

D. D. César San Martín Castro.

En el recinto de audiencias de la Sede Judicial ubicada en el ex fundo Barbadillo del distrito de Ate Vitarte, siendo las nueve de la mañana **del día lunes veinticinco de agosto de dos mil ocho**, con la concurrencia de ley, se continuó en audiencia pública con el juicio oral seguido contra **ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI** por delito contra la Vida el Cuerpo y la Salud - **Homicidio Calificado** - Asesinato - en agravio de Luis Antonio León Borja, Luis Alberto Díaz Ascovilca, Alejandro Rosales Alejandro, Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Octavio Benigno Huamanyauri Nolasco, Filomeno León León, Máximo León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Nelly María Rubina Arquíñigo, Odar Mender Sifuentes Núñez, Benedicta Yanque Churo y Javier Manuel Ríos Riojas, Juan Gabriel Mariño, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Robert Teodoro Espinoza, Marcelino Rosales Cárdenas, Felipe Flores Chipana, Luis Enrique Ortiz Perea, Richard Armando Amaro Cóndor, Heráclides Pablo Meza y Hugo Muñoz Sánchez; y **Lesiones Graves** en agravio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Albitres; y por delito contra la Libertad Personal - **Secuestro** - en agravio de Samuel Dyer Ampudia y Gustavo Gorriti Ellembogen.=====

Presente el señor **Fiscal Supremo Titular José Antonio Peláez Bardales.**=====

Presente el acusado ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, con sus abogados Cesar Nakasaki, Servigon y María Gladys Vallejo Santa María.=====

Asimismo, presentes los abogados de las Partes Civiles constituidas, letrados Gloria Cano Legua, Gustavo Campos Peralta, Carlos Rivera Paz, Ronald Gamarra Herrera, Antonio Salazar García y David Velasco Rondon.=====

Presente también el doctor Victor Manuel Wuest Chávez, defensor de oficio designado por el Ministerio de Justicia a esta Sala. =====

Presentes asimismo el señor Relator y la señora Secretaria de la Sala. =====

Acto seguido el señor Director de Debates da por instaurada la nonagésima tercera sesión. =====

En este acto el señor Director de Debates pregunta a las partes intervinientes si tienen observaciones que formular al acta de la nonagésima primera sesión, manifestando los mismos que no, por lo que se da por aprobada, siendo suscrita de acuerdo a ley.=====

Secretaría da cuenta que en virtud del examen realizado por el doctor Loayza

Sierra conjuntamente con los demás médicos legistas del Instituto de Medicina Legal, el Colegiado dispuso oficiar precisamente al mismo instituto; tenemos entendido, luego de hablar con el Director de la sede penitenciaria en Ate Vitarte, que el señor Alberto Fujimori ya habría sido examinado y evaluado el día viernes y además que los informes se habrían enviado desde el día viernes último al despacho del Director de Instituto de Medicina Legal; sin embargo, secretaria todavía no tiene ninguna respuesta oficial con respecto a los resultados del examen.=====

El Colegiado dispone estar a la espera de dicho informe médico para las decisiones que corresponda.=====

También secretaria da cuenta que, en relación al oficio suscrito por el doctor Tavera Córdova, Presidente de la Corte Suprema, solicitando información respecto a la aplicación del decreto legislativo novecientos ochenta y cuatro para la presente causa; conforme lo dispuso el Tribunal, se ha cumplido con dar respuesta mediante oficio del veintidós de agosto del año en curso, al Director de Tratamiento Penitenciario - INPE César Bocanegra Velásquez adjuntándose para el efecto los auto apertura de instrucción, autos de enjuiciamiento, acusaciones reformuladas, autos de enjuiciamientos reformulados, sentencia de extradición y el auto de acumulación de los procesos materia de juicio; el mismo que se procede a dar lectura por secretaria.=====

El Tribunal, dispone que se tenga presente, y se entregue a pedido de las partes copia del documento en mención. =====

Finalmente secretaria da cuenta que para el día de hoy ha sido convocado el señor Federico Andreu, quien ya se encuentra en el ambiente contiguo de la Sala. Este perito fue ofrecido por la parte civil durante la sesión de instalación de fecha diez de diciembre del dos mil siete y para ello se adjuntó un pliego interrogatorio para dicho experto.=====

En este acto el señor Director de Debates dispone en ingreso a la Sala del señor Jurista Federico Andreu, quien hace su ingreso a la Sala, al mismo que el señor Director de Debates le indica que para los efectos iniciales de esta sesión se le va a tomar el juramento o promesa de decir la verdad. ¿Jura o promete decir la verdad en todo lo que se le pregunta? DIJO: Si juro; preguntado por sus generales de ley, manifiesta llamarse **Federico Andrés Paulo Andreu Guzmán**, nacido el diecinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve en Paris, Francia, de doble nacionalidad Colombiano de nacimiento y Frances de nacimiento.=====

Acto seguido el señor Director de Debates inquiere al Jurista Federico Andréu Guzmán: ¿Cuál es su experiencia en temas como los que ha sido convocado el día

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

de hoy? DIJO: Por varios años he trabajado en Naciones Unidas como jefe oficial de investigaciones de las Naciones Unidas y luego en Haití y en la misión de terreno en Ruanda, y mi labor era investigar crímenes pragmáticos cometidos o imputados a estructuras clandestinas de poder, tanto en Haití, básicamente los Ton ton Makut, como es Ruanda, otras estructuras existentes como las milicias paramilitares interahamwe de los Hutus; he tenido también que trabajar y he sido perito y testigo ante la Corte Interamericana sobre la cuestión de las estructuras paramilitares en Colombia, en el caso de Mapiripam y en el caso de la masacre de la Rochelle y también he tenido que hacer este tipo de intervenciones ante un par de tribunales penales en Suiza, a raíz de estas investigaciones sobre estructuras paramilitares y compromisos de empresas privadas en crímenes de lesa humanidad; además de mi trabajo como profesor en la American University sobre impunidad y crímenes de lesa humanidad, también tuve que ver desarrollos jurisprudenciales sobre esta materia, y en general en mi trabajo, antes, como consejero jurídico para Amnistía Internacional donde estuve a cargo de toda la acusación de Amnistía Internacional frente al caso Pinochet ante la Corte de los Lores y en la Comisión Internacional de juristas donde me desempeñé como consejero general.- Señor Andréu, el tema de su presencia y el motivo por el cual este Tribunal lo ha convocado, está en función a lo siguiente: en la sesión de instalación de la audiencia se solicitó su concurso para que, dice textualmente la exposición de la defensa, quien en base a sus experiencias internacionales, podrá ilustrar a la Sala sobre las responsabilidades del aparato organizado de poder; creemos que este experto -continúa la abogada que lo propuso- ha trabajado en el alto comisionado de las Naciones Unidas así como ha sido nombrado como perito de parte en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en investigaciones de graves violaciones de los derechos humanos y de delitos de lesa humanidad; puede aportar a la Sala con respecto a la forja de un aparato organizado de poder y las responsabilidades estructurales en esta; la acusación fiscal señala con claridad los hechos que hoy se juzgan y que fueron posibles en su organización, ejecución y ocultamiento, precisamente, por la asistencia de un aparato organizado de poder. Esa es la afirmación de la parte civil. Adicionalmente, concretándonos en lo que es el ámbito de su intervención, se formulan en un pliego cinco ideas esenciales que son el motivo de su convocatoria y ha sido expresamente aceptado por el Tribunal. Qué experiencia tiene en investigaciones sobre violaciones a los derechos humanos, dato de introducción por supuesto, que eso usted ya lo ha dicho ¿dentro de esta experiencia ha podido investigar aparatos organizados de poder? y luego ya viene el tema central. ¿Los aparatos organizados de poder tienen una estructura piramidal?

¿En esta estructura quien tiene el mando o el control del aparato organizado de poder? y finalmente ¿Cómo se hace las transmisiones de las órdenes en un aparato organizado de poder? Según hemos establecido nosotros en la audiencia, la lógica de esta intervención consta de dos partes; una primera, le rogamos a usted que se sirva hacer una exposición, sobre los puntos objeto de su convocatoria. Culminada que sea su intervención vamos a proceder propiamente al interrogatorio de las partes; usted ha sido ofrecida por la parte civil, continúa la Fiscalía y culmina la defensa del acusado, señor Andréu ¿estamos claros? DIJO: Perfecto.-

Seguidamente el señor Jurista Federico Andréu, procede hacer la exposición sobre el tema por el cual ha sido citado, en los siguientes términos: Creo que todo el aspecto fundamental sobre los cuales, tanto mi experiencia como investigador como también mi actividad de jurista en casos en que me ha tocado intervenir, sobre el fenómeno de los aparatos organizados de poder y lo que tiene que ver con la responsabilidad que se pueda inferir *de las personas que dirigen, controlan o lideran estos aparatos*, y que por tanto se infiere una responsabilidad penal hoy en día, tanto bajo el derecho penal comparado como bajo el derecho penal internacional, tiene que ver con que se entiende por este tipo de aparato; las experiencias son muy distintas, porque este principio de autoridad mediata, a través del control de aparatos organizados de poder, se ha aplicado en diferentes contextos, se ha aplicado en contextos, por ejemplo, de aparatos o estructuras organizadas de poder tales como cuerpo de seguridad, sean militares o policiales, que tienen una regulación y una estructuración muy particular, muy normada, muy regulada por la ley, pero también se ha aplicado a fenómenos ilegales, como grupos armados de oposición, como bandas terroristas, por ejemplo el caso de la jurisprudencia y los casos españoles, alemanes, Italia, Francia, fenómenos de criminalidad organizada como la mafia en Italia donde el requisito elemento o el elemento de normatividad estructural de la reacción no existe, por que es un fenómeno delincencial ilícito y se vería mal, sería difícil imaginar, aunque pueda suceder obviamente, que existan códigos estructurados, sofisticados, de limitación y organizaciones y jerarquización de la maquinaria en si misma, organizativo de la maquinaria de poder; sin embargo, si uno mira diferentes experiencias que han existido, donde la justicia ha tenido que pronunciarse, más allá de las hipótesis de la doctrina, se puede decir que, por aparatos organizados de poder son las que se pueden entender como desde un punto de vista fáctico fenomenológico, como aquellas estructuras que están dotadas o están organizadas sobre unos mínimos principios de verticalidad, de estructuración, definición y división de trabajos y tareas, en las cuales existe *de iure o de facto* unas líneas de mando, unos canales

de transmisión y unos poderes de decisión y unos órganos, sea, como colectivos individuales de ejecución de estas tareas a diferentes peldaños, obviamente; más allá de la valoración, *si esa estructura es legítima o ilegítima*, es poco irrelevante para la aplicación del concepto de la Teoría del Autor Mediato por dominio del aparato de poder organizado; poco importa que sea ilegal o legal la naturaleza de esa organización criminal, que sea de facto o de iure, lo que importa es, tal vez como lo decía de una forma muy importante el fiscal Julio Strassera en los juicios contra la Junta militar en mil novecientos ochenta y cinco, donde se aplicó en uno de los casos se aplicó la Teoría de la Autoría Mediata por control del aparato organizado de poder, es que exista una constatación objetiva, que exista una estructura, una colectividad de individuos organizados en una forma estructural con líneas de jerarquía, líneas de control, líneas de mando, así fuesen estas fácticas y no jurídicas, así fuesen a veces de alguna forma un poco anómicas, no muy bien reguladas, va de una estructura típicamente un comando militar a una organización, por ejemplo, *criminal anómica como podría ser la mafia*, pero en ambas encontramos el mismo elemento común que es esa caracterización de una estructura jerarquizada con líneas, centro de decisión, etcétera; centro de decisión y se destaca en diferentes experiencias *que pueden ser unipersonales o pluripersonales, y que pueden ser a veces mixtos intercambiables*, y no quiere, se requiere que la estructura esté rígidamente definida; todo dependerá de la naturaleza de la organización con la cual se encuentra uno haciendo frente; esto ha sido uno de los elementos fundamentales en que se ha caracterizado, así que el concepto, es un concepto fundamentalmente material, funcional, real, no formal, *poco importa la legalidad o ilegalidad de este aparato*, lo importante es que exista, que haya una verticalidad en la ejecución, toma de decisiones, que haya un principio de subordinación y jerarquía entre quien está en la cúspide y quien está en la parte más abajo, lo que podríamos llamar el *hombre del frente, el que ejecuta, el hombre atrás, el que controla, dirige, da instrucciones o da orientaciones*, eso es un *elemento fundamental* que ha venido en las experiencias judiciales, se ha venido destacando como los elementos comunes; por ejemplo, valga la pena citar que la situación puede tornarse compleja según el tamaño del aparato organizado de poder, pueden haber varios peldaños de decisión, pueden haber situaciones en la que no hay interacción entre el ejecutor personal, interacción personal entre el ejecutor y quien puede ordenar o decidir o controlar el aparato, pero que existe, aunque no exista esa interacción personal, existe una interacción funcional y estructural, que se da en los hechos; ese es un elemento muy importante, tal vez uno de los primeros precedentes que muy pocas veces se cita sobre la aplicación de

esta teoría es el caso Herman Eichmann que fue juzgado y condenado por crimen de genocidio; usted sabe muy bien, Herman Eichmann tenía un papel importante en todo lo que era el direccionamiento de los vagones de civiles deportados, judíos en su mayoría, pero no solamente judíos, a los campos de exterminio; él no estaba, no era quien ponía a las personas en los vagones, no era quien prendía los hornos crematorios, no era tampoco quien había dado las órdenes, directrices máximas, pero hacía parte de esta cadena, y no tenía ninguna interrelación personal con aquellos ejecutores materiales de la captura de los deportados, de su puesta en los vagones, de su bajada de los vagones, ponerlos en las cámaras de gas, etcétera, y en los hornos crematorios; pero la Corte encontró que su papel en esto jugaba un papel en la cadena del iter criminal y aunque no tuviera interacción su papel era fundamental y decisivo como un aporte personal al funcionamiento de la máquina que producía el resultado, y por tanto le era imputable a título de autoría mediata el resultado de la muerte masiva de estas personas; esto es un aspecto fundamental; ahora, dicho esto, otro elemento que se ha encontrado, en la cual ha coincidido toda la jurisprudencia es, que si bien no se requiere, que a más no se requiere un grado de interacción personal entre el hombre de atrás, o sea, quien decide, quien dirige, quien comanda, quien lidera, quien controla, son diferentes expresiones que muestran diferentes ámbitos del ejercicio de su facultad, de sus poderes, y por tanto implica su responsabilidad, con quien ejecuta concretamente la orden, que no se requiere esto, y que incluso, se debe al carácter, es lo que llamaba Bacigalupo, lo que llamaba el Juez, el Fiscal Strassera en el juicio a la Junta, en razón del carácter fungible o la fungibilidad del sujeto autor material o el ejecutor o el hombre de adelante; podría bien ser equis o cualquier persona, poco importa, el hecho es que hay alguien que pertenece a esa estructura que puede ser intercambiable, que lo ha hecho y que ese, es un hecho, resultado de una concatenación de decisiones, de instrucciones o de controles o falta de controles que vienen generados desde la cúspide y lo que genera la responsabilidad del superior, digamos, no del superior digámoslo aquí por que no estamos en la Teoría del Superior, sino del autor mediato; es más, sobre la naturaleza de las órdenes, de las instrucciones dadas, no se requiere la jurisprudencia, no requiere, en los casos judiciales que se han utilizado total o parcialmente esta teoría, no requiere que sean órdenes estrictas, precisas, individualizadas, no se requiere órdenes escritas; por ejemplo, basta recordar que en el caso de la Junta Militar de Argentina, en el año anterior a la entrega del poder, por parte de la Junta militar en Argentina a los poderes legítimamente constituidos, y una vez pactadas una serie de transacciones que permitirían la impunidad, impunidad hoy en día que no existe por que esas

