

ITALIA

Emanuela Fronza*

SUMARIO

El trabajo analiza la experiencia italiana de transición del régimen fascista a la democracia, en particular a partir del 8 de septiembre de 1943, fecha en la cual se rompe la alianza entre Italia y Alemania y esta última deviene una potencia invasora enemiga. Luego de ilustrar brevemente la fisonomía del conflicto, el trabajo examina los mecanismos puestos en práctica para hacer frente a la criminalidad nazifascista. Si bien en la fase inicial se ha intentado perseguir, mediante jurisdicciones especiales, los crímenes nazifascistas, en líneas generales no ha habido una verdadera ruptura con el pasado fascista. En particular, no ha habido una amplia persecución penal, ni tampoco una depuración en los órganos estatales de las personas que habían apoyado el régimen. En cuanto atañe a la persecución penal, los crímenes cometidos por italianos fueron amnistiados en junio de 1946, y aquellos cometidos por los alemanes en principio fueron investigados, pero en 1960 los procesos fueron ilegítimamente archivados. En conclusión, es posible afirmar que Italia privilegió, en un primer momento, la respuesta penal (común y militar), pero luego las exigencias por normalizar el país y por salir de la guerra civil terminaron por predominar. El resultado fue la escasa persecución de los

* La investigación fue concluida en el Cátedra de Derecho Penal Alemán e Internacional, Derecho Procesal Penal e Historia del Derecho (*Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Juristische Zeitgeschichte*) a cargo del Prof. Gerhard Werle en la Universidad Alexander von Humboldt de Berlín, en la cual la autora realiza una estancia de investigación financiada por la Fundación Alexander von Humboldt.

crímenes, la ausencia de una construcción de la memoria clara y compartida sobre aquellos sucesos trágicos y, en general, la remoción del pasado fascista y la falta de una verdadera reconciliación de la sociedad, cuya división es aún hoy observable.

1 • Introducción

Según las categorías desarrolladas en el último veintenio del siglo pasado, la depuración, las medidas y las sanciones adoptadas contra los responsables de crímenes cometidos en Italia durante el fascismo integran el fenómeno hoy definido como *transitional justice*.¹ El estudio de la experiencia italiana durante la transición posfascista presenta problemáticas bastante similares a aquellas que emergen hoy en otras áreas geopolíticas, interesadas en procesos de transición a la democracia y en las que se presenta la necesidad de un *coming to terms with the crimes of the past*.² En otras palabras, la justicia de transición describe todas aquellas situaciones en las que hay un cambio de régimen y en las cuales el derecho del Estado que está naciendo y el derecho del régimen que está desapareciendo están, por decirlo de algún modo, ambos ausentes y presentes. Se trata de un momento constituyente en el cual es preciso construir o afirmar algunos principios ético-jurídicos y una Constitución.

Usar como lente de análisis de la situación italiana la (reciente) categoría de la justicia de transición permite una mirada de conjunto y a la distancia sobre aquellos

¹ Sobre tal concepto —como elemento fundamental para la construcción y la legitimación de un nuevo sistema democrático— desde un punto de vista histórico, véase John Elster: *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004. Para un tratamiento jurídico general de la noción se reenvía, además, a Neil Kritz (dir.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Washington: United States Institute of Peace Press, 1995.

² Con el término *justicia de transición* se indica una dinámica judicial que se desarrolla a partir de las transiciones políticas de la posguerra fría. Múltiples regímenes autoritarios, autocráticos o dictatoriales, luego de la caída del Muro de Berlín, han debido negociar con fuerzas democráticas de distinto tipo nuevos equilibrios institucionales y constitucionales. Es en este marco que, a partir de 1989, las culpas por los crímenes cometidos en el pasado han sido afrontadas con base en estrategias de política criminal que escapan de una lógica rígidamente retributiva. Los procesos, la reconstrucción de la responsabilidad penal personal y la pena debían, en el contexto de la transición negociada pos-89, tener como fin contener la violencia política entre las diversas facciones y asegurar el éxito de las negociaciones democráticas. Se ha comenzado, por ello, a hablar de una *justicia de transición* para diferenciar la administración y oportunidad de la pena en esta situación tan particular y excepcional; sobre el punto Andrea Lollini: "Fare i conti con il passato: osservazioni sulla struttura e sulle funzioni dei meccanismi di risoluzione dei conflitti nelle transizioni costituzionali", en Grazia Mannozi y Francesca Ruggeri (comps.): *Pena, riparazione, riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo Millennio*, Atti del Convegno di Como, 13-14 maggio 2005, Varese: Insubria University Press, 2007, pp. 119-136.

EMANUELA FRONZA

sucesos históricos y encuadrar los crímenes cometidos como violaciones de los derechos humanos. En términos más generales, esta perspectiva de análisis permitirá interrogarse sobre las funciones de la justicia de transición y también comprender por qué la experiencia italiana constituye un interesante paradigma de esta.

La desfascistización, la depuración, la elaboración de la respuesta jurídica al fascismo y los procesos a la resistencia, desarrollados en un período dramático y políticamente bastante confuso, siguen los delicados equilibrios de los frágiles gobiernos que precedieron la adopción de la nueva Constitución republicana de 1948.³ Debe también señalarse que la multiplicidad de los actores del conflicto determinó manera relevante las formas de la transición a la democracia. En efecto, a partir del 8 de septiembre de 1943 combatían en Italia el ejército alemán y los ciudadanos italianos que colaboraban con el régimen nacionalsocialista contra las fuerzas aliadas y los italianos de la resistencia. Tal configuración del conflicto ha tenido directas y significativas repercusiones sobre la elección de los mecanismos para hacer frente al pasado nazifascista.

De manera preliminar debe precisarse que en Italia se recurrió, en un primer momento, a una solución penal. Pero la persecución penal fue posteriormente limitada, tanto por la jurisprudencia como por una amnistía condicionada aplicable a los ciudadanos italianos.

En las páginas que siguen, luego de una brevísima reconstrucción histórica del conflicto y de los elementos que determinaron las elecciones jurídicas para la transición hacia la democracia, serán enumerados y examinados los diversos mecanismos o medidas para hacer frente a los crímenes de guerra cometidos en Italia. La transición italiana se basó en la distinción fundamental entre ciudadano alemán y ciudadano italiano. Esta dicotomía, basada en la nacionalidad del autor del delito, repercutía tanto sobre la jurisdicción competente como sobre el derecho aplicable.

Un análisis histórico-político no puede ser desarrollado en este lugar ni siquiera en sus rasgos esenciales y tampoco constituye el objeto de esta investigación. Aquí nos limitaremos a recordar algunos ejes histórico-políticos relevantes para una reflexión jurídica sobre la experiencia italiana de transición.

³ Actualmente, las formas de la justicia de transición están condicionadas no solo por el contexto histórico y por las exigencias de la política, sino también por *inputs* supranacionales. Importantes indicaciones se encuentran, en efecto, no solo en los diversos instrumentos concernientes a la Corte Penal Internacional, sino también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La justicia de transición puede, así, asumir formas antiéticas: la llamada *justicia retributiva* (que opta por el punitivismo) o la llamada *justicia restaurativa* o *conciliadora* (que elige la vía de la impunidad o del perdón).

El conflicto que se desarrollaba en Italia cambió de manera significativa en julio de 1943. El 24 y 25 de julio de ese año, el Gran Consejo, con el apoyo del rey Vittorio Emanuele III, obligó a renunciar a Benito Mussolini, quien luego fue arrestado. Como jefe de gobierno fue nombrado Pietro Badoglio; su gobierno duró solo 45 días, hasta el 8 de septiembre.⁴ Ese mismo día se firmó el armisticio con Alemania (llamado *armistizio Badoglio*), que constituyó un momento de cesura histórico-político, pero también jurídico. A partir de entonces la situación se configuró de manera muy diferente para la Italia septentrional y la Italia meridional.⁵ En el norte, ocupado todavía por Alemania, fue creada la *República Social Italiana (RSI)*: un Estado sin soberanía y dependiente del ejército alemán.⁶ En el sur, en cambio, hasta la liberación de Roma en junio de 1944, el monarca instituyó el *Gobierno del Sud*, cuya sede estuvo primero en Brindisi y luego en Salerno. Dada también la fuerte conexión de la monarquía con el régimen, este gobierno garantizaba la continuidad jurídica y política del Estado italiano, que el 13 de octubre de 1943 declaró la guerra a Alemania.

Se inició así aquella fase calificada por muchos como *guerra civil*.⁷ De un lado estaban los alemanes y los italianos que habían decidido adherir a la RSI; del otro, los italianos posicionados contra los alemanes, junto con las fuerzas aliadas angloamericanas. Se advierte entonces de manera muy clara la complejidad del conflicto italiano y la ambigüedad en la misma población italiana (algunos “colaboraban” y apoyaban al enemigo alemán, otros luchaban por vencerlo).⁸

A partir de junio de 1944, liberada Roma de las fuerzas de ocupación alemanas por las fuerzas angloamericanas, el Gobierno italiano se instaló en la capital. El decreto real n.º 140, del 5 de junio de 1944, nombró lugarteniente a Umberto I de Saboya, y

⁴ La desfascistización, vista la presencia en muchas instituciones de miembros del régimen fascista, comenzó de manera muy blanda. Sobre el punto cf. Romano Canosa: *Storia dell'epurazione in Italia. Le sanzioni contro il fascismo*, Milán: Baldini e Castoldi, 1999.

⁵ El texto del armisticio se encuentra en *La nascita della repubblica. Mostra storico-documentaria*, Roma, 1987, p. 58; cf. también Elena Aga-Rossi: *Una nazione allo sbando. L'armistizio italiano del settembre 1943*, Bologna: Il Mulino, 1993.

⁶ Giuliano Vassalli: “La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza della Corte di Cassazione”, en Giuliano Vassalli y Gabriele Sabatini: *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Roma: La Giustizia Penale, 1947, p. 42.

⁷ Cf. Claudio Pavone: *Una guerra civile. Saggio storico sulla moralità della Resistenza*, Turín: Bollati Boringhieri, 1991; Mimmo Franzinelli: *L'amnistia Togliatti. 22 giugno 1946. Colpo di spugna sui crimini fascisti*, Cles: Mondadori, 2006, p. 18; Massimo Donini: “La gestione penale del passaggio dal Fascismo alla Democrazia in Italia. Appunti sulla memoria storica e l'elaborazione del passato “mediante il diritto penale”, intervención en el Congreso de Sevilla sobre *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*, Sevilla, 7-9 de febrero de 2008. Con la finalización de los combates se iniciaron una serie de actos de violencia originados por la justicia revolucionaria y por episodios de venganza privada.

⁸ Así Toni Rovatti: *La questione della colpa*, inédito.

EMANUELA FRONZA

su padre, Vittorio Emanuele III, le cedió el poder (12 de abril de 1944).⁹ El 22 de abril se constituyó el gobierno de unidad nacional, presidido por Badoglio, quien fue apoyado por primera vez por los representantes de los partidos antifascistas del Comité de Liberación nacional (CLN).¹⁰

De esta sinergia surge el decreto ley real n.º 134, del 26 de mayo de 1944, sobre la “Punición de los delitos y de los ilícitos del fascismo”, que sería el texto de referencia del sucesivo decreto ley del lugarteniente n.º 159, del 27 de julio de 1944, sobre “Sanciones contra el fascismo”,¹¹ adoptado por el gobierno de Bonomi,¹² que contenía las normas fundamentales para la depuración¹³ y para la adopción de sanciones contra el fascismo. Entre las medidas adoptadas debe señalarse la abolición de la pena de muerte del Código Penal común (decreto ley del lugarteniente n.º 224, del 10 de agosto de 1944).¹⁴ Esta pena permaneció, sin embargo, para algunos delitos políticos de los líderes y de los ministros del fascismo, así como también para los delitos de los códigos penales militares, que se aplicaban extensivamente a los hechos cometidos durante la guerra y, por lo tanto, a los fascistas y colaboracionistas, aunque no fueran militares.¹⁵ Al mismo tiempo fueron incorporadas nuevas normas penales para castigar los delitos fascistas y reintroducidas normas del Código Zanardelli sobre la determinación de la pena (como las circunstancias atenuantes genéricas) y sobre la relación con los poderes públicos,¹⁶ que habían sido derogadas por el Código Rocco.

⁹ A partir de aquel momento las medidas legislativas no serán más *decretos reales*, sino *decretos del lugarteniente*, emanados por el lugarteniente, decididos políticamente por el CNL, y formalmente por el Consejo de Ministros, ante la ausencia de un Parlamento.

¹⁰ Así Toni Rovatti: op. cit.

