

# ATENTADO CONTRA LA CONSTITUCIÓN: «DEFENSA JURÍDICO PENAL DE LA CARTA EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL»

*Ramiro Prieto Aguiar*<sup>1</sup>

## **Resumen**

El presente trabajo propone un diálogo entre la literatura jurídico-constitucional que analiza la figura del atentado a la Constitución prevista en el art. 330 de la Carta, con la literatura política que aborda los períodos de transición desde los gobiernos autoritarios a la democracia y estudia la aplicación de medidas de justicia transicional.

El mismo, persigue por objetivo incorporar al análisis jurídico-constitucional algunos elementos teóricos provenientes de la ciencia política que permitan comprender más adecuadamente el contexto político en el que podría llegar a aplicarse dicho artículo, así como identificar sus implicancias en términos de justicia transicional.

**Palabras clave:** Artículo 330 Constitución de la República, atentado contra la Constitución, transiciones, justicia transicional.

## **1. Introducción**

El art. 330 Constitución de la República establece: «El que atentare o prestare medios para atentar contra la presente Constitución después de sancionada y publicada, será reputado, juzgado y castigado como reo de lesa Nación».

Dicho artículo (y el delito que allí se consagra) es abordado por la literatura jurídico-constitucional como un instrumento de defensa jurídica de la Carta (tendiente a asegurar el mantenimiento y la efectividad de la

---

1 Ayudante (Grado 1), contratado, Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UDELAR. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por Facultad de Derecho, UDELAR (Uruguay). Máster en Derecho Administrativo Económico por UM (Uruguay). Maestrando en Ciencia Política por FCS-UDELAR (Uruguay), Aspirante a Profesor Adscripto del Instituto de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho, UDELAR. Correo electrónico: ramiroprietoa@gmail.com.

misma), haciéndose notar que su efectiva aplicación, necesariamente, resulta impactada por aspectos sociológicos y políticos, propios de los contextos político-sociales en que se encuentran los países que lo han consagrado.

Por otra parte, desde la literatura política se han abordado los períodos de transición desde los gobiernos autoritarios hacia la democracia, analizando, asimismo, las consecuencias que acarrea la aplicación de medidas represivas respecto de los actores del régimen autoritario saliente por los actores de la transición que conducen el camino hacia la consolidación del régimen democrático, en tanto estos no solamente deben satisfacer intereses vitales de la comunidad, sino que además deben colmar ideales fundamentales propios de un sistema democrático como es la justicia.

Dicho período podrá condicionar la aplicación práctica de los enjuiciamientos por el delito de atentado a la Constitución previsto en el art. 330 de la Carta, repercutiendo en la efectiva aplicación de medidas de justicia transicional.

En este marco, el presente trabajo propone un diálogo entre la literatura jurídico-constitucional que analiza la figura del atentado a la Constitución prevista en el art. 330 de la Carta, con la literatura política que analiza los períodos de transición desde los gobiernos autoritarios a la democracia y la aplicación de medidas de justicia transicional.

El mismo, persigue por objetivo incorporar al análisis jurídico-constitucional algunos elementos teóricos provenientes de la ciencia política que permitan comprender más adecuadamente el contexto político en el que podría llegar a aplicarse dicho artículo y sus implicancias en términos de justicia transicional<sup>2</sup>.

A los efectos de abordar dicha cuestión, en primer término, se presentan los caracteres jurídicos del atentado a la Constitución previsto en el art. 330 de la Carta a partir de un recorrido por la doctrina jurídico-constitucional uruguaya. Posteriormente, se analizan desde la literatura política aquellos procesos de transición desde los gobiernos autoritarios a la democracia, en tanto, a la postre, condicionan la aplicación de medidas de justicia transicional como es el caso de los enjuiciamientos en aplicación del art. 330 de la Constitución. Seguidamente, se conceptualiza dicha

---

2 Si bien, como explica Risso Ferrand (2006), la figura de atentado a la Constitución prevista en el art. 330 de la Constitución de la República no es exclusivamente aplicable a casos en donde se produzca un golpe de estado efectivo (que alcance el quiebre del orden institucional e instituya un gobierno por fuera de la Constitución vigente), el antecedente jurisprudencial de aplicación de dicho delito en el caso uruguayo vuelto el orden institucional (sentencia de fecha 9 de febrero de 2010 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7º Turno) se produjo a partir de un escenario con dichas características.

noción de justicia transicional y se presentan sus elementos centrales a partir de las consideraciones de la literatura especializada. Finalmente, se plantean algunas conclusiones.