leyes de amnistía fueron anuladas por la Corte Suprema, la Junta militar ordenó la destrucción de todos los archivos; no se destruyeron todos, un número impresionante sí, pero no todos; no obstante, la Cámara Federal apoyó la tesis del Fiscal Strassera diciendo *que la existencia de órdenes no eran más que un indicio probatorio pero que no era, no se podía asimilar la existencia de órdenes a la existencia de un papel, que esas audiencias pueden inferir de múltiples situaciones, - si quieren más adelante podré desarrollar-; como por ejemplo, un instigamiento seguido a cometer crímenes, seguir conjuntamente con justificación de los crímenes, conjuntamente con acciones de facilitar los medios operacionales o humanos para la comisión del crimen, o una forma reiteradamente sistemática de prevenir o de castigar o hacer cesar los delitos, es una forma, es una prueba de una intención criminal de cometer el crimen y por tanto es una prueba de que hubo en algún momento una forma de determinación del dirigente o del hombre de atrás en la maquinaria; también es muy importante tener en cuenta que la jurisprudencia también ha hablado de esa responsabilidad no solamente por casos individuales, lo cual es lo más obvio, sino también lo que se llama directivas criminales; puede también comprometerse la responsabilidad cuando un aparato de poder empieza a cometer una serie de crímenes, aunque no se pueda decir que por cada crimen haya habido una instrucción específica, individualizada por parte de quien ejerce el control del aparato criminal o del aparato de poder organizado que está dedicado al crimen; por ejemplo, es así como el Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia en el caso Martić, ex Presidente de Serbia, consideró que la promoción de la idea de la necesidad de vaciar ciertos territorios de Serbia de una población minoritaria no Serbia, junto con la asistencia y la promoción, en cierta reunión, del Estado Mayor, de las tropas que resultaron después involucradas en estas limpiezas étnicas, es una forma también de autoría mediata, es una forma de responsabilidad de quien ejerce, quien da posición de influencia o es una posición de influencia en la estructura del aparato organizado de poder. Básicamente estos han sido los elementos que las experiencias han mostrado acerca de este tipo de aparatos organizados de poder, primero la existencia -para resumir- de una estructura con una vocación, evidentemente, relativa de permanencia, sino estaríamos ante otro fenómeno que se llama la empresa criminal común, también sancionado por el derecho penal internacional, estructurada de tal forma que objetivamente existe una relación de subordinación, de jerarquía, de línea de mando, de transmisión de órdenes y todas esas varían según en cada caso específico como se da; no existe hoy en día un modelo, sino miren incluso todas las jurisprudencias que se han dado en los casos de Ruanda como en Yugoslavia, e incluso de Sierra Leona, los*

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Tribunales siempre han llamado la atención de que es muy difícil sacar un solo modelo ideal de estructura de aparato organizado de poder sino los criterios con que debe medirse la existencia de tales y estos son lo que les he dicho, además de la existencia, obviamente, de un centro excepcional, un centro control o decisonal ¿por que control decisonal? decison de la capacidad de dar una decison sea decison individualizada o de directivas como he dicho, pero tambien de control, que controla el aparato, aunque no de las órdenes expresas y concretas de cada cosa, de cada crimen que se cometa, pero tiene la capacidad de controlarlo, de prevenirlo, de hacerlo cesar e incluso según el tipo de aparato organizado en que estamos y los poderes de que se han facultado estos centros de castigar a sus autores. Es obviamente, que además de esto, la transmisión se hace según, como he dicho, hay que mirar y estudiar situación por situación, pero que no requiere: primero, de órdenes escritas, *que no requiere de una relación de interacción interpersonal entre los dos extremos que podemos llamar el hombre del frente, el ejecutante, y el hombre de atrás, el autor mediato*, puede estar cada vez mediatizado incluso por varios autores mediatos y es un caso de estos, ha sido el caso de Eichmann pero podemos citar otros casos: los elementos de la posición, los poderes que de hecho, de facto ejerza quien está en la cúspide o en el centro de control decisonal es fundamental, lo que importa allí no son los poderes formales que pueda o no tener de iure o legales que pueda o no tener, por que además este razonamiento también se aplica a situaciones ilegales, y por tanto allí no podemos hablar de una estructura legal, lo que importa es la capacidad material efectiva que tenga el hombre de atrás, digámoslo por resumir el concepto de autor mediato, para controlar, para dominar en si mismo la acción y la expresión en casos concretos de crímenes de la organización de poder, estos han sido básicamente los elementos que se han destacado, obviamente la mera pertenencia o una relación de estas sin involucrarse ya sea en uno de los dos extremos de la cadena o en intermedio del inter crimines no basta por si solo. La Teoría de la Autoria Mediata es una teoría que como todas las otras teorías penales y del Derecho Penal Internacional que apuntan a romper el ciclo de la impunidad, haciendo responsable penalmente a quien tiene desde la cúspide del poder o las cúspides del control de decison de un aparato que comete o que está dedicado a cometer crímenes, se basa también en eso también la Teoría de la Responsabilidad Penal Subjetiva y, es obviamente que el hecho del control de la toma de decisiones, de la capacidad de impedir el resultado a través del control son expresiones de estos aspectos. Así que encontramos el autor inmediato y hemos encontrado tres tipos básicamente de responsabilidad de autor inmediato por actividades criminales de aparatos organizados de poder, en una primera hipótesis

que es la más clásica y la que más ha sucedido y es el caso de varias condenas por ejemplo contra miembros de junta militar en el juicio de Argentina, es cuando son quienes determinan la comisión del crimen son quienes ordenan por algún método o medio la comisión del crimen y controlan la máquina en cierta forma aunque no en todos sus elementos; el otro, es cuando teniendo y estando en el control del aparato, es que comete crímenes, quien ejerce las funciones del poder y de control o quienes ejercen, porque a veces están diseminadas en varios niveles y no toman las medidas para prevenir y controlar esa actividad y asumen por tanto que el resultado se da, es una figura que es muy parecida al grito omisión pero no es exactamente al grito omisión porque está vinculado a su posición en el aparato organizado al poder y la tercera tiene mucho que ver con esta, pero es cuando y esto lo ha dicho el Tribunal de Yugoslavia en varios casos, es cuando esta omisión de control para que los miembros del aparato organizado de poder no cometan crímenes es tan reiterativa, sistemática y repetitiva que permite inferir que hay una voluntad más allá de la mera conducta inducida y que esto se convierte en la contribución específica a la comisión del crimen y en estos casos los tribunales han considerado directamente responsables de estos crímenes, a quienes han omitido de forma sistemática reprimir una serie de conductas o un patrón o una política. Finalmente, solamente quisiera destacar un elemento que es, que tanto el Derecho Penal desde un punto de vista del Derecho Penal Comparado o las experiencias nacionales, como el Derecho Penal Internacional tanto aquel que tiene su origen en el derecho Consuetudinario, como en los instrumentos jurídicos existentes, la situación desde el punto de vista fáctico -y no estoy hablando desde el punto de vista jurídico-, la situación de responsabilidad penal de quien participa en una estructura de poder en un nivel superior, ya sea en sus fases de control o en su modalidad decisional o en ambas, porque a veces tienen ambas, han buscado darle respuestas para que estas personas no queden impunes, porque existe una obligación bajo el Derecho Internacional, de que toda persona que comete un crimen bajo el Derecho Internacional sea juzgada y castigada con pena apropiada a la gravedad de los hechos y crímenes internacionales son crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra pero todo también todas aquellas graves lesiones de derechos humanos constitutivas de crimen bajo el derecho internacional como son la tortura, la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada; obviamente, una de las respuestas que ha elaborado la doctrina y que ha retomado la jurisprudencia y que en varios casos se ha aplicado es la Teoría del Autor Inmediato, no obstante algunos sistemas nacionales han optado por otras figuras para encarar la misma situación fáctica y llegar a las mismas conclusiones jurídicas en cuanto a la

responsabilidad del autor y el castigo imponible han sido las figuras, por ejemplo en Francia la abstención criminal, que es un delito en si mismo, en otra ocasión el delito de omisión y en otros casos formas de coparticipación al relato de otro, etc; hoy en día, el Derecho Internacional recibe la figura del Autor Inmediato no solamente por jurisprudencia que se ha dado casos de la jurisprudencia básicamente del tribunal de Yugoslavia y algunas nuevas jurisprudencias del tribunal de Sierra Leona, en particular en los casos que ha tenido que ver con el tema de la responsabilidad penal individual de los grupos superiores armados de oposición que cometieron crímenes, los famosas RUFs, pero también y tal vez ha sido lo más clásica respuesta, es a través de la figura de la responsabilidad penal individual del superior jerárquico, ha sido la formula que se ha empleado fundamentalmente para enfrentar este fenómeno criminal, aunque difieren algunos elementos de la Teoría del Autor Mediato desde el punto de vista doctrinario con la Teoría del Principio de la responsabilidad jerárquico, encuentran muchos elementos en común y de ahí la importancia de la jurisprudencia internacional sobre este último principio, porque si la autoría inmediata nos exige y nos habla del dominio del aparato, el Principio de responsabilidad superior jerárquico nos habla del control efectivo subordinado, de la tropa, que va más allá del individuo, si nos habla de la falta de control como una modalidad, en la Teoría del Autor Inmediato que genera uno de los elementos que permita que la generación de la autoría inmediata, existe el mismo elemento similar en la Teoría del Superior Responsable en lo cual es la omisión del deber actuar para prevenir, hacer cesar y castigar; y el conocimiento que tiene mucho que ver con el dominio del aparato organizado al poder, pero yo dejaría ahí y solamente quisiera decir, que hay muchos elementos en comun, que cada vez más la jurisprudencia internacional está de hecho asimilando la Teoría del Autor Mediato al Principio de Responsabilidad del superior jerárquico que es un proceso de evolución, el Derecho Penal Internacional es en cierta forma, mucho más joven que el Derecho Penal Comparado, pero al mismo tiempo tiene la gran ventaja que se asienta sobre lo que es aceptado como práctica común y como principios comunes en las Naciones.=====

Acto seguido el señor Director de Debates precisa: Señor Andréu nos interesa saber que nos exponga de modo más concreto los fallos que usted considera más emblemáticos en materia del Derecho Internacional Penal o en materia de Derecho Penal Nacional en otros países de nuestra órbita de cultura y cuales serian esos puntos de encuentro entre la normatividad y práctica internacionales con las normas o con las sedes nacionales sobre todo en los ámbitos del sistema jurídico Romano Germánico que es el que estamos trabajando.- DIJO: Si señor Presidente,

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Salá Penal Especial de la Corte Suprema

creo que en materia de fallos específicamente sobre autoría mediata desde una perspectiva del Derecho Comparado, creo que son muy importantes varios fallos de la Audiencia Nacional de España que tienen que ver con Asociación y Banda Terrorista ETA, no tengo la referencia en estos momentos lamentablemente, pero un fallo que es definitivamente muy importante leer y mirar es el fallo del Tribunal del Distrito Superior de Jerusalén en la causa del Estado Israel contra Hernán Eichmann por genocidio aunque se desarrolla muchos temas pero hay acápite sobre todo esto, el problema de la responsabilidad de que quien ocupa un lugar privilegiado en un aparato organizado de poder, obviamente el fallo de la cámara federal en lo criminal y en lo correccional de Buenos Aires, Argentina el ochenta y tres en la causa número trece, el juicio contra la Junta Militar Argentina, pero otros fallos que son importantes sobre todo para entender el concepto de exigibilidad sobre de la conducta en materia de control y en materia de dominio del aparato, creo que la sentencia del Tribunal Militar Internacional para el extremo oriente conocido más bien como el Tribunal de Tokio en el caso de Hiraito, Ministro de Asuntos Exteriores que fue condenado bajo el principio de responsabilidad superior jerárquico, hay muchos elementos en común y siendo civil por acciones cometidas por tropas japonesas, lo que se llamó "las violaciones de Nanjing o el Incidente de Nanjing" y aquí hay muchas cosas importantes sobre el problema a la no necesidad de una interacción personal, entre el hombre de atrás y el del hombre del frente, desde el punto de vista de la autoría inmediata el Tribunal Penal de Yugoslavia no ha retomado en extenso está teoría, pero si muchos de sus elementos y los ha desarrollado básicamente en cuatro casos: *el caso contra Tadic*, el caso contra B Burundisa, *el caso contra Martić* ex Presidente de Serbia y también en el *caso Slobodan Milosevic*, el ex Presidente de Yugoslavia que como todos sabemos murió durante el proceso; no obstante hay una muy importante jurisprudencia del Tribunal de Yugoslavia del dieciséis del junio del dos mil cuatro, donde en respuesta a un recurso interlocutorio del ex Presidente de Serbia en donde pide ser absuelto de los cargos y el Tribunal lo desecha, pero explica los motivos por los que lo desecha y explica los motivos porque la Sala considera ese estado del proceso; él como Jefe de Estado tenía el control de un aparato organizado de poder que cometía crímenes y los criterios son muy claros, el hecho de tener dentro del aparato del Estado, dentro de ese aparato de Fuerzas Militares Serbias que cometieron estos crímenes tener una posición privilegiada de control efectivo sobre las tropas y esa es una constancia que repiten todas las jurisprudencias, una capacidad de dar órdenes y hacer ejecutar órdenes y en muchos casos ese poder es de iure y en otros casos es de facto pero ese poder es material y existe, que también

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

se trasluce en la capacidad también de ascender, remover, nombrar y condecorar personal que opera bajo sus órdenes, que eso también es una modalidad que explica que le da digamos una forma coloquial "carne" al principio del control efectivo, en la medida que bien podría por tanto en su calidad de controlador u órgano máximo del aparato: sancionar, impedir y prevenir a través del no ascenso, la remoción y que cuando sea justamente una política o unos hechos de ascenso y de promoción, es una forma de aliento que aisladamente podría ser tenida como instigación pero dado el contexto y los otros elementos supera la fórmula de responsabilidad penal de investigación para subsumirse en la fórmula de la autoría del crimen, existen estos básicamente algunos fallos - se me olvidan los nombres - en el Tribunal de Sierra Leona y son los fallos que tienen que ver con los casos del RUF - Frente Revolucionario Unido- este grupo de oposición criminal que fue muy destacado en sus crímenes o prácticas, por cortarles las manos a los niños y hay varios fallos sobre esto. Ahora sobre su pregunta, sobre la interconexión entre este principio de autoría mediata y el de responsabilidad penal del superior hay elementos que son muy importantes, es obvio que es una institución fáctica similar tanto el autor mediato, como el superior jerárquico, se encuentran inmersos en una situación similar o sea hacen parte en la cúspide de un aparato organizado de poder y es obvio, es inherente, que quien es Comandante de las Fuerzas militares por ejemplo o Comandante está en frente de un aparato organizado de poder, tal vez el más clásico y más sofisticado, más regulado y más normado, pero como decía desde el principio de mi intervención, el concepto, la concepción de aparato organizado de poder no se limita a ese tipo de situaciones, hubieron una serie de situaciones muy diferentes que reúnen ciertos requisitos y su responsabilidad que es muy similar, no muy lejana, en realidad al de autor inmediato básicamente se sustenta en tres elementos, que son elementos que existen en la autoría mediata: uno, es que el tenga un control efectivo sobre el aparato, un control efectivo material sobre sus subordinados o sobre quienes integran el aparato o quienes cometen crímenes y que es un concepto material que sea iure o de facto poco importa, que sea legal o ilegal que lo ejerza pero que tenga la capacidad material y que eso se exprese en diferentes modalidades o entre otras la capacidad de dar órdenes y hacer cumplir órdenes, la capacidad de prevenir, la capacidad de ascender, de nombrar, de remover las personas; y fijese también en las jurisprudencias en donde este tema del Principio de Responsabilidad Superior se ha aplicado también el ejecutor es fungible, poco importa quien es, incluso el Tribunal de Yugoslavia, en dos casos ha considerado que poco importa que no exista una relación interpersonal entre el superior y el inferior, pero incluso que es bueno

