

LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Informe del Seminario
Valparaíso, 1 al 4 de abril de 2008

Juan Luis Modolell González

I

Entre los días 1 y 4 de abril de 2008 tuvo lugar el VI encuentro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, en las ciudades de Viña del Mar y Valparaíso (Chile), sobre justicia de transición en América Latina y Europa y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. El seminario fue patrocinado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad de Valparaíso.

Las jornadas se iniciaron con una introducción del Prof. Dr. Kai Ambos (Universidad de Gotinga) en la cual sostuvo que un proyecto de este tipo debía salir del estricto marco del derecho penal. En efecto, dijo Ambos, para la superación del pasado el derecho penal muchas veces cumple una función bastante limitada, por lo que se requiere un abordaje interdisciplinario.

II

1. En cuanto a los informes nacionales sobre la justicia de transición en América Latina, el Prof. Dr. Daniel Pastor (Universidad de Buenos Aires) comenzó su exposición sobre el caso argentino con reflexiones sobre la duración de la transición y sobre la viabilidad de flexibilizar las garantías penales y procesales en el caso de la persecución de los crímenes internacionales. En Argentina la transición se inició en 1983. La primera reacción para superar el pasado tuvo como fines iniciar una persecución judicial limitada

al enjuiciamiento de las cúpulas militares, conocer todo lo ocurrido durante la dictadura militar en lo que refiere a las violaciones a los derechos humanos y, por último, lograr la autodepuración del poder militar.

Dicha reacción inicial de cierta forma logró sus objetivos, excepto el de la autodepuración militar. En tal sentido, se aplicó el derecho penal común dentro de una persecución minimalista, aunque las sentencias dictadas no fueron objetadas por los juristas. No obstante, en esta primera etapa se dictaron leyes de Punto Final que garantizaban la impunidad de los autores de las violaciones de derechos humanos. Como último detalle de este primer momento debe destacarse que funcionó una comisión de la verdad (Nunca Más) que conoció aproximadamente de 9000 casos, según datos aportados por las ONG.

Una segunda etapa de la transición argentina se caracterizó por el cese de la persecución, salvo los delitos de secuestro de niños, así como por la amnistía de determinados actos. Sin embargo, en dicha etapa, a partir de 1999, se gestó un movimiento para acabar con la impunidad. Igualmente, en el año 2005 la Corte Suprema de Justicia argentina cambió su posición anterior y declaró el carácter inconstitucional de las leyes de impunidad. Según Pastor, se pasó entonces a una posición de persecución maximalista, a tal punto que hoy día existen 800 procesos, 380 imputados y 300 detenciones preventivas, aunque solo 10 condenas y 22 procesos en etapa de juicio. Es concretamente con relación a este punto que Pastor se pregunta si esta reacción maximalista es legítima, y hasta dónde es posible flexibilizar las garantías en estos casos.

En su exposición, Pastor también se refirió a los mecanismos para conocer el pasado, en cuyo desarrollo se pueden apreciar tres momentos fundamentales. El primero fue la publicación del informe *Nunca más*, elaborado por la comisión homónima en 1984. El segundo, a fines de los años noventa, se caracterizó por la existencia de juicios penales para descubrir la verdad, sin enjuiciados; estos juicios no lograron su objetivo, aunque hubo algún descubrimiento importante (verbigracia, fosas comunes). Es de destacar que estos métodos se profundizaron entre los años 2001 y 2005. En ese último año comenzó una tercera etapa, signada por la reapertura de los juicios, e incluso actualmente se ha propuesto la creación de otra comisión de la verdad.

2. El informe de Uruguay fue expuesto por el Dr. Pablo Galain (Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, de Friburgo), para quien el caso uruguayo es el menos conocido de la América del Sur. Al respecto, afirmó que la

JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ

transición uruguaya fue calificada hasta el año 2000 como una forma de impunidad. Según Galain, la justicia de transición debe entenderse como un cambio de políticas de gobierno, y no solo como un cambio de la dictadura a la democracia. La transición uruguaya confirma la definición de justicia transicional como una justicia que tiene directa vinculación con *periods of political change*.