## 2. Caracteres jurídicos del atentado contra la Constitución

Korzeniak (2008) sostiene que, desde el punto de vista jurídico, una parte de la doctrina ha entendido que las normas constitucionales que promueven el castigo a aquellos atentados contra la misma (golpes de estado, revoluciones u otros acontecimientos de facto) no han tenido un carácter mayormente disuasivo.

Esta posición (representada básicamente por Jiménez de Aréchaga Mac Coll) entiende que, a pesar de las previsiones normativas y la fuerte regulación de delitos penales, aquellos que se propongan atentar contra la Constitución lo harán persiguiendo el objetivo de quedarse en el poder y, una vez alcanzado, no existirán tribunales que se les opongan o los juzguen. En efecto, entienden que estas normas parecerían tener un efecto del tipo declarativo de solemnidad, más que de verdadera eficacia.

Contrariamente a dicha posición, el propio Korzeniak (2008) entiende que es saludable que existan normas de esta naturaleza, no por su carácter efectivamente disuasivo, sino por la importancia que estas toman una vez vuelta la normalidad institucional<sup>3</sup>.

Por su parte, Risso Ferrand (2006) cita a Justino Jiménez de Aréchaga Mac Coll quien señala que una de las características básicas del sistema democrático representativo es la responsabilidad (política, civil, disciplinaria y penal) de los gobernantes por sus actos, hechos u omisiones.

En este marco, menciona que la protección penal de la Constitución a veces se topa con regulaciones específicas (también previstas en la Carta) que la obstaculizan (por ejemplo: el desafuero de los legisladores previsto

3 En la misma línea ya se había expresado anteriormente Bauzá (Risso Ferrand, 2006).

en el art. 114<sup>4</sup>, el juicio político previsto en el art. 93<sup>5</sup>, la irresponsabilidad de los legisladores del art. 112<sup>6</sup>).

Por otra parte, refiere a que la actual redacción del art. 330 de la Constitución proviene del texto de la Constitución de 1830, la cual contenía el agregado del término «jurada», que respondía a que en dicho momento la Constitución de la República se juraba tal cual provenía del régimen monárquico español.

Risso Ferrand (2006) analiza la estructura del delito previsto (a partir de lo referido por Jiménez de Aréchaga Mac Coll) entendiendo que el sujeto activo del mismo podrá ser cualquier persona (con capacidad para delinquir) que atente contra la Constitución («el que») y no solamente quienes revistan la condición de gobernantes.

En segundo lugar, señala que el sujeto pasivo del delito es la comunidad jurídicamente organizada (la Nación), en tanto el ofensor es un reo de «lesa Nación».

Al respecto, refiere a que Cassinelli Muñoz menciona que la referencia al término «reo de lesa Nación» refiere a que el constituyente concibe que atentar contra la Constitución sería atentar contra la Nación porque es esta quien posee la capacidad de autoría de la misma.

Respecto del elemento material, Risso Ferrand (2006) refiere a que este consiste en atentar contra la Constitución o en prestar los medios para atentar contra ella, por lo que no estaríamos ante una contravención menor, sino que debería presentarse un atentado contra la misma o, dicho de otro modo, una acción dirigida a subvertirla, a aniquilar su eficacia, a

---

4 El art. 114 de la Constitución de la República 1967 establece: «Ningún Senador o Representante, desde el día de su elección hasta el de su cese, podrá ser acusado criminalmente, ni aún por delitos comunes que no sean de los detallados en el artículo 93, sino ante su respectiva Cámara, la cual, por dos tercios de votos del total de sus componentes, resolverá si hay lugar a la formación de causa, y, en caso afirmativo, lo declarará suspendido en sus funciones y quedará a disposición del Tribunal competente».

5 El art. 93 de la Constitución de la República 1967 establece: «Compete a la Cámara de Representantes el derecho exclusivo de acusar ante la Cámara de Senadores a los miembros de ambas Cámaras, al Presidente y el Vicepresidente de la República, a los Ministros de Estado, a los miembros de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal de Cuentas y de la Corte Electoral, por violación de la Constitución u otros delitos graves, después de haber conocido sobre ellos a petición de parte o de algunos de sus miembros y declarado haber lugar a la formación de causa».

6 El art. 112 de la Constitución de la República 1967 establece: «Los Senadores y los Representantes jamás serán responsables por los votos y opiniones que emitan durante el desempeño de sus funciones».

demoler el sistema de normas fundamentales o a hacer imposible su general aplicación.

En este sentido, entiende que también es considerado delito prestar los medios para dicho objeto (materiales o no) siempre y cuando estos fueren idóneos para dicho fin.

