

Víctima y Justicia Internacional

Luísa Brandão Bárrios

Víctima y Justicia Internacional

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducire, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2020 Luísa Brandão Bárrios

© 2020 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18244-20-9

Depósito legal: B 19505-2020

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

*A mis padres, Júlia Maria y Luís Manuel, por acompañarme
en todas las etapas de mi vida y seguir confiando en mí*

*A mi hermana y cuñado, Dinora de Fátima y Ricardo Jorge,
por aportarme madurez y resiliencia*

*A mis sobrinos/ahijados, João Dinis y Luís Manuel, por la sonrisa sincera,
y el cariño, deseando que puedan vivir en un mundo más
«humanizado»*

*A mis entes queridos, ya no presentes físicamente, que sean la luz
que ilumina mi camino*

A mis amigos, quienes siempre me aportaron mucho más que amistad

Índice

PRÓLOGO	13
INTRODUCCIÓN	19
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	21
CAPÍTULO 1 VÍCTIMA Y PROCESO	25
1. Presentación	25
1.1. Noción y encuadramiento a nivel procesal	25
A) Noción de víctima	30
B) Noción de víctima al nivel Internacional	33
C) Las víctimas y los crímenes internacionales	38
1.2. Los Estados, las víctimas y la Corte Penal Internacional	42
1.2.1. La evolución del papel de la víctima en el proceso penal con referencia a algunos países.	46
A) Referencia a la posición procesal de las víctimas en países de América Latina y de Europa	51
B) La participación de la víctima en el sistema procesal Europeo. . .	68
C) Justicia Transicional, derecho a la verdad y víctimas colectivas . .	72
1.3. La participación de la víctima en el Proceso Penal Internacional	77
A) Antecedentes y Novedades de la CPI	78
B) Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Derechos Humanos.	81
C) La prueba en el proceso	85
1.3.1. Las víctimas y los testigos en el Derecho Internacional Humanitario y en los Tribunales Penales Internacionales (breve referencia a las cortes penales mixtas, o sui generis)	86
A) Tribunales penales internacionales ad hoc - TPIR y TPIR	91
B) Las Cortes Penales Mixtas y las Víctimas	95

1.4. Las víctimas ante el Derecho Internacional Humanitario y su posición relativamente a las víctimas en tiempo de guerra	98
A) La Escuela de Salamanca	99
B) Referencia al principio de distinción	102
C) La acción de las Naciones Unidas: contribución a la aplicación, y su conformidad, con el Derecho internacional humanitario (DIH)	106
1.4.1. Los Procesos Penales Internacionales	108
A) Personas protegidas ante el Derecho Internacional Humanitario	116
B) Refugiados y personas desplazadas internas	118
C) Víctimas vulnerables	124
1.4.2. Desafíos de la actualidad	139
A) Cuanto a los refugiados y personas desplazadas internas	140
B) Cuanto a los Niños Niñas y Adolescentes y Mujeres	140
CAPÍTULO 2. PROTECCIÓN EXTRAPROCESAL DE LAS VÍCTIMAS.	145
2. La protección de las víctimas de los conflictos armados	145
2.1. Generalidades	145
2.2. Las medidas de protección de las víctimas	146
A) Consideraciones generales sobre la protección de la víctima-testigo en los TPI <i>ad hoc</i>	146
B) Perspectiva del papel de las víctimas en la Unión Europea.	147
3.2.1. Creación de zonas de seguridad para garantizar la protección de la población civil (Ruanda/Bosnia/Croacia)	150
A) Ruanda	151
B) Croacia	151
C) Bosnia-Herzegovina	152
2.2.2. Autorización del recurso a la fuerza con fines humanitarios	155
A) El empleo de la fuerza autorizado por el Consejo de Seguridad como instrumento más idóneo para alcanzar objetivos de carácter humanitario	157
B) El uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales.	160
C) Cuando el sistema falla: referencia a la responsabilidad de proteger	161
D) La mediación penal; ODR (Online Dispute Resolution) y la prueba científica (inteligencia artificial y neurociencia)	166
2.3. Las formas colectivas de protección extraprocesal de las víctimas	171
2.3.1. Medidas colectivas dirigidas a poner fin a las violaciones de DIH	171
2.3.1.1. Acción humanitaria y operaciones de mantenimiento de la paz (OMP)	172
2.3.1.2. El establecimiento de zonas de seguridad de la población civil	174