En cuanto a los mecanismos de superación del pasado en Uruguay, se pueden destacar varios hitos. Un primer momento, que Galain califica como de *impunidad*, se caracterizó por la existencia de una ley de amnistía pactada en 1985, la cual sin embargo excluía los delitos cometidos mediante estructuras de poder, lo que permitía la denuncia de tales hechos. Un segundo momento, en 1986, se inició con la sanción de una nueva ley de amnistía para cerrar las denuncias anteriores. Dicha ley fue aprobada en 1989 por los ciudadanos a través de un plebiscito, y ratificada por la Corte Suprema de Justicia. En esta etapa el principal objetivo fue mantener la estabilidad institucional. La tercera etapa se ubica en el año 2000 y se caracteriza por la creación de una comisión de la verdad (Comisión para la Paz), la cual se limitó a recopilar información aportada voluntariamente. En sus informes la comisión habla de “criminalidad del Estado”, además de acordar la reparación a las víctimas. Por último, en la cuarta etapa, a partir del 2005, se ha recurrido a la persecución penal, se han abierto juicios penales por delitos comunes y delitos de lesa humanidad, aunque es el Poder Ejecutivo el que determina los casos pasibles de ser perseguidos.

3. La exposición del profesor Prof. Dr. h. c. José Luis Guzmán (Universidad de Valparaíso) reseña que en Chile se adoptó una doble vía paralela, de carácter penal y administrativa, representada por el recurso a la justicia penal y la existencia de comisiones de verdad. Desde 1990 hasta hoy el discurso en Chile ha versado sobre la verdad, la justicia penal y la reparación a las víctimas. Actualmente sigue funcionando la justicia penal sin impunidad de los hechos.

En la vía administrativa —aspecto en el cual se centró la exposición de Guzmán— resalta la Comisión de Verdad y Reconciliación de 1991, la cual tuvo como fin lograr la reparación e indemnización de las víctimas, así como la búsqueda de la verdad (precisar los aproximadamente 3200 casos). Una segunda comisión de verdad tuvo como objeto la investigación de los hechos de tortura cometidos durante la dictadura, y arribó a la conclusión de que este método tuvo como fin amedrentar. Dicha comisión, igualmente, hizo propuestas sobre reparación a las víctimas. En relación con este último aspecto,

apunta Guzmán que en general la política del Estado ha sido favorable. Las comisiones de verdad recomendaron una serie de medidas jurídicas; por ejemplo, la adopción de tratados internacionales, como el Estatuto de Roma, recomendación que no fue aceptada.

En cuanto a los efectos de las comisiones, Guzmán se refirió a las consecuencias sobre las fuerzas armadas y la Corte Suprema de Justicia. Las primeras rechazaron de forma virulenta el contenido de los informes. Igualmente, el máximo tribunal judicial tuvo una actitud contraria al informe de 1991. No obstante, en el 2003 se instaló una mesa de diálogo entre militares y civiles que condujo a las siguientes consecuencias: los militares condenaron los golpes de Estado; las fuerzas armadas reconocieron los crímenes, concretamente el informe sobre la tortura, y también los reconoció la Corte Suprema.

4. En cuanto al informe de Brasil, el Prof. Dr. Marcos Coelho Zilli (Universidad de San Pablo) afirmó que la solución adoptada por este país no es comprable con la de Chile o Argentina. El informe se centró en las razones que condujeron a adoptar determinadas medidas para superar el pasado. Al respecto, se destaca que la transición política en Brasil la condujeron los militares, y duró desde 1974 hasta 1979, mientras que desde 1979 a 1985 el gobierno brasileño fue desplazado paulatinamente hacia el poder civil.

En agosto de 1979 se dictó una ley de amnistía que no fue discutida con la oposición al régimen militar, aunque esta la aceptó. La amnistía abarcó a los autores de delitos políticos y conexos. En 1995 se aprobó la ley 9140/95, que estableció el marco jurídico delimitador de las responsabilidades del Estado brasileño por la desaparición de opositores al régimen militar. El profesor Coelho Zilli se refirió igualmente a la actividad del Estado entre el 2001 y el 2003, relativa a la investigación de la represión estatal contra la guerrilla Araguaia. Entre sus conclusiones mencionó que la transición brasileña no implicó un rompimiento brusco con el pasado.