El propio Risso Ferrand (2006) precisa que la realización de una crítica a la Constitución no sería un atentado contra ella, en tanto en la base de un sistema democrático la regla debe ser la libertad de expresión, por lo cual una opinión desfavorable sobre el régimen constitucional no implicaría la comisión de un delito.

Sin perjuicio de ello, considerando lo sostenido por Jiménez de Aréchaga Mac Coll respecto a que la oposición pacífica no sería punible, pero sí lo sería aquella que utilice medios violentos (excitación o concertación para la violencia)<sup>7</sup>, el propio Risso Ferrand (2006) entiende que el atentado a la Constitución podría también configurarse aún sin la utilización de medios violentos, cuando se pretenda lograr la desaplicación de las disposiciones constitucionales o la vulneración de sus puntos clave (por ejemplo, el funcionamiento del Poder Legislativo), por caminos no previstos en la propia Constitución aun cuando las mismas sean pacíficas y no conlleven violencia.

Al analizar el elemento subjetivo (*animus*), resalta que para incriminar al autor por la acción se requiere conciencia y voluntad en su cumplimiento y, además del dolo genérico, se requiere el dolo específico de intentar provocar una crisis en el orden institucional.

Respecto de la configuración del delito, menciona que este se consuma con el atentado, es decir, con la ejecución de acciones tendientes a ese fin (subvertir el sistema constitucional), cualquiera sea la eficacia de los mismos, sin necesidad de que las mismas hayan efectivamente destruido la Constitución. También se configurará el delito cuando exista prestación de medios que sirvan para perpetrar el atentado a la Constitución.

El problema del artículo 330 de la Carta que identifica Risso Ferrand (2006) y que, a la postre, dificultaría su aplicación práctica es que este no prevé la existencia de una pena aplicable al delito cometido.

En este marco, menciona que, acorde al principio *nulla poena sine lege* y *nullis crimen sine poena* ya referidos por Jiménez de Aréchaga Mac

<sup>7</sup> En esta línea argumentativa también se ha expresado Cassinelli Muñoz (2009) (quien cita como ejemplo el art. 80 núm. 6 de la Constitución, cuando dispone que la propaganda con utilización de medios violentos atentando contra las bases fundamentales de la nacionalidad dará lugar a la suspensión de la ciudadanía legal).

Coll en aplicación del actual art. 72 de la Constitución<sup>8</sup>, parecería que esta disposición fuera inaplicable.

Sin perjuicio de ello, en consonancia con dicho autor, interpreta que la Constitución en el caso mandata al legislador a establecer la pena, por lo cual esta disposición se tornaría aplicable, acorde al castigo que tipifique específicamente el Código Penal y aquellas leyes especiales que refieren específicamente a atentar contra la Constitución o prestar medios para dicho fin.

En este sentido, una de las disposiciones que se torna aplicable al caso es el art. 132 num. 6º del Código Penal<sup>9</sup>.

Por otra parte, Risso Ferrand (2006) aborda la dificultad de armonización del art. 330 de la Constitución con los arts. 93 y 239 N.º 1<sup>10</sup> de la propia Carta.

En este sentido, plantea la necesidad de diferenciar dos conceptos: la infracción de la Constitución y la violación de la misma.

En tanto el art. 93 de la Carta prevé el juicio político ante la hipótesis de violación a la Constitución u otros delitos graves, el propio autor se plantea el alcance del concepto de violación a la Constitución.

Para responder dicha interrogante, menciona que para aplicarse el juicio político, la violación a la Constitución debe constituir delito y este debe ser de carácter grave, no pudiendo imputarse el instituto a una infracción menor. Siguiendo a Cassinelli Muñoz (2009), refiere a que dicha

---

8 El art. 72 de la Constitución de 1967 establece: «La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno».

9 El art. 132 Num. 6º del Código Penal Uruguay (Ley N.º 9.155 de 4 de diciembre de 1933). Libro II. Título I «De los delitos contra la soberanía del Estado, contra los Estados Extranjeros, sus jefes o representantes», Capítulo I «Delitos contra la patria» establece: «Será castigado con diez a treinta años de penitenciaría, y de dos a diez años de inhabilitación absoluta:(...) 6. (Atentado contra la Constitución). El ciudadano que, por actos directos, pretendiere cambiar la Constitución o la forma de Gobierno por medios no admitidos por el Derecho Público interno».

10 El art. 239 ordinal 1 de la Constitución de la República establece: «A la Suprema Corte de Justicia corresponde: 1º) Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra Derecho de Gentes y causas de Almirantazgo; en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados; conocer en las causas de los diplomáticos acreditados en la República, en los casos previstos por el Derecho Internacional.