YANET GARCÍA S. GARAY
OFFICER IN CHARGE
SOL. PUNTO EXPEDICIÓN E. CUSTA SUPREMA

conocer la identidad el superior del ejecutante que puede ser desconocido siempre y cuando obviamente haga parte de la estructura y que el superior sepa que hace parte de una categoría de personas que están bajo su mando; lo que muestra que lo importante aquí es importante, es el control en ambas teorías sobre el aparato organizado de poder; frente a otro aspecto fundamental, que es que el superior debía saber o conocer que ese crimen se está cometiendo y que es uno de los requisitos propios de la Teoría de la Responsabilidad Penal del Superior Jerárquico, ese conocimiento el que se sabía es obvio, pero el que se debía saber, es lo que se llama el conocimiento inferido y se infiere de una multiplicidad elementos, que la jurisprudencia ha sido muy importante en señalar, como el hecho de que esa información fuera pública y notoria, en varios casos por ejemplo el Tribunal de Yugoslavia como el Tribunal de Ruanda, como el Tribunal de Sierra Leone han considerado que el hecho de que la confirmación de que esos crímenes están en cursos, que se están cometiendo y se habían cometido, fueron del dominio público amplio o que hubieron sido objeto de informes de organizaciones internacionales, incluso no gubernamentales pero con mayor vera inter gubernamentales o que hubiera habido requerimientos de funcionarios o representantes de estados extranjeros, al hombre de atrás, al determinador digamos, al jefe superior o al jefe de la cúpula y quiere decir que tenía por tanto conocimiento de esto, así que no se podía decir que si no hubiera sido notificado directamente por sus inferiores o por una autoridad competente, no podía conocer del delito y esto ha sido válido en varios casos para el Tribunal y esto tiene que ver mucho con todo lo que tiene que ver con la Teoría de la Responsabilidad del Autor Inmediato, sobre el dominio y la organización, es obvio que el autor tiene que tener un dominio y conocer el funcionamiento y quienes hacen y quienes no hacen, aunque no entren en todos los detalles, porque puede ser una división funcional, estructural y no requiere ser individualizada y finalmente hay un elemento muy común y muy importante es la omisión y lo que se castiga en la Teoría del Superior Jerárquico, es omisión de haber tomado las medidas para prevenir y hacer cesar el crimen o para castigar sus autores y la gama de medidas es muy amplia y depende de cada situación concreta y hay que mirar caso por caso, pero tiene mucho que ver también con la capacidad de no ejercer el control que tiene el autor inmediato, en la Teoría del Autor Inmediato por aparato organizado de poder, cuando no ejerce el control y por tanto asume el riesgo de que ese crimen sea cometido por los elementos que integran este aparato.=====

Acto seguido el señor Director de Debates le cede el uso de la palabra a la abogada de la Parte Civil, doctora Gloria Cano, para que proceda a examinar al

Jurista Federico Andréu, quien lo hizo en los siguientes términos: Doctor Andréu, ¿Es posible sostener este tipo de responsabilidad del superior civil o del hombre de atrás en una democracia formal? **DIJO:** Si, totalmente en principio en sana lógica y por sentido común este tipo de crímenes no deberían ser cometidos en una democracia real o en un Estado Social de Derecho, no obstante la realidad es que han ocurrido y ocurren, la jurisprudencia que se ha dado, si inicialmente la Teoría del Autor Inmediato se introdujo sobre todo en Roxin y algunos autores alemanes, un requisito de que el aparato organizado de poder tenía que ser ilegítimo para consolidarse y eso ha sido totalmente reevaluado, superado, porque esta teoría no hace juicio de valor sobre la legalidad o ilegalidad, de la legitimidad o ilegitimidad de ese aparato de poder, lo que importa es que si ese aparato de poder comete crímenes, o sea, comete hechos típicos antijurídicos y culpables a la luz del derecho nacional o el derecho internacional; hay que recordar, por ejemplo que las fuerzas Serbias que han cometido múltiples acciones y crímenes eran "legales" bajo la "legalidad de Yugoslavia", parte de las tropas autoras del genocidio de Ruanda y no hablo del *interahamwes* que era grupos paramilitares de dudosa legalidad, pero las demás tropas dentro del aparato oficial del estado que era supuestamente una democracia con elecciones etcétera y el Presidente elegido también cometieron crímenes y ese elemento no entra en juego, de vez en cuando se ha revivido más por un reproche de tipo ideológico o de mayor reproche a la conducta del acusado o el condenado; pero en la aplicación de la teoría, esas consideraciones, sobre el carácter legal o ilegal, legítimo o ilegítimo del aparato no entran lo que importa es una constatación fáctica y objetiva lo que llamaba el Procurador Strassera y teoría retomada por convalidar plenamente por la Cámara Federal en lo criminal, lo que importa es la existencia objetiva en una estructura, capaz y efectiva de cometer este tipo de delitos.- Con lo que concluyó.=====

Acto seguido el abogado de la Parte Civil Carlos Rivera Paz, procede a formular las siguientes preguntas al jurista Federico Andréu, como sigue: Doctor Andréu, quisiera una mayor explicación sobre tres puntos; le planteo el primero, es el tema del control de parte de quien dirige, eso a la luz de su conocimiento o la luz de la jurisprudencia internacional como se debe expresar, usted ha señalado algo en relación a la naturaleza de los aparatos organizados de poder sean de iure o de facto; quisiera una mayor explicación, respecto a este tema que ha mencionado del control de parte de quien dirige, de parte del autor mediato o de parte de la persona que recibe esa calificación; **DIJO:** Le contesto, si sobre el control de quien dirige o quien controla porque no siempre las responsabilidades no son por dirección sino por control, todos estos matices depende y lo dan la realidad, no se requiere que

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal/ Ejecución de la Corte Suprema

haya una relación regulada en la ley o en alguna norma o en algún pacto, puede ser de facto, lo que importa es que quien tiene el control del aparato organizado de poder o mirando de la perspectiva del Principio del Superior Jerárquico tiene el control sobre la relación subordinado- superior jerárquico, tiene una capacidad real efectiva de determinar o no la conducta del inferior del otro y su comportamiento o no comportamiento, su acción o su omisión, y tiene una capacidad de hacerlo por ejemplo a través de una capacidad que tenga de ordenar hacer tales misiones, tales actividades, tales crímenes, sea una forma específica, matar tal fulano o de manera genérica eliminar o neutralizar tal sector de la población, no se requiere en esa relación específica lo que podría llamarse en el lenguaje militar una orden de tarea, diciendo tal unidad tiene que hacer esto, tal día, tal hora, contra esta persona, eso no se requiere, y ahí por ejemplo en el caso Martić, el Tribunal de Yugoslavia dice: la promoción por quien fuese Presidente de la Unidad Serbia de la necesidad de desplazar a la población no Serbia de los territorios que ellos consideraban que eran Serbios, aunque no se dijera el número, ni las personas, ni los pueblos pero se identificaba como misión su presentación en estados mayores de las tropas, su relación después de promover y alentar la idea de justificar públicamente la idea, son manifestaciones de esa responsabilidad y esa se volvió responsable por tanto por esos crímenes de limpieza étnica del genocidio que hubo; es decir, no se requiere una inmediatez fáctica pero si hay una relación jurídica entre dar una directiva para cometer un acto criminal y el acto criminal en sí mismo tomado en forma aislada.- Doctor, sobre eso último que usted menciona; ¿esa no exigencia de una inmediatez en la decisión del autor mediato y el hecho criminal cometido, no le resta un nivel de responsabilidad a pesar de que no sea tan específica la orden directiva de parte de quien la emite? DIJO: No le ha restado la jurisprudencia a nivel de responsabilidad, le puede restar en un momento dado a nivel de reproche que se expresará en la sentencia, en la dosificación punitiva, pero ha sido aceptado que el hecho de promover dentro de un aparato organizado de poder que es diferente a la instigación, no se está dentro de un aparato, es decir, que una persona que está al mando o en posiciones de control o de decisiones dentro de un aparato de poder oriente, instigue, de líneas, lineamientos, directrices al aparato de poder para cometer tal tipo de crímenes más allá de ir a matar a fulano, mengano o zutano es suficiente base, es un elemento suficiente para construir la responsabilidad de Autoría Mediata o la Responsabilidad Superior, ambas cuando obviamente que convergen los demás elementos obviamente.- Doctor, una cosa mucho más puntual sobre eso que usted también ha mencionado, sobre dos términos que usted utiliza, el término orden y directiva, ¿Cuál es, que cosa implica

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Esta Puntal Especial de la Corte Suprema

cada una de ellas a nivel de una persona que se encuentra en un vértice superior para la comisión de este tipo de eventos criminales? DIJO: Esta distinción se ha hecho por la práctica empírica, por como se ha visto como funciona los órganos de poder; por orden se ha entendido siempre una instrucción, una orden muy precisa en cierta forma, donde se delimitan ejecutantes, modalidades, destinatarios de la acción o víctimas etcétera, generalmente tiene tendencia donde hay un sujeto que va a ser victimizado mucho y tiene que ser bastante identificado, el elemento directriz ha sido incorporado y desarrollado porque son lineamientos más generales donde obviamente salen; obviamente se da una orden de cometer un crimen pero el grado de especificidad de la instrucción no es tan detallado, es como le decía el caso Martić donde instruye o da las direcciones al Estado Mayor de limpiar étnicamente una zona, desplazar la población y eliminar la población no deseada que se quede en la zona y esto también implica responsabilidad porque todo hay que mirarlo en la escala del crimen, es imposible pensar que por más órdenes y que tal vez el Tercer Reich fue el aparato organizado de poder que más normó y reguló su actividad hasta la desaparición forzada está regulada en un decreto '*Noche y Niebla*' donde se ordenaba desaparecer, nunca ningún sistema ha llegado a ese grado de perversidad porque no siempre hay sofisticación a pesar que la Junta Argentina trató de copiarlo, es obvio que en una directiva del uso de las cámara de gas o los hornos incineradores ninguna orden iba con el nombre de todas las víctimas o "a todas las siguientes víctimas", muchas veces creo que y es obvio que los autores inmediatos o los superiores que dieron las órdenes y que cautelaron estos crímenes jamás supieron ni siquiera la identidad de esas víctimas, consideraron que eran una categoría de personas que ellos habían tomado la decisión de eliminar y en ese sentido al haber dado esa orden en forma genérica o en haber omitido el deber de control para que eso no se diera en forma genérica evidentemente comprometieron su responsabilidad y la jurisprudencia en eso es clarísima desde Nuremberg, el Tribunal del Extremo Oriente de Tokio, los Tribunales de Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona y lo que ahora es el Grupo de Juristas Especiales para los Crímenes de Timor Oriental.- Profesor, eso que usted está mencionando en estos momentos ¿está relacionado a algo que hizo referencia en el inicio de su presentación referente a la existencia de peldaños al interior de la organización y que los peldaños inferiores serían los que pasarían a determinar lo que puede considerarse como los objetivos o blancos a atacar? DIJO: Es muy difícil evaluar en abstracto como decía, la Teoría del Aparato Organizado de Poder es una matriz donde hay unos mínimos requisitos que son lo que convergen, hay aparatos organizados de poder muchos más crudos, brutales y pocos sofisticados donde hay casi hay una relación directa

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Especial de la Corte Suprema

entre quien decide y quien ejecuta, hay otro donde la suerte de organización es mucho más sofisticada y cuanto más amplio es el aparato y más grande la dimensión de los crímenes generalmente debe ser más sofisticada, puede evidentemente darse y está aceptado por la jurisprudencia de que niveles intermedios en lo que podemos llamar, la cadena criminal o la cadena de participación criminal, haya posibilidades de determinar o especificar el ámbito material concreto del crimen, no hemos recibido las instrucciones de acabar con los pueblos de esta zona de Bosnia y Herzegovina, de limpiarlo de todos los bosnios, los musulmanes, los albanos kosovares, el peldaño intermedio "puede decir bueno, esto significa que tenemos que acabar con la población no serbia de origen de tal o tales pueblos o aldeas", puede que ese pueblo y aldea jamás estuvo en la directiva, pero si aparte, implícitamente ya que era parte de la directiva general y esa responsabilidad por el hecho del inferior o el hecho del ejecutante según la teoría que uno escoja se infiere obviamente a quien domina porque tiene la posibilidad de controlar el aparato organizado de poder y no lo hace, entonces asume penalmente la responsabilidad de esto, es el dominio del aparato realmente lo que se castiga porque aparentemente se produce crímenes en la autoridad inmediata a similitud y haciendo un paralelo, se castiga el control efectivo en la Teoría del Superior Jerárquico que como usted puede ver tiene mucha simetría y por eso la tendencia hoy en día a que los elementos de la autoridad inmediata son incorporados a la Teoría del Superior Jerárquico.- Doctor Andréu, el segundo tema de las órdenes escritas que usted ha referido casi textualmente de que en realidad no se requiere órdenes escritas, del análisis que usted ha hecho, de los casos que ha hecho referencia ¿Por qué no se requieren órdenes escritas en crímenes de esta naturaleza? DIJO: Si, no se requiere de órdenes escritas pero no solamente en ese tipo de crímenes sino también en otros tipos por ejemplo la desaparición forzada en sí misma, hay muy pocos casos en donde existen órdenes escritas, tuve un caso hace muchos años, sobre un General que firmó una orden, que no utilizó la alocución 'desparecer', pero describía el procedimiento de desaparición, pero son casos muy escasos, no se requiere porque realmente en la práctica la orden escrita no es un elemento constitutivo ni de la infracción ni de la responsabilidad, la orden escrita es una prueba material de ello, que por cierto a veces no basta por si sola, pero hay otra forma de probar y realmente la práctica ha sido que muy raras veces salvo como le decía en el caso del Tercer Reich, el caso de la dictadura argentina porque ni siquiera la chilena ni la uruguaya la tuvieron, existen una especie de 'Archivo del Deshonor' donde se acumulan todas las órdenes y muchas de estas son verbales, muchas veces cuando estamos además enfrentados a organismos u

organizaciones de aparato de poder organizado, estamos muchas veces también enfrentados cuando son o hacen parte de una estructura legal del Estado, estamos enfrentado también a situaciones de existencia de lo que podemos llamar la 'Quinta Columna' dentro del Estado, cuerpos de operaciones encubiertas que actúa ilegalmente incluso contra la misma legalidad formal dentro del Estado, por ejemplo en Colombia ha sido clásico la fórmula de los agentes de inteligencia y contra inteligencia, son grupos en los cuales ellos pueden asumir y trabajar con otras identidades y ahí no hay órdenes escrita, nunca habrá orden escrita incluso cada cinco años los miembros de ese escuadrón de exterminio son eliminados por esa misma cúpula de estos aparatos para no dejar pruebas y menos mal gracias a algunos que se han entregado a la justicia se ha podido develar la naturaleza del funcionamiento, entonces cada funcionamiento es muy peculiar pero además porque hay muchas otras formas probatorias de mostrar la existencia de orden, hay muchas otras fórmulas incluso fórmulas que podrían parecer tan lejanas como las que ha considerado el Tribunal de Yugoslavia en el caso *Asijasanovicks* donde considera que el hecho que un superior, un comandante de una organización de un grupo de tareas especiales que se había constituido en un aparato criminal estuviera siempre coincidentemente, previamente en todos los lugares donde se iban a cometer los crímenes o que estuviera en permanente relación con los grupos de tarea que se había podido comprobar que habían hecho ese trabajo de inteligencia para identificar a las víctimas, que estuvieran presentes en las reuniones donde se planificaron esos crímenes, que después hizo todo una actividad para encubrir las pruebas de la responsabilidad de las personas, para ocultar las evidencias como los cuerpos de las víctimas y que en forma reiterativa y sistemática no hizo uso de sus poderes para investigar los hechos que teniéndolos además en este caso legalmente ni para hacer cesar el crimen, ni para prevenir, ni investigar, ni para trasladar a la autoridad competente a los autores de ese crimen sino más bien se prefirieron declaraciones justificando y alentando este crimen y haciéndole homenajes de honor a quienes habían cometido materialmente el crimen, eran elementos que probaban que no se estaba sólo frente a comportamientos omisivos o lapsus por parte de estas personas sino que esos comportamientos eran parte justamente de un accionar de un aparato criminal, era una forma de participación del crimen, participación en el sentido fáctico y no jurídico y que por lo tanto era responsable penalmente, así que dependerá de cada circunstancia la forma probable pero la ausencia de orden escrita para nada ha sido retenido como un elemento que de no existir la orden escrita no pueda existir responsabilidad.- Profesor, un tercer punto es cuando usted refiere los tres tipos de