5. En cuanto a Bolivia, la Prof. Elizabeth Santalla (Universidad Andina Simón Bolívar) explicó que en ese país se dieron tanto reacciones penales como no penales. La historia reciente de Bolivia se caracteriza por un largo período de inestabilidad y violencia política, especialmente desde 1974 hasta 1982. Durante ese tiempo destacan dos dictaduras, la de Hugo Bánzer (1974-1978) y la de García Meza (1980-1982). Igualmente, el año 1979 se caracterizó por una importante inestabilidad política, con la sucesión de

JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ

varias juntas militares en el gobierno. Por la presión de la opinión pública en 1982 se eligió presidente a Hernán Siles Suazo.

Ese mismo año se creó una comisión de la verdad, solo para determinar casos de desaparición forzada de personas. Dicha comisión funcionó por 90 días y estuvo integrada por varias instituciones, entre las cuales destacaron la Iglesia católica, las fuerzas armadas y la central obrera boliviana. Según Santalla, la conformación de la comisión afectó su imparcialidad, ya que los propios implicados en el problema la integraron. La comisión no elaboró ningún informe final.

Para Santalla, la principal característica de la transición fue la reacción penal, en la cual destaca el juicio al dictador García Meza, que culminó en la primera condena por violación a los derechos humanos. Se lo enjuició por el delito de “masacre sangrienta” —llamado sin mayor fundamentación “genocidio”—, a raíz de la muerte de varios opositores (“subversivos”) en el caso que se conoce como la *masacre de la calle Harrington*. Por el mismo delito se enjuició también a otros militares que ocupaban altos cargos. No obstante, según Santalla, en el juicio no se determinó la relación entre el gobierno y el poder militar, ni se precisó cuál fue el rol de las fuerzas armadas en las violaciones a los derechos humanos. En el 2004 se aprobó la ley de resarcimiento a las víctimas de la violencia política.

Concluye Santalla que, de acuerdo con los hechos ocurridos después de las dictaduras bolivianas, resulta difícil afirmar que haya existido un proceso de reconciliación en Bolivia.

6. El Prof. Dr. Carlos Caro (Pontificia Universidad Católica del Perú) se refirió al caso peruano puntualizando primeramente que se trató de un conflicto armado iniciado en 1980 que se extendió hasta mediados de los años noventa, a causa del cual perecieron 69.280 personas. Las respuestas del Estado ante el conflicto sufrieron diversas transformaciones. De 1980 a 1983 el Estado peruano se limitó a negar la existencia del conflicto, mientras que entre 1983 y 1985 no solo lo reconoció, sino que respondió militarizándolo. Esta política de militarización la mantuvo el gobierno de Alan García, que introdujo labores de inteligencia para la persecución del terrorismo. Durante la primera parte del gobierno de Fujimori, este recurrió a normas para la pacificación sin resultado alguno, pero una vez que disolvió el Parlamento, en el llamado *autogolpe*, el Estado peruano libró una lucha sin cuartel contra los movimientos subversivos, en la que cometió gran cantidad de violaciones a los derechos humanos.

Posteriormente se crearon los mecanismos para la superación del pasado. A partir del 2000 se recurrió a la persecución penal, incluso mediante la aplicación del derecho penal internacional. Esta vía implicó una serie de problemas, entre los cuales pueden mencionarse el conflicto con la ley de amnistía de 1995, declarada inaplicable por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente se planteó la cuestión de la prescripción de los delitos, ante la cual la jurisprudencia recurrió a la tesis del delito continuado y a su carácter de lesa humanidad. Debe agregarse que durante esta etapa se creó un tribunal para la persecución de esos crímenes.

