

Doctrina



La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica y la elaboración del pasado «mediante el Derecho penal»*

«Los nietos de vuestros hijos os juzgarán y sólo eso quedará de vosotros, aparte del olvido y los escombros. Pero, ¿tendrán autoridad para hacerlo?»

Massimo Donini

Università di Modena e Reggio Emilia

Revista Penal, n.º 23.—Enero 2009

RESUMEN: *Se analizan los instrumentos jurídico-penales que marcaron el complejo paso del Fascismo a la Democracia en Italia tras la Segunda Guerra Mundial. Delitos políticos y no políticos, leyes procesales y de amnistía. Se estudia el debate acerca de las leyes penales retroactivas y de la cosa juzgada.*

PALABRAS CLAVE: *Fascismo, delitos políticos, amnistía, cosa juzgada*

ABSTRACT: *Discusses the criminal legal instruments that marked the complex transition from Fascism to Democracy in Italy after the Second World War. Political and not political crimes, procedural and amnesty laws. Explores the debate about the retroactive criminal laws and the Judged thing.*

KEY WORDS: *Fascism, political crimes, amnesty laws, judged thing*

1. El sentido del tema

Éste es un esbozo de una tragedia infinita, que ni los Tribunales, ni las leyes, ni los historiadores y escritores han podido solventar. Ni siquiera la genialidad italiana para encontrar soluciones de compromiso entre «justicia» (o venganza) y «perdón» (o *perdonismo* e indulgencia) ha logrado superar el pasado, que resta imposible de «justificar», esto es, de ser convertido en justo *ex post* cuando ya no lo era *ex ante*, todavía más cuando aflora en la memoria dolorosa del último superviviente o de aquéllos que han revivido los sucesos a través de su testimonio.

A ratos parece que solo el olvido podrá traer la paz, en cuanto «los muertos entierren a sus muertos». Pero la memoria vuelve y los nuevos jueces o aquéllos que querrían nuevos procesos parecen más deseosos de convertir en intocable el juicio sobre el pasado mediante una reacción punitiva que deseosos de conocer.

El proceso, de hecho, es una decisión tomada a través del conocimiento, pero también hace intangible lo juzgado. El conocimiento histórico, en cambio, si es intangible ya no es conocimiento. También por esto, todos debemos temer las tendencias contemporáneas a una elaboración coactiva del pasado mediante sentencias penales¹. No solo, por tanto, cuando se trate de una «justi-

* Conferencia pronunciada en Sevilla, en el marco del Congreso organizado por la Universidad Pablo de Olavide y la Fundación Alexander von Humboldt, *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado* (7-9 de febrero de 2008). Traducción de José Antonio Ramos Vázquez, contratado postdoctoral de la FECYT (Universidade da Coruña/Università degli studi di Modena e Reggio Emilia).

1. Sobre las tendencias contemporáneas a la utilización judicial de la historia para condenar y estigmatizar, cfr. O. MARQUARD/A. MELLONI, *La storia che giudica, la storia che assolve*, Laterza, 2008.

Revista Penal

La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica...

cia retroactiva»² que aplique valores político-culturales y jurídicos vigentes en el tiempo del juicio a momentos y hechos históricos que renegaban de ellos, sino sobre todo cuando se intente escribir una historia definitiva en nombre, quizás, de la paz social.

La historia definitiva no existe y, por consiguiente, no puede esperarse de las sentencias que, por definición, tienen autoridad de «cosa juzgada».

Las siguientes páginas afrontan algunos perfiles jurídicos del fenómeno, pero sobre la base de sentimientos humanos. La primera necesidad o sentimiento que emergió al día siguiente de la caída del fascismo fue la de «hacer justicia»³. De aquella necesidad, y de las injusticias que, a su vez, provocó, algunos no se han liberado hasta el día de hoy y eso retorna o se renueva.

Las reflexiones que aquí siguen no representan una imagen filtrada o alterada por la lente del Derecho, pero no puede decirse que se trate de un instrumento inadecuado: si lo que se pretende es una justicia que no sea una venganza o que sea capaz de contenerla y sublimarla, solo puede acudir al Derecho.

El Derecho puede gestionar incluso el olvido, a través de la amnistía y otras formas de perdón. Para que ello suceda, sin embargo, se exige que se celebren verdaderos procesos, que no se eluda el paso de la verificación de una responsabilidad, más allá de la efectiva aplicación o no de una sanción. Lo que no se le puede pedir es la imposición a todos con la fuerza de la ley de un juicio sobre la histo-

ria. Incluso, al jurista que observe hoy estos hechos desde una cierta distancia, le parece que el Derecho no ha sido protagonista y que, cuando ha intentado serlo, no ha hecho precisamente un buen papel.

2. Bosquejo histórico de los sucesos políticos y de legislación penal entre el 25 de julio de 1943 y la amnistía promulgada por el D.P. de 22 de junio de 1946, n. 41 (amnistía Togliatti)

En la primavera de 1943, tras tres años de guerra (desde el 10 de junio de 1940), cuantiosas pérdidas y la perspectiva de una inminente derrota del Eje con Alemania, Italia es doblegada bajo el fuego de continuos bombardeos por parte de las Potencias aliadas (Inglaterra y los Estados Unidos). Pocos días después del primer y devastador bombardeo de Roma (19 de julio), en la noche del 24 al 25 de julio de 1943, el Gran Consejo del fascismo, con el apoyo del Rey, Vittorio Emanuele III, deja en minoría a Benito Mussolini —forzado a dimitir y después objeto de una orden de detención⁴— siendo nombrado jefe del Gobierno el mariscal Pietro Badoglio, cuyo primer gobierno dura 45 días, hasta el 8 de septiembre.

En aquellos 45 días fueron suprimidas las instituciones fascistas, pero se continúa luchando del lado alemán.

El 8 de septiembre de 1943 se proclama el armisticio, preparado en secreto las semanas precedentes, con las Potencias aliadas e Italia, de aliada de Alemania en la Gue-

2. Sobre la cuestión —que ha sido, y sigue siendo, un *Leitmotiv* de la relación entre Derecho natural y Derecho penal internacional (o «de gentes»), aunque en lo que respecta a la experiencia italiana aquí tratada las cosas asumieron contornos diferentes, de auténtica retroactividad iuspositiva y sancionadora, de fuente no meramente jurisprudencial— existe en los últimos quince o veinte años una literatura penal internacional en este momento ya inabarcable; sobre todo, pero no sólo, en relación con la transición a la democracia de los regímenes totalitarios de la Europa comunista. Cfr. A. ESER/J. ARNOLD (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse. Internationales Kolloquium*, Iuscrim, Freiburg i. Br., 2001; R.G. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford University Press, 2000; E. JESSE/K. LÖW (Hrsg.) *Vergangenheitsbewältigung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997; N.L. KRITZ (Hrsg.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with former Regimes*, United States Institut of Peace Press, Washington, 1995, 3 vol.; G. BRUNNER (Hrsg.), *Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland*, Verl. A. Spitz, Berlin, 1995; M.P. GOLDING, *Retroactive Legislation and Restoration of the Rule of Law*, en *Jahrbuch f. Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics*, 1993, Duncker & Humblot, 1993, 169 ss.; A. BRAGYOVA, *Legality and ex post facto Political Justice*, en *Acta Juridica Hungarica*, vol. 33, 1991, 179 ss.; K. MORVAI, *Retroactive Justice based on International Law: a recent Decision by the Hungarian Constitutional Court*, en *East European Constitutional Review*, 1994, 32 ss. En clave historiográfica, para una iluminadora prospección sobre la utilización de la memoria histórica con una función política y la aplicación de una similar «justicia retroactiva» al régimen comunista húngaro del siglo pasado, cfr. I. RÉV, *Giustizia retroattiva. Preistoria del post-comunismo*, tr. it. de *Retroactive Justice. Prehistory of Post-Communism* (2005), Feltrinelli, 2007. Sobre la jurisprudencia alemana en materia de «disparos en el muro de Berlín» después de la unificación con la exDDR, por todos, G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, 2001, con la tesis de que sería mejor, en todo caso, una retroactividad establecida por ley que una introducida en vía jurisprudencial (págs. 300-306).

3. H. WOLLER, *Die Abrechnung mit dem Fascismus in Italien, 1943-1948*, München, 1996, tr. it. *I conti con il Fascismo. L'epurazione in Italia, 1943-1948*, Il Mulino, Bologna, 1997, 373 ss.; C. PAVONE, *La continuità dello Stato* (1974), en C. PAVONE, *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Bollati Boringhieri, 1995, 123 ss.; M. DONDI, *La lunga liberazione. Giustizia e violenza nel dopoguerra italiano*, Editori Riuniti, 1999, 113 ss. Que en el «hacer justicia» estaba incluido también —y no necesariamente «sublimado»— un sentimiento de venganza es evidente a cualquier observador imparcial.

4. Sobre los antecedentes de dicha reunión cfr. F.W. DEAKIN, *The Brutal Friendship. Mussolini, Hitler and the Fall of Italian Fascism* (1962), tr. it., *Storia della Repubblica di Salò*, vol. I, Einaudi, 1963, 482 ss., 501 ss., 563 ss. Mussolini, transportado a Campo Imperatore, sobre el Gran Sasso, en Abruzzo, en estado de arresto —iniciado en Roma el 25 de julio y proseguido en la Isla de Ponza y después en la de la Maddalena— será liberado del Campo Imperatore por los alemanes el 12 de septiembre de 1943.

rra, cambia de campo de batalla, pide a sus soldados que pasen al bando de aquéllos que hasta entonces habían sido sus enemigos y a sus ciudadanos que combatan a los alemanes, que estaban presentes en gran parte del territorio nacional y combatían contra las fuerzas americanas e inglesas, aparte de en la campaña de guerra en Europa, África y Grecia.

El Fascismo había alcanzado un enorme consenso popular hasta pocos años antes de la entrada en la guerra, y una parte de la Nación y del ejército permanecía aún fiel a ideales y compromisos políticos y militares asumidos por el fascismo; una parte mucho mayor, en cambio, estaba simplemente perdida: sin Patria y sin identidad política común, en un territorio ocupado por los alemanes y por las fuerzas aliadas, opuestas entre sí, aparte del conflicto «interno» entre fascistas y antifascistas.

Con el 8 de septiembre de 1943 nace, por tanto, un período de guerra civil —aparte del de resistencia y liberación— en el interior de un país que era teatro de la Guerra Mundial.

El 23 de septiembre de 1943, en la embajada alemana en Roma, se constituye un nuevo Estado fascista republicano que, tras varias definiciones intermedias, el 18 de noviembre toma el nombre de «Repubblica sociale italiana», un Estado llamado también «Estado-fantoché», dado que se proclama en un territorio ocupado por los alemanes, depende militar y funcionalmente del ejército alemán y no tiene soberanía⁵. En el marco de un Estado y un ordenamiento jurídico inefectivos e ilegítimos, pero evidentemente tenidos como tales por sus componentes (que veían en los «badoglianos» unos traidores a la Idea fascista y a la patria), la República de Salò (RSI), en sus seiscientos días de existencia (hasta el 25 de abril de 1945) se extendió por el territorio ocupado por los alemanes, es decir, por todo el norte de Italia hasta Lazio y Abruzzi y parte de Puglia y Campania. Su «centro», en cambio, era la Italia septentrional.

En la restante parte de la Italia meridional está presente inicialmente (hasta la liberación de Roma en junio de 1944) el «Gobierno del Sur», con sede en Brindisi y después en Salerno, habiendo el Rey abandonado Roma y con ello dejado que los militares italianos, en desbandada

y sin orden, viniesen de hecho controlados y neutralizados por las fuerzas invasoras alemanas. La existencia de un Gobierno sancionado por el Monarca, aunque se esforzase en vano por encontrar reconocimiento en la población, incluso en el Sur, garantiza formalmente la continuidad jurídica y política del Estado italiano, que ahora declara la guerra a Alemania (13 octubre de 1943) y con ello inaugura de hecho lo que fue una verdadera guerra civil⁶.

El país estaba ocupado (empezando por Sicilia y después todo el sur) por las fuerzas anglo-americanas y las llamadas «provincias del Rey», entre Campania y Puglia, constituían de hecho solo una «representación» gubernativa y estatal.

Solo a partir de junio de 1944, liberada Roma de los alemanes por obra de las fuerzas anglo-americanas, el Gobierno italiano vuelve a la capital, y, a través del Real Decreto de 5 de junio de 1944, n. 140, la representación del Estado viene transferida a la lugartenencia de Umberto I de Savoia, a quien su padre Vittorio Emanuele III le cede sus poderes.

El Rey, de hecho, evidentemente comprometido de lleno con el Ventenio fascista, no era reconocido por las fuerzas políticas y los partidos antifascistas que se habían aposentado en Roma, formando el CNL (Comitato di Liberazione Nazionale), el cual estaba, *de facto*, presente con sus representantes en los gobiernos que se fueron sucediendo hasta el nacimiento de la República. Los mismos partidos del CNL (comunistas, socialistas, liberales, católicos, miembros del Partito di Azione y demócrata-progresistas), junto con otros que no formaban parte de él (el Partido Republicano) organizaron la lucha clandestina durante la resistencia.

En efecto, con el «Pacto de Salerno» (abril de 1944) se había llevado a cabo una «tregua institucional»: los comités de liberación desistieron de pedir la abdicación del Rey y éste, en contrapartida, nombró lugarteniente a su hijo Umberto.

Desde entonces las decisiones legislativas ya no son «decretos regios», sino «decretos lugartenientes», emanados del Lugarteniente y decididos políticamente por el CNL —formalmente por el Consejo de Ministros, a falta de un Parlamento—⁷.

5. G. VASSALLI, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, en G. VASSALLI/G. SABATINI, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Ed. La Giustizia penale, Roma, 1947, 42 ss.; M.S. GIANNINI, voz *Repubblica sociale italiana*, en *Enc. Dir.*, XXXIX, 1988, 894 ss.