CAPÍTULO 3. EL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS ANTE EL EJERCICIO DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA Y LA VÍCTIMA Y LA PRETENSIÓN DE RESARCIMIENTO EN LOS PROCESOS PENALES INTERNACIONALES	179
3. Análisis de la pretensión punitiva de las víctimas de crímenes internacionales . .	179
A) Introducción	179
3.1. La intervención de las víctimas en el proceso penal (breve referencia al estatuto procesal de las víctimas en el derecho continental, latinoamericano y estadounidense)	184
A) Alemania	186
B) Italia	186
C) Portugal	187
D) Países latinoamericanos	187
E) Estados Unidos (EE.UU.)	188
3.2. Las víctimas y la pretensión punitiva	188
A) Determinación del elemento subjetivo de la pretensión punitiva . .	189
B) Determinación del elemento objetivo de la pretensión punitiva . .	189
C) Elementos o requisitos de la pretensión punitiva.	190
D) Diferencia entre acción penal y pretensión punitiva	190
E) Preparación y presentación de denuncias de violaciones de derechos humanos.	195
3.3. Análisis de la pretensión de resarcimiento a las víctimas	197
A) Algunas alternativas a la pena tradicional, relacionadas con la reparación a la víctima	197
B) El modelo anglosajón y la sustitución del sistema punitivo actual —Conciliación víctima y delincuente (restorative justice y mediación extrajudicial)	203
C) Integración de la reparación en el sistema punitivo europeo. . . .	207
D) Formas que logran la reparación a la víctima a través del sistema penal.	208
E) Propuestas que modifican el sistema sancionador actual	210
3.3.1. Pretensión de resarcimiento	214
3.3.2. Formas colectivas de resarcimiento	220
3.3.2.1. Comisiones de expertos.	221
3.3.2.2. Los Tribunales Penales Internacionales <i>ad hoc</i>	221
BIBLIOGRAFÍA	241
ÍNDICE DE OTRAS CONSULTAS	259

Prólogo

Una de las mejores experiencias de la vida universitaria es encontrarse con personas extraordinarias que por azar se cruzan en nuestro camino y parece imposible que algún día se vayan a apartar de él. Es lo que ocurre con la autora de esta excelente obra, defendida brillantemente en su día como Tesis Doctoral en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de nuestra antigua Universidad de Salamanca.

En Luisa Barrios se unen varias características inusuales en el catálogo de personajes que pueblan las dependencias universitarias. Siempre ha hecho lo posible por pasar inadvertida, por no molestar, por no interrumpir, por sentarse en lugar más apartado, desde el que sin embargo pudiera aprender todo lo posible. Porque esta es su segundo rasgo digno de resaltar: pocos estudiantes he conocido con tanta avidez de conocimiento y tanta voluntad de perfeccionamiento.

Es singular e irrepetible nuestra doctora, además, porque ha simultaneado con dificultad su perfeccionamiento formativo con sus andanzas entre las nubes, de la manera más literal posible. Es habitual que los doctorandos hayamos tenido durante bastante tiempo nuestra cabeza entretenida por elevadas elucubraciones tratando de domar las ideas pretendidamente racionales que nos atrevíamos a pensar. Luisa llevó sus ideas a su trabajo como azafata en una compañía de bajo coste, y entre problema laboral y dificultad de conexión fue avanzando en sus reflexiones, demostrando su voluntad de hierro.