La segunda vía para la superación del pasado la representó la Comisión de la Verdad que funcionó entre el 2001 y el 2003, año en que presentó su informe definitivo. Esta comisión no tuvo naturaleza judicial. Su perfil fue bastante amplio, conformada por miembros de la sociedad civil designados por el Poder Ejecutivo. Investigó casos concretos, vinculados a delitos cometidos tanto por los grupos subversivos como por los funcionarios del Estado. Asimismo, estableció responsabilidades políticas, éticas, sociales, etcétera, y recomendó medidas de reparación. En cuanto a sus conclusiones finales, determinó que el 54% de las violaciones de los derechos humanos correspondieron a acciones de los grupos subversivos y que se dirigieron contra los sectores más pobres de la población. La comisión remitió 45 casos al Ministerio Público y 2 al Poder Judicial. Recomendó reparaciones simbólicas, laborales, económicas, etcétera, así como la reestructuración de las fuerzas armadas y del aparato de justicia.

Por último, señaló Caro que en el 2004 se creó la Comisión de Seguimiento de las Recomendaciones de la Comisión de la Verdad y se dictó la Ley de Reparaciones. También mencionó la aprobación de la Ley sobre Desplazados.

7. En cuanto a México, el Prof. Dr. Javier Dondé (Instituto Nacional de Ciencias Penales) hizo alusión a la transición desde el régimen del PRI hacia el sistema de alternancia actual. Así, en las décadas de los sesenta, setenta y ochenta ocurrieron violaciones a los derechos humanos (desapariciones, torturas), fundamentalmente contra miembros de grupos guerrilleros. En el año 2000 ganó las elecciones el PAN y posteriormente se creó una fiscalía especial para investigar hechos del pasado. Según Dondé, el gobierno del presidente Fox impidió la creación de una comisión de la verdad, y en su lugar fomentó más bien la vía penal.

En este sentido, en el ámbito judicial destacó la declaratoria de prescripción en el caso de la *masacre de Tlatelolco*. La Corte Suprema de Justicia intervino en el asunto

JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ

y, si bien no se refirió a la aplicación de normas internacionales, sostuvo que la sociedad mexicana tenía derecho a conocer la verdad. Igualmente, como otro hito en la vía judicial mencionada, se refirió Dondé al criterio de la Corte Suprema en un caso sobre la competencia del Distrito Federal mexicano para abrir juicios por desaparición forzada de personas. Según la Corte, la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas debe tener efectos hacia el futuro; además, ese delito tiene carácter permanente, por lo que debe ser siempre investigado. La Corte siguió el criterio de la Corte Interamericana, según el cual la prescripción de la desaparición forzada de personas comienza a correr cuando cesa la permanencia.

Un tercer momento importante en la vía judicial fue el juicio al ex presidente Echeverría por genocidio, caso en el cual se determinó que no hubo prueba del elemento material de dicho delito. Por último, es de resaltar que la fiscalía emitió un informe sobre la acción del Estado en el pasado, concretamente su lucha contra la guerrilla, el cual concluye que se infringió el derecho internacional humanitario y se violaron derechos humanos.

8. El Prof. Dr. Alejandro Aponte (Universidad Javeriana) expuso que en Colombia la justicia de transición se presenta como una solución a un hecho conflictivo, y se trata de un proceso que reúne características de la justicia transicional, como serían la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación de los daños causados a las víctimas.

En cuanto a los mecanismos de justicia transicional utilizados en Colombia, mencionó Aponte en primer lugar la Ley de Justicia y Paz, que prevé rebajas de penas para quienes se acojan al plan de desmovilización, sean paramilitares o guerrilleros, y contempla programas para los desmovilizados (por ejemplo, empleos). Sin embargo, destaca que la aplicación de esta ley es selectiva, tanto respecto a los posibles autores como a los delitos confesados (piénsese, por ejemplo, que por cada homicidio confesado se desprende de un gran número de otros delitos).

Un segundo hecho importante de la justicia transicional colombiana lo constituye la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación, conformada de manera muy plural, aunque no es una comisión de la verdad ni tampoco un órgano de justicia. Por último, menciona Aponte el decreto de Reparación Directa, cuyo fin es acordar reparaciones a las víctimas de delitos sin que ello implique un reconocimiento de responsabilidad. También es de destacar la posible depuración de funcionarios públicos relacionados con paramilitares.

