se permite que aquellos que merecen una severa sanción escapen con una condena en suspenso o con una pena totalmente inadecuada en relación al delito cometido”²⁴, ha sostenido el ala más dura y conservadora del sistema judicial angloamericano.

La desigualdad entre iguales. Otro reproche al sistema de incentivos propio del procedimiento transaccional es la palmaria desigualdad que se generaría entre coprocesados, especialmente cuando uno testifica en contra de otro para obtener la gracia del fiscal.

La situación de la víctima. Y una crítica que luce por demás razonable, es la tejida a partir de la expectativa de la víctima o sus deudos, a obtener una satisfacción debido a la lesión irrogada a su persona y derechos.

Ante esto, la negociación sería pasible de un severo cuestionamiento, si se piensa que todo acuerdo entraña la concesión de beneficios nada menos que a su victimario.

La coercitividad del procedimiento transaccional. Desde el punto de vista de las garantías fundamentales del imputado, las críticas más punzantes que se hacen caer sobre el *plea bargaining*, son las que lo reducen a un impío mecanismo coactivo y extorsivo, de linaje ancestral emparentado con la práctica medieval de la tortura:

“...existen notables paralelismos en el origen, en la función e, incluso, en cuestiones específicas de la doctrina, entre la regulación jurídica de la tortura medieval y la del *plea bargaining*”²⁵.

La apología de la negociación. Por otro lado, desde la tribuna de los apologistas se contesta que existe una indisimulable ambivalencia que atraviesa el universo de los detractores del sistema negociado.

En esa línea se afirma que, mientras estos últimos denuncian de consuno la irracionalidad del sistema, algunos lo hacen cuestionando que es demasiado benigno con el delincuente, mientras que otros lo juzgan irracional por excesivamente cruel.

2.8. Opinión.

Es probable que, en buena parte, las críticas al sistema se vean alimentadas por el velo que envuelve al proceso de negociación hasta la consumación del acuerdo.

Visto como mecanismo de balanceo, el procedimiento transaccional estaría llamado a superar la crítica proveniente de quienes lo rechazan, tanto por laxo como por severo, demostrando que la negociación permite flexibilizar rigores procesales, en orden a dar una respuesta equilibrada

²⁴ ALSCHULER, 59.

²⁵ LANGBEIN, J., “Tortura y *plea bargaining*”, LOUSTEAU, M. y BOVINO, A. (trads.), en MAIER y BOVINO, 3.

al conflicto de naturaleza penal, dentro del entramado de factores que inciden en su resolución.

También parece necesario desterrar la creencia de que el procesado puesto a negociar es víctima de una distorsión del sistema que lo sobre o sub-responsabiliza penalmente.

Tal tesis podría caer en una subestimación de las capacidades del acusado, presumiéndolo incapaz de ponderar con suficiente grado de discernimiento, pros y contras de un eventual acuerdo.

El amplio espectro en que se desenvuelve el poder negociador comprende tanto la formalización de un cargo o imputación por el mínimo de la pena prevista (*sentence bargain*), como la opción de imputar un delito más leve e incluso - hipótesis de máxima-, retirar la acusación relativa a uno o más hechos (ejercicio del *charge bargain*²⁶).

Este amplísimo poder negociador del fiscal americano auspicia en muchos casos la colaboración del imputado en la elucidación de la causa o bien en el conocimiento de otros hechos que obren en su poder.

En definitiva, el arte y vocación por negociar son inherentes a la condición humana, por lo que vedar su ingreso a la arena judicial parece, cuanto menos, reñido con el orden natural.

3. APUNTES SOBRE JUSTICIA TRANSICIONAL.

El concepto de justicia transicional engloba una variedad de acciones, procesos, mecanismos y estrategias asociadas a la resolución de problemas derivados de la post guerra y de escenarios de violaciones masivas a los derechos humanos.

