

**CORTE SUPREMA DE LA NACION
SALA PENAL ESPECIAL**

Expediente A.V. 19-2001
(Acumulado A.V. 45-2003)

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

AMICUS CURIAE del

CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Juan Méndez
Leonardo Filippini, Susan Kemp y Michael Reed
5 Hanover Square, 24th Floor,
New York NY
10004-2614
Estados Unidos de Norteamérica

Tel +1 917 637 3800
Fax +1 917 637 3900

CONTENIDO

- i. Interés del *amicus curiae*
 - ii. Propósito y justificación de la presentación
-
1. LEGISLACION NACIONAL SOBRE PARTICIPACION CRIMINAL (Argentina, Bolivia, Chile, Guatemala, Perú)
 2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SUPERIORES JERÁRQUICOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL
 3. APORTES DE LA EXPERIENCIA COMPARADA SOBRE EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUPERIOR JERARQUICO
 - a. El análisis de la estructura jerárquica
 - b. La planificación
 - c. Órdenes
 - d. El dominio del suceso
 4. APORTES DE LA EXPERIENCIA COMPARADA SOBRE LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUPERIOR JERARQUICO
 - a. Informes de las Comisiones de la Verdad y otros reportes similares
 - b. Contenido de otros procesos penales
 - c. Testimonios y documentos
 - d. Prueba del conocimiento del acusado
 5. CONCLUSIONES
 6. ANEXOS DE SENTENCIAS CITADAS

i. Interés del *amicus curiae*

La figura del *amicus curiae* es ampliamente conocida y aceptada hoy por tribunales nacionales e internacionales, incluso en ausencia de una previsión legal expresa. La figura es una manifestación del ejercicio de la libertad de expresión, del derecho a peticionar y del reforzamiento del principio republicano de gobierno. El *amicus curiae* promueve la reflexión amplia sobre asuntos de trascendencia institucional o de interés público sin ampliar el universo de los asuntos que debe decidir el tribunal y sin afectar los derechos de las partes en litigio. Con este alcance, solicitamos que se conceda al Centro Internacional para la Justicia Transicional (en adelante, ICTJ, por sus siglas en inglés, o el Centro) la calidad de *amicus curiae* y que se valoren las consideraciones que aquí se presentan.

El ICTJ es una organización no gubernamental que ofrece asistencia a sociedades que enfrentan un legado de violaciones a los derechos humanos. El Centro trabaja en países que han superado regímenes represivos o conflictos armados, así como en todo lugar donde las situaciones continúan sin resolverse. El ICTJ responde a pedidos de grupos de la sociedad civil, gobiernos y organizaciones internacionales y ofrece información comparada, análisis sobre políticas públicas y asistencia legal y técnica. En la visión del ICTJ, no existen iniciativas de justicia transicional idénticas. A través de misiones nacionales y de la comunicación continua con sus contrapartes locales, el Centro ofrece asesoría y apoyo a instituciones dedicadas a la justicia, a la búsqueda de la verdad, al desarrollo de programas de reparación y a la reforma de las instituciones responsables por violaciones a los derechos humanos.

En el marco de su misión y visión, el Centro ha seguido de modo cercano los procesos recientes en el Perú y en particular las investigaciones recomendadas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación (en adelante, CVR) y por la jurisprudencia interamericana. Desde 2002 y hasta mediados de 2004, el ICTJ aportó asistencia a las ONG y a los fiscales sobre las técnicas y estrategias de investigación de crímenes masivos. En junio, julio y diciembre de 2002, el ICTJ facilitó talleres y aportó materiales a los abogados de ONG, a la policía, y a los fiscales y jueces involucrados en la investigación y persecución penal de violaciones de los derechos humanos. En 2004 y 2005, el ICTJ prestó apoyo técnico intensivo al equipo jurídico de Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH) en su trabajo sobre la persecución penal nacional de crímenes internacionales. El trabajo del ICTJ en Perú continuó en 2006 en forma de misiones de terreno y talleres con jueces, fiscales y otras ONG. En concordancia con el objetivo del ICTJ de estimular la investigación sobre la justicia transicional en Perú, en 2005 y 2006 publicó EL LEGADO DE LA VERDAD, una investigación sobre los retos de la persecución penal en un contexto post-CVR. El libro está disponible en español y en inglés. En 2006, la Unidad de Género del ICTJ lanzó un proyecto que investiga la posibilidad de calificar la violación sexual como tortura en el derecho internacional.

El juicio que lleva el tribunal sobre la presunta responsabilidad penal del ex presidente Alberto Fujimori es de interés del Centro tanto como consecuencia del trabajo realizado por éste en Perú como por la importancia que el juicio tiene como expresión del principio de responsabilidad de los jefes de Estado en violaciones a los derechos humanos. Constituye así un precedente importante para situaciones similares que ocurren en otras latitudes y puede ser una contribución muy importante para

determinar bajo qué condiciones la responsabilidad de un jefe de Estado incluye el ámbito de la responsabilidad penal.

ii. Propósito y justificación de esta presentación

Esta presentación ofrece una descripción comparada de las normas y de la práctica judicial en América Latina acerca del alcance de la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos acusados de violaciones a los derechos humanos cometidas por sus subordinados y de la prueba de los elementos constitutivos de tal responsabilidad. Como veremos, la experiencia nacional comparada ofrece aportes valiosos sobre el alcance de las figuras penales que el derecho internacional ha forjado sobre la situación de los superiores jerárquicos, tanto respecto del alcance de dichas figuras como respecto de su efectiva acreditación en juicio. No es aventurado concluir que algunos de los elementos cuya consideración reclama el derecho internacional ya forman parte de la práctica jurisdiccional en la región. El estudio y la consideración de la experiencia comparada, de tal forma, podrían iluminar de manera relevante la labor del tribunal a la luz de los compromisos internacionales del Estado peruano.

En efecto, las decisiones de tribunales nacionales e internacionales constituyen una fuente de interpretación para la determinación de las reglas del derecho internacional aplicables a un caso. Además de las normas provistas por las tres fuentes directas del derecho internacional —es decir, las convenciones, la costumbre internacional y los principios generales del derecho— es aceptado que las decisiones judiciales de las distintas naciones del mundo se deben aplicar como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”¹. Esto incluye no sólo las decisiones de tribunales internacionales sino también las de los nacionales². Las “doctrinas de los publicistas de mayor competencia”, además, también son una fuente subsidiaria de derecho y no existe impedimento alguno, desde la perspectiva del derecho internacional, para que el juzgador peruano tome en cuenta decisiones de órganos internacionales o extranjeros como ilustrativas de aquéllas doctrinas. Más aún, cuando el propio Estado es parte de un conflicto resuelto jurisdiccionalmente esa misma decisión puede ser una fuente de derecho directamente vinculante para el Estado, tal como ocurre con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que exigen al Perú que el derecho nacional reconozca las formas de responsabilidad penal de superiores jerárquicos por violaciones a derechos humanos de conformidad con los estándares internacionales³.

¹ Argumento sobre la base del Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “La CIJ, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho...”. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm#C>

² La jurisprudencia comparada puede servir tanto como fuente subsidiaria para determinar las normas internacionales, como para el reconocimiento de normas consuetudinarias, pues los tribunales son órganos del estado que pueden mostrar sus prácticas. Ver, por ejemplo, los alegatos en *Arrest Warrant of 11 April 2000* ante la Corte Internacional de Justicia (caso Pinochet), ICJ Reports 2002, página 3 párrafo 57-58.

³ Argumento conforme a los artículos 2 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

En esta línea, entendemos que las decisiones de otras jurisdicciones son una fuente válida y enriquecedora que el órgano judicial peruano puede aplicar con el alcance descrito. Es en ese orden de ideas que ofrecemos al tribunal una descripción del estado de la cuestión del alcance de la responsabilidad penal en sede internacional y acerca del modo en que los tribunales nacionales de la región han abordado cuestiones análogas a las que hoy enfrenta el Perú.

La primera sección de este escrito contiene una transcripción ejemplificativa de algunos textos penales nacionales utilizados por otros tribunales de la región frente a casos similares, en algunas de sus notas centrales, al que la Sala Penal Especial tiene a estudio. La sección segunda, describe de modo general los alcances de las figuras penales del derecho internacional que podrían resultar aplicables al caso de un superior jerárquico acusado por crímenes perpetrados por sus subordinados. Como veremos, el derecho internacional ofrece hoy múltiples encuadramientos posibles para la situación del superior, dependiendo, obviamente, de las particularidades de cada situación. La tercera sección presenta la experiencia latinoamericana sobre la cuestión del alcance de la responsabilidad. Veremos, en ese punto, que muchos de los elementos centrales de la responsabilidad penal internacional están presentes y son analizados bajo categorías análogas o asimilables por parte de los tribunales nacionales de la región que han estudiado casos similares al presente. La cuarta sección, ofrece al tribunal algunos ejemplos concretos de los elementos de prueba que otros tribunales consideraron al momento de evaluar si se hallaban acreditados los extremos que permitían fundar un juicio de responsabilidad penal. Finalmente, ofrecemos nuestras reflexiones finales en las conclusiones de este escrito.

Tal como volveremos a remarcar al final de esta presentación, la experiencia comparada ofrece ejemplos útiles al tribunal peruano acerca de las posibilidades de compatibilizar la interpretación del derecho nacional frente a las exigencias del derecho internacional en punto a la responsabilidad del superior, así como de las maneras en que otros tribunales han abordado el tema de la acreditación o no los elementos que permitirían fundar esa responsabilidad.

1. LEGISLACION NACIONAL SOBRE PARTICIPACION CRIMINAL

Con el propósito de facilitar el ejercicio comparado, de manera preliminar al análisis incluimos en esta sección una transcripción de las normas relevantes de los códigos penal y militar de Perú y de otros códigos penales⁴ de la región referidos aquí.

a. Argentina

Código Penal⁵

Artículo 45. Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo

Artículo 46. Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.

b. Bolivia

Código Penal⁶

Artículo 20° (AUTORES). Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, por medio de otro o los que dolosamente prestan una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso

Es autor mediato el que dolosamente se sirve de otro como instrumento para la realización del delito.

Artículo 22° (INSTIGADOR). Es instigador el que dolosamente determine a otro a la comisión de un hecho antijurídico doloso. Será sancionado con la pena prevista para el autor del delito.

Artículo 23° (COMPLICIDAD). Es cómplice el que dolosamente facilite o coopere a la ejecución del hecho antijurídico doloso, en tal forma que aún sin esa ayuda se habría cometido; y el que en virtud de promesas anteriores, preste asistencia o ayuda con posterioridad al hecho. Será sancionado con la pena prevista para el delito, atenuada conforme al artículo 39.

⁴ Vigentes en el momento de los casos expuestos en la presente comunicación.

⁵ Ley 11.179 texto ordenado por Decreto 3992/84 del 21 de enero de 1984, boletín oficial 16 de enero de 1985

⁶ Ley No. 1768, reformada.

c. Chile

Código Penal⁷

Artículo 15. Se consideran autores:

1° Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

2° Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.

3° Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

Artículo 16. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

d. Guatemala

Código Penal⁸

Artículo 36. Son autores

1° Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito

2° Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo

3° Quienes cooperan a la realización del delito ya sea en su preparación o en su ejecución con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer

4° Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito están presentes en el momento de su consumación.

Artículo 37.

Son cómplices

1° Quienes animaren a otro en su resolución de cometer el delito

2° Quienes prometieron su ayuda o cooperación para después de cometido del delito

3° Quienes proporcionaren informes o suministran medio adecuados para realizar el delito

4° Quienes sirvieron de enlace o actuaren como intermedios entre los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito

e. Perú

Código Penal del Perú⁹

Artículo 13. Omisión impropia

El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.

2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada.

⁷ COD-18742, de fecha 21 de noviembre 1874, reformada.

⁸ Decreto 17-73.

⁹ Decreto Legislativo No. 635 del 3 de abril de 1991.

Artículo 23. Autoría, autoría mediata y coautoría

El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

Artículo 24.- Instigación

El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.

Artículo 25.- Complicidad primaria y complicidad secundaria

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

Código de Justicia Militar del Perú¹⁰

Artículo 3. Son responsables conforme a este Código, los que por acción o por omisión incurrir en las infracciones que el prevé.

Artículo 9. Merecen sanción, además del delito consumado, el frustrado y la tentativa. Los actos preparatorios no son punibles, salvo cuando medie confabulación. Hay confabulación cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del delito. Las faltas son punibles sólo cuando han sido consumadas.

Artículo 13. Son responsables criminalmente:

Los autores; y,

Los cómplices.

Artículo 14. Son autores:

Los que personalmente perpetren el hecho criminal; y,

Los que deciden su ejecución y lo efectúan por medio de otros.

Artículo 15. Son considerados como autores los que inducen a cometer el hecho criminal y los que, de modo principal y directo, coadyuvan a su ejecución practicando maliciosamente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse el delito.

Artículo 16. En los delitos por omisión, son considerados como autores, los que dejan de hacer lo que manda la ley penal y los que causan la omisión o cooperan a ella del modo expresado en el artículo anterior.

Artículo 17. Son cómplices los que cooperan a la perpetración del delito por medios secundarios de los que no depende su ejecución, pero que contribuyen a él siempre que haya nexos de voluntad entre unos y otros.

¹⁰ Decreto Legislativo N° 23214 del 24 de julio de 1980.

2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SUPERIORES JERÁRQUICOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional ofrece distintos enfoques posibles respecto de la responsabilidad penal individual de un superior jerárquico por actos cometidos por, o con la participación de sus subordinados. El Artículo 7 (1) del Estatuto del Tribunal *ad hoc* para la ex Yugoslavia (en adelante, TPIY), por ejemplo, que podría considerarse un reflejo de la costumbre internacional en 1993, indica que quien ha planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar los crímenes es individualmente responsable de dicho crimen. Bajo este marco, tal como interpretó el TPIY, tanto el individuo que despliega él mismo la conducta, como el superior que se encuentra involucrado en ella, no a través de su participación física, sino, por ejemplo, por haber ordenado o instigado el acto, se encuentran dentro de los supuestos de responsabilidad. A manera de ilustración: según estableció el TPIY, un superior que ordena la matanza de civiles puede ser considerado responsable, como podría serlo también un líder político que planifica la ejecución de civiles o de grupos de civiles y transmite esta instrucción a un jefe militar. La responsabilidad penal de tales superiores, militares o civiles, es personal y directa, como resultado de su relación con la comisión material del hecho. Para el TPIY, la responsabilidad criminal de un superior por tales actos, puede ser encuadrada como una derivación de los principios generales de la complicidad criminal, excepto cuando el superior ordena el crimen en cuyo caso podría ser más apropiadamente considerada como el responsable principal por su comisión¹¹.

Las formas específicas referidas a la responsabilidad del superior que el derecho penal internacional ofrece pueden presentarse del siguiente modo:

- i. Planificación.
- ii. Comisión (por sí, con otro, o por medio de otro).
- iii. Orden, inducción o instigación.
- iv. Colaboración o ayuda.
- v. Responsabilidad del superior.

a. Planificación

La responsabilidad por planificar la comisión de un delito aparece en el artículo 7(1) del Estatuto del TPIY como supuesto que no aparece así en el Estatuto de Roma. Planificar supone el diseño de la comisión de un delito tanto en sus fases preparatorias como las de ejecución. La conducta de planificar sin otra acción u omisión es suficiente en sí para poder determinar la responsabilidad individual penal¹².

¹¹ TPIY, *Kordic and Cekez*, Trial Chamber 26 Feb. 2001, para 367.

¹² *Krstić* (IT-98-33) "Srebrenica-Drina Corps" Trial Chamber, Judgment, 2 de agosto de 2001 párrafo 601, resumiendo la línea de desarrollo del concepto: *Akayesu* (ICTR-96-4-T) Trial Chamber, Judgment 2 de septiembre de 1998 párrafo 480; *Blaškić* (IT-95-14) "Lašva Valley" Trial Chamber, Judgment, 3 de marzo de 2000 párrafo 279; *Kordić and Čerkez* (IT-95-14/2) "Lašva Valley" Trial Chamber, Judgment, 26 de febrero de 2001, párrafo 386.

b. Comisión

Autoría y coautoría

Por comisión se entiende el perpetrar directamente el delito o el omitir una acción debida¹³. La doctrina internacional concibe la posibilidad de co-perpetradores. La co-perpetración de un delito está comprendida en el supuesto de *cometer* y puede haber más de un autor cuando la conducta de cada uno llena los elementos típicos del delito¹⁴. En *Lubanga*, la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) dijo que:

[...] cuando la totalidad de las contribuciones coordinadas de un grupo de personas resulta en la realización de todos los elementos objetivos de un delito, cualquier persona que contribuyó puede ser responsable para las contribuciones de todos los demás y, como, tal es autor del delito.¹⁵

Al determinar quiénes son autores, la CPI adopta un concepto de “dominio del delito”, es decir que los autores incluyen también aquellas personas que, no obstante su posición remota de la escena del crimen, controlan o dirigen intelectualmente (*mastermind*) su comisión. Puede haber control compartido entre varias personas cuando la contribución de cada una es esencial a la comisión total del delito¹⁶. En pocas palabras, la participación en la comisión de un delito sin que haya coordinación con los demás coautores, queda fuera de la figura de “*cometer*”. Los elementos objetivos de la coautoría basada en el dominio son expresados por el TPIY¹⁷ y recogidos por la CPI¹⁸: la coordinación de las tareas esenciales de cada coautor resulta en la realización de los elementos objetivos del delito, en el sentido de una cooperación coordinada más un control conjunto sobre el delito. Según la CPI, siguiendo la postura de Muñoz Conde, Pérez Cepeda y otros¹⁹, la contribución en la

¹³ *Tadic* (IT-94-1) "Prijedor" Appeals Chamber, Judgement, 15 de Julio de 1999 para. 188; *Kunarac et al.* (IT-96-23&23/1) "Foča" Trial Chamber, Judgement, 22 de febrero de 2001 para. 390; *Krstic Ibid*, párrafo 601; *Vasiljević* (IT-98-32) "Visegrad" Trial Chamber, Judgment, 29 de noviembre de 2002 párrafo 62.