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

autoría, usted mencionó que cuando hay una omisión sistemática y persistente a no controlar este tipo de eventos criminales podría ser también eso considerado como una autoría mediata ¿Por qué debe ser considerado de esa manera una autoría mediata cuando se presenta esa circunstancia de omisión sistemática y persistente? DIJO: Esto se ha aplicado en algunos casos, en que se considera que primero, sobre todo en las estructuras militares o policiales o paramilitares estructurado sobre el concepto militar, donde el peso y el papel del superior es fundamental y tiene un deber de prevenir que sus subordinados no cometan violaciones y es responsable por ello, este es un principio del Derecho Internacional desde mil novecientos siete con el Convenio número Tres de la Haya que ha sido reiterado por la jurisprudencia y que ha sido retomado por la autoridad inmediata, se considera que cuando el superior o el autor mediato en la Teoría de la Autoría Mediata por el aparato organizado de poder, está en cierta forma de garante o de controlador que puede controlar y garantizar de cierta forma el actuar o no actuar, el prevenir la actuación de quienes integran la estructura o las personas bajo su mando o bajo su control efectivo y que cuando deja de hacerlo en forma reiterada y sistemática a pesar de tener conocimiento, saber y estar enterado por diferentes medios de ahí se considera que es imposible como dice la jurisprudencia, que no se pueda inferir una responsabilidad penal y que es una materialización o una expresión de carácter volitivo y cognitivo del delito ósea de la intencionalidad y que se manifiesta a través de esas expresiones, de no hacer la que podría hacerse de otra forma pero no de forma sistemática, tan repetitiva que supera la mera omisión.- ¿Profesor, esa circunstancia es más intensa cuando los aparatos organizados del poder son de iure, parte de la estructura del Estado? DIJO: Claro, cuando estamos en la organización de jure del Estado es mucho más evidente el deber de actuar, digamos en general lo que hay frente al aparato es la posibilidad y la capacidad de control en general, cuando estos son de jure o legales o desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional cuando corresponden a estructuras típicamente militares, paramilitares, policiales o parapoliciales donde hay una norma consuetudinario que quien manda asume el control y la responsabilidad de los actos de los subordinados es mucho más evidente, más aún en materia de quien dirige un aparato de naturaleza militar o policial o paramilitar, sea legal o ilegal, poco importa o sea civil o no la persona pero quien funge con las responsabilidades superiores ya que hay una presunción, no absoluta pero una presunción de control efectivo o de control del aparato y hay bastante jurisprudencia de los tribunales de Yugoslavia sobre este tema.- Con lo concluyó.=====

Seguidamente el abogado de la parte civil, Ronald Gamarra procede a formular

sus preguntas al jurista Federico Andréu, en los siguientes términos: Doctor Andréu, de acuerdo a su experiencia profesional ¿Usted diría o no, que las órdenes no escritas serían la regla en este tipo de acciones de aparatos de poder organizados y las órdenes escritas la excepción? DIJO: Si, totalmente de acuerdo, la regla general entre más existan niveles de compartimentación dentro, porque hay que tener en cuenta que muchas veces esos aparatos de organización tienen niveles de compartimentación propio a las formas clandestina de operación, las órdenes escritas no existen, más aún yo he tenido experiencias de investigaciones en casos donde la existencia misma de los individuos que componen tales grupos han sido negadas y trastocadas en un caso de un grupo de exterminio de la brigada número veinte en Colombia, se pudo detectar de que tal grupo existía y que tal grupo había cometido los crímenes, encontramos los cadáveres, testigos ó sea personas arrepentidas que habían decidido colaborar con la justicia y cuando se pudo establecer la existencia de la misma estructura los nombres no correspondían, habían sido cambiados, después encontraron las verdaderas razones y las explicaciones reales de los cambios de los nombres así que es muy raro encontrar las órdenes escritas, tal vez en el pasado cuando el Derecho Penal estaba tan poco desarrollado, en el Derecho Comparado y más aún en el Derecho Penal Internacional se podían confiar mucho más en la impunidad en cierta forma y existían las órdenes escritas que pueden ir desde este fenómeno como el Decreto "Noche y Niebla" de Hitler o como la "Ley Sudafricana del sesenta y uno" que autorizó la desaparición forzada por ejemplo hasta órdenes de comandos militares que son muy clásicas en muchos países donde se ordena capturar y neutralizar al enemigo en tal región y muchas veces se sabe que esto significa solamente detener y ejecutar a una persona y la práctica y las investigaciones nos han dado fe de esto, pero eso es cada vez menos, se han dado en menos casos, pero en reglas generales órdenes no escritas, órdenes no verbales, órdenes tácitas también y también aquí muchas veces opera el fenómeno de la aquiescencia, no se da la orden pero se sugiere que se solicite la orden y cuando el superior tolera da la aquiescencia sin que se logre materializar en un elemento documental la existencia ni de lo uno ni de lo otro, pero existen en la práctica este tipo de fenómenos pero dependen de la realidad y del contexto en que se muevan.- Profesor, en su experiencia internacional entonces las órdenes se presentan de diversos modalidades, la orden del hombre de atrás digo DIJO: Se presentan en diferentes modalidades.- Profesor, ¿Conoce el caso de Mirna Mack? DIJO: Si, pero no desde la perspectiva de la investigación penal sino de la perspectiva de la comisión.- ¿Sabe usted si en ese caso la orden fue simplemente por una seña, no fue ni verbal ni escrita? DIJO: Tengo entendido que

nunca hubo una orden verbal, que fue a través de un lenguaje de códigos que utilizaban entre ellos.- Profesor, siempre en cuanto a la orden, usted ha dicho que la orden no necesariamente debe ser específica, dígame, ¿La orden debe ser siempre explícita o eventualmente puede ser implícita de acuerdo a su experiencia o no? DIJO: Puede ser implícita y por eso que también se habla del concepto de directrices que también significa cierto nivel de carácter implícito que se está pidiendo, puede ser implícita o dada en forma negativa, de remover tal obstáculo aunque no se diga hay que eliminar físicamente a esta persona, hay que remover a tal persona o a tal obstáculo, pero en la práctica y en el contexto específico, en el lenguaje codificado se tiene otro alcance, existen este tipo de órdenes implícitas.- Profesor, siempre en su experiencia internacional ¿Para establecer la existencia de estas órdenes dadas por el hombre de atrás, la jurisprudencia ha recurrido al uso de inferencias? DIJO: Si, básicamente el nivel de responsabilidad o la responsabilidad del autor inmediato fundamentalmente como el de responsable superior jerárquico se debe a la inferencia y fundamentalmente al trabajo que se hace con el conocimiento inferido por eso se llama conocimiento constructivo o sea no es que se diga: "Sabemos que supo, pero sabemos que debía saber que por estos elementos a los que tuvo acceso a su información", cuando se dice el elemento, el autor mediato, determinante tenía que saber que ese crimen se estaba cometiendo y no hizo nada, tenía que saber porque era de público conocimiento porque había sido requerido para hacer algo incluso por representantes de un Estado extranjero, etcétera, de ahí se infiere el conocimiento y su voluntad de no hacerlo ó sea más bien de hacer cometer el crimen, las órdenes se pueden inferir también según las modalidades de cada hecho puntual, quien actúa, quien es el ejecutor, con que medios, con que apoyo, con que respuestas retiene, con que directrices generales de cometer una serie de crímenes, acompañada de una práctica sistemática de no control del aparato, con una práctica sistemática de instigar a cometer esos crímenes o de alabar estos crímenes se infiere la responsabilidad, el tema de la inferencia es fundamental en estos tipos de situaciones porque los crímenes que podríamos llamar más graves como los de lesa humanidad, crímenes de guerra, graves violaciones de Derechos Humanos generalmente es donde menos prueba se deja, no es como en los crímenes bancarios y son los más difíciles en cierta forma de probar, quedándose con documentaciones escritas, hay que entrar mucho con la prueba indiciaria, la inferencia que se sale de la prueba iniciaria y el cúmulo de pruebas y la posición en que está el presunto autor mediato es fundamental para determinar si es que tenía o no posibilidad de dominar el curso del aparato organizado de poder o tener el control efectivo sobre las personas.- Con lo que

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

concluyó.=====

Acto seguido, la Sala le cede el uso de la palabra al señor Fiscal Supremo para que proceda a examinar al Jurista Federico Andréu, como sigue: Profesor Andréu, usted ha hecho mención respecto de tres elementos, uno, los que determinan la comisión del crimen, esto es los que controlan y ordenan a los autores inmediatos, en segundo lugar, aquel que teniendo el control del aparato no toma las medidas para entregar y sancionar a los autores directos del hecho y un tercero, la omisión del control para que los miembros del aparato cometan sistemáticamente estos crímenes. ¿Estos tres elementos tienen que darse copulativamente, coincidentemente o actúan como tres tipos de responsabilidad, una independiente de la otra? DIJO: Son tres modalidades distintas, lo que pasa es que muchas veces los casos son complejos y fácticamente se pueden acumular los diferentes comportamientos, no es usual en estos tipos de aparato de poder ver que quien ha dado la orden de que se cometa tal crimen, también haga el elogio de quienes han cometido los crímenes, no haga nada para investigar, etcétera, pero son tres elementos, son tres modalidades que reconoce la jurisprudencia de como cometer, como comprometer la responsabilidad como autor inmediato o como superior jerárquico en estos casos, depende de las modalidades.- Profesor, he oído mencionar en muchas oportunidades como aquel que ejerce el control hablando de autor inmediato, aquí nosotros en nuestra normatividad penal, tenemos la figura de la autoría mediata por el ejercicio del poder que ejerce aquel que esta en la cúspide, entonces ¿Es lo mismo autor inmediato en este caso o la autoría mediata que nosotros tenemos aquí en nuestra Legislación Peruana? DIJO: Gracias por la aclaración, ha sido un lapsus, yo he estado siempre hablando del autor mediato o sea aquel que como diría Strassera sobre determina la actuación de la casualidad de un hecho típico a través de otro, es el que actúa a través de otro y se ha aceptado que cuando se controla un aparato o se está en una posición de cúspide posicional o de control de un aparato organizado de poder, no solamente se compromete la responsabilidad a título de autoría mediata por ordenar el crimen sino por no tomar las medidas para que ese crimen no sea cometido, cuando se tiene el dominio del aparato que por lo tanto se puede atribuir o trasladar esa responsabilidad como título de autoría mediata. Con lo que concluyó. =====

En este estado el Tribunal a través del Director de Debates, dispone suspender la sesión por breve término.=====

Reiniciada la sesión, el señor Director de Debates, le cede el uso de la palabra a la defensa del acusado Fujimori, para que proceda a interrogar al jurista Federico Andréu, el mismo que lo hace en los siguientes términos: Profesor,

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Superior

una primera línea en la cual me gustaría aprovechar su experiencia es con relación a las bases normativas con las que la jurisprudencia internacional que usted muy bien nos ha explicado ha ido desarrollando estas teorías que han sido utilizadas por distintos tribunales internacionales, en esa línea, una primera pregunta es la siguiente; en la experiencia que usted ha tenido en lo que es justicia internacional penal, ¿Usted ha podido verificar si los límites de la función punitiva del Estado, las garantías del llamado Derecho Penal Liberal han sido suficientes o han tenido que sufrir ciertas flexibilizaciones como el campo del Derecho Penal Económico? DIJO: Sobre las bases normativas, como le decía, básicamente la figura de la Teoría de la Autoría Mediata proviene primero de legislaciones nacionales, de jurisprudencias nacionales y escuelas del Derecho, Alemania, España, Argentina, en el Perú tengo entendido que el Código Penal lo permite, lo tiene, lo incorpora, Paraguay incorpora la autoría mediata incluso con la palabra autor mediato de autoría mediata, en el campo del Derecho Internacional expresamente se habla del autor mediato en el Estatuto de Roma, expresamente se habla del autor mediato en el Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano que es el último tribunal especial que ha creado Naciones Unidas, también incorpora el Estatuto del Grupo del Panel.- Profesor, por ejemplo, si me permite ir precisando para poder utilizar mejor, el Tribunal Internacional de Ruanda ha aplicado por ejemplo esta teoría; DIJO: Ya voy hacer lo de Ruanda, estoy diciendo que lo considera expresamente y el de Timor Oriental, el grupo de expertos encargado del Climaser que es un tribunal en realidad y la ley de Camboya sobre los crímenes de lesa humanidad, que es un acuerdo mixto de un Tribunal Mixto entre Naciones Unidas y Camboya, el Tribunal de Ruanda y Yugoslavia, explícitamente no regula la figura, no obstante los artículos seis y siete de ambos tribunales, el de Yugoslavia y Ruanda hacen referencias a otras formas de participación así que por ahí los tribunales han entendido que esto debe interpretarse a la luz del derecho comparado y los principios emergentes del Derecho Internacional, del Derecho Penal y lo ha incorporado, esos han sido fundamentalmente los fundamentos normativos; en segundo lugar, que es un fundamento normativo digamos formal que acabo de decir es sobre el deber que tiene toda persona que está a cargo de una organización, un aparato organizado de poder y más si es un aparato organizado de poder de tipo militar, policial o del Estado tiene una función de garante como superior sobre los actos de sus subordinados, ese es un principio viejo que se llama el Principio del Superior Responsable o del Mando Responsable y que ha sido aplicado hace más de cincuenta años por todos los tribunales desde Nuremberg hasta los últimos que hemos visto, se ha aplicado también el Derecho Internacional y también ha sido