Aprovechó vacaciones y permisos para asistir a las clases presenciales de los antiguos doctorados, se apuntó a los más variados congresos de Derecho Procesal, en cualquiera que fuera el continente y tardó en confesar al que suscribe que lo había visto impartir tal conferencia en el Centro de Convenciones de Cartagena de Indias o tal otra en la propia Facultad de Derecho de Salamanca.

Siempre con tímido sigilo, alejada de los núcleos que admira, pero con una imparable curiosidad.

A medida que cogió confianza, defendió de manera excelente su Tesina, comprobó que los profesores que admiraba eran de carne y hueso, que la recibían con los brazos abiertos y se animó a participar más directamente con sus aportaciones, siempre con su modestia y su pasión por aprender.

Esta portuguesa de Oporto, largo tiempo radicada em Madrid, una vez ya doctora, cogió el mundo por montera y, con gran esfuerzo, viajó a Lituania para participar en un relevante encuentro con profesores universitarios de Europa del Este, asistió al Congreso Mundial de Derecho Procesal de Kobe —donde representó calladamente al grupo de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, cuyos miembros por razones diversas no habían podido viajar—, se fue a pasar penurias a la Guajira colombiana para conocer a los *wayuu*, a fin de escribir sobre la jurisdicción indígena, que se ha convertido en una más de sus pasiones vitales ...

No se entiende del todo a Luisa Barrios, sin mencionar a sus padres. Gente de bien, portugueses modestos y trabajadores, que estando en Salamanca el día grande de la defensa de la Tesis Doctoral no se atrevieron a compartir sus lágrimas de alegría por los pasillos y los salones de la Universidad, solo por no molestar, por concebir el acto de la defensa como algo que pertenecía a su querida hija y a esas figuras enigmáticas de los profesores, a los que hay que mirar de lejos y con mucho respeto. Gente de otros tiempos, que quieren lo mejor para su hija, pero con la inevitable *saudade*, la ayudan para que se vaya lejos, por su bien, como tantos otros compatriotas.

Este estudio es en gran parte un homenaje, también callado y profundo, a estos padres dedicados, sacrificados y felices de ver cómo su hija iba alcanzando más éxitos de lo que ellos pudieran haber esperado. Justamente en el día de hoy nos ha dejado la madre de la autora, que lamentablemente no podrá hojear las páginas de esta monografía. Pero después de un largo tiempo de sufrimientos, desde el lugar en donde esté, no podrá evitar que se le caiga la lágrima de emoción, con recatado orgullo por saber que su hija Luisa sigue avanzando en su carrera universitaria.

Las dificultades actuales de cualquier joven que quiere dedicar su vida a las procelosas aguas de la investigación y docencia universitarias aumentan para quien, cansada de las desavenencias y explotaciones de empresas privadas sin miramientos, procede de otro país —aún del mismo club de países amigos y con una cultura cercana—, y quiere aportar su energía a la Universidad española. Por mucho dominio de idiomas y por mucho bagaje con el que cuenta, el

camino que sigue no es fácil. Pero hay que confiar en la porfía de esta portuguesa, más fuerte de lo que ella se cree, más capaz de lo que piensa y más valiente de lo que imaginaba.

Un valioso indicio de todas estas nobles virtudes se nos presenta en este estudio, que afronta un tema central para el Derecho procesal supranacional. Si la víctima ha sido descuidada en la mayoría de los países durante mucho tiempo para los Derechos nacionales, hasta que los Tribunales Penales internacionales empezaron a emitir sus complejas sentencias, no se hizo patente la necesidad de dar protagonismo a los sufrientes en las calamidades causadas por la comisión de crímenes internacionales, y por tanto también para el Derecho Procesal en su vertiente exterior.

Estamos, por supuesto, ante un objeto de estudio al que se han dedicado los internacionalistas y los penalistas, con sus metodologías particulares, con sus conceptos no siempre conciliables, pero hacía falta destacar un enfoque procesalista, que situara a las víctimas masivas en una posición eficaz, con posibilidad de obtener una tutela judicial verdaderamente efectiva, que aminore en lo posible el drama de sus vidas truncadas.

