

# La justicia de transición en América Latina y Europa, y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

## Informe del VI Seminario del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Valparaíso, 1 al 4 de abril de 2008)

Von Prof. Dr. **Juan Luis Modolell González**, Caracas, Venezuela\*

### I. Observación preliminar

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.<sup>1</sup> El seminario fue patrocinado por el Programa Estado de Derecho para Sudamérica, 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. En conclusión, se trata de un tema interdisciplinario que rebasa el estricto marco del Derecho penal.

### II. La justicia de transición en América Latina

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 unas reflexiones sobre el tiempo de 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. Al respecto, 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 se refiere a las violaciones a derechos humanos, y, por último, lograr una autodepuración del poder militar. Dicha reacción inicial de cierta forma logró sus objetivos, salvo 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 ONGs. Una segunda etapa de la transición argentina se caracterizó por un 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 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, al punto de que hoy día existen 800 procesos, 380 imputados, 300 detenciones preventivas, aunque sólo 10 condenas y 22 procesos en etapa de juicio. Concretamente en relación a este punto es donde *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 representado por el informe “Nunca Más”, realizado por la comisión de la verdad homónima, en el año 1984. Una segunda etapa situada a fines de los años noventa, se caracterizó por la existencia de juicios penales para descubrir la verdad, sin enjuiciados, juicios que sin embargo no lograron su objetivo, aunque hubo algún descubrimiento importante (vgr. fosas comunes). Es de destacar que estos métodos se profundizaron a partir del año 2001 hasta el 2005. En este último año comenzó una tercera etapa signada por la reapertura de los juicios, e incluso actualmente se ha propuesto incipientemente la creación de otra comisión de la verdad.

2. El informe de Uruguay fue expuesto por el Prof. Dr. *Pablo Galain* (Instituto Max Planck para Derecho penal internacional y extranjero de Friburgo, Universidad Católica de Montevideo, Uruguay) para quien el caso uruguayo no es de los más conocidos de la América del Sur, aunque existe literatura internacional al respecto. Al respecto, afirmó *Galain* que la transición uruguaya puede ser calificada hasta el año 2000 como un modelo de impunidad absoluta. Según *Galain*, la justicia de transición debe entenderse como un cambio de políticas de gobierno, y no sólo como un cambio de la dictadura a la democracia. La transición uruguaya, dice *Galain*, confirma la definición de justicia transicional como una justicia que tiene directa vinculación con periodos de cambio político. 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 en el año 1985, la cual sin embargo excluía los delitos cometidos mediante estructuras de poder permitiendo así la denuncia de hechos semejantes. Un segundo momento, en el año 1986, conllevó la aparición de una nueva ley de “amnistía” para, según *Galain*, cerrar las denuncias anteriores. Dicha ley, que

\* Profesor de Derecho penal en las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela.

<sup>1</sup> Para mayor información sobre el grupo mencionado y sus actividades ver

<http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/grupoestudios.html> o [www.kas.de/proj/home/home/13/4/webseite\\_id-2262/index.html](http://www.kas.de/proj/home/home/13/4/webseite_id-2262/index.html).

podría ser calificada como violatoria de la Constitución uruguaya, fue aprobada en el año 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 sitúa en el año 2000, y se caracteriza por la creación de una comisión de la verdad ("Comisión para la paz"), la cual sólo se limitó a la recolección de información aportada voluntariamente. En sus informes se habla de "criminalidad del Estado", además de acordar la reparación a las víctimas. Por último, la cuarta etapa comienza en el año 2005 en la cual se recurre a la persecución penal, se abren juicios penales por delitos comunes y delitos de lesa humanidad, aunque es el poder ejecutivo quien determina los casos posibles de ser perseguidos.