6. Cfr. por todos, sobre el tema de la continuidad del Estado italiano a través de la Italia liberal, fascista y republicana, en clave jurídica, CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, en *Riv. dir. internaz.*, 1964, 365 ss.; PALADIN, voz *Fascismo* (dir. cost.), en *Enc. Dir.*, XVI, 1967, 887 ss.; M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Giuffrè, 2000, 1 ss., 203 ss. y *passim*; y desde una perspectiva histórica, C. PAVONE, *La continuità dello Stato*, cit., 70-159; sobre la Resistencia como guerra civil *vid.*, de nuevo PAVONE, *Una guerra civile. Saggio storico sulla moralità della Resistenza*, Bollati Boringhieri, 1991.

7. Sobre estos aspectos institucionales, hoy ya no expuestos analíticamente en los manuales de Derecho público cfr. P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*⁶, Cedam, 1991, 97 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*⁴, Utet, 1979, 115 s., aparte de la monografía de M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., 13 ss., 79 ss. Dado que en julio de 1944 entraron en vigor normas penales retroactivas que preveían la pena de muerte para la creación del fascismo, en su tiempo tolerada y después bendecida por el Rey, podría parecer evidente que Vittorio Emanuele III no habría podido sancionar con Real Decreto esta legislación. Sin embargo, Vittorio Emanuele III ya lo había hecho con el precedente R.D. 26 maggio 1944, n. 134, que ya introducía la «punición de los delitos e ilícitos del fascismo» con las mismas penas retroactivas. El decreto lugarteniente de julio de 1944 (d. lg. Lgt. de 27 de julio de 1944, n. 159) no hace sino promulgar otra vez, con algunas novedades, precedentes reales decretos.

Revista Penal

La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica...

La mayor parte de la legislación, incluso penal, introducida durante el fascismo resta, por otra parte, en vigor, tanto en las provincias del sur como en la República de Salò. Es más, aquélla sobrevivirá en la sucesiva República italiana hasta nuestros días: el Código penal y el de proceso penal, el Texto Único de seguridad pública, el Código Civil y de proceso civil, el de navegación de la era fascista... serán los códigos de la guerra civil y después de la República democrática, solo depurados de algunas normas y solo en parte sustituidos, muy lentamente, en los sucesivos decenios.

Las disposiciones legales más significativas del gobierno italiano en materia administrativa y penal⁸, emanadas ya durante el conflicto con los alemanes y con los fascistas de la República Social, están constituidas por:

a) Disposiciones (administrativas, civiles, penales) dirigidas a efectuar la llamada depuración o *desfascistización* del Estado, con el fin de excluir de la actividad pública (y en parte de entes o empleos privados, p. ej., dirección de fábricas, periódicos, etc.) a personas particularmente comprometidas con el anterior régimen, sobre todo a nivel de jerarquía. Tras un fuerte impulso inicial en este sentido, la percepción de que actuando así se debería depurar a demasiadas personas —tan grande había sido la implicación de los italianos con el fascismo⁹— lleva a una subsiguiente indulgencia generalizada con reintegración masiva a sus puestos de los ya depurados o de los que estaban siendo depurados¹⁰.

b) Derogación de normas penales que son tenidas por incompatibles con la inspiración democrática y liberal de un Estado no fascista. Entre ellas cabe señalar: la abolición de la pena de muerte en el Código penal común (d. Leg. del lugart. de 10 de agosto de 1944, n. 224)¹¹, abolición contradictoria, dado que mantenía la pena de muerte para algunos delitos políticos de los jefes y ministros del fascismo, aparte de para los delitos del Código penal militar, que ahora se aplicaban extensivamente a los hechos cometidos durante la guerra y, por tanto, a los fascistas y a los colaboracionistas, fuesen o no militares (v. *infra*).

c) Restablecimiento de normas típicas del Código liberal Zanardelli, referentes a la discrecionalidad judicial de mensurar la pena de modo equitativo y moderado, y la reducción del nivel de autoritarismo en la relación con los

podere públicos. De ahí: 1) la reintroducción de las circunstancias atenuantes genéricas, que han sido en la Historia del Derecho penal aplicado las circunstancias más importantes en la mensuración de la pena: previstas por el Código Zanardelli, abolidas por el Código Rocco y precisamente reintroducidas por d. *Lg. Lt. de 14 de septiembre de 1944*, n. 288; 2) la reintroducción, igualmente a través del d. *Lg. Lt. de 14 de septiembre de 1944*, n. 288, de la *eximente de reacción legítima a actos arbitrarios de funcionarios públicos* en los delitos de ultraje (arts. 341, 342, 343 CP), violencia y resistencia a funcionarios públicos (arts. 336-337 CP) y violencia o amenazas a un cuerpo político, administrativo o judicial (art. 338 CP).

d) Normas penales nuevas, dirigidas a castigar los *delitos «fascistas»* cometidos para la obtención del poder y para su mantenimiento y, por tanto, antes de la entrada en vigor de los tipos que les serían aplicables (delitos de creación del fascismo, así como de actos relevantes de apoyo a éste) y los *delitos de colaboracionismo con el invasor alemán*, cometidos tanto por militares como por civiles (v. *infra*, § 3);

e) Normas procesales que introducían, en derogación del art. 72 del Estatuto Albertino (la «Constitución» italiana entonces vigente, de carácter flexible y, por tanto, derogable por ley ordinaria), *Tribunales penales extraordinarios*, entre ellos un órgano de formación política como la Alta Corte di Giustizia, y las Corti d'Assise straordinarie, todos ellos órganos temporales y extraordinarios constituidos *ad hoc* para celebrar procesos penales contra los delitos del régimen fascista.

f) Normas dirigidas a *eliminar los efectos* del régimen fascista, restituyendo a la situación anterior situaciones y derechos subjetivos vulnerados —por razones políticas o raciales— por sentencias o medidas administrativas del régimen anterior.

Por último, después de dos años de procesos extraordinarios contra el viejo régimen, tras la amnistía tocante (entre otros) a los delitos de los partisanos y de los antifascistas, introducida a través de R. D. de 5 de abril de 1944, n. 96 (anterior, por tanto, a la lugartenencia de Umberto I), y tras la amnistía para los delitos políticos cometidos por los antifascistas durante el fascismo (d. It. de 17 de noviembre de 1945, n. 719), la fase de transición a la democracia con-

8. Sigo en parte la clasificación de C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*⁴, cit., 118 s. V. también P. BARILE/U. DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, en NSSDI, Utet, 1969, XVI, 541 ss. Una recopilación completa, de incomparable valor documental, de la legislación emanada tras la caída del fascismo (es decir, tras el 25 de Julio de 1943) ha sido realizada, con acompañamiento de un comentario técnico, por E. BATTAGLINI/G. VASSALLI, *La nuova legislazione penale*, Giuffrè, 7 vol., 1946-1951.

9. Sobre esta «percepción retardada» y la depuración en general, H. WOLLER, *Die Abrechnung mit dem Fascismus in Italien, 1943-1948*, München, 1996, tr. it. *I conti con il Fascismo*, cit., 19 ss., 365 ss.; A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, en AA.VV., *Dieci anni dopo 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Laterza, 1955, 319 ss., 327 ss.; C. PAVONE, *La continuità dello Stato*, cit., 123-146; R. CANOSA, *Storia dell'epurazione in Italia. Le sanzioni contro il Fascismo*, Baldini&Castoldi, 1999; M. FLORES, *L'epurazione*, en AA.VV., *L'Italia dalla liberazione alla Repubblica*, Feltrinelli, s.d. [1977], 413 ss.; L. BERNARDI, G. NEPPI MODONA, S. TESTORI, *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Franco Angeli, 1984.

10. M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, Mondadori, 2006.

11. Para un puntual comentario, cfr. E. BATTAGLINI/G. VASSALLI, *La nuova legislazione penale*, vol. I, Giuffrè, 1946, 71 ss.

cluye inmediatamente después del *referendum* a favor de la República (2 de junio de 1946), con la *orden de amnistía para los delitos de colaboracionismo*, promulgada a través del d. p. de 22 de junio de 1946, n. 4, llamada amnistía Togliatti, por el nombre del líder del Partido Comunista italiano, Palmiro Togliatti, en aquella época Ministro de Gracia y Justicia. Aquélla venía acompañada de medidas administrativas de «reintegración», a las que se añadirían en los siguientes años otras condonaciones y amnistías, con significado y valor de extinción específica de delitos cometidos durante el período bélico y no cubiertos por las medidas precedentes. Entre éstas, recordemos el decreto ley de 7 de febrero de 1948, que concedía a los fascistas ya «depurados» la elección entre la readmisión en el puesto o la jubilación con un *bonus* de cinco años de antigüedad. Asimismo, las órdenes de amnistía e indulto a las que se referían los d. p. r. de 9 y de 28 de febrero de 1948, n. 138 en materia de delitos financieros, y el d. p. r. de 19 de diciembre de 1953, n. 922 (que cubría con el indulto los delitos políticos cometidos por organizaciones armadas hasta el 18 de junio de 1946, mientras que se aplicaba como amnistía general a hechos menos graves cometidos hasta el 21 de septiembre de 1953).

3. Los principales problemas penales surgidos del fascismo y de la guerra y la tentativa desistida de sancionar penalmente la fractura constitucional entre la República democrática y el Régimen o el Estado fascista

Digamos ya ahora que, desde el punto de vista penal, tras el 8 de septiembre y todavía tras la liberación (25 de abril de 1945), los principales problemas venían dados por:

a) Los delitos —políticos y no políticos— cometidos por los fascistas durante todo el período del régimen, desde la caída del Estado liberal hasta el 8 de septiembre.

b) Los delitos cometidos por los militares fascistas pertenecientes a la República de Saló en obediencia o no a órdenes recibidas, dado que los «repubblichini», pertenecientes a lo que fue definido como un «Estado fantoche», no podían o no debían ser considerados «beligerantes», es

decir, no podían ser equiparados a soldados de un Estado enemigo, y como tales no podían ser justificados (y solo bajo ciertas condiciones excusados) por la obediencia a órdenes de los superiores, en los límites consentidos por el derecho común y el internacional.

c) Los delitos cometidos por razones políticas por ciudadanos antifascistas y por partisanos, dado que, en cambio, ellos sí podían ser calificados como beligerantes y pertenecientes a las fuerzas armadas italianas, como se consideró en Italia.

d) Los delitos comunes cometidos por los ciudadanos privados que, desatendiendo las obligaciones establecidas por el nuevo Gobierno del Sur, hubiesen de algún modo colaborado con el ejército alemán (quizá a través de la República de Saló) al que el Estado italiano había declarado la guerra.

e) Los delitos cometidos por ciudadanos antifascistas y contra ciudadanos fascistas pero no por razones políticas (o con toda apariencia de tener otra motivación).

f) La conducta de los militares italianos que, tras el 8 de septiembre, no empuñaron las armas contra el Estado pero que tampoco quisieron combatir ni a favor del Rey ni de Badoglio.

g) Los delitos cometidos por los militares alemanes durante la ocupación, en obediencia o no a órdenes superiores.

Otro problema era el constituido por el tipo de legislación a aplicar: si el Código penal común o el Código penal militar, en particular el de guerra, y si era posible introducir normas nuevas que valiesen solo para el futuro o incluso normas en alguna medida retroactivas, aplicables, por tanto, a hechos ya pasados¹².

De todos modos, se impone una valoración jurídica general. El Estado italiano (una monarquía constitucional) había sido gobernado por el fascismo de 1922 a 1943. Las leyes emanadas tras la caída del fascismo buscaban resgar de toda la legislación política del Ventenio y marcar con ello una neta ruptura constitucional. La pregunta, en cambio, es: ¿se había tratado de un régimen ilegítimo o ilegal dentro de un Estado legítimo (la forma monárquica y el Estatuto Albertino)¹³ «vaciado» de su sustancia pero formalmente vigente y todavía retomable tras el «paréntesis» del Ventenio¹⁴, o debía ser considerado ilegítimo el

12. Para un detalladísimo examen de éstos y de otros aspectos emergentes, cfr. G. VASSALLI, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., 30 ss. A este texto fundamental conviene hacer referencia principalmente en el análisis normativo de los delitos de colaboracionismo, más allá de la valoración real de la concreta gestión que habrían de llevar a cabo los tribunales, valoración realizada sobre todo por historiadores y políticos. Entre los escritos posteriores, cfr. en particular S. VINCIGUERRA, voz *Fascismo*, III. *Sanzioni contro il fascismo*, en *Enc. Dir.*, XVI, 1967, 902 ss.; P. BARILE/U. DE SIERVO, voz *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, en *NSSDI*, XVI, 1969, 541 ss., aparte de, por su vívido testimonio, A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, cit., 332 ss.

13. Para una clásica y lúcida delimitación entre el Estado fascista y el Régimen fascista cfr. A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Einaudi, 1965, reed. 1995, negando —290 ss.— el carácter auténticamente totalitario del Estado fascista, más allá de las proclamas ideológicas en ese sentido. Sobre el carácter no auténticamente totalitario del Estado fascista italiano *vid.* también L. PALADIN, voz *Fascismo* (dir. cost.), cit., espec. 897 ss.

14. Tesis «conservadora» o incluso «restauradora» ésta del posible retorno al Estatuto, deseado por los monárquicos y por el propio Badoglio: cfr. las inolvidables páginas que abrían la revista «il Ponte», fundada por Piero Calamandrei y que trazaban la interpretación clásica de la discontinuidad institucional entre el Estado fascista y el nacido en 1944, que se convertiría dos años después en la República: CALAMANDREI, *Nel limbo istituzionale*, en *Il Ponte*, 1945, 4 ss., 7 ss., 10 ss.

Revista Penal

La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica...

Estado en sí mismo en cuanto que había devenido totalitario, en la medida en que el fascismo había mutado genéticamente el propio contenido del Estado, aparte de que la desautorización en primer lugar de Mussolini (25 de julio de 1943) y después del monarca (junio de 1944) no podían hacer imaginar un «retorno al Estatuto» (albertino) que no existía ya, mientras que el nuevo, el Constituyente ya anunciado mediante el d. L. lg. de 25 de junio de 1944 y después la Constitución de 1947 —emanando del pueblo su poder, y no ya de la monarquía de los Saboya— realizaban una forma de Estado originaria y nueva, en solución de continuidad con el pasado¹⁵.