Para los asuntos enunciados y para todo otro en que se atribuye a la Suprema Corte jurisdicción originaria será la ley la que disponga sobre las instancias que haya de haber en los juicios, que de cualquier modo serán públicos y tendrán su sentencia definitiva motivada con referencias expresas a la ley que se aplique.

situación no sería aplicable al caso de que un Ministro de Estado se negase a recibir una vacuna obligatoria, contraviniendo el art. 44 de la Constitución<sup>11</sup>. En este sentido, dicha contravención no dará lugar a la hipótesis de juicio político, pero sí acarreará para el funcionario su responsabilidad civil, política o administrativa.

En efecto, armonizando el art. 330 de la Constitución con el art. 93 de la misma, Risso Ferrand (2006) arriba a la conclusión de que un atentado contra la Constitución o la acción de prestar medios para ello es un delito grave (que ingresa dentro del ámbito de aplicación del art. 93), pero debe considerarse que no toda violación a la Constitución equivale a la aplicación automática del delito previsto en el art. 330 de la misma.

Despejado ese punto, identifica que la verdadera dificultad de armonización de art. 330 de la Constitución se produce con el art. 239 ordinal 1.º de la misma que establece que a la Suprema Corte de Justicia le compete con competencia exclusiva de juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna.

Respecto de dicho artículo, refiere a que Barbagelata menciona que de su tenor gramatical parecería desprenderse que la Suprema Corte de Justicia tiene competencia en los delitos del llamado fuero común, pues estos significan infracciones a la Constitución por cuanto indirectamente lesionan o atacan disposiciones constitucionales. En definitiva, quien comete delito de hurto, está violando la Constitución y cometiendo una infracción a la misma.

Seguidamente, menciona que Cassinelli Muñoz, en el marco de dicha armonización, sostiene que el art. 330 de la Constitución consagra el delito de lesa Nación, y que este implicaría lesionar a la Constitución, no en sus disposiciones específicas, sino en su totalidad, lo que implica considerar a la Carta como bien jurídico globalmente tutelado, lo que colocaría dicho delito dentro de la competencia de juzgamiento que tiene la Suprema Corte de Justicia en aplicación del art. 239 ordinal 1.º de la Constitución.

Para dicha posición, el centro de la polémica está en determinar cuánto la infracción de la norma constitucional reúne la entidad para ser calificada como atentado a la Constitución acorde al art. 330, lo que para Risso Ferrand (2006) implica una cuestión de apreciación jurídica, con trasfondo

11 El art. 44 de la Constitución de la República de 1967 establece: «El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes».

político, cuya valoración ha sido asignada a la Suprema Corte de Justicia (art. 239 ordinal 1.º) y a la Cámara de Senadores (art. 93).

En este marco, Cassinelli Muñoz concluye que si hubiere una denuncia al amparo del art. 330 de la Constitución, la Suprema Corte de Justicia evaluaría la misma (acorde a la competencia asignada por el art. 239 ordinal 1.º), y si entiende que existe infracción a una disposición constitucional pero, a su juicio, no es susceptible de ser calificada como delito de lesa nación, declinará competencia y, en tanto la misma seguirá constituyendo delito, la denuncia deberá remitirse al juez penal ordinario quien, a la postre, juzgará la misma sin que el infractor sea calificado como «reo de lesa Nación» por no resultar alcanzado por el art. 330 de la Constitución.

Este intento de armonización propuesto por Cassinelli Muñoz no convence a Risso Ferrand (2006), quien entiende que sigue existiendo una incongruencia en la Constitución respecto de los arts. 330 y 239 ordinal 1.º de la misma, sin perjuicio de reconocer que frente a la falta de solución de la cuestión parece razonable admitir el criterio propuesto<sup>12</sup>.

---

12 Si bien el análisis particular de las sentencias judiciales que aplicaron el delito previsto en el art. 330 de la Constitución excede el objeto de este trabajo, corresponde mencionar que Risso Ferrand (2006) refiere a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia la que en sentencia de fecha 20 de octubre de 1986 (caso N.º 10.716) se expresó en el sentido de que para juzgar el delito analizado debe producirse una instancia necesaria y previa que es el juicio político previsto en el art. 93 de la Constitución, con el consiguiente apartamiento de su cargo de los acusados en aplicación de los arts. 102 y 103 de la Carta, por lo cual en el caso de referencia se declaró incompetente para juzgarlo.