Mecanismos que pueden ser judiciales o extrajudiciales y darse en ámbitos nacionales, internacionales o híbridos, y estrategias que deben propender siempre a un abordaje holístico:

“...[l]as estrategias dirigidas a acelerar el restablecimiento del Estado de derecho deben ir acompañadas de planes de reinserción de civiles y excombatientes desplazados. Los procesos de desarme, desmovilización y reinserción son uno de los elementos clave de la etapa de transición que media entre el fin del conflicto y el regreso a la normalidad. Para las poblaciones traumatizadas por la guerra, esos procesos constituyen una de las señales más visibles del retorno gradual a la paz y la seguridad. Igualmente, las personas desplazadas deben ser objeto de programas especiales dirigidos a facilitar su regreso. Una amnistía cuidadosamente formulada se puede apoyar el regreso y la reinserción de ambos grupos, por lo cual puede ser recomendable...”²⁷.

En cualquier caso, una gradación de los niveles de responsabilidad en el marco de los procesos de justicia transicional parece saludable:

“...la Comisión para la Recepción, la Verdad y la Reconciliación (CRTR, por sus siglas en inglés) en Timor Oriental utilizó un enfoque particularmente innovador para promover la reintegración de perpetradores de bajo nivel permitiéndoles que se presentaran, revelaran sus crímenes y acordaran iniciar un acto de reconciliación (que a menudo incluía el servicio comunitario) como condición previa para evitar ser responsabilizados por sus delitos. Al promover la reintegración, la CRTR no solamente reduce la probabilidad del conflicto sino

²⁶ Cfr. DEL CORRAL, 46.

²⁷ “The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: report of the Secretary-General”, U.N., S/2004/616, p. 14. Disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/527647?ln=es> (acceso el 01-08-2023).

que también permite al nuevo Estado de Timor ahorrar el costo y el esfuerzo de enjuiciar y encarcelar a miles de perpetradores de bajo nivel. En lugar de ello, estos individuos permanecen en sus comunidades siendo económicamente activos y en algunos casos contribuyen a reparar el daño que causaron”²⁸.

En síntesis, tal como da cuenta el documento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas traído en cita, la política de enjuiciamiento debe ser estratégica, basarse en criterios claros y tener en cuenta el contexto social, las necesidades de reforma y reinserción.

4. UN MODELO INTERSECCIONAL: EL *PLEA BARGAINING* EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

4.1. Tribunales Internacionales *ad hoc*.

Una amplia gama de tribunales penales especiales con competencia témporo-espacial, personal y material delimitada, dominaron la escena internacional durante la segunda mitad del siglo pasado²⁹.

Hurgando en ellos a partir de las investigaciones de Cook, encontramos una nítida zona de intersección entre ambos modelos de justicia (transicional-transaccional) en la experiencia de los últimos tribunales internacionales *ad hoc*.

De su pluma se lee la amplia acogida que obtuviera el *plea bargaining* en la Corte de La Haya durante el juzgamiento de los crímenes de guerra cometidos en los años '90, en el marco del conflicto de los Balcanes. “*Since the middle of 2003, a ‘record number’ of ICTY cases have been resolved via plea bargains*”, afirma el autor³⁰.

El artículo pone de relieve la lógica cooperativa que domina tales acuerdos, tributaria de la expansión de la persecución penal en pos del hallazgo de nuevos responsables, hasta entonces ignorados o no habidos por las autoridades:

²⁸ VAN ZYL, Paul, “Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto”, p. 63. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29755.pdf> (acceso el 01-08-2023).