¹¹ Este decreto se encuentra en *Supplemento alla Gazzetta Ufficiale*, serie especial del 29 de julio de 1944, n.º 41. Cf. Hans Woller: *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, Bolonia: Il Mulino, 1997, 193-205; Romano Canosa: op. cit., pp. 48 ss.

¹² El gobierno se había formado el 8 de junio de 1944 inmediatamente después de la liberación de Roma. Así Rovatti: op. cit.

¹³ Sobre la depuración fracasada cf. Romano Canosa: op. cit.; Marcello Flores: *L'epurazione*, en AA. VV.: *L'Italia dalla liberazione alla Repubblica*, Milán: Feltrinelli, 1977; Guido Neppi Modona: *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milán: Franco Angeli, 1984; Alessandro Orlandini y Giorgio Venturini: *I giudici e la resistenza. Dal fallimento dell'epurazione ai processi contro i partigiani: il caso di Siena*, Milán: La Pietra, 1983; Claudio Pavone: *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Turín: Bollati Boringhieri, 1995; Domenico Roy Palmer: *Processo ai fascisti*, Milán: Rizzoli, 1996; Hans Woller: *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, Bolonia: Il Mulino, 1997; Zara Algardi: *Processi ai fascisti*, Florencia: Vallecchi, 1958; Achille Battaglia: *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, en AA. VV.: *Dieci anni dopo 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari: Laterza, 1955, 342 ss.

¹⁴ Para un comentario cf. Battagliano y Giuliano Vassalli: *La nuova legislazione penale*, vol. I, Milán: Giuffrè, 1946, 71 ss.

¹⁵ Señala el carácter contradictorio Massimo Donini: op. cit. Cf. también Giorgio Rochat: *Duecento sentenze nel bene e nel male. I Tribunali militari nella guerra 1940-43*, Udine: Gaspari, 2002, 48 ss.

¹⁶ Se reintroduce, por ejemplo, la eximente de la reacción legítima a actos arbitrarios de parte de funcionarios públicos por desacato (artículos 341, 342, 343 CP), violencia o resistencia al funcionario público

Otro momento fundamental desde el punto de vista jurídico es 1946: el 2 de junio fue votada por referéndum la República y el 22 de ese mes el entonces ministro de justicia, Palmiro Togliatti, adoptó una amnistía para los crímenes cometidos por los italianos.

En 1948 fue finalmente aprobada la Constitución;¹⁷ la mayor parte de la legislación fascista permanecería sin embargo en vigor (piénsese, por ejemplo, en el Código Penal, en el Código de Procedimiento Penal, en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil).

2. Mecanismos de superación del pasado

El camino seguido por Italia para hacer cuentas con los crímenes de guerra nazifascistas puede ser definido, en líneas generales, como lineal y coherente. Antes que nada debe anticiparse que, si bien es cierto que inmediatamente a la caída del régimen se adoptaron algunas medidas para la persecución de los crímenes nazifascistas, Italia ha preferido la vía del olvido. Como se verá, esto obedeció a exigencias de pacificación y reconstrucción del país, a la necesidad de legitimar y afianzar al nuevo gobierno, y al hecho de que las estructuras estatales estaban en su mayor parte, luego de la guerra, compuestas por personas que habían adherido al régimen fascista, lo que garantizaba en cierto modo una continuidad institucional; esto era así en particular en los órganos judiciales. Como veremos, si bien hubo una ruptura o discontinuidad en el plano legislativo-formal (adopción de la Constitución y de las leyes para sancionar los crímenes fascistas), hubo también una continuidad sustancial a causa de la composición y el funcionamiento de los órganos judiciales. Estos elementos contribuirían a una política de remoción que constituye la nota distintiva de la transición del fascismo a la democracia y que todavía hoy caracteriza la situación histórico-política italiana respecto a aquellos hechos. Sobre las modalidades concretas de esta política nos detendremos más adelante.

(artículos 336-337 CP) y violencia a amenaza a un cuerpo político, administrativo o judicial (artículo 338 CP).

¹⁷ La Constitución también instituyó una Corte Constitucional, cuya integración no se completó hasta 1955 y por tanto comenzó a funcionar siete años después de su creación. Al respecto debe resaltarse que fue precisamente la Corte Constitucional la que empezó, a través de algunas decisiones fundamentales, a hacer limpieza de algunas normas fascistas y a volver verdaderamente ejecutiva la Constitución.

EMANUELA FRONZA

Al finalizar el conflicto existía, por un lado, la necesidad de pacificar el país y, por el otro, de mitigar los impulsos de venganza de las víctimas del régimen. Así, fue urgente instituir órganos de justicia estatal, únicos capaces de evitar episodios de justicia sumaria y venganzas personales y refundar un orden legal institucional compartido.¹⁸

Las reacciones a los crímenes nazifascistas fueron, como se adelantó, diversas y cada una tuvo un andamio diferente. A la primera fase, en la que se buscó una reacción y hacer justicia, siguió otra en la cual se renunció a cuestionar y depurar el personal que habían apoyado el fascismo (en particular el judicial)¹⁹ y a perseguir tanto a los italianos como a los alemanes, aunque con trámites y caminos y distintos.

2.1. La respuesta penal: la persecución de los crímenes nazifascistas ante las jurisdicciones militar y ordinaria

En general, se puede decir que Italia ha preferido reaccionar a los crímenes nazifascistas —al menos en los primeros momentos luego de la finalización del conflicto— con una respuesta *penal*.²⁰ Se han celebrado procesos ante la jurisdicción ordinaria y militar, aplicando las normas ya existentes del derecho penal (especialmente los códigos penales militares) e introduciendo normas *ad hoc* para reprimir el fenómeno del colaboracionismo. Sin embargo, en estos procesos se ha ido interpretando progresivamente la ley en sentido favorable a la no punición de los criminales.

Dicho esto, es preciso volver a acentuar que el momento de cesura para comprender los mecanismos de justicia de transición en Italia es el ya mencionado armisticio Badoglio, que cambió sensiblemente las relaciones entre Italia y Alemania. Desde ese momento, esta última se convirtió en fuerza ocupante y esto influyó en la elaboración de los instrumentos normativos y judiciales puestos en práctica, los cuales siguieron cursos diferentes según que los criminales fueran alemanes o italianos.

¹⁸ Toni Rovatti: "Punizione dei crimini di guerra e costruzione della memoria: la legislazione speciale italiana 1945-1947", en Seminario ISEC, Sesto San Giovanni, 21-22 de abril de 2008, *Fonti e temi per la storia delle occupazioni italiane all'estero (1920-1945)*, inédito, p. 2.

¹⁹ Guido Neppi Modona: *La magistratura dalla liberazione agli anni Cinquanta*, en AA. VV.: *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III, Turín: Einaudi, 1997, 84 ss., definió la depuración como un fracaso. En línea con tal elección fue mantenida la legislación del veinteno fascista, incluso el Código Rocco.

²⁰ Se retoma aquí la clasificación penal, pseudopenal y no penal propuesta por los editores. Sobre el resarcimiento y la indemnización, cf. en la página de SISCO, «www.sisco.it», las intervenciones de Bertilotti sobre "Riconoscimento, reintegrazione e risarcimento delle vittime della persecuzione razziale in Italia (1945-1965)" y de Focardi y Klinkhammer sobre "Risarcimenti per i partigiani? L'accordo italo-tedesco del 1961 e le politiche di indennizzo per le 'vittime del nazionalsocialismo'", en el marco del encuentro de Marsala (septiembre 2007) sobre *L'Italia repubblicana e i conti col passato: procedimenti giudiziari e politiche di risarcimento*.

Antes de analizar los mecanismos particulares es oportuno señalar algunos aspectos de la experiencia italiana en su conjunto.

En primer lugar, debe ponerse en evidencia un aspecto que concierne a los principios que gobiernan el derecho penal: para sancionar los crímenes cometidos durante el régimen nazifascista han sido utilizadas —predominantemente— categorías y normas *preexistentes* a la comisión de los crímenes y pertenecientes al derecho penal nacional (común o militar),²¹ con el fin de respetar el principio constitucional de irretroactividad de la norma penal.

Otro elemento importante es la existencia de un *ordenamiento militar* que, a diferencia del Código Penal común, aplicado por la jurisdicción ordinaria, es aplicado por la jurisdicción militar (en realidad existen dos códigos penales militares, el de tiempos de paz y el de tiempos de guerra).²² Muchas de las normas que han sido aplicadas (directamente o a través de un reenvío) para el castigo de los crímenes nazifascistas pertenecían a los códigos militares (de 1941).

En fin, debe resaltarse que la experiencia italiana se caracteriza por la naturaleza *especial y territorial* de los mecanismos de justicia creados para la represión de los crímenes fascistas en línea con las exigencias de justicia sustancial y ejemplar provenientes de la opinión pública.²³ Se suceden así, en un primer período, órganos de justicia especial representados por la Alta Corte de Justicia (ACJ), por las cortes extraordinarias de Assise (CEA), sustituidas en un segundo momento por salas especiales en las cortes de Assise (CA).²⁴ Las sentencias pronunciadas por estos órganos podían ser impugnadas ante la Suprema Corte de Casación (SCC), lo que sería determinante en la transición.

²¹ Se trata de normas que se refieren con frecuencia al derecho internacional. A título de ejemplo, pueden citarse las normas sobre el delito de genocidio, introducidas en el derecho penal italiano como consecuencia de la ratificación de la convención internacional de 1948, o algunas disposiciones del CPMG del 1941 basadas en las convenciones de La Haya de 1899 y de 1907.

²² Sobre la jurisdicción militar de guerra cf. el artículo 103 de la Constitución. Cf. además David Brunelli y Giuseppe Mazzi: *Diritto penale militare*, Milán: Giuffrè, 2007, pp. 531-536.

²³ Esta fuerte descentralización territorial no ayudará a una reconstrucción homogénea y orgánica con repercusiones significativas sobre el “tipo” de memoria. Cf. Toni Rovatti, que pone en evidencia el vínculo entre la forma de justicia elegida y la reconstrucción poco orgánica (op. cit., p. 3).

²⁴ Con el decreto n.º 625 del 5 de octubre de 1945 se suprimen las Cortes extraordinarias de Assise y la sala especial provisoria de la Corte de Casación. Las salas especiales tenían competencia funcional específica para determinados delitos, cf. Gabriele Sabatini: “L’Amnistia politica”, en Giuliano Vassalli y Gabriele Sabatini: op. cit., pp. 465-468. La Alta Corte de Justicia permanecerá en funciones para el juicio político de los senadores.

2.2. La reacción no penal: la Comisión Parlamentaria de Investigación sobre las Causas de la Ocultación de los Crímenes Nazifascistas

Solo recientemente, luego el descubrimiento de dos mil expedientes concernientes a crímenes cometidos principalmente por ciudadanos alemanes, aunque no únicamente, se ha instituido una Comisión Parlamentaria de Investigación sobre las Causas de la Ocultación de los Crímenes Nazifascistas.

3. Análisis de los mecanismos utilizados

3.1. La doble vía

Ante todo, es preciso poner en evidencia nuevamente que el modelo de justicia de transición que se decidió seguir estuvo condicionado por el tipo de conflicto que existió en Italia. El verdadero punto de inflexión desde el punto de vista histórico y jurídico fue el armisticio de Badoglio, que introdujo lo que podemos definir como *doble vía* en la persecución de los crímenes según que los autores de los delitos fueran alemanes o italianos. A partir de allí, Alemania no podía seguir siendo considerada como aliada, sino como potencia ocupante, lo que trajo consigo importantes consecuencias en el plano jurídico, sobre todo en lo que concierne a la jurisdicción competente y la calificación jurídica de los crímenes cometidos por los alemanes.

Desde el punto de vista político, algunos miembros del régimen fascista —no dispuestos a aceptar la idea de una derrota militar— intentaron salvar la situación precedente con la constitución de la ya mencionada, e ilegítima, *Repubblica Sociale Italiana*. Exactamente a partir de este momento Italia asume una doble naturaleza de agresor y agredido, de víctima y victimario. Muchas de las peculiaridades, y especialmente de los silencios, que caracterizaron todo el período sucesivo y que conciernen a los crímenes fascistas (cometidos en Italia y también en el extranjero) y a los crímenes de los partisanos derivan de este elemento. Se alimentó un conflicto muy fuerte, que unos autores califican como guerra civil, especialmente en el norte del país. El armisticio tuvo también el efecto de desencadenar una reacción muy violenta de parte de Alemania contra la población civil y contra las milicias partisanas que, con actos de guerrilla, atacaban al ejército alemán.