3. La exposición del profesor Prof. Dr. 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 el año 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 cuanto a la vía administrativa, aspecto en el cual se centró la exposición de *Guzmán*, resalta la "Comisión de Verdad y Reconciliación" del año 1991, la cual tuvo como fin lograr la reparación e indemnización de las víctimas, así como la búsqueda de la verdad (lograr la precisión de los casos, aproximadamente 3200). Una segunda comisión de verdad tuvo como objeto la investigación de los hechos de tortura cometidos durante la dictadura, arribando a la conclusión de que la misma tuvo un fin de amedrentar. Dicha comisión, igualmente, hizo propuestas sobre reparación a las víctimas. En relación a este último aspecto, apunta *Guzmán* que en general ha existido una política del Estado favorable a la misma.

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 acatada. En cuanto a los efectos de las comisiones, *Guzmán* se refirió a las consecuencias sobre las fuerzas armadas y la Corte Suprema de Justicia. Así, las primeras reaccionaron de forma virulenta rechazando el contenido de los informes. Igualmente, el máximo tribunal judicial tuvo una actitud contraria al informe de 1991. No obstante, en el año 2003, expuso *Guzmán*, 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; por último, la Corte Suprema también reconoció dichos crímenes.

4. En relación al informe de Brasil, afirmó el Prof. Dr. *Marcos Coelho Zilli* (Universidad de San Pablo) que la solución adoptada por este país no es comparable con la de Chile o Argentina. El informe se centró en las razones que condujeron a la adopción de determinadas medidas para la superación del pasado. Al respecto, se destaca que la transición política en Brasil la hicieron los militares, y duró

desde 1974 hasta 1979. Mientras que desde el 79 al 85, paulatinamente, el gobierno brasileño fue desplazado hacia el poder civil. En agosto de 1979 se dictó una ley de amnistía que no fue objeto de discusión con la oposición política al régimen militar, aunque dicha oposición aceptó la ley. La amnistía abarcó a los autores de delitos políticos y conexos. En el año 1995 se aprobó la ley 9140/95, la cual estableció el marco jurídico delimitador de las responsabilidades del Estado brasileño por la desaparición de opositores políticos al régimen militar. El profesor *Coelho Zilli* se refirió igualmente a la actividad del Estado entre los años 2001 al 2003 relativa a la investigación de la represión estatal contra la guerrilla *Araguaia*. Entre sus conclusiones mencionó *Coelho Zilli* que la transición brasileña no implicó un rompimiento brusco con el pasado.

5. En cuanto a Bolivia, expuso la Prof. *Elizabeth Santalla* (Universidad Católica Boliviana) que en ese país se dieron tanto reacciones penales como no penales. La historia reciente de Bolivia se caracterizó por un largo período de inestabilidad y violencia política, especialmente desde los años 1974 hasta el año 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 durante la cual gobernaron varias juntas militares. Por la presión de la opinión pública se elige en 1982 a Hernán Siles Suazo como presidente de Bolivia. En ese mismo año se crea una comisión de la verdad sólo 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 integraron la misma. 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 penal al dictador García Meza por violación a derechos humanos. Se trató del primer caso de condena por violación de derechos humanos. Se le enjuició por el delito de "masacre sangrienta", llamado sin mayor fundamentación "genocidio". El mismo consistió en la muerte de varios opositores ("subversivos"), caso que se conoció como la "masacre de la calle Harrington". Por ese delito se enjuiciaron también algunos militares que ocupaban altos cargos. No obstante, según *Santalla*, en el juicio no se determinó la relación entre el gobierno y el poder militar, y no se precisó cuál fue el rol jugado por las fuerzas armadas en las violaciones a derechos humanos. En el año 2004 se aprobó la ley de resarcimiento a las víctimas de la violencia política. Concluye *Santalla* que, de acuerdo a los hechos ocurridos después de la cesación 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 90. A causa de dicho conflicto perecieron 69.280 personas. Las respuestas