²⁹ “Durante el pasado decenio las Naciones Unidas establecieron una amplia variedad de tribunales penales especiales o contribuyeron a su establecimiento. De esa manera trataron de promover varios objetivos, entre ellos llevar ante la justicia a los culpables de infracciones graves de los derechos humanos y el derecho humanitario; poner fin a esas infracciones y prevenir su repetición; asegurar justicia y dignidad para las víctimas; establecer un historial de los acontecimientos pasados; promover la reconciliación nacional; restablecer el imperio de la ley y contribuir al restablecimiento de la paz. A tales efectos han surgido diversos modelos institucionales. Entre ellos figuran los tribunales penales internacionales de carácter especial establecidos por el Consejo de Seguridad como órganos subsidiarios de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia) y Rwanda (Tribunal Internacional para Rwanda); un tribunal mixto para Sierra Leona, establecido sobre la base de un tratado; un tribunal mixto para Camboya propuesto en virtud de una ley nacional promulgada a ese efecto; un tribunal mixto (a la manera de “tribunal dentro de un tribunal”) en tal forma de la Sala Especial de la Corte Estatal de Bosnia y Herzegovina; una Sala Especial con jurisdicción exclusiva sobre delitos graves en Timor-Leste, autorizado en virtud del reglamento promulgado por la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental; la utilización de magistrados y fiscales internacionales en los tribunales de Kosovo, autorizada en virtud del reglamento de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo y una Comisión de Investigación de Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad en Guatemala, que se establecería en virtud de un acuerdo entre las Naciones Unidas y Guatemala como dependencia de investigación y procesamiento regida por la legislación de Guatemala”. U.N., S/2004/616, 16.

³⁰ [Desde mediados de 2003, una ‘cifra récord’ de casos del T.P.I.Y. han sido resueltos vía *plea bargains*]. La traducción es propia. “Plea Bargaining at The...”, 475. La traducción es propia.

“...the negotiated dispositions (...) often contain cooperation agreements, enable the prosecution to obtain, and thus submit before the Tribunal, valuable testimonial evidence against more culpable Balkan war criminals”³¹.

Y al igual que en el caso de la ex-Yugoeslavia, otras Cortes internacionales han demostrado ser permeables a las bondades ínsitas al instituto, dándole acogida en su seno:

“Indeed, the ramifications attendant to such practices are likely to extend far beyond the walls of the ICTY. The ICTR, the Special Court for Sierra Leone (SCSL), the Ad-Hoc Human Rights Court for East Timor, and the recently created International Criminal Court (ICC) all make specific allowances for plea bargaining. It is expected that the Iraqi Special Tribunal will also employ this method of dispute resolution”³².

Sin embargo, el autor americano se detiene luego en la perspectiva del acusado para advertir sobre la magnitud de las consecuencias que se siguen de la práctica del *guilty plea*:

“Unlike the standard U.S. criminal trial, each defendant who appears before the Hague Tribunal must ultimately make a harrowing choice—a choice between exercising his right to trial, which can result in a possible life sentence, or pursuing an out-of-court disposition, which can virtually guarantee one's eventual freedom. As evidenced by the sentences imposed in Erdemovic, Cesic, and Babic, among several other negotiated cases at The Hague, the substantial rewards that typically accompany a guilty plea can be quite alluring, even to the innocent defendant”³³.

4.2. La Corte Penal Internacional.

Como es sabido, la norma estatutaria que rige su funcionamiento comprende un variopinto de aspectos que abarca desde previsiones orgánicas hasta cuestiones de naturaleza dogmática, como también dispositivos procesales y regulaciones de derecho penal sustantivo.

Este auténtico *corpus iuris*, pensado y diseñado como elemento vertebral de la jurisdicción universal a la vez que complementario de las jurisdicciones nacionales, alberga entre sus disposiciones, algunas relativas al ejercicio de un *ius puniendi* que no se sustrae de la selectividad ínsita al ejercicio de la acción penal ni se abstrae de las necesidades de acudir a criterios de

³¹ [Las negociaciones...a menudo contienen acuerdos de cooperación que permitan a la investigación, obtener y presentar ante el Tribunal, valiosa prueba testimonial contra un número mayor de criminales de guerra del conflicto de los Balcanes]. *Idem*, 476. La traducción es propia.