Asimismo, en el proceso penal que desembocó en el dictado de la sentencia de 9 de febrero de 2010 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7º Turno, también se ventiló una contienda de competencia en los términos planteados, entendiendo la Suprema Corte de Justicia que no le competía juzgar al encausado, y que dicha situación debía ser remitida al Juzgado competente por razón de turno. Esto, puesto que no consideró aplicable al caso lo previsto en el referido art. 239 ordinal 1.º de la Constitución, por cuanto no se estaba ante un Presidente de la República en ejercicio de su cargo al tiempo de la denuncia (lo que de producirse daría lugar a la apertura de juicio político del art. 93 de la Constitución), habiendo, asimismo, transcurrido más de seis meses desde su cese, lo cual impediría (por aplicación de lo dispuesto en el art. 172 de la Carta) la apertura del proceso de juicio político del art. 93 de la misma. En efecto, la Suprema Corte de Justicia entendió que se estaba ante el juzgamiento de un ciudadano sin prerrogativas, cuya conducta correspondía ser analizada por los jueces y tribunales competentes por razón de turno como terminó ocurriendo en el caso analizado (Juzgado Penal 7º, 2010).

### 3. Períodos de transición a la democracia

Korzeniak (2008), al reconocer la importancia que las disposiciones como el art. 330 de la Constitución tienen una vez vuelta la normalidad institucional, no desconoce que al momento de su aplicación deberán considerarse elementos sociológicos y políticos propios de los períodos de transición a la democracia de que se trate, puesto que habrá de estar a las «negociaciones» o «caídas» que pudieren sucederse previamente a la apertura de la democracia, en tanto las cuales, a la postre, confirmarán o no el juzgamiento de los denominados «reos de lesa Nación».

En este marco, para O'Donnell y Schmitter (1991), un período de «transición» implica un intervalo (con reglas políticas no definidas) que se extiende desde un régimen político hacia otro, caracterizado por la disolución de un régimen autoritario y el establecimiento de alguna forma de democracia, el retorno a otro régimen autoritario o, en su caso, el surgimiento de alguna alternativa revolucionaria.

Refieren a que, en dicho intervalo, se transitan diversas etapas como son: la liberalización (cierta ampliación de derechos), democratización (cierta ampliación de derechos políticos) y la socialización (acercamiento a la igualdad de trato entre los ciudadanos) las que van provocando la apertura (y socavamiento) de los regímenes autoritarios.

En dicho escenario de apertura, comienza a agrietarse el régimen autoritario a partir de diversos factores internos (pérdida de legitimación del propio régimen, ablandamiento de algunos actores, reposicionamiento de la oposición, etc.) lo que puede abrir un período de recíprocas concesiones entre los diversos actores en disputa, con perspectiva de corto plazo (posible salida del régimen) y con incertidumbre de futuro.

En dicho marco, los autores mencionan que la aplicación de medidas represivas para los actores del régimen autoritario saliente (como podría ser el caso del atentado a la Constitución previsto en el art. 330 de la Constitución) necesariamente condicionan la posibilidad de transición, en tanto no existirá posibilidad de que esta se produzca cuando la oposición implante un régimen que conserve cohesión, capacidad y disposición para aplicar dichas medidas represivas, puesto que en dicho caso los únicos desenlaces posibles serán la perpetración en el poder o la lucha armada (O'Donnell y Schmitter, 1991).

En ese sentido, desde la perspectiva de los gobernantes de facto, podría interpretarse que frente a la posibilidad de un abismo institucional y de reprimendas posteriores a sus acciones no sea deseable la entrega del poder. Por el otro lado, para los opositores podría existir una suerte de «temor al presente» (perpetuidad del régimen, o retorno de los autoritarios

en el corto plazo) que los coloca en la disyuntiva de definir hasta qué punto (sin que el temor los paralice) se puede avanzar en sentido de una democracia política cabal.

Inclusive, los autores mencionan que en dicho escenario podrá existir cierto «entendimiento» entre aquellos actores «blandos» del régimen (afines a su apertura), con aquellos opositores que quieren la instauración de una democracia política provocando un clima de posibles acuerdos o pactos.

En esta compleja disyuntiva, O'Donnell y Schmitter (1991) se preguntan cómo sería posible saldar las cuentas del pasado, sin desbaratar la transición del presente. En este sentido, consideran trascendente el rol que tuvieron las Fuerzas Armadas como responsables de las acciones represivas.

Otro punto importante abordado refiere al momento en el cual «se entierra el pasado», en tanto el lugar y el momento más fácil para hacerlo es aquel que, a la postre, resulta menos trascendente. Dicho desafío se torna complejo en aquellos momentos en los cuales las emociones se encuentran a flor de piel, los victimarios se mantienen vivos y los peligros de la vuelta del régimen siguen latentes, situación que complejiza la postura de las oposiciones éticas como de las políticas.