Piénsese, sin ir más lejos, que en la época fascista nacieron los códigos civil, procesal civil, penal, procesal penal, penal militar de paz y de guerra, la ley concursal, el código de navegación. Pero no solo esto, sino que, salvo contadas excepciones, la legislación más relevante nacida durante el fascismo estaba destinada a pasar casi íntegra al Estado democrático y a pervivir largamente dentro de éste, a menudo mucho más que en el período del fascismo; legislación que solo en parte, y a través de un lentísimo proceso, estaba necesitada de ser «reinterpretada» conforme a la Constitución. Éste es un argumento (dentro de los jurídicos) entre los menos controvertibles en lo que concierne a la «continuidad del Estado»¹⁶.

La indudable fractura constitucional, por tanto, no vino acompañada de una discontinuidad en el ordenamiento jurídico¹⁷. No es ésta la sede para decidir si tal continuidad ha sido la consecuencia de una cierta impermeabili-

dad de la administración pública o de las propias leyes ordinarias a la ideología fascista (que es la opción que estaría tentado a mantener), más que del hecho de que la vieja Constitución (el Estatuto Albertino y su «vaciamiento» fascista durante el Ventenio) no había llegado en ningún momento a penetrar profundamente en los códigos —también porque era una Constitución «flexible», aparte de que los códigos solo en una pequeña parte eran una implementación de la Constitución y podían derogarla o remodelarla continuamente—. Es cierto que la discontinuidad habría parecido inmediatamente más marcada si la Constitución de 1947 hubiese sido implementada inmediatamente, en vez de ser inaplicada durante largo tiempo¹⁸; también resulta posible encontrar en la así llamada continuidad la consecuencia de la perdurable permanencia de una opacidad democrática de las instituciones del Estado durante el paso del fascismo a la democracia¹⁹.

En todo caso, **la «criminalización» ex post del régimen fascista** y de sus máximos exponentes, vino acompañada de la declaración de ilegitimidad de la República social italiana, sancionada a través del d. lg. lt. de 5 de octubre de 1944, n. 249²⁰, pero no, en cambio, de la del Estado legislativo del ventenio fascista como tal, y ha representado, como dentro de poco veremos, un acto de significado prevalentemente político: **el intento de sancionar de un modo «revolucionario», incluso penalmente, una profunda discontinuidad que, a la hora de su implementación, se demostrará desde el primer mo-**

15. El propio Calamandrei, en el tercer año de vida de «Il Ponte», observando que se estaba produciendo una «restauración» soterrada de las fuerzas del pasado, con la complicidad conjunta del legislador y de los tribunales (amnistía Togliatti, su indulgente aplicación, falta de depuraciones, etc.) dejaba constancia de que la «revolución constitucional» no se había visto acompañada de una revolución económica y social, y que la continuidad legislativa con el pasado «vacía» la potencialidad revolucionaria de la ruptura constitucional introducida. P. CALAMANDREI, *Restaurazione clandestina*, en *Il Ponte*, 1947, 959 ss. V. asimismo A.C. JEMOLO, *Continuità o discontinuità costituzionale nelle vicende italiane del 25 luglio 1943*, en *Rend. Acc. Lincei*, 1947; A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, 211 ss., 222.

16. Cfr. L. PALADIN, voz *Fascismo*, cit., 888. Como recuerda A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., 283, la sensación de que el fascismo, incluso tantos años después de la conquista del poder, no había sido capaz de elaborar y poner en práctica un Derecho propio, una ciencia jurídica propia, y continuase siendo tributario, en este campo tan esencial de la vida del Estado, de la vieja tradición de cuño liberal, representaba para muchos una lacerante humillación y una constante fuente de agrio malhumor.

17. Sobre el bien distinto concepto técnico de *extinción del Estado*, por todos, V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, cit., espec. 395 ss., 405 ss.: la extinción de un Estado es siempre un «hecho», no un acto jurídico, y no se produce por mutaciones internas (p. ej., revoluciones, transformaciones constitucionales), sino por la disolución de sus elementos constitutivos (en particular, soberanía e independencia, pueblo y, sólo en parte, identidad de territorio). En todo caso, a la extinción del Estado le sobrevive muchas veces el Derecho, porque «el Derecho sobrevive incluso al Estado, perpetuándose en los ordenamientos sucesivos» (408).

18. Vid. al respecto, de nuevo la fundamental obra de P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, en AA.VV., *Dieci anni dopo 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Laterza, 1955, 213 ss. (consultable también en la reimpression de Giuffrè, del año 2000).

19. En este sentido, C. PAVONE, *La continuità dello Stato*, cit., 158 s., una obra fundamental, desde el punto de vista histórico, sobre el problema de la continuidad. Sobre el plano iuspublicístico, vid. igualmente, a día de hoy, el amplio estudio de M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica italiana*, cit., sin olvidar por otra parte el clásico estudio crítico de S. LENER, *Le sanzioni contro il fascismo*, Edizioni «La Civiltà cattolica», 1946, que abordaba la idea de la legitimidad del ordenamiento jurídico fascista, contraponiéndola a la tesis de un mero «paréntesis» de ilegitimidad, con una legalidad monárquica (y de su Estatuto albertino) que habría sido restaurada por el Gobierno del Sur en 1943-1944 (*ivi*, 17 ss.).

20. Cfr. M.S. GIANNINI, voz *Repubblica sociale italiana*, cit., 894 ss. Sobre la República social como gobierno de hecho, v. de nuevo M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica italiana*, cit., 131 ss.

mento inidóneo y será progresivamente desechado o abandonado.

La complejidad de las cuestiones no permite un examen analítico —ni mucho menos exhaustivo—, que sería extraño al presente debate. Haciendo una síntesis extrema y limitándonos a los delitos políticos de los fascistas y a los delitos de colaboracionismo, además de a los delitos cometidos por los antifascistas y los partisanos, podríamos decir lo siguiente.

4. Los delitos de creación del fascismo, de actos relevantes de apoyo al mismo y de colaboracionismo: normas penales en parte nuevas y retroactivas, con fiadas a Tribunales especiales

En lo que respecta a los **delitos políticos y no políticos** cometidos por los fascistas durante todo el tiempo del régimen y después durante la guerra, se introdujeron **normas penales en parte retroactivas** dirigidas a sancionar los delitos cometidos, sea por los dirigentes del Partido y del Gobierno fascista, sea por aquellos que se adhirieron de un modo señalado durante el Ventenio, sea por aquéllos que colaboraron con los nazis, fuera o dentro de la República de Saló, tras el 8 de septiembre de 1943.

En particular, tras el r. d. de 26 de mayo de 1944, que introducía ya la «punición de los delitos y de los ilícitos del fascismo», el posterior d. lg. lgt. de 27 de julio de 1944, intitulado «Sanciones contra el fascismo» y que recopilaba diversas fuentes normativas emanadas por el Gobierno del Sur, establecía en su art. 2: «*los miembros del gobierno fascista y los jefes del fascismo, culpables de haber anulado las garantías constitucionales, destruido las libertades populares, creado el régimen fascista, comprometido o traicionado la suerte del País, conducido a la actual catástrofe, serán castigados con la cadena perpetua y, en los casos de responsabilidad más graves, con la muerte. Serán juzgados por una Alta Corte de Justicia compuesta por un presidente y por ocho miembros, nombrados por el Consejo de Ministros entre altos magistrados, en servicio o en excedencia y entre otras personalidades de rectitud intachable*»²¹. Podría decirse que con esta norma, que castigaba la «**creación del fascismo**», después tenida por inoperante, por la Alta Corte de Justicia, en el tiempo entre la marcha hacia Roma (28 de octubre de 1922) y el golpe de Estado de 3 de enero de 1925, se aplicaba en sustancia el delito de «alta traición» previsto en la época de los hechos en el art. 118, número 3 del Código Zanardelli. Sin embargo, el Código Zanardelli no preveía, en general, ni la pena de muerte ni la cadena perpetua para estos casos, sino solo la «prisión no inferior a doce años». Además, es obvio que a nadie, durante el «ventenio fascista» se le habría pasado por la cabeza aplicar las normas del Código Zanardelli, no tanto porque habían sido formalmente abolidas y sustituidas por el Código Rocco (que

además incluía también la alta traición), cuanto porque existía la opinión común de que existía un régimen político legítimo, aunque basado en algunas fases revolucionarias, y querido por los italianos, al menos hasta la entrada en la guerra. Y, por tanto, precisamente por ello, calificar en 1944 como alta traición el resultado de aquéllo que para el anterior régimen era, en cambio, la gloria de la revolución fascista, constituía evidentemente una calificación jurídica completamente novedosa.

Existían después los **delitos menos graves**, para quienes organizaron el *escuadrismo* y para quienes participaron en la marcha sobre Roma y en el golpe de Estado de 3 de enero de 1925, siendo en este caso de cumplida aplicación las normas del Código Zanardelli vigente en la época de los hechos (art. 3 d. lg. lgt. n. 159/1944 citado). Entre estos delitos, por otra parte, el ámbito punible se extendía al delito político de «**actos relevantes**» de apoyo al fascismo es decir, la conducta sucesiva al golpe de Estado de 3 de enero de 1925 de aquéllos que «han contribuido con actos relevantes a mantener en vigor el régimen fascista», a los cuales se aplicaba, igualmente, el régimen sancionador previsto en el art. 118 del Código Zanardelli para la alta traición. La norma era obviamente nueva, absolutamente retroactiva y suponía una «culpa» por haberse adherido —aunque solo fuese eso— al fascismo con actos relevantes destinados a «mantenerlo en vigor», una vez que aquél ya se había consolidado «pacíficamente» en el país. Este art. 3 aquí comentado se cerraba con una disposición (apartado 3) fundada, en cambio, en la rigurosa aplicación del principio *tempus regit actum*, para los restantes delitos cometidos por «motivos fascistas» o «aprovechándose de la situación política creada por el fascismo».

El art. 5 del citado d. lg. lgt. n. 159/1944 preveía, por su parte, el **delito de colaboracionismo**, así formulado: «*Quien, con posterioridad al 8 de septiembre de 1943, haya cometido delitos contra la fidelidad o la defensa militar del Estado, mediante cualquier forma de inteligencia o correspondencia o colaboración con el invasor alemán, prestándole cualquier clase de ayuda o de asistencia, será castigado de acuerdo con las disposiciones del código penal militar de guerra*».

Si bien la norma parecía, en principio, una ley penal en blanco que dejaba en manos de Tribunales especiales (las Corti straordinarie d'Assise: *vid. infra*) un enorme poder para sancionar a los opositores políticos de la Italia antifascista, según la interpretación que se consolidó en los años sucesivos, aquélla debía reconducirse al principio de legalidad, por cuanto contenía fundamentalmente preceptos destinados a ser completados mediante un *reenvío implícito* al Código penal militar de guerra y también al de paz, resultando completamente innovadores (y también en parte retroactivos) solo en lo que respecta a sus sujetos activos y a una disposición sancionadora igualmente innovadora y peyorativa²².

21. El texto, con oportunas anotaciones de naturaleza técnico-jurídica, también en E. BATTAGLINI/G. VASSALLI, *La nuova legislazione penale*, vol. I, cit., 126 ss.

22. Para esta lectura, cfr. G. VASSALLI, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., 70 ss.

Revista Penal

La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica...

La parte del precepto que hacía referencia a los «delitos contra la fidelidad o la defensa militar del Estado» no era nueva, en el sentido de que ésta hacía una **referencia implícita** a las normas de **código penal militar de paz** (y a los delitos del Código penal a los que éste hace referencia), pero sobre todo a las normas del **código penal militar de guerra** que **preveían delitos de «infidelidad política» y contra la «defensa militar» del Estado** (arts. del 77 al 102 del c.p.m.p. y del 47 al 93 del c.p.m.g.).

Se trataba, en concreto, entre otros muchos delitos, de aquéllos de ayuda al enemigo (art. 51 c.p.m.g.), inteligencia o correspondencia con el enemigo (art. 54 c.p.m.g.), ayuda al enemigo en sus pretensiones políticas (art. 58 c.p.m.g.), ayuda o pase de información a espías u otros agentes enemigos (art. 62 c.p.m.g.) y de los delitos de alta traición (art. 77 c.p.m.p., que reenviaba a varios tipos de atentados y delitos políticos y contra el Estado del Código penal: de los atentados contra la unidad del Estado a los delitos de devastación, saqueo, estragos, atentados contra el presidente de la República, contra la Constitución, delitos de vilipendio etc.).

Lo innovador del art. 5 del d. lg. lgt. n. 159/1944 estribaba en **la extensión a todos, incluso a los ciudadanos privados, de los delitos allí previstos solo para los militares**: una extensión que tenía **carácter retroactivo** para los hechos cometidos tras el 8 de septiembre, así como la **fiel extensión** —asimismo retroactiva— a aquéllos de las **sanciones previstas para los militares** en el **código penal de guerra**, que eran mucho más graves y que preveían **incluso la pena de muerte**, excluida, en cambio, en el Código penal común aplicable a los no militares.

Pero no solo eso. **La verdadera innovación, desde el punto de vista de los preceptos**, fue introducida mediante el posterior **d. lg. lt. de 22 de abril de 1945, n. 142** que introducía en su art. 1 una serie de **presunciones** (pensadas en un principio como) ***iuris et de iure* de colaboracionismo** en el caso de aquellos que hubiesen desempeñado determinados cargos o puestos: ministros o subsecretarios de Estado, presidentes o miembros del Tribunal Especial para la Defensa del Estado o de los Tribunales extraordinarios, o fiscales en dichos órganos, jefes de provincia o secretarios o comisarios federales, directores de periódicos políticos, oficiales superiores con funciones político-militares. Todos colaboracionistas *ex lege*. Ello significaba que no se era colaboracionista solo por haberse adherido a la República social italiana o pertenecer a las Brigadas negras: tal mera pertenencia no se presumía como un «delito de posición», sino que también se hacía referencia a cargos inferiores a los arriba mencionados, debiéndose investigar, en tal caso, actos más específicos entre los indicados en el art. 5 del d. lg. lgt. n. 159/1944.

El art. 6 del d. lg. lgt. establecía que para los delitos fascistas punibles con pena superior a tres años no podía ser invocada la prescripción del delito o de la pena, y quedaban sin aplicación las amnistías concedidas con anterioridad, que venían revocadas aunque ya hubiesen sido aplicadas.