¹⁴ *Kunarac Op.cit.*, párrafo 390; *Prosecutor v Kvočka et al.* (IT-98-30/1) "Omarska, Keraterm and Trnopolje Camps" Trial Chamber Judgment, 2 de noviembre de 2001, párrafo 251.

¹⁵ *Prosecutor v Thomas Lubanga*, párrafo 326. Este criterio, de acuerdo al Tribunal Penal Internacional para Ruanda, además, es conocido de manera similar en muchas jurisdicciones nacionales. Cfr. *Prosecutor v Gacumbitsi* ICTR-2001-64-A, Appeal Judgment, del 7 de Julio de 2001, per Separate Opinion of Judge Schomburg, páginas 110-111 Traducción libre de su nota al pie de página no. 29: “Ver, por ejemplo, el *Código Penal* (Colombia), Art. 29: “Son coautores los que, mediante un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte [...]”; *Código Penal* (Paraguay), Art. 29(2): “También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización.”; *Strafgesetzbuch* (Alemania), Sec. 25(2): “Si un número de personas cometen el delito juntas, cada una será castigada como co-perpetrador.” *Rikoslaki/Strafflag* (Finlandia), Sec. 3: “Si dos o más personas juntas cometen un delito con intención, cada una será castigada como perpetrador”.

¹⁶ La Corte hace una referencia aquí al comentarista Kai AMBOS, “Article 25: Individual Criminal Responsibility” in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos, 1999, página 479.

¹⁷ En este sentido la cámara cita el caso de *The Prosecutor v Stakic* IT-97-24-T, Trial Chamber, Judgment del 31 de Julio de 2003 párrafo 440, 478-495.

¹⁸ *Lubanga Op.cit.*, párrafo 342 - 356.

¹⁹ *Ibid*, párrafo 348, nota al pie 425, explicando que no está de acuerdo con el argumento de ROXIN C. (*Taterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 7ª. Edición, 2000, pp 294 y 299) que aquellos quienes cooperan en la fase preparatoria no son coautores, no obstante realicen tareas para implementar el plan común. Adoptan el argumento de *inter alia* MUÑOZ CONDE “Dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados en organizaciones no desvinculadas del derecho” en *Revista Penal* No.6, 2000, p.113 y PEREZ CEPEDA “Criminalidad en la empresa: problemas de autoría y participación” en *Revista Penal* No.9 2002, p.106.

fase preparatoria también califica bajo este supuesto, es decir no es necesario mostrar un vínculo entre la tarea y la ejecución del delito.

Autoría por conducto de otro

La figura de autoría por conducto de otro aparece en el artículo 25(3) (a) del Estatuto de Roma. Constituye el concepto conocido en la doctrina de varios países de “cometer por medio de otro”, incluyendo la perpetración a través de aparatos organizados de poder, tal como ha sido comentado por la Cámara de Apelaciones del TPIR-TPIY²⁰. El Estatuto de Roma considera irrelevante la determinación de la responsabilidad penal individual del instrumento utilizado, a efectos de juzgar la conducta del superior.²¹ Cometer por conducto de otro refleja la idea del hombre de atrás y las situaciones en que se desconoce la identidad del ejecutor físico.

c. Orden, inducción o instigación

Orden

El supuesto de una orden se configura cuando una persona ocupando una posición de autoridad la utiliza para hacer que otro cometa un delito²². No es necesario que la orden sea transmitida directamente al ejecutor del hecho, ni que sea escrita. Puede ser explícita o implícita y puede comprobarse a través de prueba circunstancial²³. El elemento subjetivo del ejecutor no es importante, lo central es el elemento subjetivo del superior²⁴.

²⁰ *Gacambitsi* Op.cit., página 111-113, en que revisa la doctrina comparada y internacional sobre cometer por medio de otro. Parte de su análisis es legislativo y aparece en su nota a pie 30 así: (Traducción libre) “Ver por ejemplo *Código Penal* (Colombia), Art. 29: “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o *utilizando a otro como instrumento*.” (énfasis añadido); *Código Penal* (Paraguay), Art. 29(1): “Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí o valiéndose para ello de otro.”; *Código Penal* (España), Art. 28: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o *por medio de otro del que se sirven como instrumento*.” (énfasis agregado); *Model Penal Code* (American Law Institute 1985), Sec. 2.06 (2): “Una persona es responsable de la conducta de otra cuando (a) [...] *causa una persona inocente o irresponsable a hacer tal conducta* [...]” (énfasis agregado en el original); *Strafgesetzbuch* (Germany), Sec. 25(1): “Cualesquiera comete el delito por sí mismo o por medio de otra persona será castigado como perpetrador.” (énfasis agregado). *Rikoslaki/Strafflag* (Finlandia), Sec. 4 (traducción no oficial): “Cualquier persona que comete un delito intencionalmente empleando a otra persona que no puede ser responsable por incapacidad mental, falta de *mens rea* o cualquier otra razón sobre el fundamento de la responsabilidad penal individual, como instrumento será castigado como perpetrador.” Ver también *Corpus Juris* (2000), Art. 11 (anteriormente Art. 12): “Cualquier persona puede ser responsable (...) como autor principal, por incitar o como cómplice: como autor principal si comete el delito el mismo, con otras personas u organización (Art.13) o por medio de un agente inocente. Ver también G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (2000), p. 639: “Casi todos los sistemas legales [...] reconocen la figura de comisión por medios (*perpetration by means*).” Ver G. Werle, *Principles of International Criminal Law* (2005), marginal no. 354.”

²¹ Artículo 25(3)(a) “quien cometa [...] por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”

²² *Akayesu* Judgment, *Op. cit.*, párrafo. 483; *Blaskic* Judgment *Op.cit.*, párrafo 281; *Kristic* Judgment *Op. Cit.*, párrafo 601, *Kordic and Cerkez* Judgment, *Op.cit.*, párrafo 388. Su aplicación ya estaba aceptada y aplicada en la sentencia del tribunal de Nuremberg a las personas que habían ordenado la comisión de atrocidades contra civiles o aprobado medidas que resultaron en su comisión (casos de Keitel, Kaltenbrunner, Frank. 22 IMT, 411) reprinted in 41 Am.J.Intl. L. 172 (1947), ver L.C. Green, *5 Transnational Law and Contemporary Problems*, (1995) 319, at 328-333.

²³ *Blaskic Op.cit.*, párrafo 281.

²⁴ *Blaskic Op.cit.*, párrafo 282.

Instigar o inducir

Determinar a otro a cometer un delito es una forma de responsabilidad accesoria en la cual la conducta del instigador o inductor provoca la conducta del ejecutor. La conducta del instigador puede ser expresa o implícita.²⁵ No es necesario que sea una contribución *sine qua non* y puede ser una omisión.²⁶

d. Colaboración o ayuda

La colaboración o ayuda es una forma de responsabilidad accesoria basada en el derecho internacional consuetudinario²⁷ que supone una contribución sustancial a la comisión del delito. Puede ocurrir por medio de una omisión e incluye la ayuda proporcionada antes, durante o después de la comisión del delito. Tal ayuda puede ocurrir geográficamente lejos del lugar de la comisión del delito y puede incluir aspectos tales como el proporcionar los medios para su comisión²⁸. Sus elementos pueden resumirse así: *i*) la persona realiza actos de colaboración, animando o dando apoyo moral, que tienen un efecto sustancial sobre la comisión del delito y *ii*) la persona es consciente de que sus actos ayudaron a la comisión del delito. No es necesario que comparta el elemento subjetivo del autor, pero el colaborador debe estar consciente de su aporte y de los elementos del delito cometido por el autor.

Otra forma de responsabilidad penal accesoria es la de participar en una empresa criminal conjunta (o en las palabras del Estatuto de Roma: contribuir de algún otro modo en la comisión o tentativa de la comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común)²⁹. Se trata de una figura introducida por los jueces en el caso *Tadic*³⁰ y tiene su origen en la co-perpetración.³¹ El concepto está primariamente basado en el estado mental común de los perpetradores (un criterio subjetivo) mientras que la coautoría y la comisión por medio de otro dependen, en cambio, del control sobre el acto criminal (un criterio objetivo)³². Los elementos de la empresa criminal conjunta, son la existencia de un grupo de personas, la existencia de un plan común que constituye o involucra la comisión de un delito, y la

²⁵ *Kordic y Cerkez* (Trial Chamber, 26 de febrero de 2001) *Op.cit.*, párrafo 387; *Blaskic* (trial chamber 3 de marzo de 2002) párrafo 280.

²⁶ Referencias que han afirmado este principio, en orden cronológico: *Akayesu*, Judgement, *Op.cit.*, párrafo 482; *Blaskic*, *Op.cit.*, párrafo 280; *Kordic and Cerkez* Judgement, *Op.cit.*, párrafo 387, *Krstic* Judgment *Op.cit.*, párrafo 601; *Kvočka Op.cit.*, párrafo 252. Estatuto de Roma artículo 25(3)(b).

²⁷ *Prosecutor v Ojdanic* Decisión sobre Jurisdicción párr 34 y siguientes, afirmado por la Cámara de Apelaciones en *Krnjelac* IT-97-25 Apelación, 17 de septiembre 2003 párrafo 29 y *Stakic* IT-97-24-T Apelacion 22 de marzo de 2006, párrafo 100.

²⁸ *Furundžija* (IT-95-17/1) "Lašva Valley" Trial Judgment 10 de diciembre 1998 párrafos 190 - 249, *Tadic* Apelación *Op cit.*, párrafo 229, *Prosecutor v Aleksovski* (IT-95-14/1) "Lašva Valley" Appeal Judgment, 24 de marzo de 2000, párrafos. 162-164 y sobre proporcionando los medios – Trial Chamber *op cit* del 29 de noviembre 1999, párrafo 62; *Blaskic op cit.*, párrafo 284 (re omisión) *Krstic Op. Cit.*, 601. Ver también Estatuto de Roma artículo 25(3)(c).

²⁹ Si bien es cierto que la jurisprudencia del TPIY sobre la empresa criminal conjunta la trata como una forma de co-autoría, la primera interpretación judicial que ha habido del artículo 25(3)(d) la CPI concibe a este artículo como una figura residual de responsabilidad accesoria. Su razón es la redacción del inciso (d) junto con la inclusión de la co-autoría como *cometer con otro* bajo el supuesto de cometer en el artículo 25(3)(a). *Lubanga Op.cit.*, párrafo 334 – 337.

³⁰ *Tadic* Apelación, *op.cit* párrafo 185 – 229.

³¹ *Tadic* Apelación, *op.cit.*, párr 192, 220, 201 citando ese concepto en los juicios pos WWII; *Krstic Op.cit.*, 601.

³² *Furundžija* Trial Chamber del 10 de diciembre de 1998 *Op. cit.*, párrafo 249; *Blaskic op cit.*, párrafo 288; Juez Schomburg, *op cit* página 114.

participación del acusado en el diseño, mediante la ayuda o la contribución a la ejecución del plan.

e. Responsabilidad del superior

La responsabilidad del superior es una figura con larga trayectoria³³ que establece una responsabilidad indirecta sobre la base de la omisión de prevenir o castigar un crimen, no obstante el conocimiento acerca de éste.³⁴ Sólo puede existir cuando el superior tiene la obligación jurídica de actuar. Los superiores militares tienen el deber de prevenir y castigar ciertos crímenes de sus subordinados³⁵. Y el mismo concepto puede alcanzar a los líderes civiles bajo ciertas circunstancias. También es posible responsabilizar a dos o más superiores por el mismo delito cometido por el subordinado.³⁶ Para establecer la responsabilidad del superior, los requisitos son tres³⁷:

- (i) *una relación de subordinación entre el acusado y el perpetrador del delito.* Puede ser una relación indirecta, no permanente, e incluye el mando de estructuras informales. No se habla únicamente de autoridad *de jure* sino que también contempla la situación *de facto*. Depende del grado de *control efectivo*³⁸ ejercido por el superior, es decir, al poder real de prevenir y reprimir los delitos³⁹;

³³ La línea de fundamentos legales, la creación, el desarrollo y la consolidación de la norma internacional de Responsabilidad del Superior hasta la fecha de los hechos alegados en el caso de Alberto Fujimori es la siguiente: Ordenanza del Rey Carlos VII de Francia en Orleans (ver Theodore Meron, Henry's Wars and Shakespeare's Laws, in War Crimes Law Comes of Age, Oxford, 1998, página 4); Grocio El Derecho de la Guerra y de la Paz Bk.2 Capítulo 21; El Código de Leiber artículo 71; Los cargos contra Napoleón, Congreso de Viena 1815; Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre la Imposición de Penas posterior a la Primera Guerra Mundial (14 A.J.Int'l, L 95, 117 (1920)); Convenio (no. IV) de la Haya de 1907 artículos 1 y 3 (reprinted in The Laws of Armed Conflict 13 Schindler and Toman eds. 2nd ed 1981); Principios del Derecho Internacional Reconocidos por la Carta del Tribunal de Nuremberg aprobado con voto unánime en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas Res.96 U.N. Doc.A/64/Add.1 at 188 (1946); Sentencia del Tribunal Internacional de Núremberg, *inter alia* caso Frick (conocimiento de matanzas y inacción para pararlas); The High Command Trial (celebrado por parte de los EEUU pos Núremberg) Re Von Leeb & Otros, (12 United Nations War Crimes Commission—en adelante UNWCC) LAW REPORTS OF CRIMES OF WAR CRIMINALS 1, 15 ANN.DIG 376 (US Mil. Trib. 1948)); Caso Yamashita (4 UNWCC op.cit., 34-35); Caso Abbaye Ardenne (por las autoridades Canadienses, Trial of Kurt Meyer, UNWCC Op.cit., (Can.Mil.Ct.1945)); Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, Artículo 87, del año 1977 112 U.N.T.S. 3, 41 (ver L. C. Green Op.cit); ya en 1991 el concepto formaba parte del derecho internacional consuetudinario. Fue expresado en 1993 en artículo 7(3) de los Estatutos de los Tribunal ad hoc para ex Yugoslavia y en el artículo 28 del Estatuto de Roma.

³⁴ “La doctrina se basa en el poder del superior de controlar los subordinados. El superior tiene el deber de ejercer este poder para poder prevenir y reprimir delitos cometidos por los subordinados y si falla de hacerlo de forma diligente, será sancionado penalmente” -*Celebici* Apelación, párrafo 197, citando *Celebici* Trial Judgement para. 377; Kordic (trial chamber op.cit) parr. 369.

³⁵ *Celebici* trial párr 334; Protocolo I artículo 87.

³⁶ *Blaskic* *Ibid.*, párrafo 303 *Prosecutor v Krnojelac* IT-97-25 Trial Chamber del 15 de marzo de 2002 párrafo 93

³⁷ Estatuto del TPIY artículo 7(3) 32 I.L.M. 1598 (1993); *Delalic (Mucic) Op.cit.*, Trial Chamber 16 de noviembre de 1998 párrafo 346.

³⁸ *Delalic* Apelación Op cit parr 266

³⁹ *Blaskic Op.cit.*, párrafo 30-302, 335; *Delalic (Mucic) Apelación* IT-96-21 del 20 de febrero de 2001 párrafos 193-4, 248-268; *Kunarac* Trial Chamber 22 de febrero de 2001 *Op.cit.*, párrafo 397-99; *Kordic* Trial Chamber 26 de febrero de 2001, *Op.cit.*, párrafos 419-424

- (ii) *el superior debe haber sabido (o debía saber) que el subordinado cometió o estaba por cometer el delito*⁴⁰; y
- (iii) *la omisión de adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir los actos del subordinado o para reprimir el delito*⁴¹.

Si el superior tenía información en base en la cual hubiera debido concluir que los subordinados cometían o iban a cometer delitos, pero hizo caso omiso de ella, el elemento de cognición está presente. Se puede concluir que tenía la información en base a indicios. La situación es menos clara cuando el superior no tiene información alguna. El derecho internacional sobre la responsabilidad de mando contiene un *deber del superior militar de mantenerse informado*⁴² sobre las actividades de los subordinados y, de tal forma, la ignorancia no es excusable si es debida a su propia negligencia. Sin embargo, según el TPIY⁴³, la costumbre internacional en 1991-1992 era distinta y para determinar el elemento de conocimiento era necesario demostrar que el superior tenía información en base a la cual hubiera podido conocer las acciones de sus subordinados. Por supuesto, la responsabilidad del superior no es un supuesto de responsabilidad objetiva⁴⁴ y verificar la posición de superioridad no es suficiente por sí sola, aunque puede ser un factor relevante⁴⁵.

En cuanto al elemento subjetivo, los indicios que los tribunales han utilizados para determinar si un superior era consciente de las acciones de los subordinados son⁴⁶: i) la cantidad de actos ilegales, ii) la naturaleza de los actos, iii) el período en que ocurrieron los actos, iv) la cantidad y clase de tropa involucrada, v) la logística utilizada, vi) la ubicación geográfica de los actos, vii) la realización extensa de los actos, viii) la progresión de las operaciones, ix) el *modus operandi* parecido de operaciones ilegales, y x) los oficiales y personas involucradas. Tomando en cuenta los elementos temporales y geográficos, cuanto más distante está el superior de la escena del delito, mayor es la cantidad de indicios necesarios para demostrar el conocimiento. Sin embargo, si los delitos fueron cometidos cerca de la base en la cual el superior estaba destacado, este hecho se torna en un indicio importante de que el superior tuvo conocimiento de los delitos, especialmente si éstos fueron cometidos

⁴⁰ *Blaskic Op. Cit* párrafo 307, *Kordic* Ibid párr 427

⁴¹ *Prosecutor v Aleksovski* Trial Chamber 25 de junio de 1999; repetido en el Estatuto Roma para tanto los líderes civiles como los militares (artículo 28(b) y 28(a) respectivamente).