del Estado ante el conflicto sufrieron diversas transformaciones. Así, desde el año 80 al 83 el Estado peruano se limitó a negar la existencia del conflicto. Mientras que desde el año 83 al 85 el Estado peruano no sólo reconoció su existencia sino que respondió con una militarización del mismo. Esta política de militarización la mantuvo el gobierno de Alan García, introduciendo labores de inteligencia para la persecución del terrorismo. Durante la primera parte del gobierno de Fujimori, éste recurrió a normas para la pacificación sin obtener resultado alguno. Después de la disolución del parlamento por el gobierno de Fujimori (“autogolpe”), el Estado peruano realizó una lucha sin cuartel contra los movimientos subversivos, produciéndose una gran cantidad de violaciones a los derechos humanos. Posteriormente a esta etapa se crearon los mecanismos para la superación del pasado. Así, a partir del año 2000 se recurrió a la persecución penal, incluso mediante la aplicación del Derecho penal internacional. Esta vía penal conllevó una serie de problemas, entre los cuales pueden mencionarse el conflicto con la ley de amnistía del año 95, la cual dio origen a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaró la inaplicabilidad de dicha ley de amnistía. Igualmente se planteó el tema de la prescripción de los delitos, ante el cual la jurisprudencia recurrió a la tesis del delito continuado y a su carácter de lesa humanidad. Es de agregar que durante esta etapa se creó un tribunal para la persecución de esos crímenes. La segunda vía para la superación del pasado representó la comisión de la verdad, cuyo funcionamiento ocurre desde el 2001 al 2003, año en el cual presentó su informe definitivo. Dicha comisión no tuvo naturaleza judicial. El perfil de la misma fue bastante amplio, conformada por miembros de la sociedad civil designados por el poder ejecutivo. La comisión investigó casos concretos, vinculados a delitos cometidos tanto por los grupos subversivos como por los funcionarios del Estado. Asimismo, estableció responsabilidades políticas, éticas, sociales, etc., y recomendó medios de reparación. En cuanto a sus conclusiones finales, la comisión determinó que se violaron derechos humanos, correspondiendo el 54 % de los casos a acciones de los grupos subversivos. Adicionalmente se determinó que dichas violaciones se dirigieron contra los sectores más pobres de la población. La comisión atribuyó remitió 45 casos al Ministerio Público y 2 al poder judicial. Se recomendó la reparación de los daños producidos, a través de reparaciones simbólicas, laborales, económicas, etc. También se recomendó la reestructuración de las fuerzas armadas y del aparato de justicia.

Por último, señaló *Carlos Caro* que en el año 2004 se creó la comisión de seguimiento de las recomendaciones de la comisión de la verdad y se dictó la ley de reparaciones. *Caro* hizo mención igualmente a la aprobación de la ley sobre desplazados.

7. En relación 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 60, 70 y 80 sucedieron violaciones a los derechos humanos (desapariciones, torturas, etc.), fundamentalmente contra miembros de

grupos guerrilleros. En el año 2000 gana las elecciones el PAN y posteriormente se crea la fiscalía especial para investigar hechos del pasado. Según *Dondé*, el gobierno del presidente Fox impidió la creación de una comisión de la verdad, fomentándose más bien la vía penal. En este sentido, en el ámbito judicial, destacó la declaratoria de prescripción en el caso de la llamada masacre de Tlatelolco. La Corte Suprema de Justicia intervino en el asunto, 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 tanto 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, concluyendo que se infringió el Derecho internacional humanitario y que 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* los siguientes: La ley de justicia y paz, la cual prevé rebajas de penas para quien se acoja al plan de desmovilización, sean paramilitares o guerrilleros. Igualmente, la ley contempla programas para los desmovilizados (vgr. empleos). Sin embargo, *Aponte* destaca que la aplicación de esta ley es selectiva tanto desde el punto de vista de los posibles autores como por los delitos confesados (piénsese, por ejemplo, que de cada 100 homicidios confesados se desprende un gran número de otros delitos, resaltó *Aponte*). Un segundo hecho importante de la justicia transicional colombiana lo constituye la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación, conformada de forma muy variada, aunque la misma no constituye 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, se refirió *Jaime Martínez* (Corte Suprema de Justicia de El Salvador) al conflicto armado que existió en ese país desde 1980 hasta 1992. Sobre los mecanismos de superación del pasado,