El art. 9 ordenaba la confiscación de los bienes de todos los colaboracionistas.

En cuanto a la competencia, el art. 2 del d. lg. lgt. n. 159/1944 creaba una **Alta Corte de justicia**, a ser nombrada políticamente por el Consejo de Ministros (es decir, en realidad, por el CNL) y compuesta tanto por togados como, en la práctica, por jueces populares, destinada a juzgar los delitos políticos de creación del fascismo. Dicho órgano será regulado por el sucesivo d. lg. lgt. de 13 de septiembre de 1944, n. 198. La Alta Corte, sin embargo, estuvo en funcionamiento hasta d. lg. lgt. de 5 de octubre de 1945, n. 625, a partir del cual se mantuvo en funcionamiento solo para los juicios sobre el cese de los senadores, mientras que se transformó, en lo que respecta a las competencias penales, en una sección especial de la Corte d'Assise.

En cuanto a los restantes delitos de «actos relevantes» y de colaboracionismo, tras un período en el que se utilizaron las Corti d'Assise ordinarie (d. lg. lgt. de 6 de agosto de 1944, n. 170), se crearon en las capitales de provincia las **Corti straordinarie d'Assise** (c.s.a.) mediante d. lg. lt. de 22 de abril de 1945, n. 142. La mayor parte de sus componentes, jueces populares, eran nombrados por los CNL: una lista de 100 ciudadanos por cada provincia, de la que el Presidente del Tribunal individuaba una lista de 50, en el marco de la que se extraían por sorteo los 4 jueces populares (a los que se añade el Presidente del Colegio) para cada Corte d'Assise.

A partir de octubre de 1945, vista la intolerable disparidad de criterio entre las diversas Corti d'Assise, estos Tribunales serán suprimidos y sus competencias vendrán encomendadas, al igual que en el caso de la Alta Corte de Justicia, a sesiones especiales de las Corti d'Assise ordinarie²³. La actividad de tales sesiones especiales fueron prorrogadas hasta el 30 de junio de 1948. A partir de esa fecha, los eventuales juicios pasaron a ser competencia de la justicia penal ordinaria y, señaladamente, de la militar.

Mientras que no se admitía ningún medio de impugnación contra las sentencias de la Alta Corte de Justicia (art. 9 d. lg. lgt. 198/1944), las decisiones de las Corti d'Assise straordinarie eran recurribles en casación (art. 16 d. lg. lgt. 142/1945).

A través del mismo d. lg. lgt. n. 159/1944 se establecieron las normas sobre la depuración de los fascistas de la administración (art. 11 y ss.): para intentar eliminar de la administración pública y, después, incluso de las empresas, direcciones de periódicos etc. a aquéllos que más

23. Vid. con detalle la Circular de 31 de octubre de 1945, n. 3109, del Ministerio de Gracia y Justicia, citada en E. BATTAGLINI/G. VASSALLI, *La nuova legislazione penale*, vol. I, cit., 215 s., en nota al d. lg. lt 5 ottobre 1945, n. 625.

se hubiesen comprometido con el régimen fascista se creó el Alto Comisario para las sanciones contra el fascismo (art. 40 y s.). Estas últimas disposiciones sufrirán numerosas modificaciones e integraciones.

5. La tesis de Calamandrei contra Jemolo: ¿mejor las leyes retroactivas que la guerra civil?

Inmediatamente después de la aprobación de las sanciones contra el fascismo se produjeron algunas reacciones por parte de los juristas²⁴. «Civiltà cattolica» la definió como «una estafa a todas las leyes establecidas»²⁵. También Benedetto Croce se opuso a las leyes retroactivas²⁶. Arangio-Ruiz, el gran romanista, que era Ministro de Justicia y sostenía de un modo más amplio y explícito, entre otras cosas, la legitimidad jurídica del Estado fascista, fue dejado en minoría²⁷.

Entre los juristas que debatieron públicamente sobre la cuestión, merecen ser recordadas las posiciones contrapuestas de Arturo Carlo Jemolo y de Piero Calamandrei, quienes, sin embargo, teóricamente «estaban de la misma parte». El breve debate tuvo lugar en las páginas de la Revista «Il Ponte».

Jemolo sostenía la tesis *políticamente correcta*, la única suscribible por un penalista y, diríamos hoy, desde un punto de vista constitucional (Jemolo, como es bien sabido, era un estudioso del Derecho canónico y eclesiástico y de Historia de la Iglesia²⁸): bien consciente del inmenso dolor producido por los muertos bajo el puñal o la porra, en guerras sin gloria e inútiles, en el exilio, en prisiones llenas de personas condenadas por sentencias políticas injustas del Tribunal para la Defensa del Estado, consciente del sentimiento de venganza del ciudadano común, Jemolo recordaba que era preciso saber «resistir al hombre de a pie»*, que no «se compensa el dolor con el dolor» y que la ley penal no puede ser retroactiva. A su amigo Calamandrei, por tanto, le re-

cordaba que el gobierno fascista no era un gobierno ilegal como el de la República de Saló, pues todos reconocieron, en el Ventenio, su legalidad; que no era en absoluto «revolucionaria» aquella justicia retroactiva y bastante poco ciega, al estar orientada a elegir a unos pocos para imponerles penas ejemplares y a efectuar una depuración, desde el punto de vista administrativo, movida por el rencor del «colega ayer superado» o la «codicia del aspirante al puesto».

Al publicar esta serena, aunque abatida, intervención, el director de la revista, Piero Calamandrei, replicaba en una «apostilla» a pie de página²⁹.

Las leyes contra el fascismo, decía Calamandrei, son justificables no solo desde el punto de vista político, sino también desde el propiamente jurídico. El principio «nullum crimen sine previa lege», de hecho, podía y debía ser compensado con otro principio «todavía más esencial», en cuanto que condición todavía más indispensable para cualquier convivencia civil: «aquel que prohíbe a los individuos tomarse la justicia por sí mismos. Y cuando la tensión política es tal que sin la intervención del Estado las venganzas sociales desembocarían en una guerra civil, puede pensarse que incluso el dogma de la irretroactividad de las leyes deba, por fuerza, pasar a un segundo plano»³⁰.

Estas consideraciones son después corroboradas con argumentos jurídicos, pero se mantienen en efecto entre las más fuertes.

Los argumentos de Calamandrei son, de hecho, dos. El primero evidenciaba que la ruptura violenta del orden constitucional, cometida por quien instauró en Italia el fascismo, era un delito gravísimo para las leyes de su tiempo, aunque en el momento de los hechos no estaba vigente la pena de muerte, que en 1944 se quiso reintroducir solo para los fascistas. El otro argumento, según Calamandrei, reside en la idea de que «el principio de irretroactividad de la ley penal debe valer en el interior del ordenamiento jurídico en el que se reconoce, pero no pue-

24. El «manifiesto de los juristas» suscrito un mes después del decreto de 27 de julio de 1944 por 19 profesores universitarios pertenecientes a «diferentes tendencias políticas» en el que se censuran las normas retroactivas contenidas en aquellas disposiciones, puede leerse en S. LENER, *Le sanzioni contro il fascismo*, cit., 89-90. Al respecto *vid.* también A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, cit., 332 y nota, y en general la reconstrucción realizada por H. WOLLER, *I conti col fascismo*, cit., 159-169.

25. *La Civiltà cattolica*, 15 de diciembre de 1945. El citado libro de S. LENER, *Le sanzioni contro il fascismo*, constituye una eficaz y aún hoy sugestiva exposición de la tesis de la ilegitimidad de las sanciones retroactivas, aunque desde la perspectiva de su interpretación «neousnaturalista», dirigida a demostrar que la retroactividad es aparente si se han violado principios de Derecho natural: lo que, entre otras cosas, no debía, según Lener, conducir a la aplicación de sanciones retroactivas en el caso de quien hubiese considerado *de buena fe* que el Estado fascista primero y la República social después eran legítimos. De todos modos, en cuanto al Estado fascista, éste debía ser considerado, según Lener, completamente legítimo, a diferencia de la República social.

26. Lo recuerda en sus diarios de guerra (ya publicados en parte con el título B. CROCE, *Quando l'Italia era tagliata in due. Estratto di un diario (luglio 1943-giugno 1944)*, Laterza, 1948, ahora reeditados con los diarios sucesivos, hasta diciembre de 1945: B. CROCE, *Taccuini di guerra*, Adelphi, 2004: cfr. las págs. 136-139 (4 y 11 de mayo).

27. Cfr. WOLLER, *I conti col fascismo*, cit., 160-162.

28. A.C. JEMOLO, *Le sanzioni contro il fascismo e la legalità*, en *Il Ponte*, 1945, 277 ss.

* [N. del T.] En el original, «resistere all'uomo della strada».

29. *Il Ponte*, 1945, 285 s.

30. Nótese que el mismo argumento, a favor de la retroactividad, era mantenido por el Presidente de sección del Tribunal de Casación, Ettore Casati, ex Ministro de Justicia del primer gobierno Badoglio y autor del primer borrador de las leyes antifascistas y de depuración: lo recuerda B. CROCE, *Taccuini di guerra*, cit., 135.

Revista Penal

La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica...

de ser invocado sin contradicción en defensa de quien ha rechazado y destruido tal ordenamiento y se ha colocado fuera de él»³¹.

La tesis de la vigencia de la prohibición de la retroactividad solo en el interior del mismo ordenamiento político es sugerente, pero desconoce el valor hoy constitucional-internacional del principio. Por otra parte, razonando así, cualquier sanción habría sido aplicable a los fascistas, no solo en nombre del ordenamiento que éstos habían contribuido a sustituir, sino también del nuevo ordenamiento instaurado por los que los habían derrotado. Además, el propio fascismo no había aplicado nunca leyes penales retroactivas e Italia estaba a punto de introducir a nivel constitucional la prohibición de retroactividad de la ley penal (art. 25 párrafo 2 de la Constitución de 1947), un principio considerado «sagrado» en el sucesivo debate.

Precisamente el tiempo entre 1944 y 1946, podría parecer una suerte de «zona franca», una época revolucionaria, suspendida entre dos legalidades interrumpidas: la de la Monarquía y el Estado fascista primero y la de la República después. Pero entonces, en realidad, se trataba de esto: de una «justicia revolucionaria», ante la cual incluso la prohibición de la retroactividad quedaba relegada a un «tabú». Así era en la «conciencia» de los hombres que actuaban contra aquel principio, pero solo en aquellos años, del 1944 al 1946: una justicia «temporal» e «histórica»³² y, por tanto, **la prueba legal de una discontinuidad del Derecho público y, en especial, del penal**, la prueba de que el Derecho penal «normal» no habría sido capaz, así pues, de resolver un conflicto mucho mayor que su potencialidad instrumental, incoercible en los límites que suponen las garantías.

6. La ley de los números (juzgados y asesinados) y las cifras de las decisiones legales

Los números de lo sucedido explican la convicción de Calamandrei sobre la relación entre procesos penales y guerra civil mucho mejor que cualquier comentario ide-

ológico o jurídico: si no podemos decir que tuviese razón —y ciertamente no podemos decirlo—, sí tenía, en cambio, muchas razones.

Las cifras de las matanzas nazifascistas en Italia son, obviamente, aproximativas. Lo son (aunque no en el mismo grado) todas las cifras que siguen, aunque ofrecen una base más objetiva para valorar ese contexto que da una explicación, si no un sentido, a lo sucedido.

En el detallado elenco de Mirco Dondi se cuentan 9.903 víctimas de las matanzas nazifascistas³³. A estos datos, que pertenecen a la guerra civil y no solo a la resistencia, se añaden las víctimas del régimen fascista durante el Ventenio. Aparte de los homicidios y lesiones cometidos por los miembros de escuadrones y camisas negras contra los opositores del régimen, desde el punto de vista legal se producen 4.596 condenas del Tribunal especial para la Defensa del Estado, entre las que se cuentan 3 cadenas perpetuas, 42 condenas a muerte de las que 31 se llevaron a cabo, y 22.735 años de cárcel³⁴.

Además, deben añadirse los homicidios, las agresiones y la violencia cometidos durante la República Social (distintos de las matanzas antes mencionadas), los fusilamientos, las acciones de la Guardia Nacional Republicana, de las Brigadas Negras, de la *X Mas*, las ejecuciones «oficiales» de los *repubblichini*, sin contar, obviamente, en una óptica de responsabilidad política, a quien quiso la guerra —aunque se trató de una decisión suprema tomada en solitario por Mussolini— y también las víctimas de la guerra en sentido estricto: entre las variadas aproximaciones, no parece subestimado un número de más de 400.000 italianos muertos (en el conjunto de la guerra, las fuerzas del Eje perdieron unos diez millones de personas y los Aliados unos cuarenta millones), de los cuales la mitad murió tras el 8 de septiembre, entre los que se cuentan alrededor de 40.000 entre partisanos, fusilados y deportados y cerca de otros 40.000 militares muertos como prisioneros en los campos nazis, aparte de los 40.000 civiles muertos durante los bombardeos anglo-americanos y a los mismos caídos de la RSI³⁵.

31. *Ivi*, 286.

32. Luigi Russo, *Senso giuridico e senso politico*, en *La nuova Europa*, septiembre 1945, después en *Id.*, *De vera religione. Note-relle e schermaglie 1943-1948*, Einaudi, 1949, 92 ss., especialmente 94-97, recordando la polémica entre Jemolo y Calamandrei y tomando parte por este último, dirá que no cree en la justicia jurídica del hombre de leyes, sino sólo en la justicia histórica del hombre justo, siendo la justicia siempre histórica, y no meramente legal (*Op. ult. cit.*, 96). El gran crítico e historiador de la literatura italiana, por aquel entonces director de la Scuola Normale Superiore di Pisa y director de «Belfagor», advertía como una «impresión penosa» el «ver rechazado el cumplimiento y el reconocimiento de un puesto y de un derecho por la cruda y obtusa citación de un artículo cualquiera de la ley, de una artimaña jurídica cualquiera» (*ivi*, 97). A pesar de saber que estaba haciendo «el discurso de un profano», concluía peyorativamente que «el artículo de la ley, o, mejor dicho, la artimaña jurídica, es una protección, una defensa para los desidiosos que no quieren avanzar hacia una solución, hacia la acción política que, además, es el fin último de toda ley particular» (*ivi*, 97).