⁴² Decisión del IMTFE transcript 48.445; *United States v. Wilhelm List et al.*, Vol. XI, TWC, 1230, 1271; *United States v. Soemu Toyoda* [Official Transcript of Record of Trial], p. 5006; *Roehling (Apelación)* The Government Commissioner of the General Tribunal of the Military Government for the French Zone of Occupation in Germany v. Herman Roehling and Others, Judgment on Appeal to the Superior Military Government Court of the French Occupation Zone in Germany, Vol. XIV, TWC, Appendix B, 1097, 1106.

⁴³ Debido a que el TPIY tenía que aplicar el derecho consuetudinario vigente cuando se cometió los hechos, no podrían tomar en cuenta los jueces en la decisión *Delalic*, Trial Chamber, párr. 388 concluyen que la redacción del Artículo 86 del Protocolo I difiere de esta línea de precedente y constituía la posición del derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad de superiores (no limitada a conflictos internacionales). Más recientemente el Estatuto de Roma regresa a la posición anterior, al estándar *hubiere debido saber*, que aparece en el Estatuto de Roma artículo 28.

⁴⁴ *Delalic* Trial Op cit., párrafo 383 *Delalic (Mucic) Apelación*, 20 de febrero de 2001, párrafos 197, 239; *Kordic op cit.*, 26 de febrero de 2001 párrafo 499.

⁴⁵ *Blaskic ibid*, párrafo 308 (la posición de mando del individuo *per se* es un indicio significativo que sabía de los delitos cometidos por sus subordinados).

⁴⁶ *Delalic* Trial Chamber, párr 386.

repetidamente⁴⁷.

f. El elemento subjetivo

Según la jurisprudencia internacional el elemento subjetivo básico⁴⁸ requerido respecto de la persona que no cometió físicamente el delito es “*que la persona directa o indirectamente haya tenido la intención de que se cometiera el delito*”⁴⁹. Ello comprende los aspectos de volición y conocimiento⁵⁰. La doctrina internacional habla de las categorías tradicionales de *dolo directo* cuando la persona sabe que sus acciones u omisiones resultarán en los elementos objetivos del delito y realiza las acciones u omisiones con la intención concreta de producir los elementos objetivos, o consciente de que dichos elementos serán el resultado necesario de sus acciones u omisiones. Y de *dolo eventual* cuando la persona es consciente del riesgo de que los elementos objetivos pueden ocurrir y lo tolera. Se puede inferir dicho asentimiento cuando el individuo era consciente de la probabilidad significativa de que un acto criminal ocurriría como resultado de su conducta de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos pero, no obstante, realizó las acciones o dejó de actuar⁵¹.

⁴⁷ *Naletic y Martinov* (IT-98-34) "*Tuta and Stela*" (Trial Chamber) 31 de marzo de 2003 párrafo 72; *Aleksovski Op. cit.* Trial Judgement, para 80.

⁴⁸ Es decir cuando el delito mismo no especifica un *dolo* diferente (por ejemplo la intención específica en el genocidio o la intención discriminatoria en el crimen de lesa humanidad de persecución).

⁴⁹ *Blaskic Op.cit.*, 3 de marzo de 2000, párrafo 278; *Kordic and Cerkez Op.cit.*, 26 de febrero de 2001, párrafo 386.

⁵⁰ Estatuto de Roma artículo 30 (2)(b) se refiere al conocimiento tanto de circunstancias como de resultados: que la persona es consciente de que una circunstancia existe o que se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos.

⁵¹ *Tadic* Apelación párr 228, *Kordic* Trial párrafo 398, en torno a matanzas, *Tadic* Trial Chamber, Opinion & Judgement, 7 de mayo de 1997, párrafo 688; *Delalic (Mucic) et al.* (IT-96-21) "*Celebici*" Trial Chamber Judgement, párrafo 435; *Kvočka et al.* (IT-98-30/1) "*Omarska, Keraterm and Trnopolje Camps*" 2 de noviembre de 2001 párrafo 251, *Brdjanin* Apelación párrafo 386. *Stakic Op.Cit* párrafo 587.

3. EXPERIENCIA COMPARADA SOBRE EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUPERIOR

La experiencia judicial latinoamericana ofrece variados ejemplos del tratamiento dado a algunas de las cuestiones presentadas hasta aquí respecto de la definición de las figuras penales que podrían aplicarse a un superior jerárquico por hechos cometidos por subordinados. De modo primordial, en la práctica judicial de la región son recurrentes: a) *El análisis de la estructura jerárquica*, a través de la cual puede llegar a atribuirse responsabilidad a un superior por el hecho de un subordinado, b) *La planificación*, c) *La emisión de órdenes*, o d) *El dominio del suceso*.

a. El análisis de la estructura jerárquica

El derecho internacional considera a la estructura jerárquica una pieza clave para la definición de muchos aspectos de la responsabilidad penal, tales como la causalidad, la intención, el conocimiento y el dominio del hecho. Por ejemplo, para la figura de la “responsabilidad del superior”, la existencia de una estructura puede permitir mostrar una relación superior-subordinado y que el superior acusado podía prevenir y reprimir los delitos de sus subordinados. La relación entre personas que ordenan o instigan y aquellas que realizan físicamente el hecho también es especial cuando existen relaciones jerárquicas de superior y subordinado dentro de una estructura. Lo mismo ocurre respecto del cometer por otro, que implica el control sobre este otro y sobre sus acciones de modo tal que las órdenes del superior serán inevitablemente efectuadas. Este control ejercido por una cadena de jerarquía y poder también es un indicio de la cadena de causalidad.

En torno al elemento subjetivo, el papel de la estructura y la manera como funciona tienen impacto en la determinación judicial de la previsibilidad de los resultados de las acciones u omisiones del acusado, afectan las inferencias permisibles sobre el estado de conocimiento del acusado y pueden implicar un poder sobre la voluntad de subalternos de forma institucionalizada.

La jurisprudencia internacional suele analizar características clave de la estructura⁵² y la situación *de jure* o *de facto* para determinar el nivel de control que tuvo el acusado sobre el aparato entero, sobre las unidades específicas o sobre ciertos individuos. Además, la consideración de la estructura jerárquica también tiene relevancia para poder determinar la existencia y naturaleza del conocimiento del acusado sobre los elementos de los delitos, y su participación en planificar, ordenar, cometer, instigar, ayudar o encubrir⁵³.

⁵² *Inter alia*: La gran estrategia (el propósito de la guerra, o la política nacional o internacional), la estrategia (planes y campañas - incluyendo análisis del lenguaje adoptado), la táctica (métodos en batalla), el fundamento legal y conceptual de la fuerza armada o de seguridad, su estructura, composición, la jerarquía de puestos, la cadena de transmisión de instrucciones y rendimiento de informes – de doble vía - sus sistemas de personal, comunicaciones, inteligencia, logística, el sistema disciplinario interno (la obediencia y sanciones), la otorgación de ascensos y condecoraciones.

⁵³ Ver por ejemplo el análisis detallado de la estructura y funcionamiento de la cadena de mando por los jueces en la decisión *Krstic* (Trial Chamber) *op.cit.*, párrafo 262. En ese caso fue alegada que operaban dos cadenas paralelas y que el acusado no estaba enterado de las actividades de la unidad que cometió los delitos. Los jueces rechazaron el argumento concluyendo que, debido a la naturaleza

El papel que puede jugar la estructura jerárquica sobre la definición de la responsabilidad penal, claro está, es diferente según las distintas formas de responsabilidad. Con todo, la manera en que se acredita la existencia de tal estructura, sus características y las del superior y subordinados, el papel del superior dentro de la estructura y la relación entre superior y organización, en la práctica, es esencialmente la misma en todos los casos. La jurisprudencia muestra que los medios de prueba sobre estos aspectos centrales y las inferencias que se pueden extraer de ellos están repetidos frecuentemente.

La jurisprudencia latinoamericana también ha prestado bastante atención al análisis de las estructuras jerárquicas al analizar la posición del superior, por medio de estrategias similares a la de los jueces internacionales⁵⁴.

En el caso del *Juicio a las Juntas* de Argentina⁵⁵, por ejemplo, las características de una estructura militar conformó la base sobre la cual los jueces dieron por acreditada tanto la existencia de *órdenes* por parte de la cúpula militar de cometer los hechos como el *dominio* necesario propio de la autoría mediata. Allí se investigaron las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el llamado Proceso de Reorganización Nacional (1976-1983) y, en el marco de este proceso, la Cámara Federal de Buenos Aires juzgó y condenó como autores mediatos de decenas de hechos delictivos a cinco ex integrantes de las Juntas Militares⁵⁶. La sentencia, más tarde, fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina⁵⁷.

Entre varios otros factores, los jueces analizaron los cargos ocupados por los imputados que, por ser “hechos públicos y notorios”, no merecían mayor análisis probatorio⁵⁸ y destacaron que los propios comandantes reconocieron el control efectivo sobre sus fuerzas⁵⁹. La existencia de una relación entre superiores militares y sus subordinados fue central para el fallo, no obstante las distintas opiniones de los

masiva de las ejecuciones (de las víctimas civiles) y el nivel de cooperación y coordinación que ellas hubieran requerido, no pudieron haberse realizado de manera aislada del Comando del Cuerpo Drina.

⁵⁴ Los casos serán introducidos al presente documento de la siguiente manera: la primera referencia al caso será acompañada por su citación, un breve resumen de los hechos y la forma de participación relevante. Las posteriores referencias indicarán únicamente el punto relevante al asunto bajo discusión.

⁵⁵ *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal*. Causa N° 13/84, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158\83 del Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 9 de diciembre de 1985. *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*. Causa N° 13/84, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158\83 del Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 30 de diciembre de 1986.

⁵⁶ los ex Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, Jorge R. Videla, Emilio E. Massera, Orlando R. Agosti, Roberto E. Viola y Armando Lambruschini

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 309:1689, sentencia del 30 de diciembre de 1986. La Corte Suprema confirmó la condena de la Cámara Federal contra los cinco ex Comandantes.

⁵⁸ Cfr. considerando segundo, capítulo X “Cargos oficiales de los acusados”. El Teniente General (R) Jorge R. Videla fue Comandante en Jefe del Ejército entre el 24 de marzo de 1976 y el 31 de julio de 1978. Lo sucedió el Teniente General (R) Roberto E. Viola quien ocupó dicho cargo hasta el 28 de diciembre de 1979. Fue reemplazado por el Teniente General (R) Leopoldo F. Galtieri, quien permaneció como comandante hasta el 18 de junio de 1982. El Comando en Jefe de la Armada fue desempeñado sucesivamente por el Almirante (R) Emilio E. Massera entre el 24 de marzo de 1976 y el 15 de septiembre de 1978, por el Almirante (R) Armando Lambruschini, a continuación y hasta el 12 de septiembre de 1981 y por el Almirante (R) Jorge I. Anaya hasta el 1° de octubre de 1982. La Fuerza Aérea tuvo como comandantes sucesivamente al Brigadier General (R) Orlando R. Agosti, desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 25 de enero de 1979, al Brigadier General (R) Omar D. R. Graffigna, hasta el 17 de diciembre de 1981 y al Brigadier General (R) Basilio A. I. Lami Dozo hasta el 17 de agosto.

⁵⁹ Cámara Federal *Op.cit.*, Considerando Segundo, capítulo XX “Plan sistemático”, punto 3.

jueces sobre si era aplicable el Código Militar o si la intervención del superior debería clasificarse como autoría o cooperación necesaria⁶⁰.

El poder del superior jerárquico de prevenir o detener la comisión de delitos por parte de sus subordinados también fue tomado en cuenta. Por ejemplo, en el caso argentino *Videla y otros*⁶¹ un juez entendió que la falta de intervención del imputado frente al conocimiento de los delitos implica su intención de que éstos continuaran⁶². El caso es uno de los conocidos como *Robo de bebés*⁶³. Una de las tantas prácticas abusivas ocurridas durante la última dictadura militar argentina (1976-1983) fue la sustracción, retención y ocultación de menores nacidos durante el cautiverio de sus madres. En el caso mencionado, se analizó la posibilidad de imputarles a las altas autoridades militares la sustracción de seis menores de edad. Al igual que en el *Juicio a las Juntas*, el caso *Videla* mostró que la estructura militar funcionaba de forma organizada, factor crucial para la determinación de causalidad.⁶⁴

El control de las operaciones sobre el terreno por medio de un aparato organizado también fue expuesto como parte del fundamento en el caso argentino *Nicolaidis y otros*⁶⁵. La Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA) fue escenario de una de las tantas prácticas abusivas que consistió en la sustracción, retención y ocultación de menores durante el cautiverio ilegal de sus madres. En uno de los procesos penales en

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 309:1689, *Op.cit.*, Voto de los Dres. Caballero y Belluscio, considerandos 15 – 27.

⁶¹ Juzgado Federal del Departamento Judicial de San Isidro. Causa N° 1.285/85, “Videla, Jorge Rafael y otros s/ presunta infracción a los arts. 146, 293 y 139, inc. 2do. del Código Penal”, sentencia del 13 de julio de 1998.

⁶² “... además, no debe escapar a consideración que el encartado Videla, dándose determinadas circunstancias -presión internacional o pedidos formulados por hombres con influencia en las instituciones armadas...- tenía el poder discrecional que le permitía revertir la suerte de quienes eran víctimas de la maquinaria criminal que se implementara. Esto es, pudo brindar un trato excepcional a casos concretos, revertiendo la suerte de los menores sustraídos -evitando que culminen dentro de un núcleo familiar distinto al de su origen- sin que tenga relevancia la voluntad de los sujetos que hubieran comenzado la ejecución de hecho...”. (Considerando VI, últimos tres párrafos).

⁶³ CASO UNO Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. Causa N° 13/84, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158\83 del Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 9 de diciembre de 1985. CASO DOS Videla y Otros, *Ibid.* CASO TRES Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I. Causa N° 31.369, “Nicolaidis, Cristino y otros s/ auto de procesamiento” - Registro N° 610, sentencia del 7 de julio de 2000. CASO CUATRO Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I. Causa N° 35.799, “Harguindeguy, Eduardo y otros s/ nulidad, ampliación de procesamiento, prisión preventiva, embargo y excepciones”. Registro N° 663, sentencia del 12 de julio de 2004.

⁶⁴ “... En el hecho que nos ocupa, resulta claro que Videla no ha realizado personalmente las acciones descritas en los tipos...Pero lo que sí puede afirmarse es que ha tenido dominio del hecho en los términos ya definidos, a través de la fuerza que comandaba -aparato organizado de poder- al momento de los sucesos investigados; lo que le permitió sobre determinar la causalidad a través de la fungibilidad de los ejecutores y asegurar así la consumación de los delitos...”. (Considerando VI, décimo párrafo).

⁶⁵ En cuanto al acusado Bautista Sasiaín los jueces comentaron “... [c]abe responsabilizar al imputado en función de haber sido para la fecha Comandante de la Décima Brigada de Infantería Mecanizada del Ejército hasta enero de 1978, siendo probada con anterioridad a la presente la dependencia funcional de los centros clandestinos Pozo Banfield, La Cacha, El Vesubio al imputado, resultando relevantes en este sentido los testimonios de Pablo Díaz (fs. 3901/8), Adriana Calvo de Laborde (fs. 2887/92), Alcira Ríos (fs. 2640/4), Susana Reyes (fs. 8053/5), Ana María Di Salvo (fs. 8056/9), y las consideraciones efectuadas en la C. N° 13/84 en torno a la subordinación y control de operaciones de la Policía Federal y de Provincias, al Ejército...” (Considerando V- Punto titulado “RESPONSABLES”: “B) SITUACIÓN DE JUAN BAUTISTA SASIAÍN”, párrafo 2°).

los que se investigaba la responsabilidad de funcionarios de alto mando,⁶⁶ los jueces confirmaron el procesamiento de varios imputados por los delitos de sustracción, retención y ocultación de menores, en concurso ideal con el de sustitución de identidad a raíz del traslado de algunas mujeres embarazadas provenientes de distintos centros clandestinos de detención a la ESMA, a fin de que dieran a luz, para separar luego a sus hijos, sin asentar verazmente los nacimientos en los registros oficiales⁶⁷.

La Corte Suprema de Bolivia⁶⁸ en el caso *Luis García Meza*⁶⁹ valoró oficios reservados sobre el funcionamiento de las Fuerzas Armadas y de los “grupos armados” y una serie de oficios administrativos que demostraban la dotación de estos grupos especiales. Se acreditó además que las órdenes incluían un organigrama de la estructura y plan de tareas. Sobre esta base, los jueces enfatizaron el “vínculo directo y estrecho” entre superiores y subordinados⁷⁰.

En otra sentencia de la justicia argentina, posterior a la reapertura de los procesos por la nulidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, entre los factores indicando la coautoría mediata se remarcó el “rol clave” del acusado *Miguel Etchecolatz*⁷¹ dentro de “una estructura represiva ilegal” que manejaba los centros clandestinos de detención donde se cometieron secuestros y torturas en los años 70.