*Martínez* 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, así como la reparación a las víctimas. La comisión de la verdad fue creada por el mencionado acuerdo de Chapultepec y tuvo como fines la investigación de crímenes (sin obstaculizar la investigación penal de los hechos), la elaboración de un informe final, hacer recomendaciones a las partes para evitar la repetición de los hechos, y fomentar la reconciliación. Además de lo anterior, la comisión se refirió a los temas de reparación a las víctimas así como a la depuración de otros entes del Estado, por ejemplo 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 bajo el argumento, según expresó *Martínez*, de que la justicia salvadoreña no estaba preparada para ello. Para la depuración de las fuerzas armadas se creó una comisión *ad hoc* que analizó 240 expedientes (correspondiente al 11 % de los oficiales de las fuerzas armadas salvadoreñas), y recomendó la destitución o traslado de 103 militares aunque no tomó medidas contra los altos jerarcas militares. Las medidas a favor de las víctimas se tradujeron en reparaciones de carácter económico y moral, y en la existencia 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 sin presuponer un reconocimiento de responsabilidad.

10. En cuanto al Ecuador, expuso el Prof. *Salvador Herencia* (Comisión Andina de Juristas) que en septiembre de 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. La justicia de transición en algunos países europeos

1. Los informes europeos se concretaron a 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. Así, en la transición italiana se pueden distinguir tres etapas. La primera entre 1943 y 1946, caracterizada por la exigencia de justicia y el recurso a la vía penal. En dicho 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 se ubica desde el año 1946 en adelante, y se caracteriza por la no persecución de los crímenes. Durante esta etapa se dicta una amnistía para los italianos (salvo los delitos más graves). Por su parte, los procesos contra los alemanes fueron archivados por decisión de la fiscalía en el año 1960. La tercera etapa comienza en el año 2000, y se caracteriza por la reapertura de los juicios

contra los alemanes, sin embargo no se han perseguido el grueso de los casos (persecución minimalista). Por último, es de destacar que entre los años 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)<sup>2</sup> 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 sería que la justicia española se ha arrogado la potestad de perseguir crímenes cometidos en países latinoamericanos. Como último motivo destaca la reciente aprobación en ese país de la ley de memoria histórica.

De los momentos importantes resaltó *Gil*, en primer lugar, el año 1969 en el cual Franco dictó un decreto ley que declaraba prescritos los delitos cometidos hasta el año 1939. Además, Franco dictó varios indultos, normalmente por saturación de las cárceles. Un segundo momento importante sería la ley de amnistía dictada por el parlamento en 1977, que abarcaba delitos cometidos por un móvil político (actos terroristas de 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 como, por ejemplo, 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, etc. Es de resaltar que en ningún momento hubo un proceso de depuración de la administración pública.

En el año 2002 el parlamento español hizo un reconocimiento a las víctimas durante el franquismo y en el 2007 se aprueba 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 anular las condenas, 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. El informe de Alemania fue expuesto por el colaborador científico y abogado *Nils Meyer-Abich* (Gotinga y Hamburgo), trabajo preparado junto al Prof. Dr. *Kai Ambos*. Al respecto, expresó *Meyer-Abich* que en el caso alemán se distinguen dos situaciones: a) la transición del nacionalsocialismo a la democracia, y b) el caso de la antigua República democrática alemana (DDR) y la reunificación alemana. En ambas el Derecho penal jugó un rol fundamental en la justicia de transición. Así, en cuanto a los crímenes del nacionalsocialismo se distingue una primera etapa desde 1945 hasta 1949 caracterizada por el dominio de la potencias aliadas, y por la erradicación de la influencia nazi. Durante

---

<sup>2</sup> Ver su reciente publicación: *Justicia de transición en España de la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona 2009.