33. M. DONDI, *La lunga liberazione*, cit., 23, en páginas 24ss se enumeran detalladamente las principales matanzas, con su respectivo número de muertos.

34. A. DAL PONT, A. LEONETTI, P. MAIELLO, L. ZOCCHI, *Aula IV. Tutti i processi del Tribunale speciale fascista*, a cargo de la Associazione nazionale perseguitati politici italiani antifascisti (Anppia), Roma, 1961, 548. Sobre la actividad del Tribunal v. también A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., 101 ss.

35. Cfr. los datos aportados por G. ROCHAT, *Una ricerca impossibile. Le perdite italiane nella seconda guerra mondiale*, en *Italia contemporanea*, 1995, 687 ss.

D o c t r i n a

El juicio unánime de los historiadores que se han ocupado de las sanciones contra el fascismo es que **el programa legislativo de los años 1944-1945 falló a causa del propio legislador y de la magistratura**³⁶. Esto vino acompañado, por otra parte, de una perdurante guerra civil y de la puesta en marcha de purgas antifascistas que tuvieron lugar sobre todo en el Norte de Italia hasta 1946.

Desde el principio, en 1944 y 1945, se asiste a numerosos procesos penales sumarios, políticamente condicionados por una presión psicológica altísima y por un clima de venganza-justicia capaz de condicionar la serenidad y el juicio de las Corti d'Assise straordinarie.

Se había iniciado oficialmente la «caza del fascista»³⁷ y la prensa no dejaba de presentar la justicia legal como el definitivo ajuste de cuentas con el anterior régimen, si no fuese porque la caza «funcionó muy bien» como elemento de venganza privada, de batida, y bastante menos como elemento de justicia asegurada formalmente. Las cifras de las personas simplemente asesinadas entre las que se contaban en el bando fascista, las cuales desempeñaban roles muy distintos, oscila, según recientes estudios, entre las 15.000 y las 20.000³⁸. Solo en el «triángulo de la muerte», es decir, entre las provincias de Reggio Emilia, Ferrara, Modena y Bologna, se han contabilizado 3.976 asesinados individualizados nominativamente³⁹, aparte de las fichas de personas desconocidas y de fosas comunes que describen 550 víctimas no identificadas. Más en general, en el norte de Italia, se presentaron en 1945 denuncias por homicidios (voluntarios o preterintencionales) que presentan unos valores altísimos e incomparables con los habituales: por ejemplo, en Torino 3.200, mientras que en los seis años precentes los valores oscilaban entre los

51 y los 66; 1.749 denuncias en Bologna, 1.239 en Venecia, 871 en Genova⁴⁰.

Se ha recordado que también Francia y Bélgica conocieron una época de depuraciones salvajes después de 1945: «habiendo venido a menos el monopolio estatal del uso de la fuerza, cualquiera podía considerarse con el derecho de tomarse la justicia por su mano, quizá sobre la base de resentimientos y/o convicciones completamente subjetivas. Con la progresiva consolidación de la autoridad estatal, sin embargo, se produjo en todas partes un rápido regreso a la normalidad: no así en Italia, donde, antes al contrario, a pesar de la presencia de una sensible y rápida mejora de la situación, los episodios cruentos continuaron hasta finales de 1945 y aún en el bienio 1947-1948, no habiendo sido la rabia popular y el deseo de venganza del todo aplacados»⁴¹.

Pero no existía solo la venganza antifascista. No existían solo (y emergieron muchos) rencores personales puramente privados. Muchas acciones vinieron determinadas por impulsos políticos inspirados en la pura lucha de clases. Resulta patente que se jugó, en aquellos años, un partido que la izquierda comunista veía como una oportunidad única para la toma de poder por parte de la clase obrera, para una verdadera revolución⁴².

La tentativa falló estrepitosamente, pero no cabe duda de que produjo muchas víctimas. Incluso tuvo una fuerte presencia en la depuración «administrativa», extendiéndose *de facto* a las fábricas, donde los comités de liberación nacional, como pusieron de manifiesto las fuerzas aliadas presentes en el territorio, comenzaron a transformarse en «mild type of Soviets», destituyendo y sustituyendo de sus puestos a los administradores y dirigentes mal vistos⁴³.

36. Entre otras muchas referencias, además de varios artículos aparecidos sobre la cuestión en «Il Ponte» durante 1946 y 1947 y especialmente P. BARILE, *La magistratura si ribella alle leggi?*, *ivi*, 1947, 1067 ss.; M. BRACCI, *Il fallimento dell'epurazione*, *ivi*, 1947, 1075 ss.; P. CALAMANDREI, *Restaurazione clandestina*, cit., 959 ss., cfr. A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica*, cit., 321 ss., 338 ss., 351 ss.; M. DONDI, *La lunga liberazione*, cit., 56 ss.; R. CANOSA, *Storia dell'epurazione*, cit., 341 ss.; C. PAVONE, *La continuità*, cit., 123 ss.; H. WOLLER, *Die Abrechnung mit dem Fascismus*, tr. it. *I conti con il Fascismo*, cit., 437 ss.; M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, cit., 141 ss.

37. Una eficaz representación en M. DONDI, *La lunga liberazione*, cit., 31-56 y en H. WOLLER, *Die Abrechnung mit dem Fascismus*, tr. it. *I conti con il Fascismo*, cit., 365 ss., 373 ss. y más recientemente en G. CRAINZ, *La giustizia sommaria in Italia dopo la seconda guerra mondiale*, en AA.VV., *Storia, verità e giustizia*, a cura di M. Flores, Bruno Mondadori, 2001, 162 ss.

38. El dato en G. PANSA, *Il sangue dei vinti*, Sperling & Kupfer, 2003, 370 s.

39. G. PISANÒ/P. PISANÒ, *Il triangolo della morte. La politica della strage in Emilia durante e dopo la guerra civile*, Mursia, 1992, 407, en págs. 408 ss., el elenco nominativo de los desaparecidos o probadamente asesinados. En el libro que se le contrapone desde el bando partisano —N.S. ONOFRI, *Il triangolo rosso*, Sapere 2000, 2007— en pág. 62 se individualizan algunos errores, pero la sustancia del elenco no queda desvalorizada.

40. Los datos en H. WOLLER, *Die Abrechnung mit dem Fascismus*, tr. it. *I conti con il Fascismo*, cit., 375.

41. H. WOLLER, *I conti con il Fascismo*, cit., 383.

42. M. DONDI, *La lunga liberazione*, cit., 163 ss., 183 ss.; U. WOLLER, *I conti con il Fascismo*, 365 ss.; C. PAVONE, *La continuità dello Stato*, cit., 89-105. Sólo en los años 50, se comenzó a superar en el Partido Comunista Italiano la concepción de la violencia como instrumento esencial de lucha revolucionaria, de acuerdo con las tesis mantenidas en su interior, emblemáticamente, por Pietro Secchia. *Vid.* específicamente sobre esta cuestión, M. DONDI, *Op. ult. cit.*, 184 ss.

43. Lo recuerda H. WOLLER, *I conti con il Fascismo*, cit., 376, con referencia específica a cuanto sucedió en Torino: «decenas de propietarios, de dirigentes industriales y de altos cargos de la administración fueron obligados a marcharse, mientras que se contaron por miles los despidos entre los dirigentes y los cuadros a los que los trabajadores hostigaban por motivos que eran prevalentemente, aunque no exclusivamente, políticos. En todas partes, sus puestos son cubiertos por administradores de confianza de la

Revista Penal

La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica...

En lo que respecta al plano legal, en noviembre de 1945 había 21.454 procesos pendientes, y los condenados serán, al final, 5.928, de los cuales 334 lo son en rebeldía. Las condenas a la pena capital serán, al final, 259, de las cuales 91 serán llevadas a cabo. Para los otros 168 habrá indulto, condonación, medidas de gracia...

De los 5.594 condenados sin ser en rebeldía, 5.328 fueron excarcelados anticipadamente por amnistía, indulto, gracia o libertad condicional. En fecha enero de 1953 había todavía 266 presos⁴⁴.

Sin embargo, la gestión jurisprudencial de las «leyes contra el fascismo» no contribuyó, ciertamente, a serenar los ánimos, a juzgar por la frecuencia y extensión de pronunciamientos sustancialmente absolutorios, tenidos por injustos e intolerables por las formaciones antifascistas.

Es éste, en lo que respecta a la experiencia italiana, el aspecto más increíble y contradictorio del caso, en el que confluyeron el ajuste de cuentas tras la Guerra Civil y la valencia política indulgencialista de la respuesta judicial, con el inusitado nexo de unión que supuso la amnistía Togliatti.

7. La respuesta penal *in action*: del rigor vindicativo a la indulgencia generalizada. Las razones silenciadas

El d. lg. lt. 159 de 1944 tuvo una aplicación diferenciada, pero sobre todo una inaplicación progresiva, porque, mientras que algunas de sus disposiciones fueron constantemente inaplicadas, otras lo fueron solo progresivamente, a causa de sucesivas medidas.

Solo algunos ejemplos⁴⁵:

ART. 2 («CREACIÓN DEL FASCISMO»): La jurisprudencia del Tribunal de Casación, en primer lugar, comenzó a revisar las normas del art. 2, las más odiosas por ser radicalmente retroactivas y de naturaleza político-constitucional. El delito de «creación del fascismo» allí previsto, que habría debido conducir a la cadena perpetua o a la pena de muerte a los ministros y jefes del fascismo, viene confiado a la Alta Corte de Justicia, contra cuyas decisiones no habría debido admitirse ningún medio de impugnación a tenor del art. 9 d. lg. lt. 198/1944. Sin embargo, el Tribunal de Casación introdujo en sus *Sezioni Unite* el criterio de la impugnabilidad en todos los casos de decisiones viciadas de incompetencia y abuso de poder⁴⁶.

Por esta vía, se llegó a la anulación de parte de las disposiciones de la sentencia de la Alta Corte de 12 de marzo de 1945 contra algunos de los imputados por el homicidio de los hermanos Roselli; imputados de los que, por otra parte, uno estaba en paradero desconocido y otro huyó durante el proceso.

La sentencia de las *Sezioni Unite* de anulación parcial llevó posteriormente a la incongruencia de la extensión de la cosa juzgada a otros coimputados, que será eliminada por una medida legislativa *ad hoc* de 17 de mayo de 1947, con posterior absolución por parte del Tribunal de reenvío (Corte d'Assise de Perugia, 14 de octubre de 1944)⁴⁷.

En 1948, finalmente, también las *Sezioni Unite* civiles se consideraron competentes para revisar disposiciones de la Alta Corte (en materia de cese de cargos) y anulaban sin reenvío las ordenanzas sometidas a su examen⁴⁸.

Más en general, de los 99 juzgados, los a la postre condenados fueron 31 y casi todas las condenas impuestas fueron dejadas sin efecto por la amnistía de 1946. Esto

Resistencia». Más adelante, prosigue: «Torino, por otra parte, no constituyó una excepción, y en la primavera de 1945 hechos similares sucedieron en toda la Italia septentrional. Por todas partes se abrió la veda de los fascistas y los colaboracionistas... Incluso en los hospitales, en las salas de los tribunales y en las cárceles, los fascistas y colaboracionistas no estaban seguros» (ivi, 378). «Basta pensar en el caso Schio, donde, a comienzos de julio, 15 partisanos irrumpieron en una cárcel y mataron a sangre fría a 54 fascistas... En pocas palabras: entre el verano y el otoño de 1945 fueron víctimas de la depuración «salvaje» también muchos religiosos, funcionarios de los partidos moderados e industriales, dado que aquélla acabó por tener, respecto a la primavera, una impronta decididamente más «de clase» (ivi, 384). Sobre los despidos ilegales en masa, v. de nuevo H. WOLLER, *I conti con il Fascismo*, cit., 397 ss.; sobre los asaltos a las cárceles en la incertidumbre de la justicia oficial, M. DONDI, *La lunga liberazione*, cit., 142 ss.

44. Los datos están extraídos de una nota del jefe de gabinete del ministro de Gracia y Justicia, referida en R. CANOSA, *Storia dell'epurazione*, cit., 451 s.; cfr. también M. DONDI, *La lunga liberazione*, cit., 48. Para otras cifras, levemente divergentes, pero unívocas a la hora de indicar que la actividad de los procesos y condenas (incluso a la pena capital) fue máxima en los primeros meses de funcionamiento de las Corti d'Assise, es decir, en la primavera-verano de 1945, cfr. M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, cit., 23. La comparación con otros países europeos, donde las condenas y ejecuciones fueron más significativas (v. p. ej. M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, cit., 253 ss.), es sugerente: dejando a un lado España, que conoció una experiencia de distinto significado político, en ningún país europeo, de Francia a Holanda, Noruega o Austria hubo una guerra civil como la italiana. Estas comparaciones, además, que claman por un «escándalo» de *perdonismo* nacional, deben tener en cuenta la «justicia de la plaza», la «venganza privada» y las ejecuciones sumarias, que conducen a un balance bien distinto acerca del número de los «ajusticiados» (sic). Otra cuestión que nadie ha investigado hasta hoy es la de la relación causa-efecto entre el fenómeno legal y los de «plaza» o de «bandas».

45. Para una reseña detallada, reenvío especialmente a los citados escritos de VASSALLI, BATTAGLIA, BARILE/DE SIERVO, VINCI-GUERRA y FRANZINELLI.

46. A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica*, cit., 355.

47. Sobre este caso, vid. la reconstrucción complementaria de A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica*, cit., 355 s., y M. DONDI, *La lunga liberazione*, cit., 32 s.

48. Referencias en S. VINCIGUERRA, voce *Fascismo III, Sanzioni contro il fascismo*, cit., 905 y «de primera mano» en el citado escrito de 1947 de P. BARILE, *La magistratura si ribella alle leggi?*, cit., 1072.

D o c t r i n a

puede resultar sorprendente, porque la amnistía de 1946 no se aplicaba a los delitos previstos en el art. 2 del d. lg. lt. 159/1944. Sin embargo, el hecho es que el art. 2 es tenido en cuenta en pocos casos, porque en la mayoría de ellos el delito viene degradado al del art. 3, es decir, al de «actos relevantes», sujeto a los efectos de la amnistía (salvo en el caso de participación en estragos, homicidios etc., aunque la jurisprudencia, como veremos, llegó a excluir el concurso *ex art.* 116 c.p., cuando se hubiese verificado un evento distinto del querido por los participantes, llegando a exigir, incluso, dolo intencional-directo para excluir la aplicación de la amnistía).