⁶⁶ Los imputados procesados son Emilio Eduardo Massera -Comandante en Jefe de la Armada, quien conformara la Primera Junta Militar-, a Antonio Vañek -Comandante de Operaciones Navales-, a Jorge Eduardo Acosta -Jefe de la Unidad de Inteligencia de la ESMA-, al Subprefecto Héctor Antonio Febres -oficial de enlace entre ambas fuerzas-, y a Oscar R. Franco, Cristino Nicolaidis y Benito Antonio Bignone, integrantes de la última Junta Militar y Presidente de la Nación, respectivamente.

⁶⁷ Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Bolivia. Sentencia contra Luis García Meza y otros, 21 de abril de 1993. De acuerdo con el procedimiento boliviano, dos “juicios de responsabilidad” contra el ex Presidente *de facto* de Bolivia y sus colaboradores se originaron en el Congreso y fueron decididos en única instancia por la Corte Suprema en juicios *in absentia*.

⁶⁹ Luis García Meza, cabeza del golpe de Estado del 17 de julio de 1980, incurrió en sedición (art. 4 - parágrafo II- de la Constitución Política del Estado), violó los derechos humanos, arts. 6, 7 y 8 del mismo Cuerpo de Leyes, imponiendo el “toque de queda”, entre otras restricciones y cometió los delitos: de alzamiento armado, sancionado por el art. 121 primera parte; de organización de grupos armados irregulares, sancionada por el art. 121 (segunda parte); de atribuirse los derechos del pueblo (art. 124); de dictar resoluciones contrarias a la Constitución y las leyes (art. 153); de privación de libertad (art. 292); de atentar contra la libertad de prensa (art. 296); del uso indebido de influencias (art. 146); y de otorgar franquicias, liberaciones o privilegios ilegales (art. 230), todos del Cód. Pen. Luis Arce Gómez, es *culpable de los mismos delitos porque, junto a Luis García Meza, fueron autores directos*. Ambos procesados han sido en rebeldía y sus defensores oficiales, no ha desvirtuado la prueba de cargo producida. (cfr. punto VII.- “DEL PERIODO DEL DEBATE”. Apartado titulado “GRUPO Nro. 1.- DELITOS CONTRA LA CONSTITUCION”, Considerando 5to., párrafo 3º).

⁷⁰ “La prueba documental así expuesta, demuestra [...] que los encausados [...] son los organizadores de esos grupos armados paramilitares, ya que ellos los tenían bajo su inmediato mando y dependencia...”. (Punto VII.- “DEL PERIODO DEL DEBATE”. Apartado titulado “GRUPO Nro. 1.- DELITOS CONTRA LA CONSTITUCION”, considerando 3ro., párrafo 4to. y ss). Existen críticas legítimas sobre la protección del debido proceso en este caso. Se incluye mención del caso aquí únicamente para ilustrar que la clase de información sobre la relación entre superior y subordinado coincidió con otros casos nacionales e internacionales.

⁷¹ Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 del Departamento Judicial de La Plata. Causa N° 2251/06, “Etchecolatz, Miguel Osvaldo”, sentencia del 26 de septiembre de 2006 Miguel Osvaldo Etchecolatz fue Director General de Investigaciones de la Provincia de Buenos Aires entre el 5 de mayo de 1976 y el 28 de febrero de 1979, durante último gobierno de facto de la Argentina.

Los jueces chilenos, por su parte, en el caso del secuestro de *Julia Retamal*⁷² citaron la lógica de la estructura jerarquizada de las fuerzas armadas como fundamento de su conclusión acerca del conocimiento del acusado de los sucesos ocurridos en una instalación oficial bajo su mando. Para el tribunal, el acusado “...debió a lo menos conocer los nombres y circunstancias por las cuales diferentes personas se encontraban privadas de libertad en dicho recinto, como asimismo el trato que recibían y su destino final...”⁷³.

Un criterio similar fue el empleado por los tribunales chilenos al decidir sobre el *desafuero de Augusto Pinochet*, en diversas sentencias⁷⁴. En ellas se decidió que existían sospechas de su participación en diversos delitos que justificaban el levantamiento de su fuero e iniciar proceso en su contra. En la primera de ellas el tribunal establece que

“... no debe olvidarse que el Ejército es una institución jerarquizada y la Dirección de Inteligencia Nacional tenía una estructura militarizada y, por lo mismo, igualmente jerarquizada, en que, por regla general, el jefe directo y los superiores ordenan y disponen lo que deben realizar sus subalternos, sin que sea posible que estos últimos desarrollen labores por iniciativa propia, de lo cual, además, deben rendir cuenta en tiempo predeterminado, aspectos que controla el mando; a ello se agrega que por razones de seguridad del personal, institucional y nacional, todo jefe directo -y por su intermedio, el superior- debe estar enterado de las labores de su personal. Todo funcionario del Ejército debe presentarse a su unidad diariamente, pues de lo contrario se pone en práctica un dispositivo de seguridad destinado a precisar su paradero; con mayor razón en un organismo de inteligencia como la DINA, que impedía que alguien desarrollara actividades sin conocimiento del mando o por iniciativa personal”⁷⁵.

Aspectos de la estructura y relación superior subordinado han sido pues utilizados como fundamento de conclusiones sobre control, sobre causalidad por la transmisión de órdenes y el consentimiento, autorización o aprobación de los actos de los subordinados por parte de superiores.

⁷² Noveno Juzgado del Crimen de Santiago, proceso criminal N° 3947-2002, Ministro en Visita Extraordinaria don Juan Eduardo Fuentes Belmar, sentencia de primera instancia del 14 de noviembre de 2005; Corte de Apelaciones de Santiago, Cuarta Sala, integrada por los Ministros señores Jorge Dahm Oyarzún y Joaquín Billard Acuña, y por la Abogado Integrante señora Andrea Muñoz Sánchez. Recurso: 32365/2005 - Resolución: 76786 - Secretaría: Criminal, sentencia de 29 de junio de 2006; Corte Suprema de Chile, Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y el abogado integrante Sr. Fernando Castro A. - Proceso rol 3947-2002, sentencia del 18 de enero de 2007.

⁷³ Sala Cuarta. Considerando undécimo.

⁷⁴ Sentencias de desafuero del Pleno de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el proceso rol 2.182-98, en los episodios “Operación Cóndor”, “Operación Colombo” y secuestro calificado y otros delitos en contra de Antonio Llidó. El primero de los casos se refiere a la resolución No. 3.012-2004 de 5 de julio de 2004, ratificada por el Pleno de la Corte Suprema, por resolución No. 2.966-2004, de 26 de agosto de 2004, por el secuestro calificado, asociación ilícita y torturas de 19 personas detenidas en Paraguay y Argentina, para luego ser entregadas a la Dirección de Inteligencia Nacional o que fueron posteriormente vistas en sus cuarteles, en el marco de la denominada “Operación Cóndor”. La segunda, referida a la “Operación Colombo” se refiere a la resolución No. 15.999-2005 de 29 de julio de 2005 del Pleno de la Corte de Apelaciones de Santiago, que decidió la apertura de proceso contra Pinochet por su responsabilidad en el secuestro calificado o muerte de 119 militantes del Movimiento de Izquierda Revolucionaria y de las acciones de ocultamiento que siguieron mediante la publicación en dos semanarios publicados por una sola vez en Brasil, en los que se afirmaba que habían muerto en enfrentamientos entre ellos debido a conflictos internos. La tercera se refiere a la resolución No. 10.875-2006 de 7 de diciembre de 2006, en que se levantó el fuero contra Pinochet por su responsabilidad en el secuestro calificado de un sacerdote.

⁷⁵ Párrafo 14.

b. Planificación

La participación en la etapa de planificación y la naturaleza de dicha participación cobran especial importancia para evaluar distintas figuras, tales como la cooperación necesaria, la coautoría y la “la empresa criminal común”, y además está estrechamente relacionada con el análisis de la responsabilidad del acusado por actos de otras personas previstos en el plan original. Salvo en las situaciones en las cuales la planificación misma es la conducta típica, la existencia de un plan tiende a ser considerado en el derecho internacional no un elemento del delito⁷⁶ sino un indicio, ya sea de la coordinación y cooperación previa, del consentimiento o conocimiento, o de la voluntad de producir un cierto resultado o de aceptar que es una consecuencia probable.

En *Videla & otros* la Cámara Federal absolvió a los imputados del delito de sustracción de menores sobre la base de que sólo habían sido comprobados dos casos, lo que, para los jueces, no acreditaba la existencia de un plan sistemático y consecuentemente impedía tener por acreditada la autoría mediata⁷⁷. Sin embargo, en 1998 un juez federal modificó este criterio respecto de Jorge R. Videla, cuando, a diferencia de la Cámara Federal⁷⁸ consideró, en cambio, probada la existencia de un plan sistemático de sustracción de menores. Específicamente, el juez tuvo por acreditado que Videla en su calidad de Comandante en Jefe del Ejército Argentino había ordenado un plan sistemático destinado al apoderamiento de menores en el marco de las actividades de contrainsurgencia realizadas por la fuerza.

El plan básicamente consistía en⁷⁹:

- a) sustraer a menores de diez años del poder de sus legítimos tenedores, cuando estos pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión o disidentes políticos con el régimen de facto, y de acuerdo con los informes de inteligencia;
- b) conducirlos a lugares situados dentro de dependencias de la fuerza o bajo su dependencia operativa;
- c) sustraer a menores nacidos durante la detención clandestina de sus madres;
- d) entregar a los menores sustraídos a integrantes de las fuerzas armadas o de seguridad, o bien a terceras personas, con el objeto de que estos los retuviesen y ocultasen de sus legítimos tenedores;
- e) en el marco de las apropiaciones ordenadas, y con el objeto de impedir el restablecimiento del vínculo con la familia, suprimir el estado civil de los mismos, inscribiéndolos como hijos de quienes los retuviesen o ocultasen;
- f) insertar o hacer insertar datos falsos en constataciones y certificados de nacimiento y documentos destinados a acreditar la identidad de los menores.

El juez tuvo por acreditada la existencia de un “plan sistemático” sobre la base de las siguientes consideraciones:

⁷⁶ Por ejemplo, en el contexto del alegato de autoría mediata: *Nicolaidis & otros, op.cit.*, fallo contra Harguindeguy “el plan no es la conducta típica sino que solo permite la imputación de la conducta prevista en el tipo penal a título de autor mediato”.

⁷⁷ Los jueces expresaron: “[n]o es posible, en cambio, hacer extensivo este razonamiento a otros delitos, como...la sustracción de menores...cuya comisión se ha demostrado en forma ocasional. Merece recordarse que únicamente se han verificado...sustracciones de los menores Felipe Martín y María Eugenia Caracoche de Gatica”. (Cfr. considerando segundo, Capítulo XX: (Cuestiones de hecho), punto 2)).

⁷⁸ *Op.cit.*, Causa N°13/84.

⁷⁹ *Op.cit.*, Considerando I), primer párrafo.

“[...] el sistema operativo puesto en práctica -sustracción, entrega para que otro retenga y oculte, supresión de estado civil y falsedades documentales- fue sustancialmente idéntico en los cuatro casos -relativos a cinco menores- hasta aquí abordados. Y existen fuertes sospechas debidamente documentadas de que el mismo podría verificarse en varios de los nuevos hechos que actualmente fueron introducidos por el suscripto como materia de investigación.

“No ha de abstraerse tampoco el hecho de que son mas de doscientos los casos de sustracción de menores que públicamente viene denunciando la Asociación de Abuelas de Plaza de Mayo...”⁸⁰.

En el caso **Luis García Meza**⁸¹ se produjo prueba sobre la preparación y gestación del golpe militar en Bolivia, pero también en la elaboración de los planes. Para el tribunal, de la prueba se podría concluir “que fueron elaborados planes operativos de exterminio de la alta dirección del MIR en organismos de seguridad del Estado, en cuya elaboración participaba el propio Gral. García Meza”⁸².

En **Myrna Mack**⁸³ los jueces aceptaron la existencia de un plan previamente elaborado para eliminar a la víctima, y que dicho plan había sido gestado en el Departamento de Seguridad del Estado Mayor Presidencial. La antropóloga Myrna Mack Chang fue asesinada a puñaladas el 11 de septiembre del año 1999 en la ciudad de Guatemala. Tres militares fueron señalados como autores intelectuales del crimen y fueron procesados por la justicia guatemalteca: Edgar Augusto Godoy Gaitán, quien en el momento del delito era Jefe del Estado Mayor Presidencial (EMP), Juan Valencia Osorio, Jefe del Departamento de Seguridad Presidencial del EMP y Juan Guillermo Oliva Carrera, Sub-Jefe del Departamento de Seguridad Presidencial del EMP. En 2002, el tribunal de sentencia condenó al Jefe Valencia Osorio a 30 años de prisión como autor del asesinato y absolvió a los otros dos acusados⁸⁴. En 2003 en apelación, la Sala acogió el recurso del condenado, lo absolvió⁸⁵ y rechazó los demás recursos pero en 2004 en casación la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, confirmó la sentencia de primera instancia y condenó a Valencia Osorio a treinta años de prisión como autor del asesinato. El análisis del caso se centró en determinar quién en la cadena de mando había tenido conocimiento y participación en aquél. Los jueces descartaron los indicios de conocimiento, aceptando la declaración del autor material del hecho según la cual ni el superior ni el subalterno inmediato del Subjefe del Departamento sabían del plan.

En los alegatos contra **Pinochet**⁸⁶, un argumento central era que “con otras personas, creó una organización internacional que concibió, desarrolló y ejecutó un plan sistemático de detenciones ilegales (secuestros), torturas, desplazamiento forzoso de

⁸⁰ *Ibid.* Considerando IV, párrafos tercero y cuarto. Como se ilustra más abajo al referirnos a la prueba, al considerar si los hechos es común el uso de informes y testigos sobre la situación general, incluyendo reportes de las comisiones de verdad, para mostrar el contexto en que ocurrieron los hechos, incluyendo generalidad o sistematicidad de los hechos.

⁸¹ Ex jefe del estado de Bolivia, *Op.cit.*

⁸² Cfr. punto VII.- “DEL PERIODO DEL DEBATE”. Apartado titulado “GRUPO Nro. 3.- GENOCIDIO EN LA CALLE "HARRINGTON”.

⁸³ Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Casación 109-2003, 110-2003. (decisión 14.1.2004); Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones, Apelación Especial 300-2002 “A” decisión 7.5.2003); Primera Instancia C-5-099 Tribunal tercero de Sentencia Penal Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente (3.10.2002).

⁸⁴ El condenado, el Ministerio Público y la querellante adhesiva apelaron la decisión.

⁸⁵ El Ministerio Público y la querellante adhesiva presentaron entonces recursos de casación.

⁸⁶ *Op.cit.*

personas, asesinatos y/o desapariciones de personas en varios países”⁸⁷. En esa línea, se presentaron pruebas sobre la naturaleza del régimen *de facto*, la planificación y realización de un sistema que resultó en la comisión masiva de delitos, la estructura y el funcionamiento de las unidades estatales subordinadas a la Junta de Gobierno que ejecutaron estos delitos y el papel de la Junta como entidad que creó, autorizó, facilitó y consintió a la realización de dichos delitos.

c. Órdenes

La prueba directa de órdenes es poco común. Con todo, en el caso *Mack* el autor material refirió que uno de los acusados le había ordenado matar a la víctima a través de una señal, es decir, ni por escrito ni oralmente⁸⁸. Ausente una prueba directa, la práctica muestra que es admisible el uso de inferencias para demostrar que existían órdenes⁸⁹. Como se explica más abajo, los casos regionales también muestran que las órdenes de un superior ni tienen que ser explícitas, ni tienen que darse en un formato especial. Tampoco se exige que se hayan transmitido directamente entre el superior y al autor material. Ni siquiera resulta necesaria una orden específica de cometer los hechos tal como exactamente resultaron⁹⁰.

Los casos también muestran que la acreditación de una planificación puede servir, a su vez, como un indicio más de la existencia de órdenes. El caso que se puede considerar paradigmático al respecto es el del *Juicio a las Juntas*. En primera instancia la Cámara Federal consideró probado que los procesados habían ordenado un plan sistemático de represión que consistió en: *a)* capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; *b)* conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; *c)* interrogarlos bajo tormentos, a fin de obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; *d)* someterlos a condiciones de vida inhumanas, con el objeto de quebrar su resistencia moral; *e)* operar en la clandestinidad más absoluta⁹¹; y *f)* otorgar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o bien eliminado físicamente⁹².

⁸⁷ Audiencia Nacional Auto, sumario 19/97 P.S., 10 de octubre 1998. Párrafo SEGUNDO.

⁸⁸ Este relato se produjo durante una entrevista grabada, realizada con posterioridad a su condena. En el juicio contra sus superiores, sin embargo, el autor directo negó la existencia de esa declaración, arguyendo que varias personas, incluyendo la familia de la víctima, lo habían drogado o inducido con dinero.

⁸⁹ *Blaskic Op.cit.*, párrafo 281.

⁹⁰ Además de los casos citados, ver por ejemplo Claus Roxin, *AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL* (1988), página 692.

⁹¹ Para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad; realizar los operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento.