Para comprender la experiencia italiana debe tenerse presente la distinción central entre crímenes de guerra cometidos por italianos en Italia y crímenes de guerra cometidos por alemanes en Italia. Esta fisonomía de los actores del conflicto debe ser tomada en cuenta, porque tuvo repercusiones muy importantes no solo en la jurisdicción competente (ordinaria en el primer caso, militar en el segundo),²⁵ el derecho aplicable y la calificación de los hechos (nace el macrotipo de *colaboracionismo* con el enemigo, con problemas de legalidad del delito y de las penas, y también de presunciones absolutas de culpabilidad), sino también en los mecanismos de persecución de los crímenes que fueron cometidos en aquel período.

Antes de comenzar el análisis de los diversos mecanismos es útil esquematizar la evolución de la justicia de transición en Italia a partir de 1943.

3.2. Las tres etapas de la justicia de transición en Italia

A grandes rasgos es posible diferenciar tres etapas en cuanto a la persecución penal, en Italia, de la criminalidad nazifascista.²⁶

La primera etapa comienza a partir del armisticio de Badoglio en 1943, y puede considerarse finalizada con la amnistía de 1946. Esta etapa se caracteriza, de un lado, por una *exigencia de justicia*²⁷ y, del otro, por una política de persecución penal diferenciada o especial según la nacionalidad de los autores de los crímenes, es decir, alemanes o italianos. Los ciudadanos alemanes, en cuanto miembros de una potencia ocupante, fueron juzgados por los tribunales militares por crímenes de guerra en aplicación del Código Penal Militar de Guerra de 1941; los ciudadanos italianos, en cambio, fueron

²⁵ Sobre la relación entre la jurisdicción militar y la jurisdicción ordinaria cf., además del artículo 103 de la Constitución, la sentencia de la Corte de Casación, en pleno, 25 de octubre de 2005, n.º 5135, en la que se estableció que, cuando existe conexión entre procedimientos de competencia del juez ordinario y procedimientos de competencia del juez militar, la jurisdicción corresponde al juez ordinario según el artículo 13, segundo párrafo, CPP, solo si, tratándose de procedimientos por delitos diversos, el delito común es más grave que el militar. En todos los demás casos no hay acumulación. Por lo tanto, cuando la conexión concierne medidas relativas al mismo delito cometido por militares en concurso con civiles el juez militar mantiene la competencia respecto de los primeros.

²⁶ Cf. informe "Italia", en Kai Ambos, Gisela Elsner, Ezequiel Malarino (comp.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008. Se hace referencia aquí exclusivamente a las formas "más humanas" (así Woeller) asumidas luego de la liberación en cuanto a hacer las cuentas con el fascismo. Además de hacer las cuentas por medio de la justicia, deben señalarse los despidos en masa, las venganzas y las retorsiones espontáneas, esto es, la llamada *depuración salvaje*. Sobre el punto cf. Hans Woller: op. cit., pp. 373-410.

²⁷ El sistema de justicia especial, puesto en práctica inmediatamente luego de la guerra, debía servir para normalizar el país, excluyendo la justicia sumaria, y para facilitar el proceso de legitimación formal de la clase dirigente antifascista.

EMANUELA FRONZA

juzgados, primero, por tribunales especiales (la Alta Corte de Justicia, las cortes extraordinarias de Assise y después la salas especiales de las cortes de Assise) y posteriormente por la justicia ordinaria, por el delito de *colaboracionismo* establecido en el artículo 5 del decreto 159/44.²⁸ Las características esenciales de la persecución en Italia de los crímenes nazifascistas durante esta etapa fueron las siguientes: una *doble vía* dictada por la calidad del sujeto activo del crimen, la naturaleza *especial* de los organismos competentes (fueron creados organismos especiales para juzgar a los italianos), la existencia en Italia de una legislación y de una jurisdicción penal militar, la coexistencia de normas preexistentes (códigos penales militares) y dificultades de coordinación con las nuevas normas (algunas en parte retroactivas)²⁹ introducidas para hacer frente a la transición a la democracia.

La segunda etapa se caracteriza por la decisión de no perseguir penalmente los crímenes cometidos durante el periodo nazifascista, y comienza con el decreto de amnistía del 22 de junio de 1946, conocido como *amnistía Togliatti*.³⁰ También este decreto trata de modo diferente la criminalidad nazi y la criminalidad fascista. En efecto, la amnistía solo operaba respecto de crímenes cometidos por ciudadanos italianos. En lo que concierne a los procesos contra los ciudadanos alemanes en virtud del CPMG, esta etapa se caracteriza por una *ausencia de persecución de facto*. En 1960 el procurador general militar decidió el archivo provisional de estos procesos,³¹ creando un instituto jurídico *ad hoc* que no estaba previsto en la legislación procesal, con el objeto de frustrar el ejercicio de la acción penal. Retomando unas consideraciones del profesor Giuliano Vassalli, se puede afirmar que esta medida era ilegal por dos razones. La primera,

²⁸ Para el texto del decreto presidencial véase el suplemento de la *Gazzetta Ufficiale* (boletín oficial), serie especial del 29 de julio 1944 (n.º 41). Esta norma introdujo el tipo de “colaboracionismo” que sancionaba según las disposiciones del Código Penal Militar de Guerra a quien, luego del 8 de septiembre de 1943, cometía delitos contra la fidelidad y la defensa militar del Estado (se refiere, evidentemente, al —legítimo— Estado del Sur y no a la República de Salò) a través de cualquier forma de entendimiento o *colaboración* con el invasor alemán. Sobre las normas del CPMG aplicables cf. Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 75-98.

²⁹ Sobre las normas penales en parte nuevas y retroactivas respecto a los delitos políticos y no políticos cf. Massimo Donini: op. cit., pp. 9-13.

³⁰ Palmiro Togliatti fue secretario del Partido Comunista y en ese momento era ministro de Gracia y Justicia en el gobierno de Parri.

³¹ Cf. Paolo Pezzino: “Sui mancati processi in Italia ai criminali di guerra tedeschi”, en *Storia e memoria*, n.º 1, 2001, pp. 9-25; Mimmo Franzinelli: *Le stragi nascoste. L’armadio della vergogna: impunità e rimozione dei crimini di guerra nazifascisti 1943-2001*, Milán: Mondadori, 2002, pp. 121-133; Franco Giustolisi: *L’armadio della vergogna*, Roma: Nutrimenti, 2004. Cf. sobre la responsabilidad político-administrativa la investigación interna de la magistratura militar, contenida en la “Relazione approvata dal Consiglio della Magistratura Militare (CMM) in data 23 marzo 1999”, en *Storia e Memoria*, n.º 2, 1998, pp. 165-178; sobre estas investigaciones internas hasta 1996 cf. la *Relazione di minoranza della Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti*, pp. 377 ss. Una investigación más profunda será desarrollada por la Comisión de investigación parlamentaria (véase *infra*); cf. al respecto, sobre el contexto de tal ocultación la *Relazione di minoranza*, en particular pp. 196 ss., y sobre el archivo provisional, pp. 255-265.

porque este instituto no existía en el plano formal, aunque podría ser interpretado como una suspensión provisoria de la actividad de investigación. La segunda porque la titularidad de esta decisión no pertenecía al procurador general militar, sino a las diferentes fiscalías militares. A partir de allí, también la persecución de los crímenes cometidos por alemanes quedó frustrada.

Esta situación perduró hasta 1994, cuando, a raíz de las investigaciones llevadas a cabo en el proceso *Priebke*, el procurador Intelisano descubrió centenas de expedientes que habían sido previamente “archivados” dentro de un armario en el palacio Cesi, sede de la Procuración Militar de Roma. El descubrimiento del *armario de la vergüenza*³² tuvo el efecto de reactivar varios procesos por crímenes de guerra cometidos por alemanes durante la época de ocupación.³³

Con esto comienza la tercera etapa, en la cual tuvo lugar *el inicio* de la persecución penal *efectiva* de los crímenes de los alemanes, que antes había frustrado el titular mismo de la acción penal. Sin embargo, como observa Giuliano Vassalli, también en este caso se registra una falta de actividad: muy pocos expedientes han sido enviados a las fiscalías competentes.

3.3. Un derecho penal diferenciado para los italianos y los alemanes

3.3.1. Los crímenes cometidos por los italianos

La normativa concerniente a la persecución de los crímenes de guerra cometidos por ciudadanos italianos es bastante detallada y distribuida en diversos textos.

³² Esta expresión ha sido acuñada por los periodistas y también dio el título al libro de Franco Giustolisi: op. cit.

³³ Sobre el punto y sobre los trabajos de la Comisión Mixta (7 de noviembre de 1994-26 de mayo de 1995), instituida para efectuar un análisis del material encontrado y para identificar las medidas a adoptar, cf. *Relazione di minoranza*, op. cit., pp. 343-362.

EMANUELA FRONZA

3.3.1.1. El decreto 159

El decreto ley del lugarteniente n.º 159,³⁴ del 27 de julio de 1944, contiene las normas definidas como *sanciones contra el fascismo* y constituye el texto normativo más importante en cuanto a los procesos contra el fascismo.³⁵

Este mismo texto instituye la Alta Corte de Justicia para juzgar los delitos del fascismo,³⁶ el Alto Comisariado para la punición de los delitos y de los ilícitos del fascismo,³⁷ órgano con competencia para actuar en la etapa instructoria y en las investigaciones y para participar en los debates ante la Alta Corte de Justicia.

El artículo 2 establecía la pena de reclusión a perpetuidad y reintroducía la pena de muerte para los miembros del gobierno fascista y los altos mandos del fascismo, culpables de haber anulado todas las garantías constitucionales, destruido las libertades fundamentales, creado el régimen fascista, comprometido y traicionado la suerte del país y haberlo conducido a la catástrofe. Aquellos que tenían precisas responsabilidades en la instauración del régimen fascista, considerados culpables de alta traición, debían ser juzgados ante la Alta Corte de Justicia. La condena preveía también la confiscación de los bienes y la interdicción de cargos públicos. Estaba prevista la posibilidad de un recurso ante una sección especial de la Corte de Casación.

³⁴ El texto se encuentra en *Supplemento alla Gazzetta Ufficiale*, serie especial del 29 de julio de 1944, n.º 41. La base de este texto fue el decreto-ley real del 26 de mayo de 1944 n.º 134 sobre la punición de los delitos y de los ilícitos del fascismo. Sobre este texto como *Magna Charta* de la depuración política cf. Hans Woller: op. cit., pp. 193-242. Sobre las medidas para la depuración que sustituirán las contenidas en este decreto a consecuencia de la Ley Nenni del 14 de noviembre de 1945, cf. siempre Hans Woller: op. cit., pp. 462-472. Debe observarse que para Nenni la “pacificación”, en 1945 era un presupuesto para las primeras elecciones libres después del fascismo, por lo que el discurso sobre la depuración era, en aquel entonces, un factor de perturbación para el objetivo del rol de Italia en Occidente. Así Hans Woller: op. cit., p. 500. Sobre la abolición del Alto Comisariado para la depuración cf. ibídem, pp. 514-520.

³⁵ Sobre tal texto se pronunciaron numerosos e importantes juristas. Merece ser señalado el debate entre Jemolo y Calamandrei. Cf., Arturo Carlo Jemolo: “Le sanzioni contro il fascismo e la legalità”, en *Il Ponte*, 1945, pp. 277 ss., y las observaciones de Calamandrei en pp. 285 ss.

³⁶ La Alta Corte de Justicia —con base en el artículo 2— era competente para juzgar a las principales personalidades fascistas. Ella estaba compuesta por ocho miembros nombrados por el gobierno y estaba presidida por un consejero de Casación. El Alto Comisariado estaba dividido en cuatro secciones: punición de los delitos fascistas, depuración, avocación de las ganancias del régimen, liquidación de los bienes fascistas. Sobre el primer proceso, iniciado el 18 de septiembre de 1944 contra Caruso, cf. Zara Algardi: *Processo ai fascisti. Anfuso, Caruso, Graziani e Borghese di fronte alla giustizia*, Florencia: Vallecchi, 1958; cf. también Hans Woller: op. cit., p. 329; Toni Rovatti: op. cit., pp. 31-38. Las sentencias de la Alta Corte de Justicia no eran apelables. De 99 casos juzgados, 31 fueron condenas —4 a la pena capital— y 68 absoluciones. Los datos fueron obtenidos de Mirco Dondi: *La lunga liberazione. Giustizia e violenza nel dopoguerra italiano*, Roma: Editori Riuniti, 1999, 33. Cf. Liuzzi: “Bilancio dell’Alta Corte”, en *Rivista Penale*, 1945, pp. 345 ss. Las Cortes Extraordinarias de Assise lograron enviar a juicio a un número mayor de figuras claves del régimen. Cf. Romano Canosa: op. cit., pp. 20 ss. La Alta Corte de Justicia fue suprimida el 5 de octubre de 1945.

³⁷ En los artículos 11 ss. se regulaba la depuración de los fascistas de la administración.