este período ocurrió el paradigmático caso del Tribunal de Nüremberg donde se aplicó el Estatuto de Londres e invocó el Derecho natural para eludir los problemas de retroactividad penal. Igualmente, a nivel de Derecho interno, en la propia Alemania se dieron procesos penales tanto en tribunales militares como en tribunales penales comunes, los cuales aplicaron el Código penal y la Ley del consejo de control por las potencias aliadas. Una segunda etapa ocurre desde el año 1950 hasta 1960, y se caracterizó por el surgimiento de diversos obstáculos a la persecución penal iniciada al finalizar la guerra. Durante ese tiempo ocurrieron amnistías (1949 y 1954), así como el reemplazo de funcionarios públicos que prestaron sus servicios al régimen nazi. No obstante, en esta etapa se crea la oficina central para el esclarecimiento de los crímenes del nazismo (1958). En el siguiente lapso, desde 1960 hasta 1980, se debate sobre la prescripción de los crímenes del nazismo afirmándose el carácter imprescriptible de los asesinatos. Igualmente se hace una persecución sistemática y centralizada. Por último, desde 1980 hasta el presente existen muy pocos procesos. *Meyer-Abich* también hizo mención a las medidas extra penales adoptadas, entre las cuales destacan las indemnizaciones, rehabilitaciones, etc., acordadas desde el comienzo de la transición. Así, en el año 1950 se dictaron leyes de indemnización que favorecieron a familias enteras víctimas de expropiaciones. En 1998 se dictó la ley para la anulación de procesos injustos dictados por la Alemania nacionalsocialista. Además, en el año 2000 se dictó una ley de indemnización para las personas que cumplieron trabajos forzosos durante el nacionalsocialismo.

Sobre la situación de la antigua DDR, expresó *Meyer-Abich* que se persiguieron los delitos más importantes (vgr., actos de violencia en la frontera, prevaricación, secuestros ejecutados por funcionarios estatales, delaciones, etc.). Incluso la persecución penal comenzó en la propia DDR, mayoritariamente por casos de abusos de autoridad y fraudes electorales. Es de resaltar que la justicia de transición en el caso de la antigua DDR presentó diversos problemas jurídicos. Así, el Código penal de la antigua DDR se sustituyó por el de la República federal alemana (BDR), lo cual planteó serias cuestiones sobre la irretroactividad de ley penal. Igualmente, surgieron problemas en cuanto a la prescripción, extendiéndose los plazos de la misma y comenzando a correr los lapsos después de la unificación alemana, todo ello, según *Meyer-Abich*, para hacer posible la persecución penal. En cuanto a los casos de violencia en la frontera, resaltaron en ellos los mencionados problemas de irretroactividad, concretamente lo relativo a la aplicación de las causas de justificación contempladas en el Código penal de la DDR, desestimada 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. Se fundamentó la punibilidad de los actos de violencia en la frontera mediante la tesis de *Roxin* sobre crímenes cometidos mediante estructuras organizadas de poder. Igualmente, con relación a los crímenes de la DDR el parlamento alemán

descartó las amnistías. Por último, a partir de 1990 se dictaron leyes de rehabilitación e indemnización.

#### IV. Problemas actuales de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

1. La segunda parte del seminario versó sobre algunos aspectos actuales de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional.<sup>3</sup> 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. *Olásolo* comenzó apuntando la ambigüedad que existe sobre la definición de víctima en las versiones española e inglesa del Estatuto (art. 68.3). A continuación se refirió a la regla 85 sobre procedimiento y prueba, y a las distintas formas de entender el término “algún crimen de la competencia de la corte”. Así, las Salas de Cuestiones Preliminares I y II interpretan ese término conforme a la fase procesal en que se encuentre, 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. Igualmente, los criterios de la salas varían 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. Por su parte, la Sala de Primera Instancia considera que la referida regla 85 no exige daño directo, por lo tanto también admite la existencia de un daño indirecto. En cuanto a la condición de víctima, se plantea *Olásolo* la pregunta de 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. Así, la Sala de Cuestiones Preliminares I distingue según la fase procesal en la cual se encuentre el proceso (fase de instrucción o fase preliminar), y no en relación con cada actividad procesal o elemento de prueba. Por su parte, la Sala de Primera Instancia realiza un análisis actuación por actuación procesal, medio de prueba por medio de prueba, para así determinar quién es víctima. Ésta debe fundamentar su participación en la actuación concreta, cómo se afectan sus intereses, por lo tanto, en criterio de *Olásolo*, para dicha sala no existe un estatus general de víctima. Por último, se refirió *Olásolo* a la naturaleza del procedimiento de las solicitudes hechas por las víctimas, distinguiendo al respecto que la Sala de Cuestiones Preliminares I le atribuye un carácter no contradictorio al procedimiento (procedimiento semi-automático), mientras que la Sala de Primera Instancia le atribuye un carácter contradictorio al mismo.