⁹² Estos hechos debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir aquéllas reglas que se opusieran a lo expuesto anteriormente. Además, integraba el sistema ordenado la garantía de impunidad que se aseguraba a los ejecutores, por vía de lograr que los organismos legales de prevención del delito no interfirieran en la realización de los procedimientos, negando y ocultando la realidad de los hechos ante los pedidos de los jueces, organizaciones, familiares y gobiernos extranjeros, efectuando remedos de investigaciones sobre lo que ocurría, y utilizando al poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera

La Cámara analizó la responsabilidad de los procesados a la luz del Código de Justicia Militar (CJM) dado que los hechos juzgados eran de jurisdicción militar⁹³, aunque también afirmó que la solución del caso sería la misma sobre la base del artículo 45 del Código Penal⁹⁴. Según el artículo 513 CJM, la participación criminal debía juzgarse según las reglas del Código Penal ordinario, salvo excepciones expresas. Y por su parte el artículo 514 CJM disponía que: “Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable” y que “sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiera excedido en el cumplimiento de dicha orden”. Sobre esa base, los jueces concluyeron que el artículo 514 CJM daba al superior el carácter de autor, consagrando un supuesto de autoría mediata:

“[...] se parte de la base de que el superior que imparte una orden que será obedecida domina el curso causal del suceso, ya que de su sola voluntad depende la consumación o no del tipo penal de que se trate, cuya ejecución está a cargo del subordinado⁹⁵.”

Los jueces afirmaron que la atribución de la responsabilidad al superior como autor, por el delito cometido por el subordinado también se encontraba reconocida en otras legislaciones con tal uniformidad que se había convertido en una regla pacíficamente admitida, citando, entre otros, el artículo 14 del Código de Justicia Militar de Perú de 1963:

“Una inequívoca redacción que apunta a la autoría mediata del superior tiene el art. 16 de la ley de Organización Judicial y de Competencia Militar de Bolivia de 1904, y el art. 14 del Código de Justicia Militar de Perú de 1963. Ambos preceptos rezan así: “son autores: 1) los que personalmente cometen o perpetran el hecho criminal; 2) los que deciden su ejecución y la efectúan por medio de otros”⁹⁶.

Los jueces, luego, establecieron que los hechos del caso se subsumían en el artículo 514 del CJM:

“[l]as órdenes delictivas fueron impartidas por los encausados con motivo de la ejecución de un acto de servicio, en el sentido del art. 878 del Código de Justicia Militar, y con el alcance otorgado a esta expresión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v. Fallos; 200:69; 242:136; 250:22, entre muchos otros). Por esta razón, dichas órdenes se hallan comprendidas en el art. 514 del Código citado⁹⁷.

“Además: [...] los procesados se encontraban en el pleno ejercicio del mando de las fuerzas armadas, y en su carácter de comandante en jefe, emitieron las órdenes ilícitas, dentro del marco de operaciones destinadas a combatir la subversión terrorista, actividad ésta última que resulta indudablemente vinculada con el cumplimiento de las funciones que a ellos les correspondía desempeñar en virtud de expresas disposiciones legales⁹⁸.”

de que las denuncias eran falsas y que respondían a una campaña orquestada de desprestigio al gobierno. También se probó en este juicio que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, a la aplicación de tormentos y a homicidios.

⁹³ Art.108 del ordenamiento castrense y art. 10 de la ley 23.049.

⁹⁴ Artículo 45: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”. La Cámara dedicó varios párrafos a justificar su afirmación revisando antecedentes históricos, citando doctrina y legislación nacional y derecho comparado.

⁹⁵ Considerando séptimo: “De la participación”, punto 3: “El derecho aplicable”.

⁹⁶ Considerando séptimo: “De la participación”, punto 3: “El derecho aplicable”.

⁹⁷ Considerando séptimo: “De la participación”, punto 3: “El derecho aplicable”.

⁹⁸ Considerando séptimo, “De la participación”, punto 4.- “Las órdenes del servicio”.

Este caso también ofrece un ejemplo del uso de inferencias en establecer que existían órdenes. El tribunal dio por acreditada la existencia de órdenes emitidas por los imputados. No había constancias documentales de las órdenes secretas e ilegales, pero su emisión resultó evidente para la Cámara, a la luz de múltiples e inequívocas presunciones:

“a) Los propios comandantes reconocieron el control efectivo sobre sus fuerzas; b) La totalidad de los jefes y oficiales que declararon afirmaron que la lucha antisubversiva se había ajustado estrictamente a las órdenes de sus comandantes superiores; c) El sistema puesto en práctica fue sustancialmente idéntico en todo el territorio de la Nación y prolongado en el tiempo. d) Los hechos fueron cometidos por miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, organizados vertical y disciplinadamente; e) No era posible la instalación de centros de detención en dependencias militares o policiales, ni su control por parte del personal de esas fuerzas, sin una decisión expresa de los comandantes en jefe; f) El sistema operativo fue puesto en práctica aprovechando la estructura funcional preexistente de las fuerzas armadas surgida de los planes de capacidades y directivas escritas; g) La pasividad y colaboración del personal militar y policial ajeno a los procedimientos, en los hechos de secuestro de personas, sólo pudo obedecer a una instrucción en ese sentido; h) Los entonces comandantes se adjudicaron la victoria militar sobre la subversión; i) De no haber existido las órdenes ilegales, no resulta explicable el llamado “Documento Final...” que intenta dar una explicación a la ciudadanía acerca de la suerte de los desaparecidos y admite que fue necesario utilizar “procedimientos inéditos”, e imponer el más estricto secreto sobre la información relacionada con las acciones; j) Coincidentemente con la época en que los comandantes se atribuyen la victoria en la “guerra sucia” decreció notablemente el número de desapariciones; k) La falta de investigación de los numerosos hechos probados, a pesar de que fueron objeto de reclamos dentro y fuera del país, y los esfuerzos de las autoridades por suprimir cualquier noticia de los procedimientos clandestinos; y l) Los integrantes de las fuerzas armadas nunca denunciaron hechos que forzosamente debieron conocer, con excepción de aquellos casos en que las víctimas fueron familiares directos⁹⁹.”

Asimismo, se tuvo por probado que las órdenes transmitidas por los Comandos eran verbales, según surgía de las declaraciones del Comandante Feced, del General Ramón Camps¹⁰⁰, del Vicealmirante Rubén Chamorro¹⁰¹ y del Contralmirante José Suppicich y del Capitán de Navío Horacio P. Estrada¹⁰²:

“Feced, al ser preguntado sobre las instrucciones del Comando de Cuerpo, respondió que era “...verbales, incluso la orden inicial... fue una orden verbal impartida por el Comandante de Cuerpo...”. Sobre las órdenes que él impartía a sus subalternos también dijo que eran “verbales”. El Vicealmirante Chamorro al preguntársele si como Comandante del Grupo de Tareas emitió alguna orden de operaciones, respondió de modo similar y al insistírsele si esto era así respecto de las órdenes de carácter general y de carácter particular, dijo: “...sí, de carácter general y particular...” directos¹⁰³.”

Finalmente, el tribunal expresó que la atribución de los hechos delictivos debía hacerse “en consideración al desempeño de la comandancia en jefe del arma cuya

⁹⁹ Cfr. considerando segundo, capítulo XX “Plan sistemático”, punto 3.

¹⁰⁰ En su indagatoria ante el Consejo Supremo en la causa instruida por el decreto 280/84.

¹⁰¹ En su indagatoria ante el mismo Tribunal en la causa instruida por los hechos cometidos en la Escuela de Mecánica de la Armada.

¹⁰² En la causa 05/85/ "S", del Juzgado de Instrucción Naval a cargo del Capitán de Navío (R) Roque Pedro Funes.

¹⁰³ Cfr. considerando segundo, capítulo XX “Plan sistemático”, punto 4.

intervención se prueba en la comisión del injusto”¹⁰⁴. El tribunal adjudicó a cada Comandante todos los actos que durante sus respectivos desempeños se cometieron en forma inmediata por subordinados de su fuerza, que se adecuaban al sistema que ordenaron o que, sin integrarlo necesariamente, fueron su consecuencia y los asintieron¹⁰⁵.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina no interfirió con las conclusiones al respecto sino que modificó la decisión sobre el supuesto de autoría más idónea para describir los hechos probados. Dos jueces, Caballero y Belluscio, modificaron el título de responsabilidad de los procesados por el de participación necesaria, diciendo¹⁰⁶ que:

“... los que impartieron las órdenes y brindaron los medios materiales para realizar los hechos ilícitos analizados son partícipes como cooperadores necesarios, y no autores en los términos del artículo 45 del Código Penal [...]”

Otros dos, Petracchi y Bacqué, al igual que el juez Fayt, sin embargo confirmaron la responsabilidad de los procesados como autores mediatos.¹⁰⁷

Finalmente, en el proceso español-británico contra *Pinochet* agregado a la planificación e implementación del plan, se sumó el argumento de que había dado órdenes a las unidades subalternas y que sobre esa base, Pinochet era instigador, y/o autor mediato y/o coautor.

d. Dominio del suceso

El Estatuto de Roma, como ya vimos, contempla la comisión por medio de otro como una forma de autoría, independientemente de la responsabilidad penal del ejecutor. Ya nos hemos referido también al análisis de los jueces de la CPI en torno a la coautoría y al concepto de dominio compartido, que ha recibido apoyo en la teoría latinoamericana¹⁰⁸. En la doctrina y práctica internacional anterior al Estatuto, en cambio, las figuras aplicadas a estas situaciones eran, más bien, las de ordenar o instigar. La jurisprudencia latinoamericana coincide con la corriente internacional

¹⁰⁴ Cfr. considerando tercero “Introducción al tratamiento de los casos y consideraciones generales sobre la prueba”, punto c) “los criterios en el tratamiento de los casos”, 2).

¹⁰⁵ En los casos en que se probó de modo fehaciente que la privación de la libertad se produjo por parte de grupos militares o subordinados a ellos, sin que se pudiera identificar a la fuerza que intervino, ni el lugar en que fuera mantenido en cautiverio, la atribución del hecho se formuló al comandante o comandantes del Ejército, “a mérito de la responsabilidad primaria que le cupo a ésta” (considerando tercero “Introducción al tratamiento de los casos y consideraciones generales sobre la prueba”, punto c) “los criterios en el tratamiento de los casos”, 5). Ver considerando octavo, “Atribuibilidad”, puntos I a), II) a), III) a), IV) a) y V) a).

¹⁰⁶ Caso Junta Argentina, Op.cit., Voto de los Dres. Caballero y Belluscio, considerando 23º)

¹⁰⁷ En primer lugar, los jueces señalaron que no podían adentrarse en el análisis de artículo 45 del C.P. por ser esta “una cuestión de orden común irrevisable en la instancia extraordinaria” en virtud de las reglas que regulan la jurisdicción de la Corte (artículo 15 de la ley 48) (considerando 11º). Sin embargo, Petracchi y Bacqué abrieron el recurso respecto de la interpretación del 514 C.J.M por considerar que “la vigencia del estado de derecho y la conciencia jurídica alcanzada por la sociedad argentina constituyen razones suficientes” (considerando 12º).

¹⁰⁸ Caso Lubanga, Op.cit, citando Kai Ambos. Caso Argentino de Nicolaidis & Otros, Op.cit., Cfr. considerando “Sobre los recursos de apelación, último párrafo. Respaldaron esta conclusión con la cita de R. Maurach, K. Gossel y H. Zipf, *Derecho Penal, Parte General*, (t. 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, páginas 370 y siguientes). Ver también Patricia Faraldo Caban argumentando que el círculo de autores amplia conforme la escala gradual de dominio (RESPONSABILIDAD PENAL DEL DIRIGENTE EN ESTRUCTURAS JERAQUICAS (2004), p.115

actual, incluso con el concepto de autoría mediata independiente de la responsabilidad penal del instrumento. Esto no sólo refiere al individuo responsable, sino al aparato, cuando éste es el instrumento utilizado. Evidentemente, no es necesario calificar el aparato entero como “criminal” y se puede utilizar un aparato legítimo para la comisión de un acto ilegal.

En el *Juicio a las Juntas* la Cámara Federal exploró el tema del dominio en relación con la potencial responsabilidad penal de instrumento:

“sean o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre éstos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos.”¹⁰⁹

Los jueces se refirieron específicamente al caso del autor mediato que coexiste con un ejecutor responsable, e indicaron que en la autoría mediata no sólo se encuentran los casos de dominio de la voluntad por miedo o por error, sino también los de dominio de voluntad del ejecutor a través de un aparato organizado de poder. Los miembros del tribunal caracterizaron la autoría mediata como el “dominio de la voluntad” del ejecutor:

“a diferencia del dominio de la acción, propio de la autoría directa, y del dominio funcional, que caracteriza a la coautoría. En la autoría mediata el autor, pese a no realizar conducta típica, mantiene el dominio del hecho a través de un tercero cuya voluntad, por alguna razón, se encuentra sometida a sus designios”¹¹⁰. [...]

“Lo característico es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. Al autor le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará, sin que se perjudique la realización del plan total”¹¹¹.

Y aclararon que para establecer el modo de participación de los procesados:

“[...] carece de importancia el determinar la eventual responsabilidad de los ejecutores. Ello así, pues sean o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre éstos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos”¹¹².

Señalaron que toda la estructura militar montada para luchar contra la subversión siguió funcionando normalmente bajo la dirección de los procesados y que sólo cambió la “forma” de combatir, de modo que los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. En este contexto, de acuerdo con el tribunal, el ejecutor concreto de los hechos perdía relevancia¹¹³. Por otro lado, los jueces indicaron que la intervención de los procesados desde el vértice máximo de la estructura de poder no se había limitado a ordenar una represión al margen de la ley, sino que también contribuyó positivamente a la realización de los hechos pues los autores inmediatos no hubieran podido ejecutar los delitos si no se los hubiera provisto, por orden de los comandantes, de los medios necesarios para ello.

¹⁰⁹ Caso Junta Argentina, Sentencia (1985) Tomo 2 páginas 798 a 802, extracto es de la sección 6 de la página 802. La teoría esta discutida por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée en LECCIONES DE DERECHO PENAL

(Trotta, ed., 1999) Volúmen II página 290.

¹¹⁰ Considerando séptimo, “De la participación”, punto 5.- “La autoría mediata”

¹¹¹ considerando séptimo, “De la participación”, punto 5.- “La autoría mediata”

¹¹² Considerando séptimo, “De la participación”, punto 6.- “El camino a seguir”

¹¹³ Considerando séptimo, “De la participación”, punto 6.- “El camino a seguir”.

La ropa, los vehículos, el combustible, las armas y municiones, los lugares de alojamiento de cautivos, y los víveres constituyeron un auxilio imprescindible para la ejecución. Más aún, la impunidad que sólo los procesados pudieron proporcionar fue de vital importancia para el éxito de los planes ilegales¹¹⁴.

Ante la Corte Suprema, los jueces Caballeros y Belluscio indicaron que del texto del artículo 514 del Código de Justicia Militar surgían tres hipótesis:

“[...] la primera de ellas mira exclusivamente al superior y le traslada la responsabilidad por el delito comprendido en la orden del servicio, ya sea porque supone el error del inferior, o bien porque el acto importa un abuso-conexo e inmediatamente vinculado a la orden del servicio conforme a su carácter corriente, y relativo a la actividad militar en la esfera que le es propia; pero no en cambio cuando en tiempo de paz, la orden importa la comisión de un hecho contra la vida o la libertad, como sería el caso de los delitos de homicidio, privación ilegal de la libertad y tormentos, referidos a personas no sometidas a la jurisdicción militar ni vinculadas a la vida castrense. (...) Sin embargo, y para el caso de comisión de un delito por su ejecución, la propia regla ha establecido una transferencia de responsabilidad al superior, que está fundada en la distribución de funciones y en el fin de asegurar la disciplina con mayor rigor, vale decir, que no es una transferencia de calidad de autor, sino de responsabilidad penal, con el objeto de imponer la disciplina. En cuanto al segundo supuesto, el artículo se refiere al subordinado, a quien considera cómplice en el exceso que hubiera cometido, esto es, en otro hecho distinto de lo ordenado, para abarcar de ese modo algunos supuestos de la relación superior-subordinado que resulten de una actividad comprendida en cierto modo en la orden y que la torpeza del superior favorece; o bien por estar abarcado -el exceso- en el dolo eventual de quien dio la orden. Por último, y para fundar la transferencia de responsabilidad al superior, puede entenderse que la ley analiza a la orden del servicio como una forma de cumplimiento del deber por el superior, de manera que es él quien debe vigilar su ejecución por el inferior, para así cumplimentar y garantizar aquello que el mismo superior está obligado a hacer por mandato de la ley y de la situación. Es por eso que el superior debe controlar el cumplimiento, responder por la inobservancia querida o culposa de las normas del Código de Justicia Militar. De donde surge que, sea la orden legítima o ilegítima, siempre deba tener una estructura limitada a lo que es propio o corriente de su función.¹¹⁵

Asimismo, los jueces precisaron el alcance de la expresión “órdenes de servicio” y explicaron que los delitos cometidos por la “ejecución de una orden del servicio” “son aquellos conexos con el ámbito de la función, y no los externos perpetrados en tiempo de paz, que atacan la vida o la libertad de las personas”, y que son los que se investigaban en esta causa¹¹⁶. En función de ello, concluyeron que el artículo 514 del CJM no era de aplicación en el caso y entendieron que, por la remisión del art 513 del CJM, la Cámara Federal debería haber tenido en cuenta las reglas de la participación que fija el artículo 45 del Código Penal para el juzgamiento de hechos ilícitos ajenos a la función castrense, cometidos por militares en tiempo de paz¹¹⁷.

Sin embargo, Caballero y Belluscio consideraron que la interpretación de la Cámara también era incorrecta con relación al artículo 45 del Código Penal. Señalaron que el artículo mencionado establecía un supuesto de participación y no de autoría mediata y que la Cámara había consentido la aplicación extensiva del concepto de autor a través

¹¹⁴ Considerando séptimo, “De la participación”, punto 6.- “El camino a seguir”.

¹¹⁵ Voto de los Dres. Caballero y Belluscio, considerando 14°

¹¹⁶ Voto de los Dres. Caballero y Belluscio, considerando 15°.