Las razones de la «degradación» del art. 2, que *de facto* comportó una desaplicación de la norma más política del conjunto normativo de 1944, estriban en su formulación. Requería ser culpable de haber «anulado las garantías constitucionales, destruido las libertades populares, creado el régimen fascista, comprometido o traicionado la suerte del País, conducido a la actual catástrofe», condiciones que, de requerirlas todas juntas, solo Mussolini habría podido responder de él. Se comenzó, por ello, a exigir o que los imputados hubiesen actuado antes del 3 de enero de 1925 (porque después el fascismo estaba ya en el poder) o que en todo caso aquéllos hubiesen ocasionado culpablemente todos aquellos eventos: hecho de ardua comprobación⁴⁹.

ART. 3 (ACTOS RELEVANTES DE APOYO AL FASCISMO): También esta disposición fue depotenciada en vía hermenéutica. Dado que castigaba a quienes «han contribuido con actos relevantes a mantener en vigor el régimen fascista» y dado que era completamente retroactiva, razones de inseguridad jurídica y de reserva mental convergían en hacer posible su vaciamiento, incluso antes de la amnistía de 1946. En particular, esto se llevó a cabo mediante la exigencia de una «particular eficiencia causal» de los actos (no bastando haber sido ministros, secretarios nacionales del partido o jefes de la Ovla —la policía secreta del régimen— ni haber desempeñado cargos «técnicos», sino que debían ser solo políticos y, entre éstos, solo con actividades de relevancia nacional), debido a que demasiados italianos, incluidos los jueces populares de las *Assisi*, habían seguramente aportado una contribución genérica a mantener en vigor el régimen durante un ventenio en el que el fascismo había obtenido un gran consenso⁵⁰. Todo ello constituyó, por tanto, un beneficio para los propios altos jerarcas y para los que se adhirieron al fascismo, pero a un bajo nivel (*vid. infra* acerca de la amnistía).

ART. 5 (COLABORACIONISMO CON EL INVASOR ALEMÁN): Esta norma era la que más interesaba a la mayor parte de los italianos respecto de conductas realizadas tras el 8 de septiembre. Aquí tenían cabida actos de delación, ayuda económica o asistencia técnica al enemigo, torturas a partisanos o civiles, participación en Tribunales especiales de la RSI, deportaciones de judíos, batidas, incendios o destrucciones más allá de las necesidades bélicas, pelotones de ejecución asesinando a civiles o partisanos, incluso en un número superior a las pérdidas sufridas etc. Todos ellos, hechos a los que, como hemos visto, se les aplicaban las normas y las penas del Código penal militar de guerra.

Incluso antes de que estos delitos fuesen eliminados por la amnistía de 1946 (salvo para los delitos de homicidio, estragos etc., como se dirá), las Cortes habían ya encontrado el modo de realizar una lectura fuertemente restrictiva, tan necesaria como parecía necesario para no implicar a cantidades impresionantes de italianos que, en el territorio de la República social italiana, habían realizado aunque solamente fuese una aportación indirecta, proporcionando noticias, asistencia etc.⁵¹. Por supuesto, no era suficiente la mera afiliación al partido fascista republicano o el enrolamiento en las brigadas negras. Por supuesto, prevaleció la tesis de que no se habían creado figuras penales del todo nuevas, de suerte que los tipos debían reenviarse a los ya citados artículos de los códigos penales militares de guerra. Sin embargo, sería suficiente incluso una forma indirecta cualquiera de ayuda, en el significado usual (pero siempre problemático, hasta nuestros días...) de la participación «extendida» de personas en hechos colectivos, actos preparatorios etc.⁵². Por tanto, las potencialidades aplicativas que la jurisprudencia habría podido conferir a la norma eran notables. Sin embargo, prevaleció una dirección de signo completamente opuesto, pero solo tras algunas aplicaciones inicialmente muy rigurosas, que, precisamente por ello, dieron ocasión a una «reacción» radical de signo contrario. Se sentía sobre todo, en la población, la exigencia del castigo de los jefes⁵³. Por ello, se había introducido la «presunción de colaboracionismo» a la que hacía referencia el citado art. 1 del d. lg. lt. 142 de 1945 para quienes hubiesen desempeñado ciertos cargos⁵⁴. La presunción absoluta, sin embargo, atentaba contra los más elementales principios del Derecho penal y fue rechazada por toda la cultura jurídica de su tiempo⁵⁵. A pesar de ello, la jurisprudencia, en los primeros tiempos, la siguió con rigor, no admitiendo prueba en contrario: quien había desempeñado los cargos indicados

49. Sobre ello, cfr. A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica*, cit., 335-337; P. BARILE/U. DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, cit., 545.

50. En estos términos, A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica*, cit., 341.

51. Sobre la relevancia de las «formas indirectas», cfr. E. BATTAGLINI/G. VASSALLI, *La nuova legislazione penale*, vol. I, cit., 134.

52. G. VASSALLI, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., 73-75.

53. V. de nuevo, sobre este punto, la iluminante reconstrucción de A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica*, cit., 342 ss.

54. Insuperado y detalladísimo el comentario de G. VASSALLI, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., 227 ss.

55. De Manzini a Delitala, de Nuvolone a Bettiol, a Saltelli, Petrocelli, Grispiigni, Pannain, Vassalli etc. Cfr. de nuevo G. VASSALLI, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., 232 ss.; y P. BARILE/U. DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, cit., 548.

Revista Penal

La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica...

en la ley era presunto colaboracionista *iuris et de iure* e incluso la obediencia a las órdenes de un superior no valía como eximente.

Emergieron, sin embargo, casos palmarios: un valiente abogado, plenamente de acuerdo con los partidos antifascistas del norte y bajo encargo del CLN, consiguió ser nombrado Fiscal en el Tribunal Especial fascista de la RSI en Lombardía; sin haber en ningún momento sostenido una acusación, había logrado provocar una serie de excarcelaciones y confortar continuamente a detenidos políticos. Desde ese momento, todos comenzaron a entender la presunción como relativa, al menos en el sentido de que la norma exigía el efectivo ejercicio de las funciones inherentes a los cargos desempeñados, pero, además, con voluntad de colaboración. Se abrió, por tanto, en el panorama más amplio de otros elementos del delito de colaboracionismo, una línea interpretativa en el sentido no ya de la corrección hermenéutica de los excesos del legislador, sino en el sentido mucho más decidido de una amplia desaplicación del delito. E incluso las figuras de mayor relieve lograron paradójicamente beneficiarse de la nueva *trend*.

Bastaba, por ejemplo, demostrar haber desarrollado un «doble juego», actuando para la RSI pero con fines antifascistas, y el dolo se venía abajo. En cambio, la demolición del tipo penal de colaboracionismo se incrementó desmesuradamente sobre todo tras la amnistía de 22 de junio de 1946, y a la amnistía se llegó por razones que a menudo no se han dicho en su simple verdad humana.

El hecho es que el clima político en 1946 no era ya el de 1944. Las sanciones contra el fascismo habían tenido un impacto demasiado generalizante, una extensión potencial sobre muchas capas de la población italiana, que había sido simplemente fascista. Poco importa que se tratase de responsabilidad penal o administrativa: se trataba de una compleja lógica despersonalizante de justicia re-

troactiva y «en masa» ya insinuada en las sanciones contra el fascismo⁵⁶. Era una ley que para golpear a un régimen no perdonaba ni siquiera a un pueblo⁵⁷.

8. La «amnistía (y la condonación) Togliatti». Compromiso originario y vaciamiento aplicativo

Escribirá Carl Schmitt en su «Glosario», en julio de 1947: «Solo una amnistía puede poner fin a la guerra civil, no las sentencias de una justicia política dada»⁵⁸. Estas palabras, en efecto, bien habrían podido adaptarse al diseño político de la amnistía Togliatti, decretada solo dos años después de las leyes que habían introducido las «sanciones contra el fascismo».

Sin embargo, el juicio político sobre la amnistía del 1946 está lleno de contrastes. «Sobre el papel» constituye un compromiso entre la línea de Alcide De Gasperi (secretario y jefe de la Democracia cristiana), que había querido «echar fuera a todos los fascistas»⁵⁹, y la de Palmiro Togliatti y de los socialistas, que querían liberar al menor número posible⁶⁰. Su texto, que parece redactado extensamente por el propio Togliatti⁶¹, se resiente de este compromiso. No debe olvidarse que fue escrito justo después del *referéndum* del 2 de junio, en el que venció el sí a la República contra la Monarquía, pero solo con 12.717.923 votos, frente a los 10.719.284 de los monárquicos. No era ciertamente un plebiscito para las corrientes de liberación de matriz comunista, cuyas tendencias revolucionarias, largamente representadas, no querían ser fomentadas por las fuerzas aliadas.

A medio camino entre ambos prevaleció la línea de De Gasperi. De hecho, observando la aplicación y la gestión concreta de la amnistía, la valoración final que hicieron las fuerzas de la «resistencia», es decir, aquella minoría que había querido las sanciones contra el fascismo, fue la de una traición sobrevenida, de un «desistimiento» del Es-

56. Como ha escrito S. LENER, *Le sanzioni contro il fascismo*, cit., 50, a propósito del delito de colaboracionismo: «con semejantes principios, más de treinta millones de italianos podrían ser castigados por colaboracionismo. ¡Aparte de las depuraciones! Inmunes no quedan sino los partisanos (lo que quizá explica el fenómeno del continuo aumento de su número, incluso con la guerra ya finalizada). Todo ello, manifiestamente, no tiene nada que ver con el *Derecho* común. Y ni siquiera con el *sentido* común, podría decirse».

57. Como escribió Mario Bracci en 1947 (M. BRACCI, *Come nacque l'amnistia*, in *Il Ponte*, 1947, 1099 ss.), «un pueblo que había seguido o tolerado un régimen político durante más de veinte años, puede procesar a los hombres individuales por su responsabilidad individual, pero no a sí mismo». Bracci era uno de los 18 ministros del primer Gabinete De Gasperi y participó desde el interior en las labores de redacción de la medida. En este testimonio emergen aspectos de extraordinario significado histórico, comenzando por el papel de los aliados en la gestión de la violencia antifascista y en la «normalización» de Italia que, sea como fuere, había perdido la guerra y estaba todavía sometida al Allied Military Government, según las disposiciones del armisticio «largo» firmado en Malta el 29 de septiembre de 1943 (tras el de Cassibile hecho público el 8 de septiembre de 1943). Esta situación cesará con el Tratado de París de 10 de febrero de 1947, donde Italia suscribe la responsabilidad de haber causado una guerra de agresión y aceptación, como parte derrotada, las cláusulas unilaterales predispuestas por los Estados vencedores.

58. C. SCHMITT, *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Berlín, 1991, tr. it. *Glossario*, Giuffrè, 2001, 357, anotación del día 14 de julio de 1947.

59. Según el juicio crítico de P. NENNI, *Tempi di guerra fredda. Diari (1943-1956)*, Sugarco, 1981, 231 (19 de junio de 1946), citado por DONDI, *La lunga liberazione*, cit., 61 y 216. V. ampliamente también U. WOLLER, *I conti con il Fascismo*, cit., 537 ss.

60. Sobre la gestación de la amnistía v. de nuevo M. BRACCI, *Come nacque l'amnistia*, cit., 1090 ss.

61. *Op. ult. cit.*, 1102.

tado⁶². La «necesidad de justicia» quedará en parte (y, en realidad, en su mayor parte, como veremos) confiada al ajuste de cuentas, puesto que las sanciones contra el fascismo no habían podido asegurar una administración equitativa de aquélla.

Por ello, podemos señalar hoy que si hubo un modelo, éste no funcionó y no tuvo en cuenta el aspecto aplicativo que, como tantas otras leyes italianas de la República, conoció un derecho *in action* profundamente diverso de la ley escrita *in the books*. Veremos inmediatamente que, de hecho, incluso la autodisciplina de una sociedad lacerada por el odio produjo más odios aún sin haber curado los antiguos, de modo que la tarea de la pacificación no puede decirse que haya sido cumplida.

Como se dijo antes (§ 1), la *amnistía para los delitos de colaboracionismo*, promulgada por el d. p. de 22 de junio de 1946, n. 4, había venido precedida de dos importantes medidas: una amnistía relativa (entre otros) a los delitos de los partisanos y de los antifascistas introducida por el R.D. de 5 abril de 1944, n. 96, y una amnistía para los delitos políticos cometidos por los antifascistas durante el fascismo (d. lt. de 17 de noviembre de 1945, n. 719). Esta última amnistía, en particular, cubría incluso los delitos de homicidio, en la medida en que se hubiesen cometido «durante el régimen fascista...en lucha contra el fascismo, o para defenderse de las persecuciones fascistas, o para sustraerse a éstas».

Más en general, la amnistía de junio de 1946 se aplicaba a los **delitos comunes** castigados con pena privativa de libertad hasta 5 años (art. 1), a los **delitos políticos** castigados con pena incluso superior (en este caso, sin limitación salvo las subsiguientes excepciones) siempre que se hubiesen cometido **tras el 8 de septiembre de 1943 y hasta el 18 de junio de 1946**, con reenvío a los órganos jurisdiccionales para la decisión sobre la índole política del delito (art. 5). Y, sobre todo, la medida contenía una importante «contrapartida» para el ministro Togliatti —algo que no debe olvidarse a la hora de realizar un juicio «político» completo sobre cómo operó—, en la medida en que también entraban dentro de tales disposiciones los delitos cometidos por los partisanos, incluidos los de homicidio, siempre que —como se ha recordado— se hubiese cometido este último hasta el 31 de julio de 1945, dentro de las condiciones de la precedente amnistía del decreto n. 719/1945.