YANET CARAZAS GARAY
Secretaría
Especial de la Corte Suprema

uno de los fundamentos sobre ese tipo de responsabilidad; también las Escuelas Jurídicas de Derecho Penal y la jurisprudencia han considerado que en el caso de la autoría mediata el fundamento se encuentra en el dominio que tiene el autor sobre el aparato organizado de los actos que se cometan.- Profesor, disculpe que lo interrumpa pero no le estoy preguntando por el fundamento dogmático jurídico, si no exclusivamente por el fundamento normativo y le suplicaría como usted ha referido jurisprudencias de varias experiencias internacionales, ir una por una, usted me dice que en el caso de Ruanda y de la ex Yugoslavia en su Carta de Constitución no hay una norma específica que tipifique esa forma de autoría, si no que hay una fórmula general y otras formas de participación y ese es el fundamento normativo concreto; DIJO: Ese es el fundamento normativo en esos dos casos.- Profesor, en el caso del Tribunal de Nuremberg ya que usted ha señalado como ejemplo, nos hemos remontado al Régimen Nacional Socialista en su primer origen nazi o en su primera versión nazi, ¿Cuál fue el fundamento normativo? DIJO: Bueno, recuerdo que esa parte del Principio de Autoría Mediata o el principio que en esa época era más semejante al Principio de Superior Jerárquico fue aplicado primero por el Tribunal de Tokio en tres casos y también por el Tribunal de Nuremberg, pero ninguno de los dos tribunales tenía una norma especial sobre responsabilidad del superior ellos lo aplicaron invocando un principio de Derecho Consuetudinario cristalizado en la Convención de mil novecientos siete de la Haya y su Reglamento Sobre las Costumbres y las Leyes en la Guerra Terrestre así como la Convención de mil novecientos veintinueve de Ginebra sobre la asistencia a los heridos y detenidos durante una guerra terrestre, sobre las obligaciones que tiene toda persona que está en una posición de comando de velar de que sus subordinados no cometan crímenes y de que si los cometen, de investigar, hacerlos cesar, juzgar y castigar.- Profesor, correcto, pero una fórmula legal que establezca las modalidades de autoría no existía ni en el caso del Tribunal de Tokio ni en el caso del Tribunal de Nuremberg; DIJO: No existía pero no es ningún impedimento toda vez que se reconocía.- Profesor, no le he dicho que sea un impedimento; DIJO: Se reconoció desde entonces como un principio del Derecho Internacional Consuetudinario.- Profesor, le digo con toda claridad, estoy tratando de examinar si el Principio de Legalidad es igualmente tratado en el Derecho Penal Internacional que en el Derecho Penal Interno que es finalmente donde juzgamos este caso y usted actúa como perito, esa es la línea concreta que estoy examinando, entonces no en el Tribunal de Tokio, no en el Tribunal de Nuremberg, tampoco en el de Yugoslavia, tampoco en el Ruanda y si en la Corte Penal Internacional; DIJO: Una aclaración, en el Tribunal de Yugoslavia como en el Tribunal de Ruanda si está la

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

figura.- Profesor, la fórmula general que dijo de otras maneras de; DIJO: La fórmula general de la autoría mediata, pero por eso es que fundamentalmente el Tribunal ha juzgado por Principio y Responsabilidad Penal Individual que si la fórmula está en todos los tribunales.- Profesor, pero usted bien ha marcado que si bien son similares, son dos figuras distintas todavía la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder y la autoría de la responsabilidad por el superior y usted está contestando como perito por la primera inicialmente ¿no?, entonces le estoy preguntando concretamente sobre la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder, no estoy trabajando todavía con la Teoría de la Autoría por la Responsabilidad del Superior o por el mando, además del Estatuto de la Corte Penal Internacional que señala el momento a partir del cual cuando rige y para que hechos es aplicable, ¿Conoce usted de alguna otra norma que haya sido base de estos tribunales internacionales en las cuales se tipifique como una forma de modalidad de autoría la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder? DIJO: Una aclaración, los tribunales no sólo trabajan con los instrumentos, en el Derecho Penal Internacional hay dos fuentes que nutren el Derecho Penal Internacional, uno llámense los instrumentos existentes y dos lo que se llama el Derecho Consuetudinario que es lo más reconocido, por ejemplo la norma del Principio del Superior Jerárquico que se cristalizó por ejemplo en el Tribunal de Ruanda y Yugoslavia, aunque existía no hizo más que cristalizar a los tribunales, todos los tribunales han dicho que no es más que el instrumento internacional, tratado, o acuerdo o estatuto no hace más que tiene una vocación declarativa no constitutiva, no constituía una nueva forma de responsabilidad ya que declara, cristaliza una ya preexistente y reconocida por la jurisprudencia internacional y que ha reconocido por la jurisprudencia y por los Estados como una norma vinculante para ellos desde hace tiempo, es tan importante este tema que el artículo quince, párrafo dos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el artículo octavo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tiene su símil en el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales habla obviamente que toda persona debe responder al momento por los hechos que fueron considerados delitos, acciones u omisiones según la ley nacional e internacional y en el segundo párrafo del artículo quince del pacto como en los relativos y los otros instrumentos regionales se dice que es o si serán de perjuicio, si perjudicará la aplicación de la ley o que la pena responda por que sea juzgada y sancionada por un crimen cuando ese crimen y también las reglas de la responsabilidad a raíz de ese crimen que hubieran sido declaradas o reconocidas como principios y ese compartimiento hubiera sido reconocido como ilícito por la

comunidad internacional, o sea principio de Derecho Consuetudinario así que es posible y el Derecho Internacional lo acepta y no es ninguna vulneración al debido proceso ni las garantías fundamentales que se consideren ese tipo de figura delictiva, de forma de responsabilidad penal si al momento en que se cometió el delito ya eran reconocidos por el Derecho Internacional Consuetudinario o sea los principios reconocidos por el derecho de gentes.- Profesor, efectivamente eso establece el Derecho Internacional ¿Usted considera que el Principio de Legalidad rige en el ámbito del Derecho Internacional Penal? DIJO: Efectivamente, rige fundamentalmente y si uno mira toda la jurisprudencia, si uno mira como han sido elaborados los tratados, las garantías son altísimas, en términos del debido proceso si usted mira todas las garantías que existen en todos los estatutos y las reglas del procedimiento, etcétera, que los ha llevado por ejemplo en algunos casos el Tribunal Penal de Ruanda de tener que librar a presos por un proceso demasiado largo al declarar inocentes porque el principio es que todo mundo es inocente.- Profesor, le comentaba concretamente sobre el Principio de Legalidad Penal; DIJO: El Principio de Legalidad Penal, se requiere como decía, que el ilícito este incriminado bajo el Derecho Internacional, la diferencia del Derecho Penal Internacional con el Derecho Penal Nacional es que aún la ausencia de un tipo penal en el sentido más técnico de la palabra no es un problema si ya esa conducta está definida por el Derecho Consuetudinario y ahí la labor de los jueces de identificar cual es la conducta prohibida por el Derecho Consuetudinario.- Profesor, efectivamente ¿Usted considera entonces que una de las manifestaciones del Principio de Legalidad que es la reserva de la ley u otra manifestación que es el mandato de máxima taxatividad que evidentemente rigen en los Derechos Penales Internos, no rigen de la misma manera en el Derecho Penal Internacional? DIJO: No rige la misma manera según el tipo de instrumento porque cuando se trata de un instrumento convencional rige, cuando se trata de un delito de Derecho Consuetudinario no hay un instrumento que lo defina, es la jurisprudencia y la jurisprudencia hay que mirarla, interpretarla y la jurisprudencia es muy cuidadosa en definir que es una infracción y ahí está.- Profesor, ¿El Pacto de San José de Costa Rica que sería la norma internacional de Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos más cercana a nosotros admite un Principio de Legalidad que evidentemente reconoce como usted bien ha señalado donde la reserva de la ley o el mandato de máxima taxatividad tengan una mayor flexibilidad que la que es exigida en los derechos penales internos o nacionales? DIJO: El artículo octavo de la Convención es muy genérico dice que nadie puede ser responsable por actos u omisiones que no fueran considerados delitos según el derecho aplicable en la zona

internacional que es más o menos reproducir la misma norma del Pacto Internacional de Naciones Unidas.- Profesor, ¿Pero usted diría que el pacto de San José de Costa Rica permite establecer una tipicidad y una penalidad que no esté prevista en la ley si no que esté prevista en la costumbre internacional? DIJO: Hay la posibilidad evidentemente, además, no hay jurisprudencia sobre ese artículo, pero si están los trabajos preparatorios de la Convención Americana que tiene que ver también a la luz de los trabajos preparatorios que hacen fe para el pacto y se dice justamente ese párrafo dos del artículo quince del pacto como esa redacción fue justamente para entrever la posibilidad de que la persona sea sujeta y responsable bajo la norma del Derecho Internacional cuando el Derecho Internacional ha dictado que ciertos comportamientos son crímenes y ciertas reglas de responsabilidad para que se le pueda aplicar la ley nacional para estos crímenes.- Profesor, pero como usted bien señala ¿Conoce usted alguna experiencia donde aplicándose el Pacto de San José de Costa Rica dentro de la legislación de los países por ejemplo el Tribunal Constitucional Colombiano que tanto nos viene aportando en los últimos años, se admita que según el Pacto de San José de Costa Rica el Principio de Legalidad admite una flexibilización, un relajamiento, si me permite el término, de las manifestaciones reserva de la ley o mandato de máxima taxatividad? DIJO: Yo no compartiría su descripción del fenómeno, no es que acepte flexibilidad, es a efecto de una dimensión distinta.- Profesor, le reformulo la pregunta entonces, ¿Usted conoce en su experiencia que en algún país se haya aplicado el Pacto de San José de Costa Rica donde se haya determinado que permite que figuras delictivas o sanciones, no estén previstas en la ley si no en la costumbre internacional? DIJO: Y en la ley internacional, sí señor, hay muchos casos, por ejemplo los casos de los procedimientos iniciados contra el señor Augusto Pinochet, en el caso del proceso llevado a cabo ante el Tribunal de Instrucción del gran Tribunal del distrito de Bruselas, se hizo la base de la infracción definiendo el Derecho Consuetudinario y fue convalidada esta tesis por la Corte Suprema de Casación, recordando que estas infracciones eran crímenes de lesa humanidad aunque no hubiese tipo de crimen de lesa humanidad pero que los tipos de las ejecuciones de los homicidios, malos tratos permitía responder a la necesidad para poder cumplir con la obligación y el deber absoluto, existe un reciente caso en Paraguay donde justamente se está aplicando retroactivamente un tipo de penal de desaparición forzada y fue convalidada por las Sala Constitucional de la Corte Suprema donde se recordó que si bien el tipo penal paraguayo no existía al momento de los hechos que fueron cometidos, al momento que se cometieron esos hechos sí ya estaba criminalizada la desaparición forzada como tema bajo el

YANET CARAZAS GARAY
Secretaría
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Derecho Internacional y por tanto el artículo quince del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el artículo octavo de la convención autoriza ese tipo de cosas sin violación del Principio de Legalidad.- Profesor, permítame una precisión, ¿En los dos casos que usted ha señalado no es correcto que tanto en el caso chileno como en el caso paraguayo las figuras delictivas que se atribuían al momento que se produce el proceso internacional ya estaban legisladas internamente también como delito? DIJO: En el caso chileno no, en el caso belga.- Profesor, porque en el caso paraguayo; DIJO: En el caso belga, el crimen de lesa humanidad no está incriminado al momento que se cometieron los hechos, o sea fue la jurisdicción universal, digamos la jurisdicción belga, Chile no conoce el delito de desaparición forzada, no tiene todavía el tipo penal por eso se juzgan estos delitos en Chile por secuestro, aquí estoy hablando del caso del juez belga que ha hecho jurisdicción, en el caso paraguayo su tipificación nacional es muy posterior a los hechos imputados, sin embargo el argumento es que ese crimen era un delito internacional y que por tanto es posible aplicar la ley nacional incluso retroactivamente y aparentemente sin violar principios de legalidad y esa excepción está tenida en cuenta en todos los instrumentos de Derecho Internacional de Derechos Humanos en particular el artículo quince del párrafo del Pacto.- Profesor, pero le pregunto ya al momento en que se resuelve esta caso internacional en Paraguay estaba tipificado el delito de desaparición forzada y su aplicación que se hace es sobre la base que se considera que es un delito permanente o sea ahí la discusión fue otra. DIJO: No, la discusión no fue por el carácter del delito permanente, ese fue un caso y lo único que la jurisprudencia que se ha basado sobre eso en la aplicación de la retroactividad de la ley penal por delito permanente ha sido el Tribunal Superior, creo que en el Tribunal Constitucional de Venezuela, en un caso de desaparición en el Estado de Vargas; en Paraguay no hay desaparición, fueron desaparecidos y encontrados hallados muertos evidentemente y antes de entrar en vigor el tipo penal.- Profesor, una última consulta, ¿Ahí se ha determinado en aplicación de la ley paraguaya, se determinó que se estaba violando el Principio de Prohibición de la Aplicación Retroactiva de la Ley Penal Desfavorable? DIJO: No, para nada.- Profesor, justamente por esa razón, a eso iba, bueno, yo le preguntaba al inicio si usted consideraba que así como en el Derecho Penal Económico se tuvo que hablar de una flexibilización del Derecho Penal y Silva Sánchez habla de Derecho Penal de primera, segunda, tercera generación ¿Usted considera que en el Derecho Penal Internacional igualmente se ha tenido que flexibilizar o dar una dimensión distinta en todo caso a estas garantías fundamentales del Derecho Penal que se aplican en el Derecho Interno? DIJO: No,

YANET CARAZAS GARAY
Secretaría

Sección Penal Especial de la Corte Suprema

para nada, considero que no se ha hecho ninguna flexibilización, han sido desarrollos y la jurisprudencia y los trabajos por ejemplo la Comisión de Derecho Internacional que ha sido la base de todo esto, los informes de los expertos de Naciones Unidas que han permitido el establecimiento de estos instrumentos internacionales, la propia jurisprudencia ha sido muy celosa en defender y en no socavar los estándares ya existentes y reconocidos como principio general del derecho en el mundo.- Profesor, entonces usted considera que no se ha dado este mismo fenómeno que se reconoce en el Derecho Penal Económico donde sí se reconoce, o sea usted considera que el Principio de Legalidad en el Derecho Penal Interno, por ejemplo en Colombia, se aplica en la misma extensión y manifestaciones que en el Derecho Penal Internacional, porque como no ha habido ninguna modificación, ninguna flexibilización ¿Es exactamente igual? DIJO: No es exactamente igual.- ¿O sea si hay una diferencia, entonces? DIJO: Una diferencia pero no quiere decir que sea un tratamiento de flexibilización o que socave del estándar, la diferencia existente es que el Principio de Legalidad en el Derecho Penal Interno es que no hay delito ni pena sin ley o sea *Nullum crimen, nullum pena, sine previa lege*; en Derecho Internacional se acepta que la penalidad depende de los Estados o de los Tribunales Internacionales, toda vez que la infracción penal está destinada a proveer un estándar de norma prohibida para los Estados, para que los Estados lo castiguen y eventualmente si hay una jurisdicción internacional y se dice no y el estándar es que no hay crimen si no hay norma internacional, sin Derecho Internacional, si usted mira todos los tratados, no hay ningún tratado de Derecho Penal Internacional que imponga exactamente una pena, da criterios pero en los últimos cuatrocientos tratados de Derecho Penal y es una norma aceptada por los Estados por que al fin y al cabo son los Estados los que elaboran, adoptan, ratifican y ponen en práctica los tratados, no son las personas.- Profesor, pero coincide usted que el Código Penal Internacional que digamos sería la gran conclusión de todos estos esfuerzos internacionales si establece reglas de tipificación como no lo hacían al menos con el mismo grado de perfeccionamiento instrumentos internacionales anteriores ¿Considera usted que eso es correcto? DIJO: Doctor, no entiendo a que llamaría usted el Código Penal Internacional.- Profesor, bueno el Estatuto de la Corte Penal Internacional. DIJO: El Estatuto de la Corte es un instrumento más, no es el Código, el Derecho Penal Internacional por lo menos en las llamadas o en lo que tiene crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crímenes de genocidio no está limitado al estatuto, hay otros instrumentos del Derecho Penal Internacional.- Profesor, pero coincide usted que. DIJO: Entonces si me permite terminar, es una expresión más, es un instrumento