El artículo 3 regulaba hipótesis menos graves, sancionando a los organizadores de los escuadrones fascistas que habían realizado devastaciones y actos de violencia contra quienes habían promovido la insurrección del 22 de octubre de 1922 y el golpe de Estado del 3 de enero de 1925 y contra quienes habían contribuido con actos relevantes a mantener en vigor el régimen fascista. Estos comportamientos eran punibles por alta traición con base en las sanciones previstas en el artículo 118 del Código Zanardelli, norma nueva y absolutamente retroactiva.³⁸ Por lo tanto, a los delitos juzgados se les aplicaban sanciones no previstas al momento de su comisión en violación del principio de irretroactividad de la ley penal.

Ambos tipos penales (previstos en los artículos 2 y 3) podían ser aplicados a hechos cometidos hasta el 25 de julio de 1943 y eran encuadrados, remitiéndose al artículo 120 del Código Zanardelli, en el delito de “Insurrección armada contra los poderes del Estado”, castigado con reclusión de 18 a 24 años.³⁹ La competencia de estos delitos correspondía a la Alta Corte de Justicia si eran cometidos por imputados que revestían posiciones de dirigencia; de lo contrario, correspondía a la magistratura ordinaria.

La otra disposición fundamental estaba contenida en el artículo 5, que sancionaba, según las disposiciones del Código Penal Militar de Guerra, a quien, luego del 8 de septiembre de 1943, hubiese cometido delitos contra la lealtad y defensa militar del Estado (se refiere al Estado legítimo del sur y no a la República de Salò) a través de cualquier forma de inteligencia o correspondencia o *colaboración* con el invasor alemán, o de ayuda o asistencia prestada a este (se trata de la figura definida como *colaboracionismo*).⁴⁰ Por tanto, las normas del Código Penal Militar de Guerra eran extendidas excepcionalmente también a civiles. Esta previsión planteó la cuestión del respeto del principio de irretroactividad,⁴¹ dado que estas figuras delictivas solo estaban previstas para los militares. Además, la elección de calificar como delito de colaboracionismo a los hechos cometidos entre el 8 de septiembre de 1943 y el 25 de abril de 1945 tenía dos consecuencias claras: por un lado, remarcar el contexto de guerra, con el resultado de

³⁸ Así Massimo Donini: op. cit., p. 10.

³⁹ Cf. Hans Woller: op. cit., p. 200.

⁴⁰ Al respecto, cf. Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 75-98. Se reenvía también al trabajo de Vassalli para un examen profundo de las normas del Código Penal Militar de Guerra que prevén los delitos de ayuda al enemigo (artículo 51), de inteligencia y correspondencia con el enemigo (artículo 54) y de ayuda al enemigo en sus designios políticos (artículo 58); ibidem, p. 102. Sobre el concurso entre el delito de colaboracionismo y otros delitos, cf. ibidem, pp. 320-341.

⁴¹ Cf. Ugo de Siervo: “Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, 1969, p. 547; Achille Battaglia: op. cit., p. 342 ss. Hablan de normas retroactivas respecto de los civiles Massimo Donini: op. cit., pp. 9 ss., 29; Toni Rovatti: op. cit., p. 4.

EMANUELA FRONZA

acentuar las formas de colaboracionismo militar en perjuicio de las de colaboracionismo político, disminuyendo así la importancia de los crímenes cometidos contra civiles inermes⁴² respecto a los cometidos contra partisanos (reconocidos como combatientes legítimos); por el otro, negar la hipótesis de una violencia fascista autónoma respecto al invasor alemán con finalidades propias y específicas.⁴³

Respecto a los militares eran competentes los tribunales militares, mientras que respecto a los civiles era competente la magistratura ordinaria.⁴⁴ Con tal instrumento de “justicia pública y legal” se pretendía atenuar el ansia de venganza de las víctimas del régimen pasado y de la RSI, evitando formas de justicia sumaria.⁴⁵

La disposición que introduce el macrotipo de colaboracionismo ha dado lugar, a causa del reenvío al Código Militar y de su formulación poco taxativa, a numerosas cuestiones hermenéuticas, algunas de las cuales serán mencionadas en las páginas siguientes.⁴⁶

El artículo 6, en fin, excluía la prescripción como causa de extinción del delito, así como la aplicabilidad de las amnistías e indultos aprobados luego del 28 de octubre de 1922, y declaraba inexistentes las sentencias precedentes “cuando en la decisión haya influido el estado de coerción moral determinado por el fascismo”.

Se sancionaba en definitiva el retorno al derecho precedente, anulando normas y jurisprudencia consideradas como ilegales (artículo 1 del decreto mencionado).

En este primer período, además de los órganos mencionados, el órgano competente para juzgar los hechos punibles según el artículo 3 era la magistratura ordinaria: cortes de Assise, tribunales y pretores. El artículo 4 del decreto establecía que las cortes de Assise debían estar integradas por dos magistrados y por “cinco jueces populares elegidos por sorteo de listas de ciudadanos de conducta moral y política intachable”. Según el artículo 5, contra estas sentencias no era admisible ningún medio de impugnación, ni siquiera la revisión.

En realidad, hasta el 25 de abril de 1945 el sistema de justicia institucional no logró funcionar de manera eficaz: la Alta Corte de Justicia no logró juzgar a miembros

⁴² Toni Rovatti: op. cit., p. 4.

⁴³ Cf. Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 210-215.

⁴⁴ Sobre la extensión a los civiles de las normas del Código Penal Militar de Guerra sobre el colaboracionismo cf. Ettore Gallo: “Giustizia e resistenza”, en Enzo Collotti, Renato Sandra y Frediano Sessi (comp): *Dizionario della Resistenza*, Turín: Einaudi, vol. II.

⁴⁵ Así Toni Rovatti: op. cit., p. 2.

⁴⁶ Por todos, Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 67-413.

de alta jerarquía del régimen pasado, y, por tanto, no pudo destruir la continuidad que la ligaba al régimen precedente.⁴⁷

3.3.1.2. La remoción: el decreto 142

El 22 de abril de 1945 el gobierno de Parri aprobó el decreto del lugarteniente n.º 142.⁴⁸ El texto traduce claramente el cambio de rumbo en cuanto a la represión de la criminalidad fascista a fin de tener en cuenta las nuevas exigencias de pacificación.

En efecto, Palmiro Togliatti, secretario del Partido Comunista y ministro de Gracia y Justicia del gobierno de Parri, comenzó, por un lado, a dar espacio a la idea de la pacificación nacional, que estaba difundándose en la esfera pública, y, por el otro, a mitigar la idea de reprimir de manera radical los crímenes fascistas. Muchos de los que habían sufrido la violencia del régimen y que compartían la ideología comunista no vieron con buenos ojos este cambio. Tal sensación se tradujo luego en profunda frustración cuando, al año siguiente, el mismo Togliatti adoptó una amnistía.

Al mismo tiempo, el decreto 142 rediseñaba la competencia de los órganos judiciales para tratar con los crímenes fascistas. Se abandonó la justicia ordinaria (también para los delitos menos importantes) y se instituyó una justicia especial: las cortes extraordinarias de Assise (CEA),⁴⁹ transformadas luego en salas especiales de las cortes de Assise (con el decreto 625 del 5 de octubre de 1945). Las CEA estaban integradas por un juez profesional y cuatro jueces populares, composición que se reveló determinante —como veremos— en el andamio del proceso de transición. Estas jurisdicciones eran competentes de manera exclusiva para los delitos cometidos por los fascistas luego del 8 de septiembre de 1943, encuadrados como delitos de colaboracionismo, tal como se preveía en el decreto del 27 de julio de 1944, n.º 159.⁵⁰

⁴⁷ Cf. Liuzzi: "Bilancio dell'Alta Corte", en *Rivista Penale*, 1945, pp. 345 ss.; y F. Borsato: *La leggendaria fuga del generale Roatta*, Siracusa: Corso, 1965.

⁴⁸ Cf. el texto "Istituzione di Corti Straordinarie d'Assise per i reati di collaborazione con i tedeschi", en *Supplemento alla Gazzetta Ufficiale*, n.º 49, 24 de abril de 1945.

⁴⁹ Se trata de jurisdicciones que representan un compromiso político entre la visión del gobierno de Parri (y de Togliatti) y los proyectos de ruptura de las organizaciones partisanas del Comité de Liberación Nacional de la Alta Italia (CLNAI). Sobre las CEA cf. Hans Woller: op. cit., pp. 410-423. Sobre las CEA como organismos creados para bloquear el proyecto de justicia del CLNAI y sobre el proyecto especial de este último, cf. T. Rovatti: op. cit., pp. 38-45. Sobre las diferencias estructurales entre las CEA y la justicia prefigurada por la resistencia, ibídem, p. 48. Sobre la Alta Corte de Justicia y sobre el funcionamiento de las Cortes Extraordinarias de Assise, cf. Mirco Dondi: op. cit., pp. 31-44.

⁵⁰ Hans Woller: op. cit., p. 410 ss.; Mirco Dondi: op. cit., pp. 33 ss.

EMANUELA FRONZA

Además, en Milán fue creada una sala especial provisoria de la Corte de Casación para conocer sobre los recursos contra las sentencias de las CEA.⁵¹ Se trata de un elemento esencial, dado que precisamente tal posibilidad permitiría a la Casación entre 1945 y 1947 redimensionar las condenas de primera instancia y, por lo tanto, en definitiva frustrar la interrupción del vínculo con el pasado. La posibilidad de recurrir en casación y los poderes reconocidos a tal instancia jurisdiccional superior constituyen un punto crucial para comprender el proceso de remoción respecto a los crímenes nazifascistas.

Las CEA eran definidas extraordinarias no solo por su integración y por la legislación especial que aplicaban, sino también por los tiempos limitados previstos para su actuación. Se pensaba, en efecto, que habrían debido funcionar solamente seis meses, período considerado suficiente para juzgar los delitos del fascismo (pasado este tiempo la competencia retornaba a la magistratura ordinaria). Este período se consideraba suficiente para cerrar las cuentas con los delitos del fascismo. Se quería, así, controlar las pulsiones de venganza —que ya habían surgido y eran controladas con dificultad— para sancionar de modo rápido y ejemplar a los ex fascistas y partidarios de la RSI (*repubblichini*) y evitar que se realizara un proyecto judicial de resistencia.⁵² En realidad ellas operaron por dos años y medio hasta el final de 1947.

El decreto 142 introdujo también algunas presunciones de responsabilidad para los máximos líderes militares y civiles de la República Social Italiana.⁵³ El artículo 1 enumeraba una serie de cargos o de actividades considerados condición suficiente no solo para el reenvío a juicio del acusado, sino también para su condena por el delito de colaboracionismo con el alemán invasor.⁵⁴ Esta norma, que contenía una presunción *juris et de jure* de colaboración con el invasor alemán para ciertas categorías de personas (ministros, subsecretarios de Estado, presidentes, miembros del Tribunal Especial para

⁵¹ Estas Cortes dejaron de funcionar el 13 de octubre de 1945 y los recursos pendientes fueron remitidos a la Corte Suprema de Casación; cf. Gabriele Sabatini: "Il sistema processuale per la repressione dei crimenes fascisti", en Giuliano Vassalli y Gabriele Sabatini: op. cit., pp. 454-458.

⁵² Así Toni Rovatti: op. cit., p. 7, que cita el proyecto de justicia del CLNAL, el cual contemplaba la posibilidad de que las víctimas se constituyeran en partes civiles y la inimpugnabilidad de las sentencias de los tribunales de mérito de primera instancia.

⁵³ Cf. F. Scalabrino: *I Guardasigilli comunisti Togliatti e Gullo: sanzioni contro il fascismo e processo alla resistenza*, en Miccoli, Guido Neppi Modona y Paolo Pombeni: *La grande cesura. La memoria della Guerra e della resistenza nella vita europea del dopoguerra*, Bologna: Il Mulino, 2001, pp. 327-353. Sobre la jurisprudencia y sobre cómo esta ha interpretado la naturaleza y los límites de estas presunciones cf. Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 225-240.

⁵⁴ El artículo 1 no sirvió, salvo casos excepcionales, para punir a los máximos responsables del régimen nazifascista. Estos últimos, si no habían podido escapar a la persecución, lograron evitar una pena gracias a la amnistía. La Corte de Casación, en efecto, negó que el cargo o la función revestidos por el agente pudiera obstaculizar la amnistía en aquellos casos en los cuales la condena hubiera sido dictada con base en la presunción de colaboracionismo. Cf. Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 283-284, nota 1.

la Defensa del Estado y de los tribunales extraordinarios, jefes de provincia, secretarios o comisarios federales, directores de periódicos políticos, oficiales superiores con funciones político-militares), permitía prescindir no solo de la prueba del elemento subjetivo, sino también del resultado y del nexo de causalidad.⁵⁵ Todos colaboracionistas *ex lege*.⁵⁶ La composición popular (mayoritaria) en primera instancia y la publicidad de las audiencias⁵⁷ determinaron los resultados bastante severos de estas cortes en los primeros meses de actividad. Los procesos concluían con frecuencia con la condena a muerte o con la prisión a perpetuidad.⁵⁸

Sin embargo, este escenario cambió en poco tiempo.