Luisa Barrios demuestra su preocupación por los vulnerables del mundo en esta obra que nos muestra una clara sistemática. Le interesa situar a su protagonista frente al proceso, consciente de que no se trata de un estudio exhaustivo de esta relación, sino sólo en la medida que le es útil para sus fines investigadores. Por ello parte de un examen sobre la noción de víctima, pero enseguida lo encarrila hacia la perspectiva internacional, porque sabe que es ahí donde se presentan las mayores dificultades y donde la complejidad precisa de razonamientos más sosegados.

Le es útil un examen de la evolución de la posición de la víctima en el Derecho comparado, en abundantes ordenamientos, culturalmente cercanos, tanto de América Latina, como en Europa, para obtener elementos conceptuales y funcionales con el fin de valorar mejor después lo que será el centro de su estudio. No nos priva de sus consideraciones sobre asuntos difíciles de manejar, pero inherentes a las consideraciones sobre la protección procesal supranacional de las víctimas: la justicia transicional y el derecho a la verdad, que merecen ya por sí solas investigaciones monográficas.

Su incursión en el examen de la víctima respecto al Derecho procesal supranacional se topa necesariamente con la creación de la Corte Penal Internacional, con el Derecho Internacional Humanitario y el más general de los Derechos Humanos, centrándose en los problemas en torno a la titularidad del derecho a la asistencia humanitaria. Nos sitúa ante la variedad de tribunales penales

internacionales existentes, bastantes más de los que pueda imaginar el ciudadano común mínimamente informado. A los conocidos Tribunales para la ExYugoslavia y para Ruanda, creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con base en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, se suman numerosos tribunales penales mixtos, en los que el tratamiento de las víctimas también aparece como problemático.

Se contextualiza el Derecho Internacional Humanitario, con su entronque histórico en la famosa Escuela de Salamanca, para analizar las distintas categorías que pueden interesar a los procesos penales internacionales. Desde luego, las penosas experiencias que se tratan distan de ser agradables y las sentencias que a estas cuestiones se refieren son un abominable catálogo de acciones dantescas, a las que no obstante se han tenido que dar cauce procesal, con muchas limitaciones e inseguridades. Por ello es muy pertinente tratar con rigor conceptual y principialístico el encauzamiento de estos hechos a través del proceso jurisdiccional, con la mirada atenta a la obtención de una protección adecuada para las diversas víctimas, con sus necesidades heterogéneas, pero todas ellas en una posición débil y delicada.

La perspectiva interdisciplinar obliga a observar asimismo las previsiones extraprocesales, acudiendo a dolorosas experiencias históricas no tan lejanas, transmitidas prácticamente en directo por los medios de comunicación impotentes. En especial, es loable la atención a formas colectivas de tutela, pues los crímenes internacionales suelen tener la característica común de la masividad, y por tanto, la colectividad de perjudicados por los actos criminales no suele ser pequeña. Ello exige medidas adecuadas, adaptadas a la realidad de las condiciones fácticas.

La especialización procesalista de la autora resurge en el capítulo tercero, donde se examina a las víctimas como protagonistas en los procesos penales internacionales, comparando las diversas previsiones de los ordenamientos nacionales más característicos con la regulación en los textos normativos que rigen la actuación de los Tribunales penales internacionales, especialmente los conocidos como Tribunales penales internacionales *ad hoc*.

Como en toda la investigación, Luisa Barrios se ha visto obligada a probar su destreza en la comparación de sistemas, en la diferenciación de los rasgos principales de diversos ordenamientos, para ofrecernos un minucioso panorama de claroscuros, porque no todo está hecho y, por el contrario, queda muchísimo por hacer. La obra que el lector tiene ahora entre sus manos es un paso importante en la concienciación sobre esta problemática y en la reivindicación de que el Derecho Procesal tiene también mucho que decir cuando se trata de evitar la impunidad de las más graves vulneraciones de los derechos humanos.