9. En la exposición sobre El Salvador, Jaime Martínez (Corte Suprema de Justicia de El Salvador) se refirió al conflicto armado que existió en ese país desde 1980 hasta 1992. Sobre los mecanismos de superación del pasado, mencionó el Acuerdo de Paz de Chapultepec (1992), la Comisión de la Verdad, la depuración de las fuerzas armadas, el cese al fuego, el desarme y la reparación a las víctimas.

La Comisión de la Verdad fue creada por el Acuerdo de Chapultepec y tuvo como fines investigar los crímenes (sin obstaculizar la investigación penal), elaborar un informe final, formular recomendaciones a las partes para evitar la repetición de los hechos, y fomentar la reconciliación. Además, la comisión se refirió a la reparación a las víctimas y a la depuración de otros entes del Estado, como la Corte Suprema de Justicia y el resto del Poder Judicial. El 15 de marzo de 1993 la comisión presentó su informe, aunque no recomendó el enjuiciamiento de los jefes militares con el argumento de que la justicia salvadoreña no estaba preparada para ello.

Para la depuración de las fuerzas armadas salvadoreñas se creó una comisión *ad hoc* que analizó 240 expedientes (correspondiente al 11% de los oficiales) y recomendó la destitución o el traslado de 103 militares, aunque no tomó medidas contra los altos mandos. Las medidas en favor de las víctimas se tradujeron en reparaciones de carácter económico y moral, y en la creación de un Foro de la Verdad. Martínez destaca en sus conclusiones que las recomendaciones de la Comisión de la Verdad no se cumplieron. Además, el gobierno posteriormente dictó una ley de amnistía general que no contiene un reconocimiento de responsabilidad.

10. En cuanto al Ecuador, el Prof. Salvador Herencia (Comisión Andina de Juristas) expuso que en septiembre del 2007 el gobierno actual creó una Comisión de la Verdad para investigar delitos cometidos por el gobierno de Febres-Cordero. Dicha comisión investigó el lapso comprendido entre 1985 y 1989. Para Herencia es claro que la comisión tuvo como fin principal la persecución de los enemigos políticos del régimen de turno.

III

1. Los informes europeos incluyeron los casos de Italia, España y Alemania. El informe de Italia fue expuesto por la Prof. Dra. Emanuela Fronza (Universidad de Trento), quien se refirió específicamente a la transición del fascismo a la democracia.

En la transición italiana se pueden distinguir tres etapas. La primera, entre 1943 y 1946, se caracterizó por la exigencia de justicia y el recurso a la vía penal. En dicho

JUAN LUIS MODELELL GONZÁLEZ

lapso la persecución penal se diferenció según la nacionalidad de los autores: los alemanes fueron enjuiciados por tribunales militares, mientras que los italianos civiles fueron enjuiciados por tribunales comunes y los militares italianos por tribunales militares. Para la represión de los hechos se recurrió a las normas nacionales preexistentes a los hechos cometidos. La segunda etapa comenzó en 1946 y se caracterizó por la no persecución de los crímenes. En este período se dictó una amnistía para los italianos que excluyó los delitos más graves. Por su parte, los procesos contra los alemanes fueron archivados por decisión de la fiscalía en 1960. La tercera etapa, a partir del año 2000, está caracterizada por la reapertura de los juicios contra los alemanes; sin embargo, ha sido una persecución minimalista, que ha excluido el grueso de los casos. Por último, es de destacar que en el período 2003-2006 funcionó una comisión parlamentaria para investigar la responsabilidad del Estado italiano en esos hechos.

2. Sobre España, la Prof. Dra. Alicia Gil (Universidad Nacional de Educación a Distancia) resaltó la importancia del caso español por tres razones fundamentales. La primera tiene que ver con el hecho de que la transición española se ha citado como ejemplo de un cambio pacífico de la dictadura a la democracia (en el año 2000, 80% de los españoles apoyaba la transición, la cual, según Gil, implicó impunidad). La segunda razón es que la justicia española se ha arrogado la potestad de perseguir crímenes cometidos en países latinoamericanos. Como último motivo destaca la reciente aprobación de la Ley de Memoria Histórica.