Por un lado, este esquema presuntivo fue superado rápidamente por la doctrina⁵⁹ y la jurisprudencia, tanto de mérito como superior:⁶⁰ también, porque en algunos casos —a pesar de la función revestida— las personas habían utilizado de hecho su cargo para contrarrestar la actividad de los alemanes.

Por otro lado, hacia el final del verano de 1945 comenzó a tener lugar una transformación en el comportamiento de las cortes. La posibilidad de apelar las decisiones de las CEA ante la Sala Especial de la Corte de Casación⁶¹ y el hecho de que la resistencia y los antifascistas no hubieran podido lograr la depuración de este tribunal permitió la anulación de sentencias de primera instancia, lo que trajo como resultado una sustancial impunidad de los delitos fascistas.⁶²

Las CEA tuvieron que desarrollar esta difícil tarea política y jurídica en una fase en la cual la sociedad italiana estaba todavía fuertemente dividida y en la cual se desarrollaban cotidianamente actos de violencia. Al inicio de los años cincuenta la mayoría de quienes habían sido condenados habían recuperado la libertad (según la nota del

⁵⁵ Así la jurisprudencia de casación. Para un análisis de estas decisiones cf. Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 227-240.

⁵⁶ Así Massimo Donini: op. cit., p. 12.

⁵⁷ Señala la enorme participación popular en los procesos Hans Woller: op. cit., p. 413.

⁵⁸ M. Dondi: op. cit., p. 47 ss.; Hans Woller: op. cit., p. 412.

⁵⁹ Cf. los autores citados por Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 231, nota 1. Estrechamente vinculada a la naturaleza de las presunciones es la cuestión de la naturaleza y los efectos del reenvío al Código Penal Militar por el apartado cuarto del artículo 1; cf. Giuliano Vassalli: op. cit., pp. 240-245.

⁶⁰ Sergio Vinciguerra (voce): *Fascismo. Sanzioni contro il fascismo*, Enc. Del Diritto, XVI, Milán: Giuffré, 1967, p. 912; sobre la sentencia de la CEA de Como del 29 de noviembre de 1945 (*Petazzi*) cf. Toni Rovatti: op. cit., p. 64.

⁶¹ No eran impugnables, en cambio, las sentencias de la Alta Corte de Justicia.

⁶² Cf. Achille Battaglia: op. cit., pp. 346 ss.; Guido Neppi Modona: "Il problema della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo", en Luigi Bernardi, Guido Neppi Modona, Silvana Tesori (comp.): *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milán: Franco Angeli, 1984, 34 ss. Los criterios —jurídicamente incuestionables— adoptados por la Corte de Casación fueron progresivamente adoptados también por las CEA; así Hans Woller: op. cit., p. 416.

EMANUELA FRONZA

Ministerio de Gracia y Justicia al presidente del Consejo del 21 de enero de 1953, el número de detenidos al 31 de diciembre de 1952 era de 266, y a esa época 5594 personas ya habían sido condenadas por colaboración con el enemigo).⁶³

3.3.1.3. La prórroga de la actuación de la justicia especial: las salas especiales de las Cortes de Assise: el decreto 625

Con el decreto n.º 466, del 2 agosto 1945, se atribuyó a las cortes extraordinarias competencia respecto de todos los delitos cometidos en el territorio nacional, incluidos los delitos cometidos por los militares.

El 5 de octubre del mismo año, el ministro Togliatti aprobó el decreto n.º 625 del lugarteniente (“Modificaciones de las normas sobre las sanciones contra el fascismo”),⁶⁴ que, sin modificar la naturaleza especial de los órganos judiciales responsables del juzgamiento de los delitos fascistas, abolió las CEA y la sala especial de la Corte de Casación de Milán⁶⁵ y creó las salas especiales de las cortes de Assise, organizadas según los mismos criterios, regidas según el mismo procedimiento y competentes sobre los mismos delitos. La fisonomía siguió siendo la misma.

Con el decreto del lugarteniente n.º 201, del 12 de abril de 1946 (“Texto de las disposiciones para la punición de los delitos fascistas y para la represión de algunas actividades fascistas”),⁶⁶ se introdujeron, además, algunos cambios en cuanto a la integración de las cortes y a los criterios para su formación. En todo caso, en menos de tres años los órganos especiales fueron suprimidos y se tornó definitivamente a la competencia ordinaria.⁶⁷

Según el historiador Hans Woller, desde 1945 hasta 1947 fueron celebrados, primero por las CEA y luego por las salas especiales ante las cortes de Assise, entre 20.000 a 30.000 procesos y existieron 1.000 condenas a muerte (debe tenerse presente que en

⁶³ Vale la pena observar que —como ha sido puesto de relieve por el historiador Klinkhammer— se registra una diferencia grande entre Italia y Alemania en la función atribuida a los procesos. En Italia, los procesos ante las CEA, aunque fueron una fuente histórica importante para la reconstrucción de tales complejos sucesos, no estaban pensados para construir una memoria, sino más bien para manejar políticamente la transición a la democracia y legitimar la nueva República. En Núremberg, en cambio, los procesos sirvieron para construir una memoria en torno al pasado nacionalsocialista. Mientras en Alemania se creó una cultura de la culpa, en Italia se construyó una cultura de la indulgencia y el olvido.

⁶⁴ En *Gazzetta ufficiale*, 13 de octubre de 1945, n.º 123.

⁶⁵ Esta Sala Especial dejó de funcionar a los treinta días de la entrada en vigor del decreto n.º 625; el decreto entró en vigor el 13 de octubre de 1945.

⁶⁶ En *Gazzetta Ufficiale*, 27 de abril de 1946, n.º 98.

⁶⁷ Cf. Giuliano Vassalli: *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milán: Giuffrè, 2001, 215 ss.

Italia solo en la primavera de 1945 los ajustes de cuentas *salvajes* habían provocado entre 5.000 y 8.000 víctimas).⁶⁸ La CEA y las salas especiales desarrollaron una actividad importante en cuanto a la punición de delitos fascistas.⁶⁹ De estas cortes y de las salas especiales se puede decir con certeza que han calmado una parte considerable de la rabia y furor que se había acumulado, impidiendo mayores explosiones de violencia.⁷⁰

Debe observarse, sin embargo, que la gran mayoría de las sentencias de condena impuestas en primera instancia fueron luego —como se ha anticipado— anuladas en la Corte de Casación. Esto ocurría no solo por la simpatía de los jueces de la casación con el régimen caído, sino también por las deficiencias notables de las sentencias de mérito.⁷¹

3.3.1.4. El decreto de amnistía del 22 de junio de 1946

El camino emprendido con la supresión de las CEA continúa y encuentra completa expresión en la disposición de amnistía propuesta por el ministro de Justicia Togliatti, cuyo título era: “Amnistía e indulto para los delitos comunes, políticos, militares”. La amnistía fue aprobada por unanimidad en junio de 1946 por el Consejo de Ministros presidido por Alcide De Gasperi y fue fundada en razones de unidad y concordia nacional; algunos, sin embargo, han percibido a esta medida como el fracaso de la revolución.⁷²

No podré aquí ocuparme con profundidad de tal medida, ni de la interpretación y aplicación jurisprudencial.⁷³ Es preciso sin embargo poner en evidencia que la amnistía por crímenes de guerra cometidos por italianos⁷⁴ fue dispuesta luego del *referéndum*

⁶⁸ Hans Woller: op. cit., p. 419.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 421. Cf. sobre la actividad de las CEA también Mirco Dondi: “Considerazioni sulle Corti Straordinarie d’Assise: i casi di Bologna e Ravenna (1945-46)”, en *L’Almanacco. Rassegna di studi storici e di ricerche sulla società contemporanea*, 1991, p. 19.

⁷¹ Cf. Hans Woller: op. cit., p. 420. Sobre las incorrecciones formales de estas sentencias, cf. Mirco Dondi: op. cit., pp. 57-58. Sobre la utilización de las “sentencias suicidas”, cf. Giuliano Vassalli, en *Giustizia Penale*, III, pp. 45 ss.

⁷² El texto, publicado el 23 de junio de 1946 en la edición extraordinaria de la *Gazzetta Ufficiale*, contenía como introducción la relación del ministro de la Justicia. Dos otras medidas de clemencia habían precedido a la esta amnistía: el decreto del lugarteniente del 17 de noviembre de 1945, n.º 719 sobre amnistía para los delitos antifascistas y el decreto del lugarteniente del 29 de marzo de 1946, n.º 132 sobre amnistía por delitos militares.

⁷³ Para un examen y un comentario de este texto se reenvía a Gabriele Sabatini: “L’amnistia...”, op. cit., pp. 521 ss. Sobre la *amnistía Togliatti* véanse ulteriores referencias bibliográficas en Mimmo Franzinelli: op. cit.; Massimo Donini: op. cit., p. 21. Sobre el debate acerca de las soluciones para el *retorno a la normalidad* y sobre los diferentes proyectos de amnistía anteriores al decreto definitivo, cf. Hans Woller: op. cit., pp. 533-559; Mirco Dondi: op. cit., pp. 59-70; sobre el debate acerca de si convenía extender o no la amnistía a los delitos políticos además de a los comunes cf. Bracci: “Come nacque l’amnistia”, en *Il Ponte*, n.º 11-12, 1947, p. 1101.

⁷⁴ En cuanto concierne a los delitos cometidos por los alemanes es preciso señalar que, bajo la presión del propio gobierno alemán y tal como estaba sucediendo en otros países europeos, fueron concedidas diversas

EMANUELA FRONZA

popular del 2 de junio de 1946, que había establecido que Italia deviniese una república democrática, abandonando la precedente forma monárquica. La amnistía se presentaba, por lo tanto, como acto de renovación y de cesura con el pasado.⁷⁵

Se preveía la no punibilidad tanto de los delitos fascistas (mientras no existiesen —como veremos— causas impeditivas) como de los delitos de los partisanos cometidos hasta el 1 de julio de 1945. De este modo, se trataba de afianzar el proceso de pacificación y reconciliación.

La amnistía era inmediata para los casos en los cuales la ley preveía una pena no superior a los cinco años de reclusión (artículo 1). En los casos en que la pena prevista en la ley era mayor de cinco años de reclusión se preveía una conmutación de pena de hasta tres años.

El artículo 2 contemplaba la amnistía para los delitos políticos (aun cuando la pena fuera superior a cinco años) en caso de que hubiesen sido cometidos en partes individuales del territorio nacional luego del inicio en ellas de la administración militar aliada o en el territorio bajo la administración del gobierno legítimo luego del 8 de septiembre de 1943.⁷⁶ Por lo tanto, se había decidido no sancionar los delitos de los grupos partisanos cometidos luego de la liberación.

En cuanto a los delitos cometidos antes de la liberación por los fascistas, la solución adoptada fue la de prever una serie de causas impeditivas que, si estaban presentes, obstaban la aplicación de la amnistía (se trataba, por tanto, de una amnistía condicionada). El artículo 3, en efecto, establecía que la amnistía se concedía:

medidas de gracia a favor de personas condenadas (Wagener Otto, con DPR del 15.5.1951; Niklas Herbert, con DPR del 29.5.1951; Mai Walter, con DPR del 24.4.1951; Felten Johann, con DPR del 23.2.1951; Schmidt Alois, con DPR del 10.10.1950). A Herbert Kappler se le concedió, en cambio, la suspensión de la pena el 13 de marzo de 1976 y el 13 de noviembre del mismo año fue liberado y sometido a libertad vigilada. A Walter Reder, en cambio (condenado a prisión perpetua el 31 de octubre de 1951 por el tribunal militar de Bolonia), le fue concedida la libertad condicional en 1980. El 24 de enero de 1985, en fin, fue repatriado a Austria.

⁷⁵ Toni Rovatti: op. cit., p. 52. Cf. también Bracci: op. cit., p. 1098. La amnistía, a diferencia de la no persecución de hecho de los crímenes, supone realmente una especie de reconocimiento general de los delitos que han sido cometidos por el régimen. Así, Klaus Marxen y Gerhard Werle: *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: eine Bilanz*, Berlín: Walter de Gruyter, 1999, p. 256. Sostiene, en cambio, que la amnistía es una solución de cancelación total de las consecuencias de los crímenes que termina por resolverse en una amnesia de lo sucedido que cancela toda diferencia entre víctimas y perseguidores, Alessandro Gamberini: "Elementi di riflessione sul processo di giustizia transizionale in corso in Colombia", en Gabriele Fornasari y Emanuela Fronza (comp.): *Il superamento del passato e il superamento del presente: l'esperienza argentina e colombiana a confronto*, Atti del Seminario Tenutosi a Trento, 27 de noviembre de 2007, en curso de publicación, p. 4.