YANET CARAZAS GARAY
Secretaría
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

más, pero cuando usted habla de genocidio se requiere utilizar dos instrumentos que son la Convención del Genocidio y el Estatuto Roma del Genocidio pero otros estatutos, los estatutos dan definiciones, tipificaciones y los Estados que ratifican ese estatuto se comprometen a aplicarlas y a perseguirlas y en tercer lugar la existencia de una serie de sinnúmero de tratados o de resoluciones de Naciones Unidas que incriminan y definen un comportamiento se vuelve un comportamiento de Normas de Derecho Consuetudinario y también obligan a los Estados a reprimir ese tipo de comportamientos, la lógica es un poco distinta que el proceso legislativo interno obviamente, pero los principios son básicamente en salvaguarda de los mismos.- Profesor, me ubico porque lo que pretendo es establecer lo que inicialmente nació como un proceso para establecer responsabilidades de Estados, luego pasa a establecer responsabilidades de individuos, ¿Entonces en que medida ese traslado de principios no colisiona con el Derecho Interno, es ahí donde estoy trabajando, una consulta final en este punto, ¿Usted considera que el Estatuto de la Corte Penal Internacional es la norma en su materia, en su género que más reglas de parte general del Derecho Penal desarrolla por ejemplo en el caso de la participación criminal en el sentido lato, autoría y participación, es la norma que más ha desarrollado comparativamente con otras, con las que se han aplicado en Ruanda, en Yugoslavia, en Sierra de Leona, etcétera? DIJO: Esto del punto de vista del tratado en si mismo, una cosa es el Estatuto de Roma como tratado, Yugoslavia y Ruanda son estatutos actuados por el Consejo de Seguridad bajo la carta sétima de la Carta, por tanto de obligatorio cumplimiento, por ese elemento fundamental, es obvio que el Estatuto de Roma es más sofisticado que los Estatutos de Ruanda y Yugoslavia, es más sofisticado porque es más preciso y refleja la base de la jurisprudencia internacional en materia de responsabilidad, en materia de obediencia, en materia de los mismos delitos, la tipificación de los delitos más no es el único por ejemplo en materia de responsabilidad penal individual del superior tiene usted un nuevo tratado posterior a Roma que es la Convención Internacional para la Protección de las Personas contra la Desaparición Forzada, que su fórmula se considera más sofisticada hoy en día por el Derecho Penal en ese punto, por ejemplo y en el punto de la definición, la particularidad del Derecho Penal Internacional es muchas veces la pluralidad de instrumentos a diferencia del sistema nacional.- ¿Profesor, y considera usted que en esta normatividad, en esta serie de normas hay un mejor tratamiento cada vez más respecto a lo que es el Principio de Legalidad? DIJO: El Principio de Legalidad siempre ha estado respetado por todos los estatutos y en la jurisprudencia, los tribunales la han respetado totalmente en la definición de las infracciones, en la precisión de los niveles de

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

responsabilidad, hay normas que solamente pueden ser normas abstractas como las tiene un Código, sobre la responsabilidad de los Códigos Penales Nacionales que no regulan todos los aspectos, dan orientaciones a través de vocablos inequívocos cuya interpretación tiene que hacer la jurisprudencia nacional, similar ocurre con el Derecho Penal Internacional.- Profesor, una última pregunta respecto a la anterior, obviamente no voy a pretender señalar que el Derecho Internacional viola el Principio de Legalidad; dos preguntas concretas, ¿En su experiencia usted ha tenido la oportunidad de apreciar trabajos en los cuales distintos juristas hacen precisamente esa crítica al Derecho Penal Internacional, que hay problemas en cuanto al respeto estricto del Principio de Legalidad, ha tenido alguna oportunidad de trabajar este tema? DIJO: Sí, he visto muchas críticas al Principio de Legalidad, muchas críticas también a diferentes aspectos del Derecho Penal Internacional, pero para mí lo que he visto no es nada realmente que uno puede decir que es un argumento coherente, sostenible y real.- Correcto profesor, una última pregunta en este punto, ¿Usted considera que la justicia penal nacional tiene la misma finalidad que la justicia penal internacional? DIJO: Bueno, depende de lo que uno llama "justicia penal internacional", una cosa es el Derecho Penal Internacional y otra cosa son los órganos jurisdiccionales penales internacionales.- Me explico profesor, o sea el Derecho Penal Internacional, el Derecho Procesal Penal Internacional.- DIJO: Bueno doctor, son ámbitos distintos, el Derecho Procesal Penal Internacional por ejemplo está fundamentalmente nutrido de la práctica común de los Estados, y básicamente de las normas de Derechos Humanos sobre el debido proceso, artículo quince del Pacto, etcétera, etcétera, el Derecho Penal Internacional no es más que, no hay un Código, no puede existir un Código, es el acuerdo de la comunidad organizada, de los Estados, de considerar que ciertos delitos, ciertos crímenes son de tal trascendencia que superan el ámbito nacional y que requieren la sanción internacional, así que va desde crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, grave violación de derechos humanos, que constituyen crimen bajo el Derecho Internacional, como desaparición forzada, la tortura o las ejecuciones, tráfico de menores, tráfico de seres humanos, rompimientos de cables submarinos en alta mar, etcétera, etcétera; mientras que la jurisdicción internacional, que existen muy pocas, existen muy pocas jurisdicciones Internacionales, se encargan generalmente, su ámbito de competencia está limitado a unos cuantos delitos, y algunas veces a un periodo dado en la historia, esa justicia tiene fundamentalmente un propósito como órganos que han sido establecidos por la comunidad de los Estados organizados, ya sea por resolución del Consejo de Seguridad, ya sea por tratados como el de Roma o ya sea por acuerdo bilateral por Naciones Unidas y los Estados

afectados, de castigar unas conductas que son considerados crímenes que atentan contra la moral Internacional y orden público Internacional.-Claro señor Andreu, pero permítame quizá ser más concreto en mi pregunta, para hacerme entender mejor, estoy buscando comparar, cuando llamo justicia penal interna a un caso como este, donde estamos trabajando con nuestro Código Penal, nuestro Código de Procedimientos Penales, nuestra jurisprudencia, nuestra doctrina nacional, y lo que puede suceder en un Tribunal de Ruanda o de la ex Yugoslavia, para determinar si es el mismo objeto, y le planteo un factor específico; usted que desarrolla la cátedra de impunidad y delitos de lesa humanidad, y he visto en una serie de trabajos suyos como trabaja el problema de la impunidad y como este esfuerzo del Derecho Penal Internacional por superarlo, entonces le pregunto, ¿Usted considera que el factor impunidad tiene el mismo peso dentro del Derecho Penal Interno, al momento de legislar, de juzgar, que el peso que se le da en el Derecho Penal Internacional? DIJO: De manera general tal vez hay muchas diferencias, pero primero no hay que olvidar una cosa; primero, el Derecho Penal Interno como el Derecho Penal Internacional es el fruto legislativo de los Estados, quienes legislan internacionalmente también son los Estados, incluso cuando es el Consejo de Seguridad son los Estados del Consejo miembros de Naciones Unidas, los tratados como el Tratado de Roma, la última Convención sobre Desaparición Forzada o el Tratado sobre la Tortura son legislaciones elaboradas, legisladas por los Estados en sus foros legislativos que son las Asambleas Generales, etcétera, etcétera; un aspecto que es distinto es que el Derecho Penal Nacional se dirige según cada país, según la idiosincrasia, la cultura de la tradición jurídica de cada país, a criminalizar o no una serie de conductas de mucha variedad que afectan bienes jurídicos tutelados según la cultura y la tradición de cada país, por eso algunas conductas son delitos en un país y en otros no; el Derecho Penal Internacional que es el fruto de los mismos estados que legislan a nivel interno, lo que busca es criminalizar y reprimir los delitos que afectan el conjunto de la humanidad en sí mismo, que tiene una trascendencia internacional, no solamente porque tenga un carácter extraterritorial como el tráfico de seres humanos por ejemplo, o el daño de cables submarinos, por ejemplo, delitos tipificados desde finales de siglo dieciocho a través del Tratado de Montevideo por ejemplo, sino también conductas que consideran que socavan fundamentos esenciales de la vida del ser humano, tales crímenes a la humanidad, etcétera, así que hay una orientación distinta; por otro lado, al criminalizar estas conductas a nivel Internacional, los Estados también se comprometen implícita o explícitamente a reprimir esa conducta en su propio país.- Profesor Andreu, eso no lo discuto, ¿Pero reconoce usted que el factor impunidad

tiene un rol más trascendente en lo que es ámbito de Derecho Penal Internacional que en el ámbito nacional? DIJO: Es obvio, además solamente para clarificar más un elemento, en América Latina siempre tenemos, porque venimos de la misma tradición jurídica en materia penal, no sucede así a nivel mundial, el fenómeno de la justicia resocializadora, donde se busca la resocialización del delincuente, o la justicia punitiva de defensa social, pero no existe un consenso en la comunidad internacional, hay sistemas nacionales, particularmente en el mundo anglo donde la justicia es considerada como una forma socialmente de defensa social y de punición, y no de resocialización, así que hoy en día no hay consenso sobre la finalidad de los sistemas nacionales de justicia, lo que hay consenso es que deben respetarse unos mínimos que son Principio de Legalidad, Debido Proceso, Juez Competente e Independiente, etcétera, Derecho de las víctimas y prohibición de ciertas conductas que son contrarias a la vida de la humanidad organizada.- Señor Andreu, yo coincido que en el tema del debido proceso hay menos problemas; ahora si entrando a la línea de la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder en el Derecho Internacional donde usted participa destacadamente; una primera pregunta se la hago para luego ir al tema de la orden, que tanto a preocupado a mis colegas de la Parte Civil, ¿En el Derecho Penal Internacional, en las experiencias que usted ha trabajado, la autoría por dominio de la organización justifica que la autoría a través de un aparato organizado de poder sea una figura distinta a la autoría mediata como algunos propugnan, o se maneja como una modalidad mas de la autoría mediata? DIJO: Esa disquisición doctrinaria ha sido una discusión doctrinaria desde el punto de vista del derecho comparado, esa discusión jamás se ha planteado en el ámbito de la jurisdicción internacional, la formula clásica de la autoría mediata, que viene desde mediados del siglo diecinueve, está limitada solamente a los individuos, posteriormente a mediados del siglo veinte en realidades que se plantea el tema con relación al dominio del aparato por las experiencias de grupos terroristas en Alemania por ejemplo, o por las experiencias de grupos terroristas en España, o por las experiencias incluso de criminales de guerra de la Segunda Guerra Mundial, pero ese debate no es un debate que provenga del Derecho Internacional, sino del Derecho Nacional.- Profesor, entonces pregunto, ¿Podemos establecer que en el Derecho Penal Internacional el dominio por la organización sigue siendo considerado como una modalidad de autoría mediata? DIJO: Sí, existe la responsabilidad reconocida crecientemente de las formas de responsabilidad mediata, o como se dice a veces en el argot internacional, "responsabilidad indirecta o responsabilidad por otro", pero es la misma figura por el dominio y control de un aparato de poder que comete

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

crímenes, y que, no basta por sí solo eso, se requiere otros elementos conexos.- Vamos a ir ahí doctor Andreu, lo que quiero ubicar es si dominio por organización, en el ámbito del Derecho Internacional, es una variante de la autoría mediata siempre, no es una figura distinta.- DIJO: No, no es una figura distinta, no hay un desarrollo conceptual de ese nivel, hay que tener en cuenta que todas estas discusiones sobre las diferentes variantes, más un desarrollo doctrinario que jurisprudencial, y que el Derecho Penal en muy lapidario en desarrollo de doctrina, es más prolijo en desarrollo de jurisprudencia, y la jurisprudencia no entra en esas opciones, sí entra a calificar cuáles son esos requisitos de los elementos para que se configure este elemento.- ¿Pero entonces es correcto sostener que en la jurisprudencia internacional el dominio por organización está encuadrado siempre dentro del ámbito de la teoría de la autoría mediata? DIJO: Sí, en cierta forma, pero también cuando los Tribunales también se han pronunciado sobre el tema de la responsabilidad superior, también hacen referencia al elemento dominio y control del aparato, el control efectivo.- Pero profesor Andreu, usted mismo ha marcado que si bien se intercambian elementos, una cosa es la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder, y otra cosa es la autoría del superior, la autoría por el mando, yo solamente le estoy preguntando por la primera; entonces no le he entendido porque no me ha dado una respuesta afirmativa; en la jurisprudencia Internacional cuando se trabaja en los Tribunales de Yugoslavia, de Ruanda y se aplica la figura del dominio por organización, ¿Se está trabajando con autoría mediata o se está trabajando con una figura distinta, como hay algunos que proponen? DIJO: Con autoría mediata se trabaja.- Gracias profesor, si se trabaja con la teoría de la autoría mediata en la jurisprudencia Internacional, le pregunto, ¿El autor mediato debe tener el dominio de la voluntad sobre el hombre instrumento? DIJO: No debe tener necesariamente el dominio de la voluntad porque sobre todo tener el dominio del aparato.- Pero profesor, gracias al dominio del aparato es que se tiene el dominio de la voluntad. DIJO: No necesariamente, porque se acepta que el ejecutante pueda ser fungible, pueda ser intercambiable, así que puede que un subordinado se niegue a acceder a la orden pero otro la cometa o solamente la quiera hacer en tal extensión, esos elementos no han sido discutidos, no han sido tomados en línea de consideración por la jurisprudencia hasta ahora.- ¿Es correcto que en el ámbito del Derecho Penal Internacional, el autor mediato tiene el dominio de la organización porque a partir que se encuentra en el centro del poder, sus órdenes necesariamente tienen que ser cumplidas dentro de la organización? DIJO: Es una de las modalidades pero no solamente porque tienen que ser cumplidas, es una modalidad, de tener el poder y hacer cumplir las

YANET CASPILIS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

órdenes, pero también puede ser el poder de controlar la organización, esa es una diferencia importante; los niveles son complejos y eso se analiza en cada caso, según cual es la posición que tiene a quien se le imputa la responsabilidad por autoría mediata.- Si me permite profesor, vamos a ir caso por caso.- DIJO: Lo que pasa es que yo creo que es un ejercicio muy difícil hacer como usted lo quiere llevar, hay que mirar el caso concreto, lo que saca la jurisprudencia son algunos criterios no son modelos, digámoslo así, donde se pueda entrar, sino que son criterios relevantes a tener en cuenta para poder discriminar, como la posición dentro de lo que podemos llamar la estructura, el organigrama, su grado de influencia, y del peso que tenga en materia decisonal o de control de la actividad, o para impedir o evitar, esos son los elementos. - Profesor Andréu, le preguntaba eso porque como usted ha marcado al inicio, correctamente, que la autoría por dominio de la organización se puede presentar en estructuras clandestinas de poder, en estructuras paramilitares, en organizaciones de iure o en organizaciones de facto; entonces, lo que pretendo es establecer la mecánica de la orden entre una institución de iure, un aparato organizado de poder de iure y un aparato organizado de poder de facto, por eso es que por ahí estaba yendo con el dominio de la voluntad; en esta primera modalidad que usted está estableciendo, que el autor mediato tiene el dominio de la organización porque la orden se cumple dentro de la organización, la estructura le permite este convencimiento al hombre de atrás, le pregunto, ¿Esta mecánica o este tipo de dominio de organización, funciona igual en un aparato organizado de poder de iure que en un aparato organizado de poder de facto? DIJO: Funciona diferente según el aparato, incluso en aparatos mismos de iure son difíciles de comparar, todo depende de la posición en que esté quien se le imputa la autoría mediata, cómo está configurada cada organización, cómo funciona cada organización, o sea, son muy diferentes que poder de facto y real, muchas veces tiene mucho más poder en una organización criminal ilegal clásica, quien tiene poderes de facto de una organización a la otra, y viceversa, todo depende, así que es muy difícil contestar de forma genérica.- Profesor le ruego me permita aterrizar en un tema concreto; en América Latina la primera experiencia en la cual se aplica la autoría por dominio de la organización es la Junta Militar Argentina; a una pregunta del Presidente usted le ha señalado como un referente jurisprudencial a estudiar; en todos los Códigos de Justicia Militar existe una disposición donde por ejemplo se señala que las órdenes ilegales, o las órdenes manifiestamente antijurídicas no son vinculantes, que no generan ningún deber de obediencia al subordinado, y consecuentemente eso llevó a Claus Roxin a sostener, como usted perfectamente conoce, que uno de los requisitos de la autoría mediata a