De los momentos importantes resaltó Gil, en primer lugar, el año 1969, cuando Franco dictó un decreto ley que declaraba prescritos los delitos cometidos hasta 1939. Además, Franco dictó varios indultos, normalmente por saturación de las cárceles. Un segundo momento importante fue la ley de amnistía dictada por el Parlamento en 1977, que abarcaba delitos cometidos por un móvil político (actos terroristas de la ETA, por ejemplo) y también a los funcionarios públicos que hubiesen cometido delitos contra las libertades individuales. Una vez establecida plenamente la democracia en España se dictaron varias medidas de compensación: indemnizaciones a viudas y huérfanos, devolución de puestos de trabajo, reconocimiento de beneficios laborales de los militares republicanos, indemnizaciones por tiempo en prisión, devolución de bienes a los partidos políticos y sindicatos, exhumación de cadáveres, etcétera. Es de resaltar que en ningún momento hubo un proceso de depuración de la administración pública.

En el 2002 el Parlamento español hizo un reconocimiento a las víctimas durante el franquismo y en el 2007 se aprobó la Ley de Memoria Histórica. Esta ley complementa las medidas de reconocimiento e indemnización a las víctimas, declara ilegítimas de las condenas políticas durante el franquismo —aunque sin anularlas— y ordena el retiro de escudos y nombres alusivos al franquismo. Cabe destacar, afirmó Gil, que hoy día en España comienza a cuestionarse jurídicamente la ley de amnistía de 1977.

3. En el caso de Alemania, el colaborador científico y abogado Nils Meyer-Abich (Universidad de Gotinga), sobre la base de un informe preparado junto con el Prof. Dr. Kai Ambos, distingue dos situaciones: a) la transición del nacionalsocialismo a la democracia y b) el caso de la antigua República Democrática Alemana (DDR) y la reunificación. En ambas el derecho penal cumplió un papel fundamental en la justicia de transición.

En cuanto a los crímenes del nacionalsocialismo se distingue una primera etapa, desde 1945 hasta 1949, caracterizada por el dominio de las potencias aliadas y la erradicación de la influencia nazi. Durante este período ocurrió el paradigmático caso del Tribunal de Núremberg, donde se aplicó el Estatuto de Londres y se invocó el derecho natural para eludir los problemas de retroactividad penal, pero en otros puntos de Alemania hubo procesos penales en tribunales militares y comunes que aplicaron el Código Penal y la Ley del Consejo de Control por las Potencias Aliadas. Una segunda etapa, entre 1950 y 1960, se caracterizó por el surgimiento de diversos obstáculos a la persecución penal iniciada al finalizar la guerra. Hubo amnistías (1949 y 1954) y se reincorporó a funcionarios públicos que habían prestado servicios al régimen nazi. No obstante, también se creó la oficina central para el esclarecimiento de los crímenes del nazismo (1958). En la etapa siguiente, 1960-1980, tras un intenso debate sobre la prescripción de estos crímenes, se afirmó el carácter imprescriptible del asesinato y se impulsó una persecución sistemática y centralizada. Por último, desde 1980 hasta el presente ha habido muy pocos procesos. Meyer-Abich también mencionó las medidas extrapenales adoptadas desde el comienzo de la transición, entre las cuales destacan las indemnizaciones y rehabilitaciones.

En cuanto a la situación de la antigua DDR, se persiguieron los delitos más importantes (actos de violencia en la frontera, prevaricación, secuestros ejecutados por funcionarios estatales, delaciones). Incluso, la persecución penal comenzó en la propia DDR por casos de abuso de autoridad y fraudes electorales. Es de subrayar que la justicia

JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ

de transición presentó diversos problemas jurídicos. El Código Penal de la antigua DDR se sustituyó por el de la República Federal Alemana (BRD), lo cual planteó serias cuestiones sobre la irretroactividad de ley penal. Igualmente, surgieron problemas en cuanto a la prescripción, cuyos plazos se extendieron para hacer posible la persecución penal. En los casos de violencia en la frontera resaltaron los problemas de irretroactividad, en particular lo relativo a la aplicación de las causas de justificación contempladas en el Código Penal de la DDR, desestimadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal Supremo alemán. Por otra parte, se argumentó que la prohibición de retroactividad en estos casos se veía limitada por la ausencia de separación de poderes, es decir, por la existencia de un Estado totalitario. La punibilidad de los actos de violencia en la frontera se fundamentó en la tesis de Roxin sobre crímenes cometidos mediante estructuras organizadas de poder. El Parlamento alemán descartó las amnistías para los crímenes de la DDR. A partir de 1990 se dictaron leyes de rehabilitación e indemnización.