En este marco, O'Donnell y Schmitter (1991) mencionan que los actores de la transición no solo deben satisfacer intereses vitales, sino que deben colmar ideales fundamentales (propios de un sistema democrático) como lo son la decencia y la justicia, por lo que el consenso entre los dirigentes «para enterrar el pasado» podría resultar éticamente inaceptable a la mayoría de la población. Sin perjuicio de ello, entienden que la peor solución sería aquella que intenta ignorar el problema, en tanto la misma conllevaría elevados costos para la sociedad (reforzamiento del sentimiento de impunidad e inmunidad; dificultad de una consolidación democrática real cuando no hay un abordaje de los hechos del pasado, etc.) por lo que entienden que debe primar el coraje para aplicar justicia (con garantías y el debido proceso legal) a aquellos individuos que son señalados por groseras violaciones a los derechos humanos.

#### **4. Justicia transicional: entre el Derecho Constitucional, los derechos humanos y la política comparada**

Para Arthur (2011) el concepto de transición referido en el apartado anterior es «crucial» para comprender el alcance del término justicia transicional.

Las características que reúna dicho período necesariamente condicionan la aplicación de uno de los elementos de la justicia transicional como es el enjuiciamiento de los actores que perpetraron el régimen de facto.

En este sentido, el propio Arthur (2011) refiere a que la transición a la democracia fue el lente normativo predominante a través del cual se observó el cambio político de dicha época y, por lo tanto, una observación de su contenido específico debería echar luz sobre la aparición del «campo» de la justicia transicional, ya que la conceptualización de dicho período podrá aclarar que se consideraba por medida de justicia adecuada. Asimismo, esto podrá explicar por qué las medidas de procesamiento judicial, búsqueda de la verdad, restitución y reforma de las instituciones del Estado que cometen abusos, fueron reconocidas como iniciativas legítimas de justicia durante los períodos de cambio político.

García-Sayán (2017) menciona al respecto que es muy distinto el marco de una transición desde una dictadura o régimen autocrático hacia la democracia, de aquel que se puede dar en el proceso social e institucional del tránsito desde un Estado fallido o colapsado. Esto es así, no solamente porque en dicho escenario las instituciones prácticamente no existen, sino porque dicho escenario suele impactar directamente en la economía, la producción y el acceso a elementales bienes y servicios. En efecto, lo que pueda esperarse de la justicia transicional en un contexto así es distinto puesto que se trazan límites más evidentes a la construcción de institucionalidad democrática, al impulso de los procesos judiciales, a las comisiones de verdad y a las reparaciones, mencionando que lo que puede haber funcionado en un contexto puede ser inviable en otro.

Respecto de la creación y aceptación de término justicia transicional, Arthur (2011) reconoce la dificultad de su identificación acorde a la literatura que se consulte, siendo relevante, en algunos casos, aquellos juicios que sentaron importantes precedentes (juicios de Nürenberg en Alemania o juicio a las Juntas Militares en Argentina), históricos tribunales de crímenes de guerra (hasta con 200 años de antigüedad), juicios y purgas en la antigua Atenas (dos mil años atrás), entre otros.

Al respecto, Teitel (2011) menciona que los orígenes de la justicia transicional moderna se remontan a la Primera Guerra Mundial, sin perjuicio de que la misma comienza a ser entendida como extraordinaria e internacional en el período de la posguerra después de 1945. Posteriormente, transita a una segunda fase en la posguerra fría, asociada a la ola de transiciones hacia la democracia y modernización iniciada en 1989, en donde la política mundial se caracterizó por la aceleración en la resolución de conflictos, con un discurso persistente por la justicia en el mundo del derecho y en la sociedad. Finalmente, refiere a una tercera fase (estado estable

de la justicia transicional) asociada con las condiciones contemporáneas de conflicto persistente que establecen como norma la existencia de un derecho de la violencia.

Arthur (2011) menciona que el término justicia transicional fue acuñado en diversos foros internacionales y revistas especializadas en el transcurso de la década de 1990<sup>13</sup>, y en los mismos ya se identificaban como medidas propias de la justicia transicional a las comisiones de investigación, los procesos judiciales, transformación de los aparatos institucionales abusivos del Estado y los programas de restitución y reparación. Dichas medidas debían ser asumidas por las democracias emergentes frente a un régimen predecesor autoritario responsable de actos criminales.