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

través de un aparato organizado de poder, es que esa organización no esté sujeta al derecho; entonces, concretamente en la experiencia argentina, ¿Cómo se dio este dominio de la organización a través de órdenes de los superiores existiendo este tipo de disposiciones? DIJO: Bueno, primero hay que aclarar que la teoría de Roxin sobre el carácter ilegítimo está superada, como ya lo dije antes, ya no se exige ese requisito. - Profesor, no sé si Roxin estará de acuerdo con eso.- DIJO: Está superada porque solamente se hubiera podido aplicar por tanto a miembros de grupos armados ilegales criminales, y se reconoce que esto se puede aplicar y se reconoce que está superado por la jurisprudencia y doctrina misma, que se da cuenta que esto ha evolucionado más allá - el debate, porque la acusación formulada por Julio Strassera y la resolución de la Cámara Federal, ellos eligieron por otro camino, fueron roxinistas y no roxinistas en cierta forma, dijeron: " *el aparato hubo aquí una usurpación del poder, y por tanto un aparato ilegítimo, mas no ilegal sino ilegítimo de poder, por parte de la Junta Militar*"; para desarrollarse más en el canon de Roxin, pero esto ha sido muy superado hoy en día por la jurisprudencia nacional, que mira esas cosas y como decía ya no hay ningún juicio de valor, lo que importa es la existencia de una estructura efectiva, capaz en realidad, estructurado vertical, con líneas de mando y centro decisionales.- Una pregunta profesor, efectivamente todas esas teorías que llevaron a eliminar este elemento, y que Kai Ambos ha desarrollado tanto en el Derecho Penal Internacional, tiene como base el desarrollo que se dio en el ámbito del Derecho Penal Económico, el punto de partida para esto es que ese requisito no tenía que funcionar en el ámbito de la criminalidad empresarial; entonces la pregunta es la siguiente, ¿Cómo en el ámbito de las relaciones castrenses, las relaciones de funcionarios públicos, donde no rige el Principio de la Autonomía de la Voluntad, etcétera, cosas como en las empresas, ¿puede la orden generar este dominio dentro de la organización donde existen leyes que establecen que los inferiores no deben cumplir órdenes ilegales, cómo la jurisprudencia Internacional trabajó este tema? DIJO: Lo trabajaron de una manera muy sencilla, porque la realidad es que viene la orden legítima y la gente la cumple, esa es la realidad, sino no hubieran crímenes, así de sencillo, entonces el Principio que ha dictado justamente el Derecho Internacional Penal, el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos son dos: uno, nadie puede invocar una orden para sustraerse de su responsabilidad; y dos, responde el superior jerárquico por los actos cometidos por sus subordinados si sabía, o debía saber, y no ejerció el control, y tenía un poder efectivo, o desde el punto de vista de la teoría mediata, si hacía parte del engranaje del aparato organizado con una relación vertical etcétera, etcétera; entonces la existencia de

YANET CARAZAS GARAY
Secretaría
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

orden, justamente lo que dice, no legitima o ilegítima, lo que mira el Derecho Penal Internacional y el Derecho Penal es realmente qué significaba la orden, se mandaba a qué, y nadie tiene, si bien nadie tiene la obligación de cumplir una orden legítima, es obvio; el hecho que la cumpla no exonera de responsabilidad ni diluye la responsabilidad de quien dio la orden.- Profesor Andreu, no le discuto el tema del superior, la pregunta concreta es, ¿Podría señalar usted el argumento, y si fuese posible la jurisprudencia, en la cual se determina que una orden ilegal genera efectos vinculantes sobre un funcionario público? DIJO: Doctor, ¿sobre el que da o respecto al que recibe la orden?.- Profesor, me refiero a quien recibe la orden; la pregunta es concreta, ¿Podría usted establecer el argumento - y de ser posible la jurisprudencia - en la cual se haya explicado jurídicamente por qué la orden ilegal genera efectos vinculantes sobre el subordinado? DIJO: Bueno, desde el Estatuto de Nuremberg, los Estatutos de los Tribunales de Yugoslavia, los Estatutos de los Tribunales de Ruanda, los Convenios de Ginebra, el Estatuto de Roma, todos los instrumentos de Derecho Internacional Penal que existen, la Convención sobre Tortura de las Naciones Unidas, la Convención sobre Desaparición de Naciones Unidas, los Principios sobre investigación y prevención de ejecuciones extrajudiciales, los Principios sobre el uso de fuerza de armas por funcionario encargado de hacer cumplir la ley por Naciones Unidas, la lista podría ser larga.- Profesor, no de normas, yo le estoy hablando de argumento y jurisprudencia.- DIJO: Usted me dijo también las normas, refieren, y por lo demás ese es el argumento sobre el cual se edifica la jurisprudencia, la norma, sino no tendría sentido una norma, es la piedra de construcción de la jurisprudencia, prohíben dar órdenes de ese tipo, y dicen que esas órdenes no pueden invocarse como causal de justificación; en segundo lugar, la jurisprudencia, el argumento ha sido que toda persona, tratándose de crímenes internacionales como crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, o grave violaciones de Derechos Humanos; el Estado, el Derecho Internacional impone - y ha sido el argumento- una obligación de no cometer estos crímenes, y no aceptar órdenes, y reconoce incluso el deber de resistir a tal orden; de tal suerte que si se cumple tal orden se compromete la responsabilidad.- Profesor Andreu si me permite, de acuerdo a esa respuesta, entonces no es correcto que en el Derecho Penal Internacional se ha establecido de manera clara y precisa que las órdenes ilegales no generan ningún efecto vinculante, que más bien existe un deber de desobediencia de las órdenes ilegales, esto es que ningún inferior puede ampararse en una orden ilegal para exonerarse de responsabilidad, pregunto, ¿Eso no es lo que ha determinado el Derecho Penal Internacional? DIJO: Ha determinado que no es vinculante para el individuo, pero

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

tiene consecuencias sino cumple la orden, y tiene consecuencias respecto a quien ha dado la orden.- Profesor, no le discuto pero ya me adelanto un poquito desde la teoría del superior, que a mi modo de ver se ha creado para reemplazar más bien los problemas de la autoría mediata, pero bueno; la pregunta concreta es entonces si el Derecho Penal Internacional establece que las órdenes ilegales no tienen efectos vinculantes - insisto en preguntarle - ¿Qué argumentos ha desarrollado algún Tribunal de Derecho Penal Internacional para decir "a pesar que las órdenes ilegales no generan efectos vinculantes, esa orden ilegal le da dominio al superior, y puede ser considerado autor mediato", qué argumentos ha desarrollado la justicia internacional para explicar eso, que no sea la autoría del responsable superior que eso es otro tema, primos pero no iguales, ¿qué argumento ha desarrollado? DIJO: Yo creo que el problema debe plantearse de otra forma, o sea por haber dado esa orden, no tendría sentido hablar de una orden legítima para cometer un crimen, no existe una orden legítima para cometer un crimen, que se sepa, hay formas autorizadas por el Derecho Internacional de cometer actos de violencia que no son considerados criminales por el Derecho Internacional, como por ejemplo la muerte en combate, aunque ordenar la muerte en combate sí es prohibido, la realidad es que la gente cumple las ordenes ilegítimas.- ¿Pero cuál es el efecto vinculante para seguir trabajando con la autoría mediata? DIJO: Porque quien ha dado la orden, así digamos, la diferencia es que no todos los casos de autoría mediata son dadores de ordenes directas, pueden ser directrices generales; y ahí es por controlar un aparato fundamentalmente organizado el poder, que comete crímenes que se infiere la responsabilidad, que pueden ser directrices generales, órdenes particulares.- Correcto profesor, permítame seguir avanzando entonces; usted ha referido que otra modalidad de la autoría mediata, es que teniendo el poder de controlar, no se controla; le pregunto, ¿En la jurisprudencia internacional se ha establecido que es posible ser autor mediato por dominio de la organización de un delito omisivo, o la jurisprudencia internacional lo que ha trabajado es que la autoría mediata por dominio de organización, sólo funciona para delitos comisivos? DIJO: Yo creo que hay una confusión en el planteamiento, no es que se trata de autoría mediata por dominio del aparato organizado para la comisión de un delito omisivo, *es por la omisión*, por omitir sus funciones de control para prevenir un delito que se vaya a cometer, el delito en sí no es omisivo, matar a alguien no es un delito omisivo.- Pero profesor Andréu, el homicidio por omisión impropia.- DIJO: Una discusión extrajudicial, una desaparición forzada por ejemplo, un caso de tortura no son delitos omisivos, lo que omite, y de ahí viene, es una de las modalidades, que es uno de los elementos, uno de los aspectos de la responsabilidad de la autoría

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Salas Penales Especializadas de la Corte Suprema

mediata, es que teniendo el dominio del aparato, pudiendo haber tomado las medidas para evitar esto, no lo hizo y por tanto con esa omisión facilita, coadyuva o hace parte, o se le puede imputar por tanto el resultado de ese crimen cometido, eso es lo que dice la jurisprudencia, no es que sea autoría mediata por omisión, sino que la omisión desde un punto de vista fáctico y no jurídico, es un elemento que puede determinar la calidad de autor mediato.- Profesor, ¿No es correcto que cuando el superior, quien tiene el poder de dar órdenes o el poder de controlar, no controla, lo que ha hecho la jurisprudencia internacional es sancionarlo, a título de autor por el superior o por el mando, en vez de aplicar la figura de la autoría mediata, a través de un aparato organizado del poder? DIJO: Habido muchísimos más casos de responsabilidad por principio del superior jerárquico, pero ha habido también muchos casos de autoría mediata, ha dependido de las particularidades de cada caso y la posición en la estructura de la persona procesada o acusada, el caso por caso ha mostrado cual ha sido la mejor doctrina sobre la responsabilidad penal, de manera que se adecue a los hechos, a la intención y los fenómenos.- ¿Coincidiría usted que cuantitativamente hablando, la jurisprudencia internacional tratándose de superiores que no ejerzan su deberes, sus funciones de control, ha determinado la responsabilidad penal a título de autoría por el superior o por el mando en vez de autoría mediata a través del dominio de la organización? DIJO: Sí, es una realidad que se ve más por un fenómeno, el Principio del Superior, la responsabilidad penal del superior es un viejo principio mucho más anclado en el Derecho Internacional, que lo es la autoría mediata; pero la autoría mediata esta haciendo su camino hacia varios años y se esta haciendo de reconocimiento cada vez mayor; en segundo lugar porque la mayoría de la jurisprudencia ha tratado con casos de fenómenos de comandantes militares, comandantes de destacamento militares, sean civiles o militares, el comandante en sí mismo, donde ha sido de mayor relieve la aplicación de este principio porque se adecua mucho más a la realidad de los hechos; pero seguramente por ejemplo el Tribunal Especial para Sierra Leona en los caso que son de persecución del grupo opositor RUF; pero con mayor razón el tribunal especial para el Líbano que tiene que juzgar delito de terrorismo y conexos, va a utilizar muchísimo y está utilizando ya muchísimo más la teoría de la autoría mediata, depende de la ecuación de los hechos y las circunstancias y el fenómeno donde se encuentra, no son fenómenos iguales, no son estructuras iguales; incluso la variedad de estructuras y órganos de poder existentes por ejemplo Yugoslavia, desde las tropas oficialmente organizadas hasta los grupos paramilitares de Karayic que acaban de detener, con las tropas del Presidente serbio Martić en lo que hoy en día es Serbia, son de diferente naturaleza y alcance; y cada principio tenía que

aplicarse a sus especificidades.- ¿Pero coincide en que cuantitativamente más se trabaja en esos temas con autoría por el superior o autoría por el mando? DIJO: No, no he dicho eso, coincido que históricamente han habido más jurisprudencia, pero que la tendencia hoy en día es inversa, es la tendencia a utilizar más la autoría mediata.- Profesor, una pregunta ahí para terminar con este punto, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se regula expresamente el tema de la autoría del superior o autoría por el mando; le pregunto, ¿Se regula expresamente la autoría mediata a través del dominio de la organización? DIJO: Se hace un reenvío general como hacen muchas legislaciones nacionales.- ¿Entonces no se regula expresamente? DIJO: Se regula expresamente en forma general, el artículo dos mil quinientos treinta y uno lo regula diciendo: "*El que cometa el delito por intermedio de otro, sea este o no responsable...*", esa es la fórmula clásica de los códigos nacionales en todas partes del mundo.- ¿De la autoría mediata? DIJO: Claro.- Profesor Andreu, respecto a las órdenes en los aparatos organizados de poder de iure, usted ha referido que no tienen que ser por escrito; le pregunto, ¿En la experiencia de la jurisprudencia internacional, esto significa que las órdenes no tienen un elemento formal? DIJO: Lo que ha existido es que la realidad enseña, incluso en los aparatos organizados de poder legales y de iure, incluso hay forma de ordenes que nunca son escritas, son explícitas, son tácitas, así que la jurisprudencia tiene que lidiar con esa realidad, que lo requiera o no el sistema de iure propio a cada institución y que se haga o no se haga, no es relevante para el Derecho Internacional, lo relevante es la realidad fáctica de los hechos del crimen, las relaciones causales, las inferencias que se puedan, las responsabilidades y los elementos de prueba que puedan mostrar esto.- Profesor, estoy tratando de diferenciar en su ilustración, si el tema de prescindir de lo escrito es por un problema de probanza, porque usted habló de dos temas, habló que la escritura no era constitutiva de la orden; y luego habló que no era necesario para probar; y dijo usted correctamente que ahí se trabaja con prueba indiciaria, no con inferencia, inferencia es una parte de la prueba indiciaria; entonces mi pregunta concreta es no a lo escrito, porque la forma puede ser forma oral o puede ser forma escrita o por señal, etcétera, le pregunto, ¿En la jurisprudencia internacional, en la Junta Militar Argentina por ejemplo para ir a un caso concreto, no se determinó que las órdenes tenían que realizarse cumpliendo alguna formalidad, o sea que las órdenes que ponen en funcionamiento las organizaciones criminales, no existen formas - no digo escritas - no existen formas, eso ha determinado la jurisprudencia? DIJO: La jurisprudencia no requiere que la orden sea dada de tal o equis forma, lo que importa es mostrar que se dio la orden.- Pero profesor, lo que le pregunto es lo que