¹¹⁷ Voto de los Dres. Caballero y Belluscio, considerando 17°.

de la fórmula del autor mediato, infiriéndola de la expresión “tomasen parte de la ejecución del hecho”, o de la que dice “hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”¹¹⁸. Criticaron que la Cámara hubiera admitido la coexistencia de la autoría mediata con la figura del ejecutor responsable -autor inmediato¹¹⁹- y señalaron que la corriente del “dominio del hecho”, que reconoce que la inmediata realización del tipo implica la calidad de autor inmediato, que coexiste con la de autor mediato, produce no sólo la inconsecuencia metodológica resultante de que el autor inmediato goce de la presunción irrefutable de su dominio sobre el hecho, sino también la conclusión de que el autor mediato pasa a convertirse en un autor por extensión, sin haber realizado acciones típicas¹²⁰.

Los jueces expresaron que si lo determinante de la autoría delictiva no era la realización de los tipos penales sino el dominio del hecho por fuera de los límites formales de aquellos, la legalidad de los delitos y de las penas, la “ley previa”, quedaba sin fundamento. Y agregaron que si la “determinación directa” del artículo 45 del Código Penal significara admitir la forma de instigación y de autoría a la vez, representaría aplicar al autor mediato las reglas de la instigación, con lo cual el que dominara el hecho sería a la vez persuasor y ejecutor:

“La contradicción -evidente- trata de superar mediante un subterfugio, para aceptar la coexistencia de la autoría mediata con una forma extensiva de la instigación, lo que es inadmisibile, pues el concepto de instigación enmarca una participación puramente psíquica, que el instigador dirige derechamente a la concreta finalidad de hacer que el instigado voluntaria, libre y conscientemente, tome la resolución de cometer el delito.”¹²¹

“Por ello es que, en las circunstancias fácticas que se han dado por probadas, el dominio mental del hecho y la realización de acciones extratípicas encaminadas con abuso de poder hacia la ejecución colectiva por otros, no puede representar otra cosa que la cooperación intelectual y material para que los subordinados realizaran las características de los tipos de homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos y demás delitos investigados; es decir que tal como sucedió en el caso, los que impartieron las órdenes y brindaron los medios materiales para realizar los hechos ilícitos analizados son partícipes como cooperadores necesarios, y no autores en los términos del artículo 45 del Código Penal [...]”¹²²

De esta forma, Caballero y Belluscio aclararon que el artículo 45 del Código Penal se refiere a los supuestos de participación, y no de autoría, y que el Código Penal argentino no recepta la teoría de la autoría mediata en el sentido señalado por la Cámara Federal¹²³. Sobre la base de estas consideraciones, concluyeron que al emitir los procesados las órdenes verbales secretas e ilegales para combatir el fenómeno terrorista, como así también al proporcionar a sus ejecutores directos los medios necesarios para cumplirlas, asegurándoles que luego de cometidos los delitos no serían perseguidos ni deberían responder por ellos, garantizando su impunidad,

¹¹⁸ Voto de los Dres. Caballero y Belluscio, considerando 18°.

¹¹⁹ Voto de los Dres. Caballero y Belluscio, considerando 19°.

¹²⁰ Voto de los Dres. Caballero y Belluscio, considerando 23°.

¹²¹ Voto de los Dres. Caballero y Belluscio, considerando 25°.

¹²² Voto de los Dres. Caballero y Belluscio, considerando 23°.

¹²³ Voto de los Dres. Caballero y Belluscio, considerando 26° y 27°.

realizaron una cooperación necesaria consistente en la contribución acordada con otros partícipes para la comisión del hecho¹²⁴.

Al igual que la Cámara Federal, Fayt entendió que los procesados habían sido autores mediatos de los hechos investigados. Para Fayt la legislación argentina recepta la autoría mediata en el artículo 514 CJM y también está contemplada en el artículo 45 del Código Penal, que al regular la participación castiga como autores a los que hubieran “determinado a otro”¹²⁵.

“[...] ese dominio del curso de los acontecimientos por el superior limita el campo de decisión autónoma del subordinado y reduce a proporciones mínimas la posibilidad de acceder a la solicitud o ilicitud de la orden emitida, máxime si el deber de obediencia, fundamento de los ejércitos, constriñe al subordinado a riesgo de sanciones explícitas¹²⁶.”

“[...] No se trata del hombre que está atrás sino del superior, del que ocupa el cargo de mayor jerarquía, el que está en la cúspide de la pirámide. El no induce ni castiga. Dispone, decide, manda, con la seguridad de ser obedecido¹²⁷.”

Para los jueces Petracchi y Bacqué, el principio general era la aplicación de las reglas sobre autoría y participación del Código Penal (art. 513 CJM), con la excepción del 514 CJM. No obstante, aclararon que si el inferior se excedía en el cumplimiento de la orden, o actuaba con capacidad de decisión o, finalmente, cumplía órdenes consistentes en la comisión de hechos atroces o aberrantes, se convertía también en responsable (arts. 514, última parte del CJM y 11 de la ley 23.049)¹²⁸. Agregaron que, si se consideraba que los ejecutores habían sido también responsables, los superiores conservaban el dominio de los acontecimientos a través de la utilización de una estructura organizada de poder, circunstancia que los constituía en autores mediatos de los delitos así cometidos¹²⁹. Sobre esa base, concluyeron que el artículo 514 CJM establece la responsabilidad de los autores superiores, aun en aquellos casos en los cuales los ejecutores sean plenamente responsables¹³⁰.

Señalaron como una característica relevante de esta forma de aparición de la autoría mediata:

“[...] el dominio que posee quien maneja discrecionalmente el sistema, no ya sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada puesto que, cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá. Ello así toda vez que otra de las notas salientes de esta forma de autoría es la fungibilidad del autor, quien no opera individualmente sino como un engranaje dentro del sistema, bastándole al autor con controlar los resortes de la estructura, pues aun cuando uno de los ejecutores eluda la tarea, será reemplazado en forma inmediata por otro, que la efectuará¹³¹.”

En *Videla & otros* el juez atribuyó los hechos a título de autoría mediata en el contexto de una “estructura organizada de poder” y señaló que su base legal era el

¹²⁴ Voto de los Dres. Caballero y Belluscio, considerando 28°. El artículo establece la misma pena para los que “tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse” y para “los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”.

¹²⁵ Voto del Dr. Fayt, considerando 22°.

¹²⁶ Considerando 18°.

¹²⁷ Considerando 21°.

¹²⁸ Voto en disidencia de los doctores Petracchi y Bacqué, considerando 14°, 3er. párrafo.

¹²⁹ Voto en disidencia de los doctores Petracchi y Bacqué, considerando 15°, 1er. párrafo.

¹³⁰ Voto en disidencia de los doctores Petracchi y Bacqué, considerando 15°, 2do. párrafo.

¹³¹ *Ibid.* Voto en disidencia de los doctores Petracchi y Bacqué, considerando 15°, 1er. párrafo.

artículo 45 del Código Penal ya citado. El juez tuvo particularmente en cuenta que los centros clandestinos de detención donde ocurrieron los hechos dependían operacionalmente del Ejército y que los Comandantes en Jefe tenían poder de disposición sobre ellos. De esta manera, la circunstancia de haber ocupado el cargo de Comandante del Ejército durante el período en que ocurrieron los hechos investigados permitió fundar su responsabilidad como autor mediato. Para el juez:

“... actualmente es pacífica la doctrina en determinar -en líneas generales-, que autor es quien retiene el dominio del hecho, mientras que los que toman parte, sin dominar el hecho, son partícipes. Dominio del hecho significa “haber tenido las riendas en las manos”, o haber podido decidir si se llegaba o no a la consumación, tener el manejo y la dirección del hecho. En el caso, conducir a discreción la “maquinaria”. Por lo tanto, será autor el que ha tenido el dominio de hecho en el sentido de haber tenido su manejo y haberlo llevado a la consumación o en dirección a ella. La autoría puede presentarse de diversas maneras: -como dominio de la acción (realizar la propia acción); -como dominio de a voluntad (dominar el hecho a través del control de la voluntad del otro; autoría mediata); -como dominio funcional del hecho (compartir el dominio funcional con otro; coautoría)...”¹³².

En este contexto, definió al autor mediato como el que “se vale de otro para la realización del tipo”:

“... El “otro” (como instrumento) realiza el tipo e forma inmediata. Su base legal se encuentra en el artículo 45 del Código Penal cuando se refiere a los “que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo” [...] [l]a intervención del “otro” como instrumento puede presentarse de múltiples maneras [...] la que en este caso interesa es cuando el instrumento obra dentro de un aparato de poder. Por ejemplo, el jefe de un aparato de poder que da la orden a un subordinado de que cometa un crimen tiene el dominio del hecho y es, por lo tanto, autor mediato: porque tiene la posibilidad de reemplazar al subordinado que se negare a cumplir la orden por otro que la cumpliría...”¹³³.

En torno al tema del dominio el Juez comentó:

“... En el hecho que nos ocupa, resulta claro que Videla no ha realizado personalmente las acciones descritas en los tipos... Pero lo que si puede afirmarse es que ha tenido dominio del hecho en los términos ya definidos, a través de la fuerza que comandaba -aparato organizado de poder- al momento de los sucesos investigados; lo que le permitió sobre determinar la causalidad a través de la fungibilidad de los ejecutores y asegurar así la consumación de los delitos...”¹³⁴.

“... Los delitos investigados en esta causa fueron llevados a cabo, como se vio, en el contexto de una estructura miliar, de allí que el riguroso acatamiento de las órdenes hace a la propia esencia del “aparato organizado de poder” utilizado para a comisión de los hechos; ya que de su especial configuración y operativa depende la estricta obediencia del inferior jerárquico y el mantenimiento de la disciplina como valor fundamental. En el diseño de este “aparato” se parte de la base de que el superior que imparte una directiva -que será obedecida- domina el curso causal del episodio, ya que de su sola voluntad depende la consumación o no del ilícito, cuya ejecución está a cargo del subordinado. Por otra parte, la fungibilidad del ejecutor responsable debe entenderse en el sentido de que no opera como una persona individual sino como engranaje mecánico. En el caso, Videla operó sobre “los instrumentos de conducción” del aparato y si alguna de las piezas últimas eludía la tarea, aparecería otra

¹³² Videla & otros, *Op.cit.*, Considerando VI, párrafo cuarto.

¹³³ *Ibid.* Considerando VI, párrafo quinto y siguientes.

¹³⁴ *Ibid.* Considerando VI, décimo párrafo.

inmediatamente en el lugar que para ejecutar a misma. De esa forma, el plan total nunca pudo verse afectado...”.¹³⁵

Los jueces en el caso *Nicolaidis y otros.*, analizando la situación del procesado Hanguindeguy explicaron, respecto de la “práctica sistemática”, que valía lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Videla Jorge R. s/incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada” donde se estableció que:

“... El investigar la existencia de un plan -y de órdenes impartidas en virtud de ese plan- era sólo el medio para determinar si se configuraba el supuesto específico de autoría mediata a través de un aparato de poder organizado, en cada uno de los casos de sustracción (es decir la participación de los imputados en los ilícitos que se hubieran verificado). La circunstancia de que en estos casos el “hombre de atrás” -a diferencia de los supuestos clásicos de autoría mediata- no dominara en modo directo sino a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional como autor de escritorio, emisor de órdenes, planificador, es decir, una responsabilidad con base en un injusto de organización, en lugar de un injusto individual” (énfasis agregado¹³⁶) (...)

“Es decir, “Concretamente: el plan no es la conducta típica, sino que sólo permite la imputación de la conducta prevista en el tipo penal a título de autor mediato” (...)

“Es claro entonces, que no debe confundirse la aludida práctica sistemática con la conducta típica a investigar, sino que ella tendrá relevancia en cuanto al tipo de participación que pueda corresponder a los aquí imputados...”¹³⁷

El tribunal entendió así que la acreditación de un “plan sistemático” permitía fundamentar la atribución de responsabilidad de “autoría mediata a través de un aparato de poder organizado” y distinguió esta circunstancia de los delitos imputados a los procesados¹³⁸.

¹³⁵ Considerando VI, párrafo duodécimo.

¹³⁶ En este sentido, la existencia de un plan (sistemático o no) no es un elemento *sine qua non* de la autoría mediata.

¹³⁷ Considerando IV-, últimos cuatro párrafos.

¹³⁸ En relación con la normativa utilizada por el tribunal para fundamentar la atribución de responsabilidad bajo el título de autoría mediata, resulta necesario remarcar que la resolución no hace ninguna mención -ni siquiera en la parte dispositiva del fallo- a su respecto.

4. APORTES DE LA EXPERIENCIA COMPARADA SOBRE LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUPERIOR JERARQUICO

La experiencia regional también es rica en ejemplos concretos acerca de los medios de prueba y su valoración para considerar presentes o no, cada uno de los elementos de la responsabilidad penal. Aquí resaltaremos sólo cuatro cuestiones que son de interés para el alto tribunal peruano: *a) Informes de las Comisiones de la Verdad y otros reportes similares; b) El contenido de otras decisiones judiciales; c) Testimonios y Documentos y d) La prueba del conocimiento del acusado*

a. Informes de las Comisiones de la Verdad y otros reportes similares

En el *Juicio a las Juntas* los jueces resaltaron el trabajo de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP)¹³⁹ que había formado un legajo respecto de cada una de las víctimas. La CONADEP equivale a lo hoy día se conocen como “comisiones de la verdad”. La Cámara destacó que si bien las denuncias que recogió la CONADEP no revestían el carácter de prueba testimonial, podían tener algún valor probatorio ya que, fueron introducidas a través de un medio regulado por el CJM. Su fuerza de convicción dependía de una operación valorativa del tribunal. La Cámara destacó, además, que en ningún caso tuvo por probado un hecho sobre la base exclusiva de prueba proveniente de la CONADEP¹⁴⁰.

El tribunal valoró toda la prueba conforme al método de la “sana crítica racional”, para el cual, según el tribunal, el valor del material de convicción no está predeterminado por la ley, sino que debe surgir de “un estudio crítico de conjunto, conforme los principios de la sana crítica, la lógica y la sicología judicial”¹⁴¹. En relación con los medios de prueba utilizados, se basó en prueba informativa, documental y testimonial. En particular, apeló a la gran cantidad de expedientes por

¹³⁹ Dicho organismo fue creado por decreto del Poder Ejecutivo Nacional, de fecha 15/12/83 y lleva el n° 187 (B.O. 19./12/83). Su objeto, precisamente delimitado por el art. 1°, fue esclarecer los hechos relacionados con la desaparición de personas ocurridas en el país. Por el origen de su creación, los fines que se le asignaron y su patrimonio (art. 9°), constituyó un ente de carácter público (art. 33 del C. Civil). Sus miembros designados por un acto oficial revistieron la calidad de funcionarios públicos (art. 5°), y las actuaciones labradas por ellos constituyen instrumentos de igual carácter (art. 979, inc. 2°, C. Civil).

¹⁴⁰ Considerando tercero, “Introducción al tratamiento de los casos y consideraciones generales sobre la prueba”, punto f) “el valor de lo actuado por la Comisión Nacional sobre desaparición de personas”.

¹⁴¹ El tribunal aplicó el CJM que en lo pertinente establece: “Art. 392, párrafo segundo: “Los consejos de guerra procederán como jurados en la apreciación de la prueba, y como jueces de derecho en la calificación legal de los hechos que declaren probados en la sentencia, y en la observancia de las reglas procesales” y Art. 401, inc. 1° (en relación con el contenido de la sentencia): “La relación de los hechos que han sido votados por el Consejo, refiriendo cada uno de ellos a las piezas de prueba correspondientes e indicando el número de las fojas en que éstas se encuentran”. El tribunal entendió que la remisión al procedimiento del jurado en el CJM generaba un equívoco que convenía despejar. Para la Cámara las características del juicio por jurado “... consisten en eximir al juez de hecho de la obligación de motivar su conclusión:...” en virtud del “principio de la íntima convicción” que implica “la inexistencia de toda norma legal acerca del valor que el juzgador debe acordar a los elementos de prueba y la ausencia de la obligación de explicar las razones determinantes de su juicio”. Los jueces, sin embargo, entendieron que el CJM no establecía un sistema de íntima convicción pues consignaba la obligación de referir cada uno de los hechos votados a las piezas de prueba correspondientes (art. 401, inc. 1°).

privaciones ilegítimas de la libertad que habían tramitado, o estaban en curso en todo el país; en los expedientes de hábeas corpus del período represivo, y en una variadísima gama de informes y en las declaraciones testimoniales¹⁴².

En el caso *Mack* los jueces valoraron el informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico en relación con la estrategia contrainsurgente, la definición del enemigo interno comunista, y las tácticas militares de la época.