³² [De hecho, las consecuencias concomitantes a estas prácticas tienden a extenderse más allá de las fronteras del T.P.I.Y. El Tribunal Internacional para Rwanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), el Tribunal Ad-Hoc de Derechos Humanos para Timor Oriental, y la Corte Penal Internacional creada recientemente (I.C.C.), tienen previsiones específicas para el *plea bargaining*. Se espera que el Tribunal Especial Iraquí también emplee este método de resolución de conflictos]. La traducción es propia.
Idem, 504.

³³ [A diferencia de lo que acontece en un juicio penal estándar en los Estados Unidos, cada acusado que comparece ante el Tribunal de La Haya debe, en última instancia, tomar una decisión angustiosa: ejercer su derecho a un juicio, que puede resultar en una posible cadena perpetua o buscar un acuerdo extrajudicial, que virtualmente puede garantizarle la libertad. Como lo demuestran las sentencias impuestas en *Erdemovic*, *Cesic* y *Babic*, entre otros casos negociados en La Haya, las recompensas sustanciales que normalmente acompañan a una declaración de culpabilidad pueden ser bastante atractivas, incluso para el acusado inocente]. La traducción es propia.
Idem, 490.

oportunidad o a la celebración de acuerdos, cuando aquello contribuya a una mejor realización del valor justicia en el caso concreto³⁴.

4.3. Los Acuerdos de Paz (Colombia).

El Derecho Comparado sirve también de fuente para aproximarnos a esta zona de intersección entre lo transicional y lo transaccional que venimos explorando.

En Hispanoamérica, el proceso de paz inaugurado en Colombia ejemplifica como pocos la necesidad de encontrar una tangente para escapar del laberinto de violencia política en la que yacen atrapadas las sociedades, cuando se muestran incapaces de interrumpir el ciclo de revancha y venganza protagonizado por actores antagónicos.

Dado su atractivo metodológico, se ha elegido el trabajo de investigación realizado por Carlos RÚA DELGADO, de la Universidad de San Buenaventura (Cali, Colombia)³⁵.

El académico demarca el proceso de paz de Colombia en tres hitos que jalonan su evolución, diferenciados tanto por el espíritu predominante en cada uno de ellos como por su maduración política y ascenso normativo.

A través de esa lente, observa que:

“el proceso de incorporación de la justicia transicional en Colombia puede analizarse desde tres momentos muy marcados: el primero, de la esquizofrenia a la razón, se refiere a la convulsa relación entre paramilitares y algunos sectores del establecimiento político y militar, lo que generó un estado esquizofrénico que quiso recuperar la razón con la adopción de normas de justicia transicional a partir de la Ley de Justicia y Paz; el segundo momento corresponde al reconocimiento de la existencia del conflicto armado interno por parte del legislador colombiano con la Ley 1448 de 2011, lo cual, a su vez, implicó una resignificación del rol de las víctimas; y el tercer momento se refiere a la constitucionalización de la justicia transicional con el Marco Jurídico para la Paz, en el que se eleva a categoría constitucional la utilización de criterios de priorización y selección

³⁴ Estatuto de Roma

“Artículo 53

Inicio de una investigación

1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si (...) c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia (...) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen (...)

Artículo 54

Funciones y atribuciones del Fiscal con respecto a las investigaciones (...) 3 El Fiscal podrá: (...) d) Concertar las disposiciones o los acuerdos compatibles con el presente Estatuto que sean necesarios para facilitar la cooperación de un Estado, una organización intergubernamental o una persona”.

Disponibile en [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) (acceso el 01-08-2023).

³⁵ RÚA DELGADO, C., “Los momentos de la justicia transicional en Colombia”, en *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, Nº 43, 2015, pp. 71-109. Disponible en <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/6270/6745> (acceso el 01-08-2023).

como estrategia de juzgamiento y se introducen mecanismos extrajudiciales que pretenden satisfacer los estándares internacionales”³⁶.