⁷⁶ Tal cuestión se reveló particularmente delicada, cf. Bracci: op. cit., pp. 1101 ss.; Toni Rovatti: op. cit., pp. 53-54. Para los delitos políticos que no estaban comprendidos en la amnistía, el artículo 9 preveía la posibilidad de conmutar la pena de muerte en pena de prisión a perpetuidad —salvo los casos de excepción del artículo 3—, la pena de prisión a perpetuidad en pena de treinta años de prisión, y de reducir en un tercio las penas superiores a cinco años.

[...] respecto de los delitos previstos en los artículos 3 y 5 del decreto legislativo del Lugarteniente de 27 de julio de 1944, n.º 159 y en el artículo 1 del decreto legislativo del Lugarteniente del 22 de abril de 1945, n.º 142 [...] salvo que hayan sido realizados por personas que ejercían altas funciones de dirección civil y política o de mando militar, o bien hayan sido cometidos actos de matanza, sevicias particularmente crueles, homicidio o saqueo, o bien delitos realizados con fines de lucro.⁷⁷

El artículo 4 excluía de la amnistía a los culpables del delito de homicidio (artículo 575 CP), salvo en los casos en que el delito hubiera sido cometido antes del 31 de julio de 1945 “en las condiciones previstas por el artículo 4, primer apartado, del decreto legislativo del Lugarteniente del 17 de noviembre de 1945, n.º 719”.

El artículo 8 regulaba los delitos comunes y preveía la remisión de las penas inferiores a tres años y, en caso de penas superiores a esta cifra que habían sido impuestas o que debían imponerse, la reducción de ellas hasta tres años.

El artículo 9 concernía, en cambio, a los delitos políticos no comprendidos en la amnistía: fuera de los casos regulados en los primeros tres artículos del decreto, la pena de muerte podía ser transformada en prisión a perpetuidad (salvo las excepciones mencionadas en el artículo 3); la pena de la prisión a perpetuidad podía ser transformada en prisión de treinta años, las penas de detención superiores a cinco años reducidas en un tercio y las penas pecuniarias, anuladas.

El artículo 13 preveía además la exclusión de la amnistía respecto a quienes habían cometido delitos contra las fuerzas aliadas o habían sido juzgados por tribunales aliados o se encontraban bajo juicio ante esos tribunales.

Por lo tanto, salvo las excepciones previstas en los artículos 3 y 4, la amnistía abarcaba una amplia serie de delitos, aunque el imputado podía decidir renunciar a ella con el fin de demostrar, en el proceso, su inocencia (artículo 6).

⁷⁷ Decreto presidencial del 22 de junio de 1946, n.º 4, “Amnistía e indulto para delitos comunes, políticos y militares”, en *Gazzetta ufficiale*, del 23 de junio de 1946, n.º 137. Sobre las causas obstativas cf. Gabriele Sabatini: “L’amnistia politica”, op. cit., pp. 535 ss.; Massimo Donini: op. cit., pp. 24-28. Sobre la interpretación jurisprudencial de la fórmula de las “sevicias particularmente crueles” cf. Gaiaconi: “I fatti di sevizie particolarmente efferate come causa ostativa dell’amnistia”, en *Rivista penale*, 1947, pp. 241 ss.; Mirco Dondi: op. cit., pp. 64-66; Mimmo Franzinelli: op. cit., pp. 236-250. Sobre las decisiones de la Corte de Casación sobre los delitos de homicidio, saqueo y delito con fin de lucro, que obstaban la aplicación de la amnistía, cf. Mimmo Franzinelli: op. cit., pp. 224-250.

EMANUELA FRONZA

3.3.1.5. La interpretación “restrictiva” de la jurisprudencia y las sentencias aberrantes⁷⁸

Las fórmulas muy indeterminadas⁷⁹ contenidas en el texto permitieron a la magistratura (y en particular a la Corte de Casación) una aplicación bastante extendida a favor de los criminales fascistas.⁸⁰ La nota característica del decreto era, en efecto, la discrecionalidad dejada al órgano judicial.⁸¹ La interpretación que hizo del decreto la Corte de Casación (de composición netamente fascista) anuló en los hechos las condiciones que obstaban a la operatividad de la amnistía, lo que provocó un freno casi total de los procesos contra ciudadanos italianos por el delito de colaboracionismo. Por ejemplo, la casación interpretó de manera tan restringida el concepto de sevicias crueles (*sevizie efferate*)⁸² que arrancar las uñas de un detenido no fue considerado una sevicia grave: los jueces llegaron a esta interpretación, que en verdad modificaba el precepto interpretado, para disminuir indebidamente el alcance de la norma impeditiva. No se trataba ya de una interpretación restrictiva, sino de una franca reforma de la ley pseudointerpretada.

Por lo demás, la posición de la Corte de Casación, contraria a perseguir a los *colaboracionistas* italianos, ya se había mostrado antes del decreto de amnistía a través de la anulación de muchos procesos que habían comenzado por el delito de colaboracionismo.

A raíz de la amnistía, por lo tanto, solo unos pocos procesos por el delito de colaboracionismo que no cumplían las *condiciones* previstas en el decreto pudieron seguir adelante.⁸³ La interpretación dada al decreto de amnistía por la jurisprudencia planteó muchas críticas en la opinión pública y el mismo Togliatti envió una circular a las fiscalías generales ante las cortes de apelaciones.⁸⁴ En este documento se llamaba la atención

⁷⁸ Esta expresión fue usada por Piero Calamandrei y otros juristas democráticos para definir las sentencias de la Corte de Casación que convertían a los delitos fascistas en comportamientos poco menos que correctos. Cf. el documento de la Asociación Nacional de Magistrados en *Magistratura*, n.º 3/1949, p. 1; Achille Battaglia: op. cit., p. 319; Guido Neppi Modona: op. cit., pp. 95 ss.

⁷⁹ Debidos al hecho de que Togliatti quería evitar conflictos con el Poder Judicial; así Mimmo Franzinelli: op. cit., p. 48. Cf. también Romano Canosa y Pietro Federico: *La magistratura in Italia dal 1945 ad oggi*, Bologna: Il Mulino, 1974, pp. 140 ss.

⁸⁰ Cf. F. Scalabrino: op. cit.; Achille Battaglia: “Gli atti rilevanti”, en *Cassazione Penale*, 1945, pp. 279 ss.; Mimmo Franzinelli: op. cit.; Mirco Dondi: op. cit., pp. 56-59.

⁸¹ Hans Woller: op. cit., p. 539, habla de “enorme poder discrecional” de los jueces.

⁸² Cf. la jurisprudencia citada en Paolo Barile y Ugo De Siervo: “Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo”, en *NSSDI*, Turín: Utet, 1969, XVI, pp. 541 ss.; Mimmo Franzinelli: op. cit., pp. 236 ss.; Achille Battaglia: op. cit., pp. 347 ss.; Mirco Dondi: op. cit., pp. 65 s.

⁸³ Probablemente, el ministro Togliatti no imaginó este desarrollo en la aplicación del decreto de amnistía. Para un elogio de la jurisprudencia de la Corte de Casación cf. Remo Pannain: “L’opera della Suprema Corte di cassazione”, en *Archivio penale*, 1946, I, 331, quien, es preciso señalar, en aquel entonces fue defensor de muchos criminales fascistas que solicitaban la amnistía ante la Corte de Casación.

⁸⁴ Circular telegráfica de 2 de julio de 1946, n.º 9796/110, titulada “Amnistía para los crímenes fascistas”.

sobre la “necesidad de que la amnistía fuese aplicada de acuerdo con el espíritu del legislador que quiere que continúe la acción punitiva contra los responsables fascistas”. Se añadía, además, que si surgían dudas acerca de la extensión de la aplicación de los términos del decreto, debían orientarse según las categorías contenidas en el decreto ley del lugarteniente n.º 142, donde se establecía la presunción de colaboracionismo. Esta circular fue vista como una intromisión política y en la práctica permaneció en letra muerta.⁸⁵

Los historiadores sostienen que los jueces, contra la voluntad de los legisladores, han ampliado el alcance de la amnistía transformándola casi en una amnistía general.⁸⁶ Sin embargo, todavía hoy —a causa de la escasez de investigaciones históricas— poco se sabe acerca de los resultados políticos e históricos de la amnistía.⁸⁷ La rendición de cuentas con el pasado tuvo prácticamente un fin con esta medida.⁸⁸

3.3.1.6. Las cuestiones

EL DEBATE SOBRE EL CARÁCTER RETROACTIVO DE LAS DISPOSICIONES SOBRE EL COLABORACIONISMO

El ya mencionado decreto n.º 159 fue objeto de algunas impugnaciones dirigidas a obtener la declaratoria de inconstitucionalidad, dado que contenía disposiciones retroactivas no permitidas por el artículo 2 primer párrafo CP.⁸⁹

La Alta Corte de Justicia y la Sala Especial de la Corte de Casación respondieron a tales objeciones. Esta última afirmó que “no es exacto que con los decretos legislativos en cuestión se hayan creado nuevos delitos con efecto retroactivo” porque tanto el artículo 5 del decreto legislativo del 27 de julio de 1944 como el artículo 1 del decreto legislativo n.º 142 disciplinan hipótesis de delito que estaban ya previstas en los artículos 241, 242 y 243 CP y en los artículos 51, 54 y 58 CPMG y que han sido mejor especificadas para adecuarlas a las exigencias actuales en relación con las nuevas circunstancias verificadas

⁸⁵ Mimmo Franzinelli: op. cit., p. 52. Cf. al respecto también Achille Battaglia: “A proposito dell’ amnistia. Una cattiva legge ed una indebita circolare”, en *Rivista Penale*, 1946, pp. 856 ss. Sobre la discusión acerca de las fórmulas indeterminadas y a veces contradictorias que caracterizaban al decreto de amnistía, cf. Carlo Galante Garrone: *Vita e opinioni di Alessandro Perfetti*, Milán: Franco Angeli, 1992, 70 ss.; A. Visco y F. Guarneri: *Le amnistie dopo la liberazione*, Roma: Ateneo, 1947, pp. 79 ss.

⁸⁶ Hans Woller: op. cit., p. 539.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 542-543.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 570.

⁸⁹ Sobre estas normas como normas retroactivas y sobre el debate acerca de tales cuestiones cf. el profundo análisis y las referencias bibliográficas en Massimo Donini: op. cit., pp. 9-15.

EMANUELA FRONZA

luego del 8 de septiembre de 1943”.⁹⁰ Y agregó: “la eficacia de la ley en orden al tiempo es materia que entra en el poder discrecional del legislador y al juez no queda otra cosa que atenerse a la nueva ley, aunque tenga efecto retroactivo”.⁹¹ Según esta argumentación, el principio de legalidad establecido en el código se dirige al *juez* prohibiéndole penar con base en fuentes diversas de la ley, como la analogía o la costumbre. Nada prohíbe, sin embargo, al legislador disponer que la norma penal sea aplicada a hechos cometidos antes de su emanación.⁹²

En cuanto concierne a la primera de las dos argumentaciones citadas, desde un punto de vista estrictamente jurídico,⁹³ la casación ha afirmado que las novedades legislativas son que la ley militar se extiende a los civiles, que se define como enemigo al invasor alemán y que se refiere al período posterior al 8 de septiembre de 1943. De estos tres elementos innovadores solo el primero parece ser una aplicación retroactiva del artículo 5 y de las disposiciones a las que reenvía;⁹⁴ extensión que tiene como consecuencia no tanto la punibilidad de los comportamientos que, de todos modos, eran punibles, cuanto la modificación, en sentido desfavorable, de la disciplina de las causas de justificación, de las circunstancias atenuantes y del régimen sancionador mucho más severo.⁹⁵ Sin embargo, esto no quita que el principio de irretroactividad haya sido de todos modos violado, porque aunque tales hechos eran de todas maneras punibles, su tratamiento habría sido más favorable con base en la normativa vigente en el momento de la comisión del hecho. Actualmente, en efecto, a la luz de la Constitución de 1948, el principio de irretroactividad atañe no solo al precepto, sino también a la pena, y vincula —como es sabido— también al legislador. En aquel entonces, en cambio, como fue precisado en la sentencia de la casación, en el sistema preconstitucional el legislador podía establecer excepciones al principio de irretroactividad.⁹⁶

⁹⁰ Texto reproducido en Giuliano Vassalli: “La collaborazione...”, op. cit., p. 11.