A lo largo del proceso *Pinochet*, incluso ante la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España, fue utilizado el informe de la Comisión Nacional para la Verdad y Reconciliación, al cual el auto refiere repetidamente, en especial para documentar casos ejemplares de cada uno de los hechos punibles, narrando los detalles de las víctimas y circunstancias de su desaparición, tortura o muerte (por ejemplo ver sección Hechos, párrafo Decimocuarto). También se incluyen informes sobre Chile emitidos por el Consejo Económico y Social por sus conclusiones sobre la DINA¹⁴³, y de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU¹⁴⁴.

b. El contenido de otras decisiones judiciales

En el *Juicio a las Juntas* el tribunal también valoró los testimonios prestados en otras instancias. La defensa de uno de los imputados cuestionó que ello era incorrecto pues no había habido control de su parte. Sin embargo, el tribunal entendió que las defensas, en todo momento tuvieron acceso al proceso y a la totalidad de los expedientes judiciales y demás documentación incorporados lo que supuso la posibilidad cierta de que ofrecieran toda la prueba útil a su cuestionamiento¹⁴⁵. Por otro lado, las defensas también objetaron los testimonios requeridos por vía de exhorto diplomático, por considerar que ello impedía un adecuado control de la prueba. Sin embargo, los jueces señalaron que el CJM (art. 256) autorizaba dicho

¹⁴² La Corte Suprema por su parte no se pronunció con relación a la prueba. En el derecho argentino, en principio, las cuestiones de hecho y prueba y de carácter procesal son ajenas a la competencia extraordinaria de la Corte Suprema, que no actúa como tribunal ordinario de última instancia, sino con una competencia limitada a las “cuestiones federales”, que resultan, esencialmente, cuestiones de derecho. Los jueces Caballero y Belluscio, no obstante, avalaron el criterio de evaluación de la prueba utilizado por la Cámara Federal y juzgaron que la reconstrucción fáctica había sido razonable: “Ese pronunciamiento es razonable si se tiene en cuenta el sistema de valuación de la prueba adoptado por la Cámara -la sana crítica racional- que exige en el juzgador, al momento de dictar sentencia, la certeza de sus afirmaciones sobre los hechos. Así, las conclusiones fácticas a las que arriba el *a quo* no aparecen como arbitrarias tornando por ello improcedente el recurso, pues de otro modo, se reemplazaría en esta materia el criterio de los jueces de la causa por el de esta Corte, lo que resulta inadmisibile [...]” (Voto de los Dres. Caballero y Belluscio, considerando 42°). “A su vez, y en relación con la prueba de testigos expresaron que: [...] en cuanto a la inhabilidad de algunos testigos que prestaron declaración, debe tenerse presente que teniendo en cuenta los principios que gobiernan el juicio oral aplicables al caso -art. 7° in fine de la ley 23.049-, el valor probatorio de las declaraciones de un testigo, debe ser apreciado de acuerdo al sistema de la sana crítica racional. En este sentido, se advierte que la valoración de la prueba hecha por la Cámara aparece adecuada a aquellos principios y es, en consecuencia, razonable.” (Voto de los Dres. Caballero y Belluscio, considerando 55°).

¹⁴³ No. 20, *Ibid.*

¹⁴⁴ No. 21, *Ibid.*

¹⁴⁵ Considerando tercero, “Introducción al tratamiento de los casos y consideraciones generales sobre la prueba”, punto e) “acerca de los medios de prueba”, 2).

procedimiento y que nada impedía que las defensas efectuaran su contralor ya sea constituyéndose en el lugar de recepción o bien encomendando la diligencia¹⁴⁶.

En el *Caso Videla y otros* el juez consideró las declaraciones contenidas en la sentencia del *Juicio a las Juntas* en virtud de que “resultan el fruto del juicio de certeza positiva contenido en la sentencia condenatoria” y “poseen el status de verdad histórica irrevisable”¹⁴⁷. El juez también consideró declaraciones testimoniales de otras víctimas, de enfermeras y de médicos, de estudios producidos por Unidades de Inmunología del Banco Nacional de Datos Genéticos, actas de nacimiento, acciones de habeas corpus, denuncias, documentos nacionales de identidad y certificados del Registro Nacional de las Personas¹⁴⁸.

El tribunal del caso *Etchecolatz*, por su parte, incorporó por lectura dos sentencias pronunciadas en casos anteriores por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal: la correspondiente al *Juicio a las Juntas* y la sentencia dictada el 2 de diciembre de 1986 en la causa N° 44/86 seguida contra el General Ramón Camps y otros. También incorporó testimonios correspondientes a los juicios por la verdad. Sobre esa base, el tribunal acreditó el cautiverio clandestino de las personas presuntamente subversivas en dependencias de la Dirección General de Investigaciones¹⁴⁹, las órdenes impartidas por el Comandante de la Zona I, y siguiendo la cadena de mandos, por el Jefe de la Policía de la Provincia y por el Director de Investigaciones, todas las cuales respondían al sistema ilegal ordenado por el Comandante en Jefe del Ejército,¹⁵⁰ y el período durante el cual el acusado había ocupado posiciones en esa línea de mando¹⁵¹.

En lo que hace al rol del acusado, se probó que la Jefatura de la Policía de la Provincia de Buenos Aires revestía el carácter de autoridad militar, a los fines de la lucha antisubversiva,¹⁵² y que el personal de dicha policía intervenía en los procedimientos y “recibía las órdenes pertinentes del Comisario General Miguel Osvaldo Etchecolatz quien, a su vez, había recibido esas directivas del Jefe de la Policía, Coroneles Camps o Riccheri, según la época de que se tratara”¹⁵³. Como conclusión de los distintos puntos desarrollados en la sentencia de la causa N°44 citada como fuente probatoria, el tribunal afirmó que “los procesados Camps, Riccheri y Etchecolatz, tuvieron dominio efectivo sobre los lugares de detención que dependían de ellos y del personal que allí actuaba”¹⁵⁴.

En *Mack*, el Tribunal incorporó por lectura las sentencias de primero y segundo grado y de casación contra el autor material Noel de Jesús Beteta¹⁵⁵.

En el proceso (incompleto) contra *Pinochet* la Sala Penal de la Audiencia Nacional¹⁵⁶

¹⁴⁶ Considerando tercero, “Introducción al tratamiento de los casos y consideraciones generales sobre la prueba”, punto g) “objeción a las declaraciones recogidas vía exhorto diplomático”.

¹⁴⁷ Cfr. considerando III), párrafo segundo.

¹⁴⁸ Ver, por ejemplo, considerando I) Hecho N° 2: De la apropiación del menor Carlos Rodolfo D’Elía.

¹⁴⁹ Considerando III.- a) “Lo que ya estaba probado”.

¹⁵⁰ *Ibid*

¹⁵¹ *Ibid*.

¹⁵² Capítulo XI fs. 8401, causa 44/86-el subrayado figura en la sentencia.

¹⁵³ Capítulo XII fs. 8403, causa 44/86). (Considerando III.- a) “Lo que ya estaba probado”).

¹⁵⁴ Capítulo XIII fs. 8406, causa 44/86 -el subrayado figura en la sentencia, la negrita pertenece al suscripto-). (Considerando III.- a) “Lo que ya estaba probado”).

¹⁵⁵ *Ibid* página 31 último párrafo.

¹⁵⁶ Sala Penal del Juzgado Central de Instrucción Número Seis, de la Audiencia Nacional (Rollo de Apelaciones 173/98, Sumario 1/98).

incorpora los partes del proceso ante las autoridades británicas¹⁵⁷. Las declaraciones de Manuel Contreras ex Director del a DINA hechas ante la Corte Suprema de Chile son clave para la Sala¹⁵⁸, en aclarar el asunto del nexo causal entre las actuaciones del imputado y los delitos imputados. (Contreras había sido condenado en Chile por el asesinato el ex ministro Letelier y y por secuestro en Italia¹⁵⁹.)

c. Testimonios y documentos

Los jueces de la Cámara Federal expresaron en el *Juicio a las Juntas* que los testimonios debían recibir una consideración privilegiada en este tipo de casos¹⁶⁰:

“[I]a declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran huellas, o bien se trata de delitos que no dejan rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de su privacidad. En tales supuestos a los testigos se los llama testigos necesarios. En la especie, la manera clandestina en que se encaró la represión, la deliberada destrucción de documentos y de huellas, el anonimato en que procuraron escudarse sus autores, avala el aserto. No debe extrañar, entonces, que la mayoría de quienes actuaron como órgano de prueba revistan la calidad de parientes o de víctimas. Son testigos necesarios¹⁶¹.”

El Juez en el caso *Videla y otros* señaló que estaba acreditado que los hechos habían sido cometidos por personal de las fuerzas militares. Consideró, primeramente, las declaraciones testimoniales de víctimas que habían estado privadas de su libertad en los centros clandestinos de detención¹⁶². También valoró las declaraciones de los empleados de los hospitales en donde las mujeres daban a luz¹⁶³ y tuvo en cuenta una

¹⁵⁷ Auto, Sala Penal de la A.N., 24 del septiembre 1999 páginas 2 y 4.

¹⁵⁸ Introducción de la prueba: - parte decimosegundo párrafo 10, auto de procesamiento 10.12.98.

¹⁵⁹ También ha sido condenado en Italia y en Chile en 2003 por secuestro-desaparición.

¹⁶⁰ El artículo 253 del CJM establecía que podía servir como testigo toda persona que tuviera conocimiento de los hechos investigados y de sus circunstancias, cualquiera fuera su estado, sexo, jerarquía o condición, sin restricciones expresas de ninguna índole. De manera que no se advertía que pudiera existir otra limitación que la proveniente de la imputabilidad penal, a mérito de la exigencia del juramento (arts. 263 y 266 del .CJM.).

¹⁶¹ Considerando tercero, “Introducción al tratamiento de los casos y consideraciones generales sobre la prueba”, punto h) “el cuestionamiento de la prueba testimonial, en general”. Los jueces, además, dieron especial relevancia a la coincidencia entre los testigos y sostuvieron que podía abrigarse la íntima convicción de que habían sido ejecutados, aunque en ningún caso se dio por probado un homicidio sin que el cadáver fuera hallado. (considerando tercero, “Introducción al tratamiento de los casos y consideraciones generales sobre la prueba”, punto h) “el cuestionamiento de la prueba testimonial, en general”, 7).

¹⁶² Por ejemplo, citó la declaración testimonial de Juan Carlos Scarpati que, entre otras cosas dijo: “Que el primer parto que el dicente tuvo conocimiento fue el de Norma Tato, que se efectuó en una habitación frente a la que ocupaba el dicente...” (Considerando II), antepenúltimo párrafo).

¹⁶³ Por ejemplo, citó la declaración testimonial de María Estela Herrera, de profesión enfermera, que dijo que “...se desempeña como enfermera en el Hospital de Campo de Mayo desde 1971 hasta la actualidad...Que en los años 1976 y 1977...había...en el lugar dos habitaciones, con custodia de personal militar, donde se alojaban las mujeres embarazadas...en unas pocas oportunidades entró a dichas habitaciones..., pero nunca pudo ver la cara de las mujeres, porque estaban tapadas con una venda en los ojos...las mujeres venían de noche...” (Cfr. considerando II), párrafo segundo). También citó la declaración de Nélica Elena Valaris, obstetra, que dijo “[q]ue durante los años 1976, 1977 y 1978, la dicente le tocó examinar mujeres embarazadas alojadas en una habitación dentro del sector de Epidemiología, que estaban custodiadas por fuera, a veces personas uniformadas...estaban con los ojos vendados...” (Cfr. considerando II), quinto párrafo). A su vez, consideró la declaración testimonial de Elisa Ofelia Martínez, enfermera que dijo: “... [q]ue una vez dentro de su horario, se acercó un coche a

declaración indagatoria que reconoció la existencia de órdenes dirigidas a la atención de las madres en cautiverio¹⁶⁴.

En este caso, el Juez no indicó expresamente las reglas de valoración de las pruebas que utilizó, pero dio especial relevancia a las declaraciones testimoniales coincidentes. El Juez dijo:

“... sólo agregaré que es sabido que por propia voluntad de los autores de los hechos investigados, así como el dilatado tiempo transcurrido desde su comisión, se han borrado la mayor parte de las pruebas de carácter objetivo relativas a estos delitos, por lo que inevitablemente la reconstrucción histórica y el conocimiento cabal de los episodios dependerá de transitar básicamente el camino de la prueba testimonial...”¹⁶⁵.

En el caso **Mack** fueron valorados documentos desclasificados de los EEUU, libros, informes y como contexto y estableciendo móvil, además de los testimonios de peritos sobre el tema militar y de inteligencia.

En **Etchecolatz** declararon testigos que si bien no tuvieron relación directa con un caso en particular, ofrecieron aportes para completar el cuadro probatorio. Así, por ejemplo, se escuchó a antiguos empleados públicos, como el entonces Director de la Escuela de Inteligencia, Cesar Miguel San Sebastián, quien relató, entre otras cosas, cómo se realizaban las tareas de inteligencia¹⁶⁶. El voto adherente del Dr. Isaurralde, también destacó los testimonios de las víctimas querellantes, de los testigos presenciales de los múltiples allanamientos, secuestros y traslados, y de Claudia Bellingeri, quien al momento del fallo estaba a cargo de los archivos de la ex Dirección de inteligencia de la Provincia de Buenos Aires.

En el caso **Mack** se valoraron las entrevistas grabadas con el autor material y su testimonio en vivo, así como el testimonio del entrevistador, lo que sirvió para reflejar el trabajo controversial de la víctima (como móvil del ataque) y la vigilancia de la víctima anterior al asesinato. También hubo declaraciones-dictámenes por peritos militares y analistas así como documentos militares constando los puestos y funciones de los imputados, sus relaciones de subordinación en el EMP, el funcionamiento de la

Maternidad, conducido por un Suboficial... y bajó el Suboficial al que la otra enfermera entregó el bebé...” (Cfr. considerando II), párrafo noveno).

¹⁶⁴ Por ejemplo, la declaración de Caserotto dice que “... en el Hospital de Campo de Mayo, sector de Maternidad, durante el llamado Proceso de Reorganización Nacional existieron órdenes verbales y escritas por la superioridad para que en el lugar se asistiera a las parturientas traídas por personal de Inteligencia... Que fue el Dr. Posse quien le impartió la orden verbal y escrita de asistir y no registrar a las pacientes que ingresaban al Hospital traídas por el personal de Inteligencia...”, Considerando II), párrafo undécimo.

¹⁶⁵ Considerando V, último párrafo.

¹⁶⁶ Éstas incluían infiltrar agentes en fábricas, gremios, ámbitos estudiantiles y políticos, brindando luego la información que permitía realizar los 'operativos'. Según la declaración, “Los agentes trabajaban en base a la información que recibían de las delegaciones -de Inteligencia- de toda la provincia, recortes de diarios en cuanto a los actos y todo tipo de actividad cultural, de todos los medios, había un registro de todos los clubes y de actividades culturales. La sección Búsqueda investigaba de acuerdo a requerimiento o conocimiento que tomaban de algún hecho que informaban a la central; les interesaban actos políticos, estudiantiles, gremiales, se hacía la información y se archivaba previo al estudio en un legajo especial que tenía la identidad o la persona a ser investigada. [...] la información se procesaba de acuerdo a la importancia, se mandaba un boletín a la jefatura por el memorándum del acto o hecho ocurrido y luego se archivaba. El criterio para seleccionar información lo hacía directamente el jefe del departamento que le comunicaba al director y de acuerdo a eso se informaba o a veces la búsqueda de esa información venía de jefatura misma. [...]”(Considerando II.-E) “privación ilegal de la libertad, la aplicación de tormentos y el homicidio calificado de Nora Livia Formiga, Elena Arce Sahores y Margarita Delgado”).

cadena de mando, la jerarquía, disciplina, obediencia, estrategias, comunicaciones, poderes y obligaciones de los individuos y unidades.

El tribunal de primera instancia valoró la prueba pericial, testimonial, documental y prueba científica en detalle¹⁶⁷. La prueba de mayor importancia fue la siguiente: el testimonio de Jorge Guillermo Lemus¹⁶⁸ y las entrevistas grabadas que hizo con el autor material Noel de Jesús Beteta en que éste señalaba que su superior Valencia Osorio le había ordenado el delito y que al acusado Godoy fue enterado del asunto. En su razonamiento, sin embargo, el tribunal notó que su señalamiento en torno a Valencia Osorio era espontáneo y que, en cambio, la referencia al acusado Godoy Gaitán había sido inducida por el entrevistador Lemus¹⁶⁹. También destacó que había excluido al acusado Oliva Carrera de todo involucramiento. Los puestos y funcionamientos de los acusados y la jerarquía entre ellos dentro del EMP fueron establecidos sobre la base de documentación interna de las fuerzas armadas¹⁷⁰ y el funcionamiento del EMP fue confirmado por la documentación interna y por la información proporcionada por peritos militares¹⁷¹. El ex Ministro de la Defensa confirmó que el EMP recibía órdenes del Comandante General del Ejército¹⁷².

La prueba presentada por la fiscalía sobre el contexto del conflicto llevó al Tribunal a encontrar un posible móvil para la eliminación de la víctima¹⁷³. Los jueces destacaron la importancia del testimonio de Jorge Guillermo Lemus quien había grabado una serie de entrevistas con el autor material donde éste hablaba de la existencia del *escuadrón de la muerte* subordinado al EMP, de la selección de la víctima y de las instrucciones para cometer el delito.

En el caso del jefe de Estado **Luis García Meza**, con base en oficios y testimonios, la Corte acreditó que éste había dado las órdenes para la constitución y la acción de grupos paramilitares que operaron como Grupos de Operaciones Especiales de modo directo, incluyendo la dotación militar de este grupo, sus ascensos y reconocimientos a los miembros. Sobre esa base, concluyó que García Meza era autor responsable de la acción de estos grupos:

“... Organización de grupos armados. Este delito, tipificado por el art. 121 del Cód. Pen. fue cometido por Luis García Meza y Luis Arce Gómez quienes planificaron y ejecutaron el golpe del 17 de julio de 1980, como consta en el libro “Del caos a la reconstrucción”, de Salamanca Trujillo, en las págs. 643 y 645 [...] y las declaraciones anteriormente examinadas. Igualmente, ordenaron el asalto a la Central Obrera Boliviana, la destrucción de Radio Fides y los asesinatos cometidos. Los grupos armados, obedeciendo a las órdenes de los encausados, perpetraron esos delitos, como demuestra con claridad el oficio reservado N° 689/80 de 14 de agosto de 1980, dirigido por Luis Arce Gómez a Luis García Meza, cuyo texto es como sigue: ‘Adjunto para conocimiento y aprobación de Su Excelencia, organigrama y plan de tareas de los grupos que hizo posible el triunfo de las Fuerzas Armadas sobre el extremismo internacional’ [...] La lectura de ese oficio demuestra que los encausados Luis García Meza y Luis Arce Gómez son los que organizaron y dirigieron esos grupos armados de paramilitares, que cometieron los delitos enumerados”.