1°. De la esquizofrenia a la razón. Lo singular en este primer tramo del proceso de paz habría consistido —siempre en palabras del autor iberoamericano— en la superación de un estado de esquizofrenia que aquejaba al país, determinado por la yuxtaposición de estructuras de poder estatales y paraestatales que obstruían la visión del problema, obstando a un adecuado diagnóstico y tratamiento.

En ese orden de ideas, el autor medita:

“ “[p]ara que las normas de justicia transicional sean consideradas como tales deben contener dos referentes, uno político y otro normativo. El político se refiere a que exista una transición, bien sea entre un estado de conflicto a uno de posconflicto, o de un Estado autoritario a uno democrático, o de una situación de graves violaciones a los derechos humanos a una de reconciliación (...) A su vez, el referente normativo implica que las normas de justicia transicional, particularmente las de carácter judicial, cumplan con los estándares internacionales en derechos humanos, sobre todo en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición”³⁷.

Luego, concluye en que solo puede hablarse de justicia transicional a partir de la sanción de la Ley 975 de 2005, conocida como Ley de Justicia y Paz, mediante la cual se promueve la desmovilización de los grupos armados.

2°. El reconocimiento. La Ley 1448 de 2011 abre un nuevo capítulo en el proceso de paz (y de justicia transicional), a partir del “reconocimiento” operado mediante el artículo 3° de dicha norma respecto de la existencia de un conflicto armado interno:

“la Corte Constitucional reconoció expresamente la existencia de un conflicto armado interno (2002b; 2002c; 2004; 2005; 2006; 2007). El conflicto armado interno referido por la Corte Constitucional corresponde a una noción amplia del mismo, en la que “lejos de entenderse bajo una óptica restrictiva que la limite a las confrontaciones estrictamente militares, o a un grupo específico de actores armados con exclusión de otros, ha sido interpretada en un sentido amplio que incluye toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto armado interno colombiano” (Corte Constitucional, 2012a). Tan es así que en materia de Justicia y Paz la misma Corte Constitucional (2006) señaló que “el Legislador aprobó la Ley 975/05 en tanto instrumento para materializar la paz en el país; esto es, como un medio para superar el conflicto armado interno que afecta a Colombia hace varias décadas”³⁸.

3°. La constitucionalización. Tiene comienzo por medio del Acto Legislativo 01 de 2012, “Marco Jurídico para la Paz”. No exenta de críticas, la reforma constitucional “...fue objeto de feroces críticas porque, según sus detractores, fomenta la impunidad (Guarín, 2012), al consagrar la definición de criterios de priorización y selección como estrategia de juzgamiento de máximos

³⁶ *Op. cit.*, 72.

³⁷ *Idem*, 78-79.

³⁸ *Idem*, 88-89.

responsables, además de señalar la posibilidad de renunciadas a la persecución judicial, penas alternativas, suspensiones de la ejecución de la pena y penas extrajudiciales”³⁹.

La cuestión -señala el autor- fue zanjada por la propia Corte Constitucional colombiana, sentando a partir de entonces la siguiente doctrina legal:

“[l]a justicia transicional busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades, para lo cual busca cumplir con tres criterios cuya importancia es reconocida dentro de nuestra Constitución: la reconciliación, el reconocimiento de los derechos de las víctimas y el fortalecimiento del Estado Social de Derecho y de la Democracia...”⁴⁰.

Parece claro, a modo de reflexión final, que la estrategia escogida por los máximos estamentos del Estado colombiano ha procurado con criterio realista y finalista evitar la impunidad en los máximos responsables de los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio, aunque delimitando el ámbito de responsabilización respecto de quienes no tuvieron un rol esencial en su comisión, entendiendo a la vez que con ellos se contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición.

4.4. Los Juicios a los Guardianes del Muro (Alemania).

Para este exponente de justicia transicional verificado en el espacio jurídico europeo, he escogido el ensayo perteneciente al catedrático alemán Winfried HASSEMER⁴¹.