El art. 3 del d. pres. n. 4/1946, por su parte, contemplaba una específica amnistía para los delitos de «actos relevantes» y de «colaboracionismo» de acuerdo con los arts. 3 y 5 del d. lg. lt. n. 159/1944, «y por los delitos conexos en el sentido del art. 45 n. 2 del Código procesal penal, salvo que hayan sido cometidos por personas que hayan desempeñado relevantes funciones de dirección civil o política o de mando militar, o se hayan cometido hechos de estragos, sevicias particularmente crueles, homicidio o saqueos», es decir, realizados junto a los delitos de colaboracionismo a los que se referían los arts. 3 y 5 del d. lg. lt. n. 159/1944

La amnistía era igualmente excluida «si los delitos se han cometido con ánimo de lucro» (apartado 3 del d. pres. n. 4/1946)⁶³. Amnistiadas automáticamente, salvo para los altos cargos, fueron también las conductas de organización del escuadrismo, de la marcha sobre Roma del 28 de octubre de 1922 y del golpe de Estado del 3 de enero de 1925.

Un aspecto en absoluto secundario de la concesión de amnistía es que **también contenía un importante indulto**. De hecho, además de la condonación de los delitos comunes (de hasta 3 años de pena privativa de libertad) se introduce en el art. 3 una condonación **también para los delitos políticos** y para aquéllos con éstos relacionados. De igual modo, la propia pena de muerte es conmutada por la de cadena perpetua y ésta por la pena privativa de libertad de 30 años, mientras que las penas superiores a 5 años son reducidas en un tercio y las inferiores son condonadas enteramente.

No es posible, por supuesto, un análisis autónomo de estas disposiciones, que ha sido ya realizado por muchos autores, incluso con especial referencia a la aplicación de la medida⁶⁴.

Algunos ejemplos bastarán:

LOS ALTOS CARGOS: la amnistía no habría debido ser aplicada a quien hubiese desempeñado determinados «altos cargos» (funciones de dirección civil o política, mando militar). La jurisprudencia, en cambio, razonó que si existía el delito de «actos relevantes» que estaba sujeto a la amnistía y si aquél en realidad solo podía ser cometido por altos cargos, necesariamente debería poder aplicarse la amnistía a los otros altos cargos, aunque solo bajo ciertas condiciones⁶⁵. Esto se reveló decisivo incluso para los jerarcas de los primeros momentos del fascismo, quienes

62. De nuevo en 1946, cfr. el editorial de *Il Ponte*, p. 837 s., titulado, precisamente, «desistimiento».

63. Cfr. sobre la medida, en general, GIUS. SABATINI, *L'amnistia politica*, en G. VASSALLI/G. SABATINI, *Il collaboracionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, cit., 523 ss. Desde el punto de vista histórico, cfr. la reconstrucción de H. WOLLER, *I conti con il Fascismo*, cit., 535 ss. Y las reflexiones actuales de M. SALVATI, *Amnistia e amnesia nell'Italia del 1946*, en AA.VV., *Storia, verità e giustizia*, a cura di M. Flores, cit., 141 ss. El primero en plantear la amnistía fue el rey Umberto II, a favor del que Vittorio Emanuele III abdicó en mayo de 1946. Era un movimiento político relevante, porque el sucesivo 2 de junio sería el *referendum* sobre la República. El Ministro de Justicia, Palmiro Togliatti, ganó tiempo y consiguió aplazar la medida hasta después del *referendum*.

64. Me remito de nuevo a los citados escritos de GIUS. SABATINI, A. BATTAGLIA, BARILE/DE SIERVO y FRANZINELLI.

65. Sobre tal razonamiento, *vid.* sintéticamente, A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica*, cit., 350 s.; P. BARILE/U. DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, cit., 553 s.

Revista Penal

La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica...

deberían responder del delito político de creación del fascismo (art. 2 d. lg. lt. 159/1944), el cual, viniendo por lo general «degradado» al de actos relevantes (art. 3 d. lg. lt. 159/1944), podía igualmente entreabrir la puerta a la amnistía, como sucedió en muchos casos clamorosos⁶⁶.

En cuanto al delito de colaboracionismo (art. 5 d. lg. lt. 159/1944), éste, como sabemos, contenía una presunción de responsabilidad para tales cargos. La jurisprudencia, en cambio, entendió que tales altos cargos —para no beneficiarse de la amnistía— tendrían que haber efectivamente utilizado su cargo para conductas de colaboracionismo, superando así la presunción absoluta, que era ilegítima. De este modo, por otra parte, se hizo posible la amnistía también por del delito de «actos relevantes», interpretado de modo *hiperindulgentista* por su carácter retroactivo, en la medida en que se requería una particular eficiencia causal de tales actos respecto del mantenimiento del régimen. Los altos grados eran inmediatamente aceptados dentro de la amnistía por los hechos cometidos tras el 8 de septiembre, si no se probaba una efectiva utilización de su cargo en funciones colaboracionistas (en tal caso, sin embargo, no habría debido subsistir el propio delito de colaboracionismo, sino que debería ser «amnistiado») y, por los hechos cometidos durante el régimen fascista, fueron amnistiados también los delitos de aquéllos que, en el ventenio, habían desempeñado funciones muy importantes pero sin que pudiesen demostrarse «actos relevante» en el sentido causalmente gigantesco requerido ahora por la jurisprudencia⁶⁷.

EXCUSANTES EXTRALEGALES IMPLÍCITAS: más allá de los límites del Derecho positivo, y clamorosa en algunos concretos casos de absolución, fue la introducción jurisprudencial de hipótesis «excusantes» extralegales fundadas sobre una presunta ausencia del elemento subjetivo, en la medida en que la conducta fuese consecuencia de una «desorientación psíquica» que habría anulado o disminuido gravemente la libertad de decisión, o por la ausencia de «conciencia y voluntad de la acción» (o, si se quiere, de «dolo-culpabilidad») en quien hubiese «colaborado con el invasor», pero con la recóndita intención de hacer un bien a la Nación⁶⁸. Quien recuerde el *normativer Tätertyp* de matriz alemana de los años treinta, no tardará en reconocer un acusado parentesco con en estas figuras de

«autor incompatible con el hecho», es decir, de no-*Tätertyp*, o «tipo *negativo* de autor»⁶⁹.

LAS «SEVICIAS PARTICULARMENTE CRUELES»: Causa obstativa a la amnistía era el haber llevado a cabo «sevicias particularmente crueles». La lectura de este requisito fue verdaderamente odiosa, pero había en la propia ley innegables excusas para ello, por lo que el legislador debe considerarse aquí corresponsable de muchas de las sentencias hoy referidas con escándalo por los comentaristas. Torturas y sevicias estuvieron al orden del día en las batidas y en las prisiones de guerra. No bastaba, por ley, que hubiesen sido «cruelles» (p. ej. arrancamiento de uñas, quemaduras con hierros candentes). No bastó, por tanto, para excluir la amnistía, según la citada disposición, el haber llevado a cabo «torturas normales», ni siquiera «normales» violaciones en grupo: las sevicias debían evidenciar la particular ferocidad del reo, su «más absoluta falta de sentimiento humanitario». La jurisprudencia, por su parte, fue más allá de los límites exegéticos admisibles, hasta el punto de que llegó a postular que «sevicia particularmente cruel es solo aquélla que, por su atrocidad, causa horror incluso a los que no son ajenos a la práctica de torturas»⁷⁰. Como se ha comentado, de este modo se convertía en juez de la crueldad a la sensibilidad del propio torturador⁷¹.

LA EXCLUSIÓN DE LOS HECHOS DE SAQUEO: Un artificio técnico de notable hipocresía fue el que incidía en el bien jurídico protegido en los casos obstativos representados por los «hechos de saqueo». La causa de exclusión hablaba de «hechos» de saqueo, pero la jurisprudencia recondujo la previsión al concepto normativo de «delitos» de saqueo y, dado que el saqueo es/era un delito «contra el orden público» según el Código penal, se pretendió que los hechos de saqueo hubiesen verdaderamente ofendido el orden público de la época...vigente, que en la República Social Italiana era el nazifascista, «mandante» de los saqueadores. Se llegó así a la aplicación de la amnistía mediante un evidente forzamiento hermenéutico de las disposiciones de la ley⁷².

LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN PUTATIVA DE OBEDIENCIA DEBIDA: Los jueces del Tribunal militar veronés de la República de Saló que condenaron a muerte a los «traidores del fascismo» contrarios al Duce la noche del 25 de julio de 1943, y aquéllos de otros Tribunales de la RSI que condenaron a muerte a numerosos antifascistas, fueron sistemá-

66. Cfr., para los casos de Rodolfo Graziani, Giuseppe Bottai, Luigi Federzoni, Dino Grandi, Giorgio Pini, M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, cit., 157 ss., 161 ss., 173 ss., 196 ss.

67. Para una crítica más indiferenciada de la jurisprudencia desde este punto de vista, p. ej., A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica*, cit., 351; M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, cit., 182 ss.

68. Cfr. P. BARILE/U. DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, cit., 551.

69. Me remito por todos a A.A. CALVI, *Tipo normativo e tipo criminologico d'autore*, Cedam, 1967, espec. 108 ss., 118 ss., 483 ss., 503 ss.; K. MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Duncker & Humblot, 1967, espec. el capítulo V. Cfr. también, si se desea, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996, 287-289, nota 40.

70. Sentencia del Tribunal de Casación de 7 de marzo de 1951, Camerino, cit. en P. BARILE/U. DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo*, cit., 552. Para una reseña de los casos de «sevicias no particularmente crueles» cfr. M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, cit., 236 ss.; A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica*, cit., 347 ss.; M. DONDI, *La lunga liberazione*, cit., 65 s.

71. C. PAVONE, *La continuità dello Stato*, cit., 139.

72. P. BARILE/U. DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo*, cit., 552.

ticamente absueltos por varias causas, comenzando por el error sobre el cumplimiento del deber, al haber de algún modo actuado en el ejercicio putativo de la jurisdicción, y por tanto en el error sobre una causa de justificación, incluso a pesar de tratarse de deberes de un Estado que no podía ser reconocido legalmente⁷³.

Un reconocimiento que debería, entonces, haberse extendido a una gran parte de los «colaboracionistas», porque si se excusa a quien actuó por el deber de su cargo, no se comprende por qué los militares que obedecían a los superiores o los ciudadanos que obedecían al Gobierno deberían correr una suerte distinta a la de los militares y jueces de Saló: pero, de hecho, precisamente por la presencia en la conciencia de la Italia de 1946 de esta idea, el delito de colaboracionismo había sido amnistiado, salvo las excepciones antes comentadas.

En otros casos, la participación en el homicidio fue tenida como irrelevante desde el punto de vista causal o desde el punto de vista subjetivo. Esta solución, como inmediatamente se verá, fue utilizada en muchos casos de participación.

EXENCIONES SUBJETIVAS DE LOS HECHOS DE HOMICIDIO: Fueron numerosas las sentencias que excluían el dolo en la medida en que era solo indirecto, eventual o el hecho había sido realizado con la participación de personas que no tenían plena consciencia de lo que los demás habían hecho. A pesar de que en el Código penal italiano era en la época pacífica la responsabilidad objetiva por un delito diverso del querido por uno de los partícipes (se trata del art. 116 c. p. todavía vigente, aunque hoy interpretado en el sentido de una responsabilidad más personal), y no se requiriese ni siquiera la previsibilidad de dicho evento diverso, se olvidó esta norma «de parte general», exigiéndose una participación voluntaria plena, p. ej., en caso de batidas seguidas de homicidio⁷⁴.

DELITOS CONEXOS Y DESERCIONES: No olvidemos que mientras se amnistiaban los delitos cometidos por quien había colaborado con los fascistas o se había enrolado en las milicias de la RSI (art. 3 de la amnistía Togliatti), se mantenía, en cambio, el delito de «abandono del servicio» (primero castigado con la muerte, después reducido a reclusión de hasta 5 años tras un decreto de 1946) de los militares que después del 8 de septiembre no sirvieron ni a Badoglio ni a Mussolini. Sus vicisitudes judiciales se extendieron largamente, hasta el inicio de los años cincuenta. Lo mismo debe decirse del pro-

blema de los «delitos conexos» a aquéllos cometidos durante la guerra: si se había sido colaboracionista, la amnistía de 1946 (art. 3) extinguía tales delitos conexos (p. ej. robos, extorsiones, hurtos, apropiaciones indebidas etc. cometidos con ocasión de un delito de colaboracionismo), mientras que si se había sido «partisano», las amnistías llevadas a cabo no prevenían tal beneficio, salvo que se recondujesen aquellas conductas a hechos *directamente* determinados por exigencias «de lucha contra el fascismo o para defenderse de las persecuciones fascistas o para sustraerse a ellas»⁷⁵.

Respecto a estos «delitos comunes», si o hasta que no se demostraba una finalidad de lucha contra el fascismo, o si habían sido cometidos tras la liberación, se procedía contra ellos hasta principios de los años cincuenta, y mientras que los delitos de los fascistas habían sido extinguidos, paradójicamente se perseguía penalmente a los expartisanos; tanto que se tuvo que invocar una medida *ad hoc*, ya introducida con el indulto, unido a la amnistía, a la que se refería el recordado d. p. r. de 19 de diciembre de 1953, n. 922, que hace referencia (art. 2, letra A) a los delitos políticos (según la definición del art. 8 del Código penal) y —por fin— también a los delitos conexos con aquéllos, así como a «los delitos inherentes a hechos bélicos cometidos por aquéllos que hayan pertenecido a fuerzas armadas», desde el 8 de septiembre de 1943 al 18 de junio de 1946.

Limitándonos a una síntesis de juicios consolidados, con algunas observaciones adjuntas menos corrientes, recordemos que:

a) La jurisprudencia aplicó la amnistía con una amplitud a menudo superior a cuanto el legislador había imaginado, conduciéndola a resultados políticamente opuestos a los prefigurados, esto es, a la indulgencia generalizada. Haciendo esto, por otra parte, llevó a sus lógicas consecuencias la antinomia política existente entre el «espíritu» de las sanciones contra el fascismo de 1944 y el de la ley de amnistía de 1946.

b) Ello fue posible en parte por algunos defectos técnicos en la formulación de la medida, imputables al propio legislador, pero en parte también a causa de decisiones políticas autónomas del Tribunal de Casación, que superó los límites aceptables de la por otra parte amplia discrecionalidad interpretativa confiada por las normas⁷⁶.

c) Los libros de historia, hoy, y los comentarios jurídico-políticos —incluso en la época de los hechos— están

73. Referencias textuales de las decisiones en M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, cit., 148 ss.

74. P. BARILE/U. DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo*, cit., 551; M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, cit., 224 ss.