¹⁶⁷ Tribunal Tercero de Sentencia Penal op cit., páginas 6 a 30.

¹⁶⁸ *Ibid* páginas 17-18 párrafo E.

¹⁶⁹ *Ibid* página 29.

¹⁷⁰ *Ibid* página 30 párrafo A.

¹⁷¹ Incluyendo al ex Jefe del Estado Mayor General del Ejército General Héctor Gramajo Morales y al Coronel Peruano Clever Alberto Pino Benamú. *Ibid* páginas 6-8.

¹⁷² *Ibid* página 20 párrafo I.

¹⁷³ *Ibid* página 17 y página 31.

“En la comisión [...] existe un vínculo directo y estrecho entre los ejecutores con los que daban la orden para delinquir. En efecto, Luis Arce Gómez y Luis García Meza, retribuyeron a los paramilitares, asignándoles o recomendándolos para el ejercicio de funciones públicas, como se acredita por el oficio que cursa a fs. 7014 del cuerpo 32, de fecha 22 de julio de 1980, bajo el N° 520/80, enviado por Luis Arce Gómez al Ministro de Salud, Avelino Rivero Parada, que, textualmente, dice: “El logro y consolidación del Gobierno de Reconstrucción Nacional, ha sido una realización de grandes concursos humanos, entre ellos, en forma decisiva el del Dr. Willy Sandoval Morón, quien fue el artífice directo para la disponibilidad de las ambulancias que prestaron servicios en los operativos de control político. Considero oportuno -continúa Arce Gómez- reconocer esa valiosa colaboración entregándole la responsabilidad de la Dirección Ejecutiva de la Caja Nacional de Seguridad Social”. Reiteradamente Luis Arce Gómez, por oficios, recomienda a otros paramilitares llamados Gary Alarcón y Jaime Sandoval Tarifa, por los servicios prestados a la Reconstrucción Nacional, para que ocupen los cargos de Director de FOMO y Jefe de Personal de la Administración Autónoma de Almacenes Aduaneros (AADAA), respectivamente [...] Por otra parte, Luis García Meza y Luis Arce Gómez no sólo dieron cargos públicos a los paramilitares, sino que *para el cometido de los hechos punibles les dieron armas del Estado boliviano*, como demuestra el oficio N° 935/80, de 24 de septiembre de 1980, dirigido por el segundo al primero y que textualmente dice: “Reiterando la conversación sostenida con su autoridad, me permito poner en su digno conocimiento la urgente necesidad de sustituir el armamento obsoleto que utilizan los grupos de asalto dependientes de este Despacho [...] Para ese fin requerimos lo siguiente: Grupo de Asalto: 300 metralletas UZI, 3.600 proyectiles de 9 milímetros”. Los grupos paramilitares o irregulares estaban comandados o dirigidos por militares de mandos medios, quienes dependían directamente de Luis García Meza y Luis Arce Gómez, como se comprueba en la Orden de Servicio N° 380/80, de 20 de octubre de 1980, de fs. 7029 cuerpo N° 32. Esta orden está dirigida por Luis Arce Gómez al My. Javier Hinojosa (n) ‘El lince’, que dispone: ‘A partir de la fecha pasa Ud. a desempeñar las funciones de Jefe Nacional del Grupo de Operaciones Especiales (GOES)’. Por oficio de carácter reservado firmado por Luis Arce Gómez, N° 266, de 17 de febrero de 1981, dirigido al Jefe del Departamento II del Comando de Ejército, le dice: "Por orden de Su Excelencia el Presidente de la República, agradeceré a Ud. Proceder al licenciamiento de los paramilitares bajo su control en esa dependencia del Ejército..."¹⁷⁴

d. Prueba del conocimiento del acusado

El conocimiento es un componente común a todas las figuras referidas, aunque su acreditación es una cuestión compleja. La doctrina y la jurisprudencia internacional¹⁷⁵ y comparada coinciden en que tanto la prueba directa como la indirecta es aceptable, y se han referido de modo más o menos similar a los indicios que permitirían comprobar su existencia, en un caso concreto. El uso de estos indicios es válido tanto para los supuestos de “responsabilidad del superior” como para la determinación del dolo directo o eventual en las otras formas de responsabilidad.

La conclusión de los jueces frente al argumento de la defensa del acusado Massera en

¹⁷⁴ fojas 7047, cuerpo N° 32.

¹⁷⁵ Cuando el superior tiene autoridad ejecutiva sobre el territorio y los delitos cometidos en ellos puede haber una presunción legal de cognición que la defensa tendrá que rebatir; prueba de comunicaciones periódicas al superior o su conocimiento de informes generalmente disponibles pueden satisfacer el requisito de cognición, ver *US v Wilhelm von Leeb et al.* (Caso XII), Nov. 28, 1947 - Oct. 28, 1948, *US v Wilhelm List et al.* (Case VII), July 8, 1947 - Feb. 19, 1948, *US v Yamashita* 327 U.S.1 (1946). Los indicios que permiten tal conclusión fueron detallados en el caso *TPIY Delalic Trial Chamber párr.*, 386, supra nota 48 – y ya transcritos en este texto en la página 15-.

el caso argentino de *Nicolaidés y otros* que enfatizaba la “ajenidad” del acusado, ilustra un ejemplo de dos indicios que pueden contribuir a demostrar el conocimiento, y el control de un establecimiento:

“... [l]a alegación de ajenidad ensayada por la defensa se encuentra descartada por los testimonios que se detallaran en el auto recurrido y que resultan aquéllos de [nombres] que llevan a sostener que los hechos que se le imputan fueron cometidos durante el período en que se desempeñó como Comandante en Jefe de la Armada y en un centro operativo a su cargo ...”¹⁷⁶

En el caso *Mack*, el conocimiento por parte de dos de los tres superiores jerárquicos tanto de la planificación del hecho como de las actividades de los subordinados no pudo establecerse, no obstante la posición en la jerarquía y la obligación de control citado por la fiscalía. Los jueces de *Mack*, evidentemente, consideraron que no se podía fundar la responsabilidad sobre la base del cargo jerárquico en la estructura en la que revestía el ejecutor físico del hecho. Tampoco aceptaron que existiera una obligación de controlar al subordinado, sin evidencia que satisfaga el requisito de conocimiento. Estas dos posiciones son jurídicamente correctas. Sin embargo, la evidencia indirecta ventilada pudo haber sido fundamento de una presunción fuerte de conocimiento¹⁷⁷. De igual manera, pudo haber sostenido una inferencia de conocimiento de la planificación. Si las pruebas sobre la manera en que funcionaba la estructura y el poder de decisión de la cúpula acreditan que tales operaciones no ocurrían sin el conocimiento y autorización del acusado (por ejemplo aprobación del uso de recursos o personal) parecerían posibles argumentos a favor de una hipótesis de cooperación necesaria, o de complicidad.

La presunción de conocimiento sobre información mínima acerca de la presencia de víctimas en el establecimiento bajo su mando fue, como dijimos, establecida con base en evidencia del carácter y funcionamiento de la jerarquía en el caso chileno de *Julia Retamal*.

En el auto¹⁷⁸ ratificado por la Audiencia Nacional en el caso *Pinochet*, el Juez Garzón argumentó que la posición del imputado era tal de que no se podrían haber realizado los actos sin su autorización o consentimiento. En particular, era el superior director del Coronel Manuel Contreras (encargado de la DINA y luego ascendido a general) y de los superiores de las demás unidades que fueron responsables directamente de la comisión de delitos y argumentó que Pinochet recibía información sobre las actividades de dichas unidades¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Nicolaidés y otros, Op.cit., Considerandos, Punto A) “Situación de Emilio E. Massera”, ante último párrafo. Este mismo aspecto cobró importancia en torno a otros procesados en este caso como Suarez Mason. Cfr. Re Suarez Mason, Nicolaidés, *Ibid*, Considerando V- Punto titulado “RESPONSABLES”: “A) SITUACIÓN DE GUILLERMO SUAREZ MASON”, párrafo 2º y ss.).

¹⁷⁷ En cuanto al acusado Oliva, no se analizó los demás indicios de conocimiento, en cambio valorando la conclusión del autor material que Oliva no se enteró del plan para matar a la víctima. En cuanto a Godoy, igualmente se adoptó la misma postura y aceptó el argumento que al autor material fue inducido por el entrevistador a mencionarle como parte del plan en una entrevista grabada.

¹⁷⁸ Auto de procesamiento del 10 de diciembre de 1998 sumario 19/97.

¹⁷⁹ No obstante que se trata de decisiones procesales y no de sentencias definitivas, los argumentos sobre el conocimiento y sobre la responsabilidad individual penal generalmente por el Juez Garzón son ilustrativos de aquellos que pueden fundar la detención provisional y extradición. En particular es notable que la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España ratificó las solicitudes del Juez Baltasar Garzón comprendiendo sus argumentos sobre la presunta responsabilidad. De igual manera la Cámara de los Lores del Reino Unido autorizó la extradición solo limitándola en cuanto al ámbito del universo de hechos punibles alegados que calificaban como extraditables.

Las sentencia por desafuero de Augusto Pinochet en la “Operación Cóndor” establece la *sospecha* de su conocimiento¹⁸⁰ no sólo en base a un testimonio similar de Manuel Contreras de que cumplía órdenes de él y lo mantenía diariamente informado del actuar de la DINA, sino al de otro oficial de dicha organización que afirma que dicha operación era conducida, a nivel estratégico, por el entonces Presidente de la República, y por el testimonio de un oficial de la Armada y ex ministro de Estado que afirma haber entregado a Pinochet la copia de una carta que el padre de una de las víctimas habría recibido del presidente Videla de Argentina, en que afirmaba que su hijo había sido detenido por fuerzas de seguridad de ese país y entregado a las fuerzas de seguridad chilenas en la frontera. El tribunal, además, argumenta que, dado el contexto político del país y la concentración de poder efectuado por la Junta de Gobierno en la época, “las labores de “inteligencia” resultan consubstanciales al gobierno de la época y son consideradas tarea primaria del mando”¹⁸¹, para concluir luego la existencia “de indicios, [que] dan suficiente cuenta del conocimiento por parte de Augusto Pinochet Ugarte de hechos que como los reseñados estuvo en situación de impedir, atendida su investidura”¹⁸².

Ello es consistente con la posterior decisión del Pleno de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la sentencia por desafuero en la Operación Colombo, que en base a establecer la participación criminal de los directivos superiores de la DINA en los crímenes

“... es elemento de fundamental importancia para determinar y concluir la del imputado Pinochet Ugarte en los delitos referidos, desde que en el ejercicio de la Presidencia de la Junta Militar de Gobierno, o como Presidente de la República y como Comandante en Jefe del Ejército, no pudo permanecer ignorante de las actuaciones de la Dirección de Inteligencia Nacional, lo que se infiere, de manera precisa y determinada, tanto de la organización jerárquica de las instituciones - particularmente relevante en ese entonces-, como de la situación que se vivía en el tiempo de ocurrencia de los hechos y, en especial, de lo declarado por los ejecutivos superiores de la DINA, en particular Juan Manuel Contreras Sepúlveda, quien en reiteradas oportunidades, en este proceso y en otros, ha expresado que el Presidente de la República estaba en constante conocimiento de las actividades de esa Dirección, de las cuales se le informaba de manera diaria”¹⁸³.

La sentencia agrega además, como indicio de tal conocimiento, la existencia de un decreto de requisición o incautación de un automóvil de propiedad de una de las víctimas, firmado por el imputado. En la sentencia por desafuero en el caso de la desaparición de Antonio Llidó, la presunción de conocimiento se basa, en forma adicional, a los testimonios de una reunión que obispos y otros líderes religiosos del Comité Pro Paz sostuvieron con Pinochet, luego de la desaparición de Llidó, en la que, al revisar una nómina de detenidos desaparecidos que le exhibían a Pinochet, éste habría dicho: “este no es un cura, es un marxista”. La sentencia también hace referencia a un documento que singulariza decenas de intervenciones por parte del Reino de España relativas a la situación de Llidó, incluyendo una carta del presidente del gobierno español, Adolfo Suárez, dirigida directamente a Pinochet.

¹⁸⁰ Decimos “sospecha” y no “convicción” acerca de la existencia de conocimiento pues el procedimiento de desafuero sólo exige la primera y no la segunda.

¹⁸¹ Párrafo 13.

¹⁸² Párrafo 15.

¹⁸³ Párrafo 8.

5. CONCLUSIONES

Los elementos expuestos en este memorial en derecho internacional y derecho penal comparado de América Latina ofrecen al tribunal peruano un análisis sobre la manera en que otras jurisdicciones han abordado la responsabilidad penal de superiores jerárquicos (tanto civiles como militares) acusados de crímenes graves perpetrados por subordinados.

Los casos latinoamericanos en los cuales efectivamente se ha juzgado a superiores jerárquicos por crímenes que lesionan la consciencia humana son relativamente pocos; no obstante, el universo es creciente y las autoridades judiciales cada vez más materializan a través de su actividad la obligación de juzgar o extraditar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos. Las iniciativas de persecución penal que actualmente tienen lugar en Chile, Argentina, Perú y Uruguay son claramente ilustrativas de esta tendencia.

El tribunal tiene la tarea de examinar todos los elementos probatorios y, en el marco del debido proceso, determinar la responsabilidad penal que le pueda asistir al ex Presidente por los casos que son objeto de la acusación.

Con la presentación de este memorial, el ICTJ –como *amicus curiae*– aporta un insumo técnico para la consideración del tribunal sobre desarrollos jurisprudenciales comparados que han abordado temas y conceptos también bajo consideración en el caso peruano: el funcionamiento de aparatos clandestinos; organización de estructuras jerárquicas; planes y empresas criminales; formas de control y escalas de dominio sobre estructuras y las actividades criminales; y conocimiento de estructuras criminales. Igualmente, el examen de los casos de otras latitudes es útil para examinar la práctica judicial atinente a la prueba de los elementos de los crímenes. Los casos de jurisdicciones latinoamericanas que fueron analizados permiten destacar la importancia del entrelazamiento de componentes fácticos y normativos en el ejercicio judicial de establecimiento de responsabilidades frente a este tipo de casos.

La Sala Penal Especial, de tal forma, cuenta con ejemplos relevantes que podrían ayudar en el cumplimiento de la obligación de analizar el derecho peruano en consonancia con los principios del derecho internacional. Aunque no todos los casos relevados contienen citas expresas del derecho internacional, es claro que la jurisprudencia de América Latina es asimilable a la aplicación de varios conceptos que son centrales para la doctrina y jurisprudencia internacional en casos de superiores jerárquicos militares o civiles:

En primer lugar, son aceptadas y aplicadas varias figuras penales que contemplan la responsabilidad de superiores por las acciones de subordinados institucionales, sean los superiores militares o civiles. Además, tanto la acción como la omisión pueden fundamentar la determinación de esa responsabilidad penal.

En particular respecto de la comisión por otro, también queda claro que los tribunales de la región incluyen la situación del instrumento doloso. Y cuando se trata de delitos presuntamente cometidos conforme a planes o estrategias concebidas y dirigidas por una cúpula institucional, los tribunales han analizado no sólo si hubo o no una contribución de la cúpula a la comisión de los delitos sino también si hubo una contribución a la creación y implementación del plan o estrategia. Las figuras que contemplan la participación en, o la utilización de, un aparato organizado, o la

planificación de las actividades delictivas, por su parte, no reclaman que la entera institución o plan sea “criminal”; basta con el conocimiento del acusado sobre la consecuencia ilegal de su acción u omisión, especialmente aprovechando su conocimiento de los cursos regulares que desatará su acción o inacción (sobre todo cuando el acusado tiene capacidad de desautorizar).

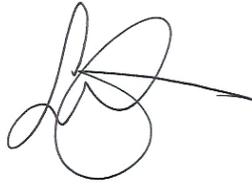
Con relación a la prueba, los casos analizados muestran que los indicios pueden fundamentar una determinación de la existencia de los elementos objetivos y el elemento subjetivo de un delito. Dichos elementos pueden indicar la existencia de planes y órdenes, el ejercicio del control efectivo, el dominio, la posesión de información sobre acciones de subordinados, la naturaleza necesaria o no de la cooperación del presunto responsable, el conocimiento y intencionalidad del acusado en torno a la acción y resultado, y que un superior conocía información sobre las acciones de sus subordinados.

Estos elementos, propios del campo dogmático y probatorio, se derivan de la práctica judicial de otros países y pueden ser de utilidad para el tribunal en el desarrollo de su labor. No desconocemos que la doctrina y la jurisprudencia peruana son ricas en este tipo de desarrollos, tanto en relación con la autoría mediata como en relación con otras formas de participación criminal. Nuestra pretensión se agota con la reseña de algunos de los elementos que hemos considerado útiles en el ejercicio judicial de otras latitudes que han encarado el juicio de responsabilidad penal de superiores jerárquicos en la comisión de atrocidades. En la medida en que estos elementos sean de interés para el tribunal, quedan a su consideración los textos completos de las sentencias judiciales que han sido valoradas.



Leonardo Filippini
Abogado
Centro Internacional para la Justicia
Transicional

Michael Reed
Abogado
Centro Internacional para la Justicia
Transicional

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'SK', with a long horizontal stroke extending to the right.

Susan Kemp
Abogada
Centro Internacional para la Justicia
Transicional

Juan E. Méndez
Presidente
Centro Internacional para la Justicia
Transicional