A lo largo de su análisis desarrolla la doctrina de la responsabilidad “escalonada” o “tarifada”, que gradúa la responsabilidad penal de los inculcados en función del peldaño que ocuparan dentro del orden jerárquico.

A modo de introducción explica que “[l]os procesos penales seguidos contra los soldados de fronteras, jefes de tropas de frontera, así como miembros del ‘Politbüro’ de la antigua RDA, tras la reunificación alemana, iniciada con la histórica y simbólica ‘caída del Muro’, se conocen como ‘Mauerschützenprozesse’ [juicio a los Guardianes del Muro], en alusión a los sujetos enjuiciados...”⁴².

Luego, medita en torno al carácter no absoluto de los principios atinentes a la responsabilidad penal:

³⁹ *Idem*, 94.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ El autor recuerda que “[e]n virtud de la llamada ‘Orden 101’ del Ministerio de Defensa de la RDA, los; soldados de fronteras debían evitar la huida de ciudadanos de aquel país, y, en caso extremo, ‘aniquilar a los infractores fronterizos’, lo que, en la práctica, significaba que los soldados fronterizos tenían que matar a los fugitivos. Entre 1949 y 1989 murieron en la frontera entre la República Federal y la RDA, así como en la frontera de Berlín Oeste, unas 250 personas, y otras 300 resultaron heridas, al intentar huir del régimen comunista. En el muro de Berlín fueron asesinadas 78 personas”. HASSEMER, W., “Criminalidad estatal reforzada como materia de la jurisprudencia (fundamentos de las sentencias “Guardianes del Muro” del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional Federal), PAZOS D. (trad.), en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 8, 2004, p. 244 (nota al pie). Disponible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/1491aib008223.pdf> (acceso el 01-08-2023).

⁴² *Op. cit.*, 230 (nota al pie).

“La cuestión sobre la responsabilidad penal de los representantes políticos y sus subordinados después de un cambio de sistema político puede perseguir diversos fines. Bajo la precisa óptica de la ley penal y de la dogmática penal, esa cuestión ya puede ser contestada por la mera existencia de deberes y prohibiciones legales, así como por el principio de legalidad de toda persecución penal: lo que legalmente es punible con certeza, debe ser perseguido penalmente. Pero, desde la perspectiva de la política criminal, incluso desde un punto de vista social e histórico, merece la pena reflexionar amplia y detalladamente acerca de los objetivos de tal medida”⁴³.

Finalmente indaga sobre la dimensión individual de la responsabilidad penal de los subordinados, dentro de un régimen autocrático y con escaso o nulo margen de autonomía de la voluntad en la ejecución de la orden:

“El problema ante el que se encuentra la jurisprudencia (...) radica en que una imputación por culpabilidad no puede estar justificada en consideraciones generales —por ejemplo, en la genérica manifestación de una situación ilegal—, sino que, antes bien, requiere que la persona del acusado, sus circunstancias, sean tenidas en consideración de manera precisa para formar un juicio correcto y también para ajustarse al mismo. Que se pudo evitar un error de prohibición o que era notoria la ilegalidad de una orden, no se infiere aún de juicios genéricos sobre la antijuridicidad objetiva de una conducta en el campo de la legalidad. Más bien, es de presuponer que se pregunte sobre el concreto ámbito vital de un concreto hombre, si esa persona —se trata del nivel de atribución de culpabilidad!— lo pudo hacer, para formar el juicio exigido por el Derecho penal”⁴⁴.

4.5. Los Juicios por la Verdad (Argentina).

En Argentina, la transición experimentada en los años ´80 durante la consolidación institucional, resultó no del todo pacífica ni exenta de amenazas y contramarchas. Luego de la restauración democrática, el país se encaminó hacia un proceso de normalización y reestablecimiento pleno del Estado Constitucional de Derecho, que clamaba por una revisión y la reparación de lo acontecido en la década anterior.