Es motivo de especial orgullo que Luisa Barrios me haya invitado a escribir estas primeras letras, con las que me honro en presentar a la comunidad de juristas y, en general, a todos los interesados, a una jurista modélica, de personalidad extraordinaria, que con seguridad nos va a ofrecer en el futuro inmediato más muestras de su gran capacidad, para placer de los que nos gusta reflexionar sobre materias de la mayor actualidad.

Villares de la Reina (Salamanca), 21 de septiembre de 2020

Lorenzo M. BUJOSA VADELL

*Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca*

Introducción

En nuestra inquieta y mutante actualidad, donde la especificidad de las situaciones delictivas son tan disímiles, las nuevas tendencias reformadoras proponen e imponen un papel activo de la víctima en el proceso y ello se evidencia tanto al nivel nacional como internacional. En la ejecución del rol de la víctima son y serán motivo de análisis acentuados y clarividentes que darán, en un futuro cercano, un cariz diferente a la canalización de la interacción de la víctima. Este trabajo trata acerca del papel de las víctimas de crímenes internacionales en el derecho procesal penal, desde un punto de vista teórico pero también crítico, atendiendo claramente a los cambios que se han suscitado hasta el día de hoy.

Dedicamos el Capítulo 1 a la Víctima y Proceso, desarrollando temas como: Noción y encuadramiento al nivel procesal, encuadrando este apartado con el papel de los Estados, y de la Corte Penal Internacional, que será el punto de partida para el tema de la participación de la víctima en el proceso penal internacional: en este apartado desarrollamos los diferentes Estados, europeos y de América del Sur, bien como los Tribunales Penales Internacionales *Ad Hoc*, y las Cortes Internacionales Mixtas, incluyendo el estudio de las Víctimas vulnerables en el estudio de los procesos penales internacionales, presentando desafíos de la actualidad. Desde nuestra óptica, para comprender la victimogénesis se habla de factores de vulnerabilidad, teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de algunas víctimas, nos referiremos, a lo largo de este estudio, a los diferentes medios de prueba junto al papel de la víctima en el proceso penal. La Corte Penal Internacional ofrece un innovador y complejo sistema de justicia que contempla los derechos de las víctimas. Si bien estos derechos no son absolutos, debido a que se encuentran sujetos a las garantías de un juicio justo e imparcial, la Corte reconoce a las víctimas como partes legítimas en sus procedimientos. Hemos de recordar los logros conseguidos a través de los Tribunales Penales Internacionales *Ad Hoc* y de las Cortes Internacionales Mixtas.

En el Capítulo 2, nos dedicaremos al estudio de la Protección Extraprocesal de las Víctimas, hacemos referencia a las diversas formas de protección de las víctimas, y en particular, en tiempo de conflictos armados, bien como a formas de protección colectivas de las víctimas, en este capítulo, remontamos a la actualidad procesal penal, sobre la Mediación penal; ODR - *Online Dispute Resolution*, y la prueba científica (inteligencia artificial y neurociencia). Dando un seguimiento a las formas de protección de las víctimas, debemos dedicar el Capítulo 3 sobre la Pretensión Punitiva y Pretensión de Resarcimiento de las Víctimas de crímenes internacionales, considerando, de forma global, las diversas opciones que obtienen las víctimas, en el derecho procesal penal, de considerar sus derechos resarcidos, sin pretender, que el resarcimiento sea una forma pecuniaria de recuperar los derechos perdidos, sino, un conjunto de derechos que les pertenecen, y a que tienen derecho de ejercerlos.

En este contexto, nos parece que la reflexión más importante es la necesidad de encarar el debate público y legislativo con un mejor diagnóstico y tal vez, antes que ello, con una discusión un poco más profunda de hacia dónde quisiéramos dirigir los sistemas procesales penales y a los derechos de las víctimas en esta nueva etapa de su desarrollo.