75. Sobre estas singulares disparidades cfr. la narración de A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica*, cit., 358-363.

76. Esta jurisprudencia resulta extraordinariamente instructiva, incluso más allá de la discusión sobre las leyes indeterminadas o sobre la discrecionalidad dependiente de defectos de técnica legislativa. Aquélla demuestra que, históricamente, cuando un juez no ha querido aplicar una norma, no ha existido ninguna norma que haya conseguido impedirselo. Las normas, en efecto, podrían existir pero vienen eludidas *de facto*. Hay tantas estrategias normativas a su disposición que el juez siempre podrá encontrar un asidero para llegar a la solución deseada. Lo mismo sucede en el sentido contrario: piénsese en la jurisprudencia actual, que, al aplicar el concepto de «contribución causalmente relevante a la vida de la asociación mafiosa» por parte de un partícipe externo (arts. 110 y 416 bis C. p.), quisiese seguir los argumentos de la Casación de los años 40 en materia de «actos relevantes» respecto al mantenimiento del régimen fascista. Y, al contrario, piénsese en una jurisprudencia que se contentase con poco, quizá con actos solamente idóneos (*ex ante*) para ser una ayuda, como ha sucedido hasta hace poco con la misma figura penal.

Revista Penal

La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica...

lentos de opiniones escandalizadas por algunas argumentaciones o decisiones del Tribunal de Casación⁷⁷, pero todos admiten que «las leyes contra el fascismo fueron interpretadas según la voluntad del legislador y aplicadas con el máximo rigor solo cuando la fuerza política del antifascismo llegó a su cénit (entre mediados de 1944 y finales de 1945) y fueron interpretadas con un máximo de indulgencia cuando aquélla fue declinando»⁷⁸. Hubo, por tanto, una peculiar «sensibilidad política» del Tribunal de Casación a los cambios políticos, cambios a los que el Tribunal ha acompañado y que, en parte, ha reflejado.

d) Solo recientemente se ha comenzado a analizar la incidencia de la percepción de la impunidad de muchos fascistas sobre la conducta de los partisanos, comunistas y antifascistas; una percepción que comenzó a manifestarse ya en 1945 y, por tanto, incidió en el mantenimiento de un clima —y de una situación de asesinatos, violencia y venganzas— de guerra civil, hasta 1947. En estas investigaciones, unánimemente, mientras se evidencia el efecto apaciguador de las 550 condenas a muerte decididas en un primer momento (aunque después se ejecutasen en una medida inferior)⁷⁹, se pone de manifiesto el efecto para nada pacificador de la aplicación de la amnistía —y ello contrariamente a las intenciones declaradas por el Ministro proponente Palmiro Togliatti—, la cual produjo en varios casos reacciones en cadena de comandos rojos, con homicidios y linchamientos⁸⁰. Se trata de poco más que de sensaciones, es cierto, pero fundamentadas en elementales máximas de la experiencia.

e) Es bastante dudoso que —mientras una parte importante del país intentaba «pasar página» y pensar en la reconstrucción— miles de procesos rigurosos y condenas formalmente correctas (que no se produjeron y que habrían requerido posteriores años de vida judicial) hubiesen podido impedir los sucesos acontecidos entre 1944 y 1946. Lo que sí podría haberse evitado fueron los excesos absolutorios del Tribunal de Casación y el valor simbólico negativo de algunas absoluciones particularmente sangrantes y demasiado próximas en el tiempo a las tragedias de la guerra civil y la resistencia.

9. Nuevas necesidades de justicia penal en la República madura: el armario de la vergüenza, la sangre de los vencidos, los procesos «in articulo mortis».

Desaparecidas las Corti d'Assise straordinarie, la competencia pasó, sobre todo, a los Tribunales militares, mientras los Tribunales ordinarios no dejaban de perseguir penal-

mente a los no beneficiados por la amnistía, entre los cuales —como se acaba de señalar— estaban los militares que no optaron ni por Badoglio ni por la República Social o los partisanos que no lograron entrar en las medidas de clemencia.

El silencio de los procesos a partir de la década de los cincuenta podría hacer pensar que el olvido, por fin, no dando «satisfacción» o justicia a las víctimas y a sus parientes, amigos, compañeros de partido o de lucha, había serenado los ánimos. Nada más lejos de la realidad. Como en la Francia de Vichy, ha sido suficiente con encender de nuevo la mecha de los recuerdos para explotar otra vez interminables exigencias de justicia, y miles de cadáveres, de torturados, asesinados, ajusticiados han regresado a la memoria, repartidos equitativamente entre las fuerzas de liberación y los partisanos, de un lado, y las de los «vencidos», de otra. Sobre todo estos últimos, sin embargo, han encontrado un primer reconocimiento público de alcance nacional, que había sido objetivamente sofocado por un cincuentenio de dominio político y cultural unilateralmente antifascista. No se ha tratado, ciertamente, de operaciones científicas —que nunca tienen tanta resonancia— sino periodísticas, sostenidas por otra parte en elementos de prueba históricos inencontrables fuera de las capaces fuentes de muchos medios de comunicación de masas.

En 1994, durante la búsqueda de pruebas de cargo contra Erich Priebke por la matanza de las Fosas Ardeatinas en Roma, se descubren 695 sumarios que la Fiscalía general militar, competente en crímenes de guerra y por tanto en aquéllos cometidos por los nazis y los fascistas antes de la liberación, conservaba en un armario protegido por una reja con candado y con las puertas cerradas bajo llave contra la pared.

Eran 695 sumarios relativos a otras tantas matanzas nazi-fascistas, archivadas provisionalmente, y, en muchos casos, con elementos de prueba ya ampliamente instruidos. La acción penal habría comprometido las relaciones con Alemania Occidental (donde ya había habido un Nuremberg) y con la OTAN, en la medida en que, en tiempos de la Guerra Fría, no parecía oportuno alimentar o revivir los conflictos de la Segunda Guerra Mundial.

Fue llamado el «armario de la vergüenza» y desde su descubrimiento se originaron nuevos procesos penales, dentro de lo posible, en cuanto que la muerte no hubiese impuesto el olvido judicial⁸¹. Ese descubrimiento dio lugar a una investigación parlamentaria, que determinó que los sumarios eran en realidad 709, pero en 353 de ellos resultaban desconocidos los autores y, en muchos casos, hasta las propias

77. Particularmente censuradora la reciente, rica, monografía de M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, cit.

78. Así A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica*, cit., 351. En los mismos términos, S. VINCIGUERRA, voz *Fascismo III, Sanzioni contro il fascismo*, cit., 905.

79. M. DONDI, *La lunga liberazione*, cit., 69-70.

80. V. en particular M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, cit., 95 ss., 106 ss.; para una alusión al respecto, *vid.* también M. DONDI, *La lunga liberazione*, cit., 32 s.

81. Sobre esta cuestión, *cf.* F. GIUSTOLISI, *L'armadio della vergogna*, Nutrimenti, Roma, 2004; M. FRANZINELLI, *Le stragi nascoste. L'armadio della vergogna: impunità e rimozione dei crimini di guerra nazifascisti 1943-2001*, Mondadori, 2002, pero sobre todo la *Relazione finale della Commissione parlamentare di inchiesta* (instituida el 15 de mayo de 2003, n. 107), aprobada el 8 de febrero

víctimas⁸². Y se generaron algunos nuevos procesos penales contra personas ya fallecidas de muerte natural⁸³. Procesos penales en los que los peritos eran historiadores, que pasaron inusitadamente de cumplir funciones de conocimiento a funciones de colaboración con los juzgados⁸⁴.

Estamos, en cambio, muy lejos de una «memoria común». En la época del gobierno Berlusconi, un periodista de izquierdas, Giampaolo Pansa, retoma las investigaciones —largamente aplazadas— sobre las víctimas del antifascismo y comienza a entrevistar a parientes y testigos supervivientes, sobre todo en el Norte de Italia. Surge un cuadro desconocido para el gran público: la imagen cruda y trágica de la «sangre de los vencidos», de una guerra civil que parece haber dejado 20.000 muertos entre 1944 y 1947 (cifra no documentada suficientemente, pero tampoco improbable)⁸⁵. El clima político de los partidos en el gobierno (de centro-derecha), pero también la presencia de supervivientes, sus hijos y sus nietos, tenazmente aferrados al dolor y al recuerdo del pasado otorga a la publicación un notable éxito, junto a una fuerte polémica que durará los siguientes años⁸⁶.

Son solo dos ejemplos de un clima de renovado conflicto sobre la resistencia y el antifascismo. También en nuestro país, como en la Francia de Vichy, parece que vuelve incesante la enfermedad de la memoria⁸⁷, que ni los procesos, ni las depuraciones ni las amnistías ni los nuevos debates son capaces de superar.

10. Un balance provisional

A la vista de este cuadro sobre una época tan trágica y sus ramificaciones contemporáneas, puede afirmarse que la solución italiana, en apariencia, ha reconocido un

sistema tenido como «Systemunrecht»⁸⁸, con un área de ilícito legal reconocible y como tal imputable *ex post*. Sin embargo, no se ha creído hasta sus últimas consecuencias en esa reconstrucción y fue abandonada *de facto* tanto por el legislador como por los Tribunales. En Italia hubo un ajuste de cuentas, no una justicia superior o imparcial. Una parte venció —por fortuna— pero todos perdieron mucho. La solución a los crímenes de guerra y a los delitos políticos cometidos durante el fascismo se ha adoptado mediante la ley. Se trataba de leyes en parte declaradamente retroactivas, pero la jurisprudencia no lo ha seguido así. Es más, los Tribunales han hecho todo lo posible para anular esta retroactividad. Y, además, la eficacia de estas leyes ha durado solo un bienio, al quedar ampliamente cubiertas por la amnistía de 1946 y por la responsabilidad de los no fascistas y no partisanos (pero, p. ej., de la participación en deportaciones de judíos no se ha vuelto a hablar en términos judiciales).

Nuestra experiencia es muy peculiar. En un bienio se pasó de la pena de muerte retroactiva a las ejecuciones ilegales a la indulgencia generalizada. No creo, por tanto, que se pueda hablar de un modelo italiano de resolución de los problemas de la transición, pues no ha sido —por retomar la tripartición paradigmática⁸⁹— ni uno de *borrón y cuenta nueva**, ni uno de consiguiente gestión penal punitiva, ni uno de verdadera reconciliación (aunque ésta fue presentada como uno de los objetivos de la amnistía), sino que osciló entre estos tres polos, y en particular entre punición, perdón y olvido judicial, con soluciones no exentas de un cierto pragmatismo de fondo. El único significado paradigmático actual me parece el de compartir las posiciones escépticas sobre la gestión penal del pasado y de la memoria. Lo que permanece como jurídicamente

de 2006, elevada a la Presidencia de las Cámaras el 9 de febrero de 2006 y redactada por el honorable Enzo Rasi, consultable entre los documentos de la XIV legislatura, Doc. XXVI, n. 18.

82. Cfr. la *Relazione finale della Commissione parlamentare di inchiesta*, cit., pág. 244.

83. Referencias en A. MELLONI, *Per una storia della tribunizzazione della storia*, en O. MARQUARD/A. MELLONI, *La storia che giudica, la storia che assolve*, cit., 30 ss.

84. Cfr. P. PEZZINO/L. BALDISSARA (a cura di), *Crimini e memorie di guerra, L'ancora del Mediterraneo*, Napoli, 2004; ID., *Giudicare e punire. I processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, L'ancora del Mediterraneo, Napoli, 2005.

85. G. PANSA, *Il sangue dei vinti*, Sperling & Kupfer, 2003.

86. *Vid.* sobre esta polémica, el mismo G. PANSA, *La grande bugia*, Sperling & Kupfer, 2006; ID., *I gendarmi della memoria*, Sperling & Kupfer, 2007.

87. Cfr. H. ROUSSO, *Le Sindrome de Vichy, de 1944 à nos jours*, Seuil, Paris, 1987; ID., *Vichy, un passé que qui ne passe pas*, Fayard, 1994, ed. Folio Histoire, 1996; v. también ID., *Giustizia e storia*, en Dossier dell'Enciclopedia Treccani Scuola, Iter 14-15, 2002, 10 ss. Sobre el tema, ver la inmensa, aunque no siempre manejable, perspectiva de P. RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli* (2000), tr. it. *La memoria la storia, l'oblio*, R. Cortina, 2003, espec. 589 ss., 689 ss. sobre olvido y perdón; y las útiles actualizaciones de A. MELLONI, *Per una storia della tribunizzazione della storia*, cit., 5 ss., 35 ss.; A. LOLLINI, *La «giustizia in transizione»*, en AA.VV., *Guerre e minoranze*, a cargo de G. Gozzi, F. Martelli, Il Mulino, 2004, 323 ss., 335 ss.

88. Sobre este concepto, cfr. J. ARNOLD, *Einführungsvortrag: Modelle strafrechtlicher Reaktionen auf Systemunrecht*, en A. ESER/J. ARNOLD (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, cit., 15 s.

89. J. ARNOLD, *Einführungsvortrag: Modelle strafrechtlicher Reaktionen auf Systemunrecht*, cit., 13 ss. Propone una tripartición de modelos de respuesta a los ilícitos de sistema en los procesos de transición: *borrón y cuenta nueva* («Schlußstrichmodell»), modelo punitivo («Strafverfolgungsmodell»), modelo reconciliativo («Aussöhnungsmodell»).

* [N. del T.] En el original, «colpo di spugna» (golpe de esponja).

Revista Penal

••• **La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica...**

serio son las decisiones singulares equilibradas y libres de imposiciones legales presuntivas o de forzamiento ideológico, las decisiones que logran no ser dictadas o demasiado condicionadas por la violencia de Estado. La justicia penal es siempre individual y no

«en masa». Por ello, no debe reconstruir la historia y la memoria, sino solo ofrecer elementos individuales de juicio, hechos individualizados, para quien quiera entender y repensar aquella historia. Siempre de nuevo, se entiende, sin vínculos de cosa juzgada.