El coloquialmente denominado “Juicio a las Juntas” resultó ser la respuesta ensayada por las autoridades legítimamente constituidas en su intento por sanar las lacerantes heridas del pasado, infligidas por un conflicto que involucraría cuestiones típicas del Derecho Penal Internacional, aunque atrayendo tanto categorías propias del DIDH como cuestiones inherentes al DIH, dadas las características de algunos de sus episodios.

Empero, los embates internos minaron en parte la eficacia de un proceso cruzado por asonadas militares, promotoras de un abordaje más político que judicial.

Así las cosas y de manera concomitante se sancionaron las leyes de Punto Final⁴⁵ y de Obediencia Debida⁴⁶, cuyas tétesis contemplaron de consuno dar por finalizado el proceso de justicia transicional inaugurado con las denominada “comisiones de la verdad”⁴⁷, expresiones

⁴³ *Idem*, 231.

⁴⁴ *Idem*, 240.

⁴⁵ Ley 23.492 (B.O. 29/12/1986).

⁴⁶ Ley 23.521 (B.O. 09/06/1987).

⁴⁷ Cfr. MOMPRADÉ VÁZQUEZ, L., *El proceso de justicia transicional en Argentina. Evolución del paradigma de enjuiciamiento a los responsables de crímenes de lesa humanidad*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2018. “Una de

institucionales que se tradujeron en la clausura abrupta de procesos judiciales mediante mecanismos creados al efecto.

Con el advenimiento del nuevo milenio, una nueva política de Estado alumbraría en estas latitudes, retomando la agenda judicial abandonada por imperativo legal años atrás y dando nuevo impulso a los procesos instaurados en los ´80. Para ello, se sancionó la Ley N° 25.779⁴⁸ mediante la cual se declaró la nulidad de las antedichas leyes de Punto Final y Obediencia Debida.

Un hito de alta significación jurídica se verificó a lo largo de este derrotero en el interregno de los ´90 con la promoción de los llamados Juicios por la Verdad, suerte de subterfugio para mantener vivo (aunque en estado latente) el modelo de justicia transicional ensayado localmente durante el gobierno de Raúl Alfonsín.

Un atisbo de nuevo modelo de justicia transicional, o quizás el germen que actualizaría el modelo antes en vigor, anidaría en la confesión del ex Capitán Adolfo Scilingo quien, en 1995, se encargó de develar un *modus operandi*, empleado por las estructuras estatales durante el gobierno de facto, para la desaparición forzada de personas⁴⁹.

Con eje puesto en la determinación de la verdad (fin último y principal de todo proceso jurídico penal), esta manifestación voluntaria por parte de uno de los perpetradores de graves violaciones al Derecho Penal Internacional podría haber servido de modelo para engendrar una matriz de intersección entre lo transicional y lo transaccional, tal como se viene sugiriendo en el presente artículo y pudo apreciarse en el modelo adoptado para el juzgamiento de crímenes cometidos en la ex-Yugoeslavia⁵⁰.

Cabe también preguntarse en el caso argentino, dada su complejidad y la supervivencia de estructuras judiciales vigentes en el período de facto, durante el gobierno de iure, si hubiera convenido un abordaje de la problemática desde la comunidad internacional, extrayéndola de la jurisdicción local para someterla a la jurisdicción universal mediante el juzgamiento de los responsables ante un tribunal internacional *ad hoc*.

5. CONCLUSIONES.

Como enseña el *International Center for Transitional Justice*, la justicia transicional “...es más como un mapa y una red de caminos que pueden acercar a los países a lo que quieren llegar a ser: sociedades más pacíficas, justas e inclusivas que han aceptado su pasado violento y han brindado justicia a las víctimas. No hay una ruta trazada”⁵¹.