2. El Prof. Dr. *Ezequiel Malarino* (Universidad de Buenos Aires) y la Prof. Dra. *Emanuela Fronza* se refirieron al tema de las modalidades de protección de la víctima, una vez

<sup>3</sup> Ver también recientemente Ambos/de Hoyos (coords.), *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Granada (Comares), 2008 (con los trabajos mencionados de Ambos, de Hoyos, Modollell y Olásolo).

aceptada la condición de tal. En tal sentido, según sentencia del 22 de septiembre de 2006, de la Sala de Cuestiones Preliminares I (caso Lubanga), restringió la participación de las víctimas anónimas, afirmando que ellas sólo pueden acceder a los actos de carácter público. Igualmente 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 en base a la actuación concreta. Por lo tanto, la víctima debe justificar su intervención en el acto particular en el cual se propone intervenir. Por último, se refirieron los expositores a 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. *Montserrat de Hoyos* (Universidad de Valladolid) se refirió al tema de los criterios de concesión del permiso para apelar las decisiones interlocutorias. Al respecto, la expositora se refirió a la interpretación del art. 82.1, apartado d, del Estatuto, y analizó varias resoluciones de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre los casos Lubanga y Dafur. Después de dicho análisis *de Hoyos* enumeró las siguientes características de las referidas decisiones:

- Sólo se pueden apelar puntos tratados en la resolución;
- Sólo 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 sólo procede excepcionalmente;
- Por lo tanto, los motivos de la apelación deben interpretarse restrictivamente;
- El Estatuto prohíbe el recurso de reposición.

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

En cuanto a las conclusiones de su análisis, afirmó *de Hoyos* las siguientes:

- Se han denegado autorizaciones de apelación con base a una errónea interpretación del concepto “debido proceso”;
- La interpretación del concepto “debido proceso” varía en función de la conformación de la sala, de allí que en ocasiones se le haya dado una interpretación restrictiva a dicho concepto;
- Se legitimaría la Corte Penal Internacional sólo si se garantiza el debido proceso en los procesos sustanciales;
- El debido proceso debe quedar libre de dudas al punto de que la sentencia no pueda ser impugnada por la infracción de dicho principio.

Entre las propuestas formuladas por *de Hoyos* destaca la necesidad de que se haga una interpretación amplia del concepto de debido proceso. Igualmente, opinó la ponente

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, *Pastor* se refirió a los siguientes problemas: las reglas de procedimiento y prueba amplían las condiciones exigidas para la apelación contempladas en el artículo 82 (1) (d), del Estatuto, en el sentido de que este último no contiene dicha autorización. Por otra parte, planteó *Pastor* el problema de si el referido inciso “d” implica una consulta por el tribunal o una verdadera apelación realizada por las partes. Por último, *Pastor* 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, entendiendo la misma como una asistencia del testigo. *Ambos* 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. Igualmente, no existe base legal que lo permita, por lo tanto la posibilidad de estas prácticas requeriría una expresa base legal. En suma, preparación del 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 al tema de la autoría y participación en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Su ponencia se centro en el análisis de los criterios sostenidos por la sentencia del 29 de enero de 2007 (Sala de Cuestiones Preliminares I -caso Lubanga-) para fundamentar la autoría. Luego de exponer la sentencia hizo una comparación de 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, *Modolell* mostró sus dudas con relación 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.