⁹¹ Texto reproducido *ibidem*, pp. 11 y 29.

⁹² Para esta afirmación y para un análisis de esta posición según la cual la violación del principio de irretroactividad de la ley penal por el legislador no es una violación de un principio del derecho positivo, cf. Giuliano Vassalli: “La collaborazione...”, op. cit., pp. 12-14. El carácter retroactivo del decreto en examen fue sostenido en un manifiesto firmado por varios juristas. Así, Mimmo Franzinelli: op. cit., pp. 28-29.

⁹³ Para un análisis de un punto de vista histórico-político según el cual “hablar de retroactividad en sentido político respecto de la represión penal del colaboracionismo es [...] un sinsentido”, cf. Giuliano Vassalli: “La collaborazione...”, op. cit., pp. 14-16.

⁹⁴ Cf. *ibidem*, p. 17.

⁹⁵ Las conductas eran punibles de todos modos según las normas del favorecimiento; profundamente, Giuliano Vassalli: “La collaborazione...”, op. cit., pp. 22-29.

⁹⁶ Cf. la sentencia de la Corte Constitucional n.º 102/57 que declara al artículo 5 constitucionalmente legítimo y habla de “retroactividad aparente”. La Corte en esta decisión limita su análisis al precepto.

SOBRE LA NATURALEZA DEL GOBIERNO FASCISTA REPUBLICANO

Parece interesante, si bien muy brevemente, mencionar también los pronunciamientos que han respondido la cuestión de si a la República Social Italiana podía serle reconocida la cualidad de Estado en el sentido del derecho internacional.⁹⁷ La jurisprudencia ha afirmado que la República Social Italiana era un acto arbitrario y jamás un verdadero y propio Estado, tanto porque su constitución careció de consenso popular como porque fue combatida por el Estado legítimo a través de la guerra declarada a Alemania, de la cual ella era un instrumento.⁹⁸

EL MACROTIPO PENAL DE COLABORACIONISMO: LA REMISIÓN AL CÓDIGO PENAL MILITAR

Como ya ha sido evidenciado, el artículo 5 del decreto ley del lugarteniente n.º 159, del 27 julio de 1944, establecía: “Quien, posteriormente al 8 de septiembre de 1943, haya cometido o cometa delitos contra la lealtad y la defensa militar del Estado, a través de cualquier forma de inteligencia, correspondencia o colaboración con el invasor alemán, de ayuda o asistencia prestada a este, es penado según las disposiciones del Código Penal Militar de Guerra”. Se trataba de un reenvío integral. Esta disposición, en efecto, extendía a los civiles los delitos propios previstos antes solo para los militares; tal extensión era aplicable retroactivamente a los hechos cometidos después del 8 de septiembre.

También las penas establecidas para los militares por el Código Penal Militar de Guerra se aplicaban a los no militares. Se trataba de sanciones retroactivas mucho más graves y que preveían la pena de muerte, que estaba excluida por el Código Penal común aplicable a los no militares.⁹⁹

El correcto encuadre de los delitos de colaboración con el invasor alemán se deriva además del artículo 1 segundo, tercer y cuarto párrafos del decreto n.º 142, del 22 de abril de 1945 (cuyo título es “Institución de las Cortes Extraordinarias de Assise para los delitos de colaboración con los alemanes”)¹⁰⁰ en la parte donde enumera una

⁹⁷ Al respecto, cf. Giuliano Vassalli: “La collaborazione...”, op. cit., pp. 42-43.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 42-54. Sobre los efectos penales del reconocimiento —o no— de la calidad de “legítimo beligerante” de los miembros de las fuerzas armadas fascistas, cf. *ibidem*, pp. 55-64. Los partisanos, en cambio, han sido considerados como pertenecientes a las fuerzas armadas del Estado italiano. Cf., profundamente, *ibidem*, pp. 64-67.

⁹⁹ Así, Massimo Donini: op. cit., p. 11.

¹⁰⁰ El estrecho vínculo entre los dos instrumentos es recordado en las premisas del decreto del 22 de abril de 1945, sobre cuya base las CEA eran competentes para juzgar los delitos previstos por los artículos 3 y 5 del decreto 159.

EMANUELA FRONZA

serie de funciones y de actividades que constituyen *per se* actos de colaboración, ayuda o asistencia al invasor alemán, previendo también en este caso una remisión al Código Penal Militar de Guerra. A este se reenvía no solo para los elementos constitutivos de los delitos de colaboracionismo, sino también para las penas aplicables.

3.3.2. *Los crímenes cometidos por los alemanes*

La hipótesis de un único gran proceso a los criminales alemanes no encontró acogida, también por razones de carácter histórico-político.¹⁰¹ Entre estas, debe señalarse la necesidad de cubrir la responsabilidad de los italianos que habría podido emerger de procedimientos contra los nazis.

Desde 1947 los ingleses habían renunciado a procesar a los militares alemanes en Italia,¹⁰² dejando esta tarea a la justicia militar italiana, y ya desde 1945 todas las investigaciones desarrolladas por los aliados y por los italianos fueron reunidas en la Procuración General del Tribunal Supremo Militar.¹⁰³ Esta última habría debido enviar los expedientes a los diversos tribunales militares territorialmente competentes, pero pocos fueron enviados. Solamente fueron celebrados 12 procesos contra comandantes alemanes que habían operado en Italia.¹⁰⁴

Muchos expedientes, como fue expuesto en la introducción, permanecieron en la Procuración y en 1960 fueron objeto de una disposición de archivo provisorio.¹⁰⁵ Es

¹⁰¹ De aquí la expresión “el ausente Núremberg italiano” que también es título de un libro: Michele Battini: *Peccati di memoria. La mancata Norimberga italiana e la democrazia dell'oblio*, Bari: Laterza, 2003.

¹⁰² Sobre los procesos celebrados en Italia ante las cortes militares británicas y en particular sobre el proceso de Roma contra Mältzer y von Mackensen y sobre el proceso de Venecia contra Kesselring, cf. Filippo Focardi: “La questione dei processi ai criminali di guerra tedeschi in Italia: fra punizione frenata, insabbiamento di Stato, giustizia tardiva (1943-2005)”, en *Storicamente*, <http://www.storicamente.org/focardi_shoa.htm>.

¹⁰³ Hasta 1947, las investigaciones sobre los crímenes cometidos por los alemanes en Italia y Austria fueron llevadas a cabo por la agencia nacional de la UNWCC; cf. Luca Baldissarra: “Giudizio e castigo”, en Luca Baldissarra y Paolo Pezzino (comp.): *Giudicare e Punire. I processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, Nápoles: L’Ancora del Mediterraneo, 2005, pp. 50 ss. Después de 1947 las investigaciones sobre tales crímenes fueron desarrolladas por el War Crimes Group para Europa del Sud.

¹⁰⁴ Sobre tales procesos seguidos en los Estados Unidos, Inglaterra e Italia (por tribunales especiales ingleses) cf. Luca Baldissarra: op. cit., p. 51 ss.; en el mismo volumen cf. Michele Battini: *Sul processo Kesselring e dintorni*, pp. 177 ss. En cuanto concierne a los procesos conducidos en los primeros años luego de finalizada la guerra por los tribunales militares italianos cf. Filippo Focardi: “La questione dei processi ai criminali di guerra tedeschi in Italia: fra punizione frenata, insabbiamento di Stato, giustizia tardiva (1943-2005)”, en *Annali dell’Istituto Ugo la Malfa*, marzo de 2006, pp. 179-212.

¹⁰⁵ Sobre el archivo provisorio y sobre la influencia del contexto político internacional de la guerra fría en esa decisión cf. Mimmo Franzinelli: *Le stragi nascoste. L’armadio della vergogna: impunità e rimozioni dei crimenes di guerra nazifascisti 1943-2001*, Milán: Mondadori, 2002; Paolo Pezzino: op. cit., pp. 9 ss.; Franco Giustolisi: op. cit.; Filippo Focardi: op. cit., p. 545; Giuliano Vassalli: *La formula...*, op. cit., p. 228; sobre el archivo provisorio como “medida absolutamente ilegal” cf. Bartolomeo Costantini: *Mischa l’aguzzino del Lager di*

preciso señalar que los expedientes concernían no solo a crímenes de guerra realizados por las tropas de ocupación alemanas en Italia, sino también a crímenes cometidos por unidades de la República Social Italiana.¹⁰⁶

Respecto a los crímenes cometidos por los alemanes son competentes las fiscalías militares. El derecho aplicable es el derecho penal militar.¹⁰⁷ En Italia, como ya se ha dicho, existen dos códigos penales militares, ambos de 1941 (Código Penal Militar de Guerra y Código Penal Militar de Paz). La relación con el derecho penal común está gobernada por el principio de especialidad.¹⁰⁸ El derecho penal militar presenta, en efecto, reglas particulares, que responden a precisas características del ordenamiento militar. Sin embargo, a pesar de la marcada especialidad de los contenidos del derecho penal militar y su autonomía en el terreno de la codificación, se debe tener presente que se trata siempre de un derecho penal del Estado y, como tal, debe adecuarse y responder a los principios fundamentales de derivación constitucional que informan el ordenamiento (penal) italiano. El mismo artículo 53 de la Constitución italiana establece que “el ordenamiento de las fuerzas armadas se informa según el espíritu democrático de la

Bolzano, inedito, p. 3; habla de medida “ilegal” también Giuliano Vassalli: “No existe en nuestro ordenamiento el archivo provisorio en sentido formal. El archivo es archivo sin otros adjetivos. Debería hablarse, en todo caso, de suspensión de la actividad instructoria por la adquisición de nuevos elementos”; y agrega, además, que la Procuración general no era competente para tomar esta medida. Ella debía seleccionar el material en bloque y enviarlo a las fiscalías militares competentes; así, Giuliano Vassalli, audiencia del 6 de diciembre de 2005 ante la Comisión de investigación parlamentaria sobre las causas de la ocultación de los expedientes sobre los crímenes nazifascistas (*Commissione parlamentare di inchiesta sulle cause dell'occultamento di fascicoli relativi a crimenes nazifascisti*), pp. 4-5. La Comisión de investigación parlamentaria tenía por función, de acuerdo con la ley n.º 107 del 15 de mayo de 2003, indagar sobre: a) las causas del archivo “provisorio”, el contenido de los expedientes y las razones de encontrarse en el palacio Cesi, en lugar de en el archivo de las actuaciones de los tribunales de guerra suprimidos y del Tribunal especial para la defensa del Estado; b) las causas que habrían llevado a la ocultación de los expedientes y las eventuales responsabilidades; c) las causas de la falta de identificación o de la falta de persecución de los responsables de actos y de comportamientos contrarios al derecho nacional e internacional. La Comisión terminó su trabajo en el 2006. El informe final y el informe de la minoría se encuentran en: http://legxiv.camera.it/_bicamerale/nochiosco.asp?pagina=/_bicamerale/leg14/crimini/home.htm. En el informe de la minoría se define el archivo provisorio como un “intento [...] de formalizar la decisión de no dar curso a aquellos procesos”; cf. *Commissione parlamentare di inchiesta sulle cause dell'occultamento di fascicoli relativi a crimenes nazifascisti*, Relazione di minoranza, 24 de enero de 2006, p. 264.

¹⁰⁶ Ningún procedimiento fue iniciado, sin embargo, contra italianos. Cf. para mayores referencias, Toni Rovatti: op. cit., pp. 8-9. Italia tuvo una posición ambivalente durante la segunda guerra mundial; salió del conflicto con un doble estatus: país fascista responsable de los crímenes cometidos durante la guerra de agresión y nación cobeligerante junto con los aliados a través de la guerra partisana y la resistencia popular; así Rovatti: op. cit., p. 22, y Filippo Focardi: op. cit.

¹⁰⁷ Sobre el derecho penal militar y sobre las importantes reformas de este último, en particular aquella introducida con la ley n.º 6 del 31 de enero de 2002, cf., por todos, David Brunelli y Giuseppe Mazzi: *Diritto penale militare*, Milán: Giuffrè, 2007.

¹⁰⁸ Sobre el modelo de especialidad del derecho penal militar italiano y sobre sus desarrollos recientes, cf. Giovanni Fiandaca: “Quale specialità per il diritto penale militare?”, en *Défense Sociale*, <http://www.defense-sociale.org/xvcongreso/ponencias/Fiandaca.pdf>.

EMANUELA FRONZA

República”. El ordenamiento penal militar, por lo tanto, como parte complementaria del ordenamiento común, debe necesariamente conciliar el principio de autoridad con el respeto de los derechos constitucionales.