IV

1. La segunda parte del seminario versó sobre la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Las exposiciones comenzaron con la ponencia del Prof. Dr. Héctor Olásolo (Universidad de Utrecht), quien desarrolló lo relativo a la participación de la víctima en el juicio oral.

Comenzó apuntando la ambigüedad que existe sobre la definición de *víctima* en las versiones española e inglesa del Estatuto (artículo 68.3). A continuación se refirió a la regla 85, sobre procedimiento y prueba, y a las distintas formas de entender la frase “algún crimen de la competencia de la Corte”. Las salas de Cuestiones Preliminares I y II la interpretan conforme a la fase procesal que corresponda, distinguiendo entre la “víctima de la situación” y la “víctima del caso”; por su parte, la Sala de Primera Instancia considera que víctimas son todas aquellas personas que hayan sufrido un daño por un delito competencia de la Corte.

Los criterios de las salas varían también en cuanto a la cualidad del daño que debe haber sufrido la víctima; concretamente, si debe tratarse de un daño directo o indirecto. Así, las Salas de Cuestiones Preliminares I y II consideran que el daño producido a la víctima debe ser directo, producto de alguno de los delitos objeto del proceso, mientras que la Sala de Primera Instancia considera que la referida regla 85 no exige daño directo, por lo cual también admite la existencia de daño indirecto.

En cuanto a la condición de víctima, Olásolo se preguntó si existe o no un estatus procesal de víctima en el marco de las actuaciones procesales penales. Nuevamente la interpretación del artículo 68.3 cambia en función de la sala. La de Cuestiones Preliminares I distingue según la fase en que se encuentre el proceso (fase de instrucción o fase preliminar) y no según la actividad procesal o el elemento de prueba. En cambio, la Sala de Primera Instancia lo determina tras analizar las actuaciones procesales y los medios de prueba uno por uno, por lo que la víctima debe fundamentar su participación en la actuación concreta y cómo se afectan sus intereses. En consecuencia, para dicha sala no existe un estatus general de víctima.

Por último, Olásolo expuso sobre la naturaleza del procedimiento de las solicitudes hechas por las víctimas. Al respecto, la Sala de Cuestiones Preliminares I atribuye un carácter no contradictorio al procedimiento (procedimiento semiautomático), mientras que la Sala de Primera Instancia le atribuye un carácter contradictorio.

2. El Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Universidad de Buenos Aires) y la Prof. Dra. Emanuela Fronza se refirieron a las modalidades de protección de la víctima, una vez aceptada la condición de tal. En ese sentido, según sentencia de la Sala de Cuestiones Preliminares I del 22 de septiembre de 2006 (caso *Lubanga*), se restringió la participación de las víctimas anónimas, las que solo pueden acceder a los actos de carácter público.

Igualmente los expositores se refirieron a la línea jurisprudencial de la Corte según la cual la participación de la víctima se decide no para el proceso en general sino sobre la base de la actuación concreta. Por lo tanto, la víctima debe justificar su intervención en el acto particular en el cual se propone intervenir.

Por último, Malarino y Fronza se ocuparon de la relación entre la participación de la víctima y la celeridad procesal, lo cual ha llevado a la Sala de Cuestiones Preliminares a fundamentar una representación conjunta para las víctimas.

3. La Prof. Dra. Monserrat de Hoyos (Universidad de Valladolid) abordó los criterios de concesión del permiso para apelar las decisiones interlocutorias. Al respecto, se refirió a la interpretación del artículo 82.1.d del Estatuto y analizó varias resoluciones de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre los casos *Lubanga* y *Dafur*. A continuación enumeró las siguientes características de las referidas decisiones:

- Solo pueden apelarse puntos tratados en la resolución.

JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ

- Solo pueden apelarse puntos que puedan afectar la marcha del proceso. Debe tratarse de algo con entidad suficiente para afectar de manera grave la equidad y eficacia del proceso.
- El recurrente debe demostrar todos los elementos anteriores.
- La apelación de decisiones interlocutorias solo procede excepcionalmente.
- Por lo tanto, los motivos de la apelación deben interpretarse de forma restrictiva.
- El Estatuto prohíbe el recurso de reposición.

De Hoyos se refirió a los criterios sostenidos en sus decisiones por la juez Steiner, magistrada de la Sala de Cuestiones Preliminares I, entre los cuales mencionó que el juez debe ser garante de la legalidad del proceso, por lo cual debe determinarse qué cuestiones concretas solicitan las partes en su apelación. Asimismo, la juez Steiner adopta una interpretación amplia del *debido proceso*, así como se pronuncia a favor de que las apelaciones se autoricen por razones de certeza legal y seguridad jurídica.

Las conclusiones de De Hoyos fueron las siguientes:

- Se han denegado autorizaciones de apelación con base en una errónea interpretación del concepto de *debido proceso*.
- El concepto de *debido proceso* se interpreta según la conformación de la sala; de allí que en ocasiones haya recibido una interpretación restrictiva.
- La Corte Penal Internacional se legitimaría solo si garantizara el debido proceso en los procesos sustanciales.
- El debido proceso debe quedar libre de dudas, hasta el punto de que la sentencia no pueda ser impugnada por infringir dicho principio.

Entre las propuestas formuladas por De Hoyos destaca la necesidad de una interpretación amplia del concepto de debido proceso. Igualmente, opinó que no es correcto exigir pruebas concretas de que la decisión afecta la equidad y eficacia del proceso.

4. El Prof. Dr. Daniel Pastor también se refirió al tema anterior preguntándose qué significa “pedir permiso para apelar”. A continuación, planteó algunos problemas. El primero es que las Reglas de Procedimiento y Prueba amplían las condiciones exigidas para la apelación contempladas en el artículo 82.1.ª del Estatuto, ya que este no

contiene dicha autorización. El segundo es si el referido inciso *d* implica una consulta por el tribunal o una verdadera apelación realizada por las partes. Por último, analizó lo relativo a la facultad discrecional del juez *ad quo* de admitir el recurso.

5. El Prof. Dr. Kai Ambos desarrolló el tema de la preparación de testigos, entendiéndola como una asistencia al testigo. Sostuvo que el Estatuto se refiere a la asistencia como la acción de familiarizar al testigo con el caso. Al respecto, según los criterios de la Sala de Cuestiones Preliminares, no cabe la idea anglosajona del *training* o *coaching* del testigo, ni existe base legal que lo permita. En suma, preparar al testigo significa únicamente familiarizarlo con el caso, cuestión que hace la Unidad de Víctimas y Testigos.

6. El Prof. Dr. Juan Luis Modolell (Universidad Católica Andrés Bello) se refirió a la autoría y la participación en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Su ponencia se centró en el análisis de los criterios sostenidos por la sentencia del 29 de enero del 2007 (Sala de Cuestiones Preliminares I, caso *Lubanga*) para fundamentar la autoría. Luego de exponer la sentencia, comparó los criterios allí sostenidos para determinar la autoría con los esgrimidos por los tribunales ad hoc, concretamente en el caso *Tadic*.

Para Modolell, la sentencia de la sala de la CPI demuestra un mayor desarrollo dogmático, al utilizar el concepto de *dominio del hecho* y no el de *empresa criminal conjunta* propio de los mencionados tribunales ad hoc. Sin embargo, mostró sus dudas respecto a si el caso *Lubanga* constituye un verdadero supuesto de coautoría, como concluyó la referida sentencia, o un caso de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder.

V

Durante el seminario se eligió la ciudad de Buenos Aires (Argentina) como sede del próximo encuentro anual del Grupo Latinoamericano, que se organizará conjuntamente con la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Belgrano.