Van Zyl (2011) define a la justicia transicional como el esfuerzo por construir paz sostenible, tras un período de conflicto, violencia masiva o violación sistemática de los derechos humanos, cuyo objetivo es llevar a juicio a los perpetradores, revelar la verdad acerca de los crímenes del pasado, brindar reparaciones a las víctimas, reformar las instituciones abusivas y promover la reconciliación, a partir de estrategias diseñadas para enfrentar el pasado y mirar al futuro con la finalidad de evitar la recurrencia del conflicto y las violaciones.

Por su parte, Teitel (2011) define a la justicia transicional como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizado por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores.

En este marco, menciona como primer elemento de la justicia transicional el enjuiciamiento a quienes han cometido graves violaciones a los derechos humanos, refiriendo a que estos pueden servir para evitar futuros crímenes, brindar consuelo a las víctimas, dejar de manifiesto un nuevo conjunto de normas sociales y dar inicio a la reforma de instituciones gubernamentales con el objetivo de promover la confianza de la sociedad en las mismas.

Respecto de esta medida, Arthur (2011) menciona que la misma era concebida por la literatura en la materia como la cuestión ética más contentiousa para un régimen pos autoritario producto de la potencial resistencia política a los mismos. Asimismo, refiere a que, para autores como Henkin, estas servían para cumplir «un deber impago con las víctimas» reparando su dolor (Arthur, 2011), y para autores como Malamud-Goti, las mismas proporcionarían «un medio único por el cual reivindicar valores

---

13 El propio autor identifica que el campo analizado nuclea a tres áreas de interés que se entrecruzan, como son los derechos humanos, el derecho y las ciencias políticas comparadas.

democráticos» por medio de sus cinco consecuencias: establecer hechos tangibles sobre crímenes pasados, proveer la desaprobación de las políticas oficiales, promover la confianza en los nuevos ordenamientos políticos, restaurar a los ciudadanos su estatus integral de miembros de la sociedad y mejorar las oportunidades para una transformación de las relaciones entre militares y civiles (Arthur, 2011).

Finalmente, con referencia al enjuiciamiento (o los procesos judiciales) el propio Van Zyl (2011) menciona que no debe desconocerse que los sistemas de justicia penal están diseñados sobre la base de que la infracción a la ley penal constituye la excepción y no la regla, por lo que la capacidad de respuesta del sistema penal cuando existen violaciones generalizadas y sistemáticas que involucran decenas o cientos de crímenes debe considerarse. Sin perjuicio de ello, manifiesta que lo expuesto no debe fungir como una deslegitimación del papel que el enjuiciamiento o castigo tienen en la confrontación de los crímenes del pasado<sup>14</sup>.

En este sentido, el autor explica que la cantidad de juicios promovidos no debe desconocer que los mismos no solamente reflejan expresiones de retribución social, sino que desempeñan una función expresiva vital cuando reafirman públicamente normas y valores esenciales cuya violación implica sanciones. Estos procesos pueden contribuir a restablecer la confianza entre los ciudadanos y el Estado, brindando garantías a quienes han sufrido violaciones a sus derechos humanos (reparando su dignidad), dejando asimismo de manifiesto que las instituciones estatales buscan proteger y no violar sus derechos.

Sin perjuicio de lo expuesto, Van Zyl (2011) refiere a que el enjuiciamiento implica una respuesta parcial en el proceso de hacer frente a la violación sistemática de los derechos humanos, lo cual debe ser complementado con otras medidas de reparación.

En este marco, refiere a un segundo elemento para caracterizar a la justicia transicional que es la búsqueda de la verdad, en el sentido de que no solamente se debe informar a la sociedad de que se cometieron violaciones a los derechos humanos, sino que, a su vez, el Estado, los ciudadanos y los perpetradores de las mismas deben comprender que dichos abusos son injustos. En este sentido, Van Zyl (2011) menciona que el establecimiento de una verdad oficial acerca de un pasado que puede ser brutal puede ayudar a prevenir que dicha situación se repita en el futuro.

Refiere a que la instauración de comisiones de la verdad permite atribuir voz a las víctimas en el discurso público para coadyuvar a la construcción de la verdad. En este sentido, reconocer el sufrimiento de las mismas

14 Esta cuestión también es abordada por García-Sayán (2017).

podrá mejorar las posibilidades de enfrentar los agravios históricos en forma constructiva. Asimismo, podrán ser de utilidad para realizar una adecuada transformación de las instituciones estatales que así lo requieran para el fomento y la protección de los derechos humanos.