3.3.2.1. El descubrimiento de los expedientes en el palacio Cesi y la reapertura de los procesos

Los procesos contra los alemanes, como ha sido dicho, fueron poquísimos a causa del archivo provisorio de 1960. Solo en 1994, durante el trámite del proceso contra el ex SS Erich Priebke, fueron descubiertos por el procurador militar Antonino Intelisano 695 expedientes que antes habían sido archivados, concernientes a crímenes de guerra cometidos en el territorio italiano. El llamado *armario de la vergüenza* contenía el memorándum *Atrocities in Italy* (‘Atrocidades en Italia’) del servicio secreto británico, que había recogido las denuncias de las víctimas y que fue entregado a los jueces italianos; estos, por su parte, solo hicieron conocidas las denuncias en las que no había un autor individualizado. Emergieron, así, los exicidios de Santa Anna di Stazzema, de las Fosas Adreatinas, de Spalato y Cefalonia, las masacres de Marzabotto,¹⁰⁹ de Korica, de Lero, del Duomo di San Miniato y finalmente los crímenes de M. Seifert en el *Lager* de Bolzano. A partir de ese momento, algunos procesos penales, aunque pocos, fueron reabiertos. Entre noviembre de 1994 y mayo de 1996 fueron transmitidos a las fiscalías militares competentes los 695 expedientes; en 280 no había un imputado individualizado; en los 415 restantes sí lo había y en su mayor parte eran militares alemanes, aunque también fascistas italianos partidarios de la RSI.¹¹⁰

En la mayoría de los casos las fiscalías han declarado que no podía procederse en virtud de la prescripción de la acción o porque los imputados habían fallecido.

En algunos casos, sin embargo, se han podido reabrir los procedimientos contra presuntos criminales de guerra todavía en vida; sin embargo, dado que la Ley

¹⁰⁹ Antes de la reapertura del proceso, el único condenado a prisión perpetua por aquella matanza —ocurrida entre el 29 de agosto y el 5 de septiembre de 1944— por el tribunal militar de Bolonia había sido Walter Reder, comandante del 16.º batallón de la 16.ª División de voluntarios de las SS *Panzergranadier-Reichsführer*. Reder fue luego indultado gracias a la intervención del gobierno austríaco. Sobre los procesos por crímenes de guerra en Italia, cf. *Ministero della Difesa*, <<http://www.difesa.it/GiustiziaMilitare/RassegnaGM/Processi/>>.

¹¹⁰ Giuliano Vassalli sostiene que luego del descubrimiento de los expedientes se ha registrado una segunda falta de actividad, pues muchos de ellos permanecieron en la Procuración General Militar. Giuliano Vassalli, audiencia del 6 de diciembre de 2005, cit., p. 8.

Fundamental alemana impide la extradición de ciudadanos alemanes, los procesos en Italia solo han podido desarrollarse en contumacia.¹¹¹

En fin, el fortuito descubrimiento del *armario de la vergüenza* ha permitido, a cincuenta años del fin de la guerra, la reapertura de algunos procesos archivados por la razón de Estado y de este modo se ha posibilitado restablecer la justicia negada.¹¹²

3.3.2.2. La Comisión de investigación parlamentaria como solución no penal

Paralelamente a los procesos penales actualmente en curso, se ha buscado echar luz sobre las responsabilidades políticas por el archivo de dichos procesos en 1960. Luego de una investigación interna del Consejo de la Magistratura, que trató de cubrir y no difundir lo sucedido, se instituyó una comisión de investigación parlamentaria para indagar sobre las causas de la ocultación de los crímenes nazifascistas.

La comisión fue instituida con la ley del 15 de mayo del 2003 y estaba compuesta por 15 senadores y 15 diputados. Su misión era, como ya se ha anticipado, investigar sobre las causas anómalas de la ocultación de los expedientes concernientes a crímenes de guerra cometidos por las fuerzas de ocupación alemanas en Italia y en parte también por las unidades de la RSI en contra de la población civil. La comisión concluyó sus trabajos en el 2006 con la emisión de dos informes, uno de la mayoría (dirigido por el senador Raisi, del partido Alleanza Nazionale) y otro de la minoría (dirigido por el senador Carli). En particular en este último se sostiene la responsabilidad política del Estado italiano en la ocultación de dichos expedientes.¹¹³ Los trabajos de la comisión constituyen una fuente importante de documentación para la reconstrucción de los crímenes nazifascistas.

¹¹¹ Así Filippo Focardi: "La questione dei processi ai criminali di guerra tedeschi in Italia: fra punizione frenata, insabbiamento di Stato, giustizia tardiva (1943-2005)", op. cit.; publicado además en Norbert Frei (dir.): *Transnationale Vergangenheitspolitik. Der Umgang mit deutschen Kriegsverbrechern in Europa nach dem Zweiten Weltkrieg*, Göttinga: Wallstein, 2006.

¹¹² Así Filippo Focardi: op. cit. El historiador citado sostiene que volver a poner en funcionamiento una justicia negada por tantos años debe considerarse, sin dudas, una acción meritoria. Pero indica que rememorar la Resistencia y el antifascismo únicamente a través del recuerdo de las matanzas y de las reacciones emotivas que de allí emergen, aunque pueda ser una acción eficaz, presenta ciertas limitaciones. Sería deseable que en la conciencia histórica del país encontrase un lugar no solo la memoria de los crímenes nazifascistas sufridos por italianos, sino también los crímenes de guerra cometidos por militares y civiles italianos contra poblaciones extranjeras (etíopes, libios, griegos, albaneses, yugoslavos, rusos).

¹¹³ Cf. http://legxiv.camera.it/_bicamerale/nochiosco.asp?pagina=/_bicamerale/leg14/crimini/home.htm. Véase en particular el Informe de la minoría, pp. 424 ss.

4. Impacto de los mecanismos utilizados

No se conocen estudios empíricos al respecto.

5. Conclusión: la transición incumplida

No es simple una valoración de la compleja etapa de la transición del fascismo a la democracia en Italia. Queremos, sin embargo, efectuar algunas consideraciones conclusivas.

Por un lado, deben señalarse dos medidas políticas principales, que podemos definir como inhibitorias y que de hecho frenaron y hasta neutralizaron la represión de los crímenes nazifascistas, a saber: primero, la amnistía de 1946; segundo, el “archivo provisional” ocurrido en 1960. Si bien la primera medida ha sido objeto de análisis tanto por los historiadores como por los juristas,¹¹⁴ la segunda solo recientemente ha merecido un examen más profundo a causa del descubrimiento de los documentos ocultos en el palacio Cesi, sede de la Procuración Militar de Roma. Las dos medidas inhibitorias mencionadas (amnistía y archivo provisional) han desempeñado un papel fundamental en la contención de la acción judicial por los crímenes cometidos en Italia, persecución que, apenas finalizada la segunda guerra mundial, había conocido, al menos en el Norte, una fase bastante vigorosa. Sin embargo, la actividad judicial fue sucesivamente limitada. Para ello pesaron, por un lado, las razones políticas conexas a la exigencia de pacificación nacional de posguerra que desembocaron en la amnistía de 1946 y, por otro, la razón de Estado que subyace a la insólita medida del “archivo provisional” de la Procuración Militar de Roma.¹¹⁵

¹¹⁴ Para un análisis jurídico véase Gabriele Sabatini: “L’amnistia politica”, op. cit., pp. 416 ss.

¹¹⁵ La expresión *razón de Estado*, junto con otros factores tales como las nuevas relaciones económicas entre Italia y Alemania al finalizar la guerra, los vínculos de los magistrados que dispusieron el archivo provisorio con el régimen fascista y las nuevas condiciones políticas impuestas por la guerra fría son mencionados como causas de la neutralización de la acción de justicia respecto de los crímenes internacionales cometidos por

Otro aspecto que ha acompañado y forjado el caso italiano ha sido la configuración del conflicto a partir especialmente del 8 de septiembre de 1943. Los italianos eran victimarios y víctimas, colaboracionistas y partisanos. A esto deben sumarse los crímenes cometidos por los italianos en el extranjero y aquellos cometidos por los partisanos en venganza de los crímenes nazifascistas (ejecuciones sumarias).

En fin, es preciso poner de relieve un elemento que marca la experiencia italiana: el olvido y el silencio en torno a los crímenes nazifascistas. Tras el fin de la guerra no se realizó en Italia un juicio como el de Núremberg (se habla, al respecto, “del ausente Núremberg italiano”, aunque tal vez sea más correcto hablar de *justicia negada*), y tampoco se aceptó la extradición de numerosos individuos que habían cometido crímenes en el extranjero; además, fue muy difícil no solo el juicio de los criminales,¹¹⁶ sino también llevar a cabo una purga de los fascistas de las instituciones públicas. Se buscó restar importancia al rol de los fascistas, limitando la persecución de los crímenes cometidos por estos, y se trató de dibujar a los fascistas en la memoria del país como meros asistentes de los alemanes.

En 1945 era claro que el objetivo primario era reconstruir el país, reconducirlo a la normalidad, y para este fin el único camino transitable era limitar la persecución de los crímenes: olvido y silencio. Y el silencio en torno a los crímenes nazifascistas persiste todavía hoy: casi no se habla del trabajo hecho por la Comisión parlamentaria que ha investigado sobre las causas del encubrimiento de los expedientes sobre crímenes cometidos, no exclusivamente, aunque sí mayoritariamente, por alemanes, como tampoco se habla de los juicios ventilados ante los tribunales militares a sesenta años de distancia de la fecha de la comisión de los hechos.

Así, los propios italianos han sepultado la transición del fascismo; de aquí que la transición italiana sea tan poco conocida en el extranjero.

Como es sabido, la justicia de transición es un momento político y constituyente, antes que un momento jurídico,¹¹⁷ en donde se decide qué nueva sociedad ha de construirse. La justicia de transición permite, en efecto, articular la relación entre memoria

militares alemanes en Italia. Así el Informe de la minoría dirigida por el senador Carlo Carli de la Commissione Parlamentare di Inchiesta sulle Cause dell'Occultamento di Fascicoli Relativi a Crimini Nazifascisti (instituida con ley de 15 de mayo de 2003 n.º 107). Véanse en particular las conclusiones en las pp. 422 ss. El texto se encuentra en: http://legxiv.camera.it/_bicamerale/nychiosco.asp?pagina=/_bicamerale/leg14/crimini/home.htm.

¹¹⁶ Así, no se logró a caracterizar al fascismo como Estado criminal, sino solo a afirmar la naturaleza criminal de algunos comportamientos individuales.

¹¹⁷ Cf., también para ulteriores referencias, Andrea Lollini: *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, Bolonia: Il Mulino, 2005.

EMANUELA FRONZA

y espacio público en los años venideros. De las experiencias de justicia de transición que han sido realizadas hasta ahora emerge claramente que la investigación de la verdad de los hechos no es un obstáculo para la reconciliación, sino, antes bien, un presupuesto de esta. No puede haber reconciliación si no hay claridad y reconocimiento de las injusticias cometidas.¹¹⁸ El instrumento penal, por lo tanto, aunque importante en los procesos de transición, es un canal rígido y estrecho, tanto para construir un espacio de memoria como para la determinación de las responsabilidades individuales. Frente a un fenómeno sistémico de criminalidad colectiva, como es el caso aquí analizado, el mecanismo penal muestra sus limitaciones.

La experiencia italiana muestra por un lado y *dramáticamente* que la ausencia de una clara atribución de responsabilidades es una de las causas de que no se haya podido establecer una memoria compartida.¹¹⁹ Por otro lado, es evidente que Italia ha optado por la *remoción* del propio pasado fascista, en nombre de la necesidad de *reconciliación* nacional y de la *reconstrucción* del país. Este era el objetivo que, sin embargo, no fue alcanzado: el país permaneció dividido, no se logró un espacio de memoria colectiva y compartida y, como ya ha sido puesto de manifiesto, pese al cambio de régimen y el paso a la democracia, no hubo una profunda ruptura con el régimen fascista,

De aquí, el silencio, ayer y hoy. Podríamos resumirlo con esta fórmula: antaño y hogaño, política del silencio, del olvido y de profundo compromiso con las exigencias políticas que surgieron, primero, de la guerra civil y, más recientemente, respecto del *armario de la vergüenza*, con la exigencia de silencio de estos nuevos juicios, porque hablar significaría hablar de la responsabilidad de los italianos.

¹¹⁸ Así Gerhard Werle: "La elaboración jurídica del pasado, ¿castigo o amnistía?, ¿comisión de reconciliación o comisión de la verdad?", intervención en el Congreso de Sevilla sobre *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*, Sevilla 7-9 de febrero de 2008.

¹¹⁹ Habla de "memoria inorgánica y opaca sobre los crímenes fascistas realizados en la patria" Toni Rovatti: "Punizione dei crimini di guerra e ostruzione della memoria: la legislazione speciale italiana 1945-47", p. 1, en curso de publicación en *Storia Contemporanea*.