A su turno, hemos visto que la justicia transaccional, expresada modernamente en la figura del *plea bargaining* de cepa anglosajona, ha extendido sus fronteras y alcanzado la jurisdicción universal.

Sólo restaría preguntarnos, sobre la culminación de este derrotero, si la negociación judicial

las principales manifestaciones de la justicia transicional en el caso argentino es la creación de comisiones de la verdad, que fue el elemento que dio inicio al proceso de justicia”, p. 22. En https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2018/194296/TFG_lmopradevazquez.pdf (acceso el 03/08/2023).

⁴⁸ B.O. 03/09/2003.

⁴⁹ “De esta manera, los Juicios por la Verdad se convierten en una nueva modalidad de justicia transicional...”. *Idem*, 39.

⁵⁰ La extensión limitada de este ensayo impide ahondar en otras experiencias de justicia transicional tales como las ensayadas durante los procesos de paz impulsados en Sudáfrica o Irlanda del Norte.

⁵¹ Disponible en <https://www.ictj.org/es/what-transitional-justice> (acceso el 01-08-2023).

es capaz de trepar la escarpada ladera de la razonabilidad, en orden a determinar —una vez develado el interrogante en torno a la conveniencia de su adopción— cuáles debieran ser las condiciones de su vigencia en el ámbito del Derecho Penal Internacional.

Conscientes del riesgo que entraña adoptar una posición contramayoritaria, podría sostenerse que, las experiencias transitadas en Europa, África y Sudamérica, animan a pensar que los acuerdos celebrados en el ámbito del Derecho Penal Internacional (sean judiciales o extrajudiciales; de paz o de post-guerra; negociados, legislados o constitucionalizados) resultan, a la luz de la evidencia empírica precedentemente examinada, una herramienta eficaz para la resolución y superación de conflictos atravesados por violaciones masivas y sistemáticas al DIH y al DIDH.

6. BIBLIOGRAFÍA

Normativa.

- Estatuto de Roma
- Ley N° 23.492 (B.O. 29/12/1986) - Argentina
- Ley N° 23.521 (B.O. 09/06/1987) – Argentina
- Ley N° 25.779 (B.O. 03/09/2003) - Argentina

Doctrina.

- ALSCHULER, A., “La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad. El ‘plea bargaining’ y su historia” (trad. de J. M. Moore), en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Vol. 7, N° 12, 2001, pp. 17-80.
- COOK, J., “Plea Bargaining at The Hague”, en *The Yale Journal of International Law*, 30, 2005, pp. 473-506.
- DEL CORRAL, D., *Juicio Abreviado*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2010.
- HASSEMER, W., “Criminalidad estatal reforzada como materia de la jurisprudencia (fundamentos de las sentencias “Guardianes del Muro” del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional Federal), en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 8, 2004, pp. 223-249.
- MAIER, J. y BOVINO, A., *El procedimiento abreviado*, 1ª reimp., Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- MOMPRADÉ VÁZQUEZ, L., *El proceso de justicia transicional en Argentina. Evolución del paradigma de enjuiciamiento a los responsables de crímenes de lesa humanidad*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2018.
- RÚA DELGADO, C., “Los momentos de la justicia transicional en Colombia”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 43, 2015, pp. 71-109.
- THAXTON, S., “Leveraging Death”, en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 103, N° 2, 2013, pp. 475-552.
- VAN ZYL, P., “Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto”, en *Verdad, memoria y reconstrucción: estudios de caso y análisis comparado*, ROMERO, M. (org.), Bogotá, ICTJ, 2008, pp. 47-72.

Jurisprudencia.

- *Whiskey Cases*, 99 U.S. 594 (1878).
- *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).
- *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971)
- *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978).

Documentos y publicaciones web.

- “The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: report of the Secretary-General”, U.N., S/2004/616. En <https://digitallibrary.un.org/record/527647?ln=es>
- International Center for Transitional Justice. En <https://www.ictj.org/es/what-transitional-justice>