El tercer elemento característico de la justicia transicional identificado por Van Zyl (2011) es la reparación a las víctimas. Dicha nota se desprende de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y puede presentarse en forma material (pagos compensatorios, pensiones, bolsas de estudios y becas), asistencia psicológica y medidas simbólicas (monumentos, memoriales, días de conmemoración nacionales).

El cuarto elemento referido por el autor es la reforma institucional, en tanto menciona que los elementos anteriores pueden resultar insuficientes si no se aborda una reforma (legal o administrativa) sobre las instituciones que fueron señaladas como responsables de las violaciones a los derechos humanos y, en particular, sobre aquellas personas que integrando las mismas fueron investigadas como responsables de las mismas, refiriendo a que en estos casos debe garantizarse la protección del derecho al debido proceso.

El quinto elemento de la justicia transicional mencionado por Van Zyl (2011) es la reconciliación. Al respecto, menciona que dicho término no debe ser utilizado como forma de evadir la responsabilidad por parte de los responsables por violaciones a los derechos humanos, sino que debe concebirse en el sentido de comprender que la democracia está al servicio de todos los ciudadanos y que la paz reporta dividendos sustanciales para toda la sociedad, siendo la diversidad una fuente de fortaleza más que de conflicto. En este sentido, menciona que, si la reconciliación ha de ser aceptada, la misma no puede reducirse a ignorar el pasado, negando el sufrimiento de las víctimas, deslegitimando la rendición de cuentas y la reparación en tanto estaríamos ante una noción artificial de unidad nacional.

Teitel (2011), en el marco de su planteo sobre las fases de la justicia transicional, menciona que la misma es una parte importante de un desarrollo político más amplio de la historia internacional reciente, en tanto en su primera fase se apejó a la exigencia de hacer cumplir los derechos jurídicos asociados a los ideales liberales del Estado de derecho, situación que posteriormente fue desafiada por la propia noción de justicia transicional y por el concepto de Estado de derecho, planteando en la actualidad un dilema para la justicia transicional que es su aplicación en Estados de derecho con democracias consolidadas.

Finalmente, parece importante considerar lo expuesto por García-Sayán (2017) quien menciona que la justicia transicional no es un concepto

«antinómico» o separado del Derecho Internacional o, en particular, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que el mismo no equivale a una justicia «light» o «desavenida». Por el contrario, la justicia transicional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son dos espacios que se alimentan y enriquecen recíprocamente.

### 5. Conclusiones

El presente trabajo presentó un diálogo entre la literatura jurídico-constitucional que analiza la figura del atentado a la Constitución prevista en el art. 330 de la Carta, con la literatura política que aborda los períodos de transición desde los gobiernos autoritarios a la democracia y estudia la aplicación de medidas de justicia transicional.

A través del mismo, se ha pretendido dejar de manifiesto la importancia de incorporar al análisis jurídico-constitucional algunos elementos teóricos provenientes de la ciencia política para comprender más adecuadamente el contexto político en el que podría llegar a aplicarse dicho artículo.

En este sentido, la literatura consultada parece dejar en evidencia la vinculación existente entre las características de los períodos de transición ocurridos en cada país con las medidas de justicia transicional que posteriormente se abordan, entre las que se encuentra el enjuiciamiento a aquellos actores responsables de los regímenes de facto y las violaciones a los derechos humanos.

Dicha medida, en tanto *la cuestión ética más contenciosa para un régimen pos autoritario* en términos de Arthur (2011), tiene implicancias directas en la aplicación de medidas de justicia transicional y, por ende, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

### Referencias

- Arthur, P. (2011). «Como las “transiciones” reconfiguraron los derechos humanos: Una historia conceptual de la justicia transicional», en Reátegui, F. (editor), *Justicia transicional: manual para América Latina*. Centro Internacional para la Justicia Transicional, 73-134.
- Cassinelli Muñoz, H. (2009). *Derecho Público*. FCU.
- García-Sayán, D. (2017). «Paz negociada y Derecho Internacional», en *La lucha por los derechos humanos hoy. Estudios en homenaje a Cecilia Medina Quiroga*. Tirant Lo Blanch, 565-580.
- Korzeniak Fucks, J. (2008). *Primer curso de Derecho Público. Derecho Constitucional*. FCU.

- O'Donnell, G. y Schmitter, P. (1991). *Transiciones desde un gobierno autoritario: Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas. Estado y sociedad*. Paidós.
- Risso Ferrand, M. (2006). *Derecho Constitucional*. FCU.
- Teitel, R. (2011). Genealogía de la justicia transicional, en Reátegui, F. (editor), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 135-172.
- Van Zyl, P. (2011). «Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto», en Reátegui, F. (editor), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 47-72.