se ha determinado cuando han trabajado los casos argentinos, yugoslavos o Ruanda, ¿Se ha determinado que esos aparatos organizados de poder, las órdenes se daban a través de un mecanismo, de alguna formalidad? DIJO: Depende de los casos, hay casos en los que se ha logrado demostrar o que la metodología de dar órdenes era a través de tal o cual sistema, las órdenes varían en cada sistema, en cada aparato de poder.- ¿Pero existía un sistema? DIJO: Existe un sistema o existen otros sistemas que podría ser para nosotros no sistemas, por ejemplo la orden tácita, la aquiescencia; donde en ciertas culturas, por ejemplo en Ruanda había cierto código de lenguaje gestual, que era para pedir la venia, para cometer un crimen y otro para decir afirmarlo o negarlo, sin comunicación incluso verbal; y esto a través de testimonios se reconstruía, y permitía por tanto, convalidar la existencia de una orden.- Pero profesor, por ejemplo en el caso de Ruanda, la formalidad eran los símbolos o las señales, ¿Correcto? DIJO: La modalidad, pueden haber sistemas complejos y mixtos.- Por eso profesor, vamos a ir por cada caso, si usted me permite, para que usted nos ilustre, y aprovechamos en ver la mayor cantidad de formalidades o de sistemas que existían, y ver alguno que pueda ser aplicado al Perú; entonces en Ruanda lo que ha determinado la jurisprudencia internacional es que el mecanismo era a través de señales, tanto para emitir como para recibir las órdenes, ¿Es así? DIJO: En casos específicos, en otros casos existen otro tipo; existían por ejemplo acuerdos previos, existían por ejemplo, se consideró suficiente la presencia en ciertos sitios del imputado, donde se sabía que en ese sitio, por otros elementos, se había tomado decisión.- ¿O sea que la presencia del líder era otra modalidad? DIJO: Es un elemento, no son modalidades, habría que diferenciar lo que es un elemento para construir, reconstruir que hubo o no hubo orden, que hubo o no hubo impartición de directivas, otra cosa es que eso sea en sí mismo una orden.- Profesor, permítame explicarme, no estoy preguntándole sobre temas de Derecho Procesal y qué indicios se utilizó para probar que existieron órdenes, lo que estoy preguntándole es desde un punto de vista de derecho sustantivo, o sea ¿Qué requisitos, qué formas tenían esas órdenes en los aparatos organizados de poder, que usted haya podido apreciar a través de su estudio de jurisprudencia internacional? DIJO: Como le digo son muy variados, son terriblemente variados, pueden ir desde un clasificado de prensa hasta un gesto; el tema es cómo funciona la transmisión de órdenes y cómo se interpretan las órdenes en cada, y cada eso depende de la especificidad de cada experiencia histórica y puntual.- Profesor, como ese es un tema, discúlpeme que le insista, un tema muy importante como habrá visto en el interrogatorio que le han hecho sobre el tema de la orden, y han reducido orden no escrita, entonces no tiene forma, yo quisiera

trabajar algunos ejemplos más que usted nos podría ilustrar; nos ha hablado de señales, nos ha hablado de usted de avisos codificados en la prensa, ¿Qué otros ejemplos de forma se ha seguido en la jurisprudencia internacional para establecer las órdenes? DIJO: De lo que se ha visto de la realidad no es que la jurisprudencia dictamine "esto es la prueba", sino que se ha confrontado con la realidad de las muchas formas de dar órdenes, por ejemplo una señal gestual, luces, el mismo silencio pactado previamente, hay muchas formas; podría hacer un lista detalladísima que es irrelevante.- Profesor Andréu, con cinco o diez ejemplos me quedo satisfecho.- DIJO: Es irrelevante porque cada uno tiene valoración del contexto que se da.- Profesor, con todo respeto, si el irrelevante el señor Presidente del Tribunal determinará, eso lo estimará inicialmente la defensa y luego el Tribunal, no el señor perito; entonces le suplicaría unos cinco o diez ejemplos si es que existen por cierto, si son menos, entonces menos.- DIJO: Esas son pruebas diferentes de la orden, pero también hay otra forma de probar la orden.- Le vuelvo a insistir profesor, disculpe no le estoy preguntando.- DIJO: No estoy diciendo materia probatoria sino materia sustancial, por ejemplo se infiere que existió orden cuando ha habido asistencia de la persona encargada o imputada por autoría mediata, a reuniones donde se tiene información de que se hablaron detalles o se prepararon el crimen, cuando además por ejemplo esa situación ha sido acompañada con una labor de instigamiento a la comisión de sus crímenes o de criminalización o victimización de las personas que van a ser objeto del crimen, permite inferir la existencia de órdenes, cuando por medios operandi, solamente esto podría haberse hecho con la ayuda, con el asesoramiento, con la prestación de cierta logística y material a los perpetradores que sólo lo podría hacer quien se considera el autor o se le imputa el título de autor mediato, cuando se logre identificar que había un designio criminal, que había una seria aliento a la comisión de sus crímenes, en discursos, pero que está unido a una pertenencia al mismo tiempo de la misma y el control del aparato de poder organizado que después comete el crimen, permiten inferir la existencia de orden aunque no se han podido probar la existencia fáctica en un papel, hay diferentes modalidades como le digo, son muchas las formas y que depende mucho de cada contexto y de cada caso, y los contextos son muy diferentes, va entre la cultura criminal de Ruanda, la de Haití, la de Sierra Leona, la de Yugoslavia incluso.- Profesor, para terminar con este tema y en Argentina ¿Cuál fue el mecanismo que siguió el aparato de poder en Argentina - que es nuestra experiencia más cercana - para la dación de y transmisión de la órdenes? DIJO: En el caso argentino mucho se dio por órdenes escritas, y muchas órdenes fueron destruidas después que la Junta Militar pactó su

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

regresó la democracia, pero muchas de esas órdenes también vinieron en otras formas, sobre todo en los órganos de tarea, digamos órganos encubierto de tareas especiales que estaban altamente ligados a la ESME, Escuela Superior, y no existiendo muchos archivos pues han sido destruidos, la Fiscalía y la Cámara tienen que ver cuáles son las técnicas de las cuales se pueden inferir la existencia de órdenes, como el control efectivo, como la puesta a disposición de recursos, como el discurso de criminalización, etcétera; muchos de los que he referido antes.- Profesor Andréu, usted señaló un ejemplo que efectivamente se da en Japón, cuando se condena al Ministro de Relaciones Exteriores porque se atribuía que él no había cumplido con su deber de garante, respecto al tratamiento que se le había dado a los prisioneros norteamericanos o aliados en ese momento, ¿Recuerda usted que en esa sentencia hubo un voto singular, donde justamente se señalaba que ese ámbito de competencia no le debía corresponder al Ministro de Relaciones Exteriores, sino al Ministro de Defensa, lo recuerda? DIJO: Sí, perfectamente.- Señor Andréu, entonces a partir de ahí quisiera formularle la siguiente pregunta; usted nos estableció un ejemplo en el caso yugoslavo, donde el Presidente de la República da una directiva, usted ha diferenciado órdenes.- **En este acto interviene el señor Director de Debates:** Abogado, estábamos en el caso de Japón, usted ha planteado una pregunta al respecto.- **Precisando el abogado interviniente:** Gracias señor Presidente, tiene usted razón.- **Prosiguiendo su interrogatorio el abogado defensor del acusado:** Profesor, los ámbitos de competencia que corresponden a quien tiene el poder, incluso para el tema de la responsabilidad del superior, ¿Son ámbitos de competencia específicos o son ámbitos de competencia genéricos?, por ejemplo en otras palabras, desde el punto de vista de iure, ¿Qué me da la potestad del control, acaso un deber de función de control específico, o un deber de función de control genérico en el caso de aparatos organizados del poder, de iure por cierto, no de facto, qué es lo que ha determinado la jurisprudencia en ese sentido? DIJO: Cuando se mira desde la perspectiva de la autoría mediata, ese no es un elemento que entra en consideración de mirar; el problema es factual, es determinar en cada caso factualmente cual era el control que ejercía, y esto depende de muchos elementos, la posición en la cadena, su grado de capacidad de influenciar, de dar ordenes, etcétera, etcétera; en el tema de la responsabilidad que es muy similar pero un poco distinto del superior jerárquico, sí hay una diferencia que no es sin importancia sobre el tipo de función no formal, sino real, por eso se habla de la capacidad material que hay entre un comandante militar y un civil, mientras que en el caso del comandante militar, cuando se habla de comandante militar superior dentro de una estructura militar, policial o

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

paramilitar digamos de estructura propiamente dicha, se considera que tiene *per se* una obligación de control y que *per se* habría una presunción, no absoluta pero una presunción, que debe hacer un control efectivo y que tiene la capacidad de prevenir, hacer cesar, castigar, que la acción de castigar puede cambiar según las modalidades; por ejemplo en el sistema nacional donde se conoce la figura juez comandante en el juicio penal militar, pues el comandante es el juez, tiene la capacidad de castigar, entonces donde no exista esa figura sino Tribunales por fuera, el deber de castigar es remitir a las autoridades y hacer una investigación; en los casos de los civiles no se presume necesariamente esto, pero con cuidado, no aquellos civiles que desempeñan funciones en la línea, en el cuadro estructural de organizaciones que están por fuera, que es el caso del señor Hiroito, el funcionario japonés, donde después se revisó y se incluyó un estándar muy restrictivo para bien, que es el que ha desarrollado la jurisprudencia, donde dice que el deber no es el mismo, que hay que demostrar el deber y hasta donde va, y se ha aplicado para casos de civiles que están implicados, sobre todo en el caso de Ruanda que han sido alcaldes, lo que se llama burgomaestres, que no es lo mismo; en el caso de quienes fungen funciones de comandantes, sean civiles o militares ya sea de iure o de facto, se aplica el estándar más amplio, esto porque se considera que la condición de control efectivo es una calidad que está agregada a la calida del superior.- Para precisar profesor, entonces en el caso de un funcionario público, ¿Entonces si se tiene que diferenciar si el ámbito de función corresponde al de un deber específico o al de un deber genérico? DIJO: Hay que mirar en cada caso cuáles son los poderes que están instituidos de cada uno, o sea lo que se plantea desde un punto de vista, y sobre todo el gran desarrollo que ha tenido el principio, aplicable parcialmente sobre el principio del superior jerárquico, es que lo que importa materialmente cuál es su poder, iure o no, en realidad cuál es, y es lo que permite tener el control; en la teoría de la autoría mediata también se mira cuál es la realidad del poder que tiene, no en el criterio formal, hay en algunos sistemas de aparatos de poder de iure, en que de iure la capacidad era limitada de control, pero en realidad la de facto era inmensa, y eso es lo que viene a tenerse en cuenta, o sea cuál es la capacidad real, efectiva, material porque es donde se pide la exigibilidad de la conducta esperada.- Digame profesor Andreu, en el caso de los líderes civiles, aunque estas teorías mucho han trabajado como usted ha referido experiencias de líderes militares, de funcionarios militares; usted nos ponía el ejemplo de Yugoslavia donde el Presidente da una directiva en virtud de la cual él dispone que tiene que hacerse una profilaxis racial de los territorios de la ex Yugoslavia y se genera toda esta matanza que tanto conmocionó al mundo en su momento, la

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

pregunta concreta es, ¿Qué criterios ha establecido la jurisprudencia internacional para determinar que un líder civil tiene el dominio de la organización, y por tanto la capacidad de ordenar, de controlar? DIJO: Todo esto se ha mirado caso por caso.- ¿Tiene ejemplos de criterios que se hayan utilizado? DIJO: Fundamentalmente se refiere a la capacidad de ordenar y hacer ordenar, de mantener un criterio en el proceso de toma de decisiones, de ser parte en el proceso de decisiones, de control, de funcionamiento del aparato, lo que se llama, y eso es muy interesante, el simil que hay, porque es casi la misma situación fáctica la de la teoría del control efectivo para efecto del Principio de Responsabilidad del inferior, es el hecho de tener poder de facto o de Jure, de hacer, de dar orden, de hacer cumplir órdenes, de promover o de ascender personal bajo sus órdenes, de investigar o de tomar acciones para controlarlos, todo eso es lo que determina ese tipo de relaciones, y el control sobre el aparato, y hay que mirarlo caso por caso, cada caso es distinto; por ejemplo en el caso tanto de Martić como el caso Milosevic, el Tribunal ha considerado que por ejemplo la permanente reunión, las permanentes reuniones con el Estado Mayor, en la que esas personas del estado mayor estuvieron comprometidas en estos crímenes, en un tiempo en que se supone se estaban preparando, se ha podido probar que se estaban preparando esos crímenes, las voces de aliento en eventos públicos, la presencia de ambos alientos públicos respaldando a esas fuerzas que iban a cometer esos crímenes, además la existencia de información internacional de público dominio, incluso a través de previo requerimientos de agentes del Estado y otros Estados pidiendo intervenir, permitían deducir que habían una información y un control de la cadena de mando, mas aun en el caso de Milosevic, el hecho que quien daba los recursos financieros, quien aprobaba los recursos financieros, los traslados de personales que fueron necesarios para cometer una serie de crímenes, dependían de él directamente; por ejemplo, o dependían de una persona bajo su dirección, de su orden; y se probaba que sólo obedecía a sus directas órdenes; hay diferentes criterios, hay que mirar caso por caso.- Profesor, ¿En el caso de los líderes civiles la experiencia internacional ha determinado que para tener este dominio de organización tenían que dar como usted a diferenciado u órdenes o directivas? usted hace un momento diferenció entre órdenes y directivas.- DIJO: No, es una forma de responsabilidad, o sea para tener este dominio de la organización, uno de los criterios para evaluar si existe su capacidad, o hasta dónde llega su capacidad de órdenes y directivas, capacidad también de pedir cuentas a quines están ahí; también una capacidad de impedir, hay diferentes criterios depende de cada situación peculiar.- ¿Capacidad de ordenar ya sea material o de iure, o capacidad de controlar ya sea material o de Jure? DIJO: Siempre material, que sea

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

iure o de facto es distinto, pero siempre material.- ¿Lo cual supondría que si de iure tenía la función de control y de facto no la ejercía de modo alguno porque le correspondía a otra persona? DIJO: No he visto casos de ese tipo en la jurisprudencia, lo que he visto es que no le tengan de iure y se la tribuyen de facto.- ¿No al revés? DIJO: No al revés.- Profesor Andreu, dos preguntas más y concluyo; ¿En estas experiencias que ha trabajado la jurisprudencia internacional ha podido determinar que los aparatos organizados de poder, por ejemplo junto a esta política de profilaxis de destrucción de una determinada población, a la vez realicen políticas a favor de esa misma población, por ejemplo en Ruanda, en Yugoslavia o en Sierra Leona? DIJO: Doctor, ¿a favor de la misma población victimizadas o de la población en general?.- Profesor, me refiero a las victimizadas.- DIJO: Si hemos encontrado cosas bastantes esquizofrenias, eso es una realidad, la explicación humana desborda el entendimiento, pero en particular en Ruanda, sobre todo con lo que se llamó un sector muy victimizado durante el genocidio, que fue lo que se llaman los hutus moderados, o seas aquellos hutus que no hacían parte del plan del Presidente sino que eran más bien de la oposición, y que fueron victimizadas tal vez más que los tutsis, habían medidas aparentemente que tomadas por el gobierno o hutus genocidario, el responsable del genocidio, que daba a entender que era de promoción y favorecimiento de la población, y al mismo tiempo existían esos aparatos organizados de poder.- ¿Cuáles por ejemplo? DIJO: Los interahamwes que bajo órdenes presidenciales se sabe ya a esta altura de todas las investigaciones, que el millón y medio de machetes fueron comprados con fondos presidenciales a la Republica de China por ejemplo, se sabe una serie de cosas que no eran actos aislados.- Profesor, esa era la medida negativa, ¿Y la positiva? DIJO: Positiva había una serie de medidas supuestamente para favorecer el multipartidismo, era hasta hace poco un Estado con partido único, claro que los únicos que podían hacer oposición eran solamente los hutus moderados, pero había la adopción y la ratificación de ciertos instrumentos internacionales, la creación de ciertas instancias que favorecían supuestamente los derechos humanos para los del país etcétera; todas estas medidas que pueden existir y son muy buenas, en ningún lado ha sido retenido como un elemento que exonera responsabilidad ni a los ejecutantes ni a los responsables.- Profesor, obviamente que no los van a exonerar por eso; le pregunto, ¿La jurisprudencia internacional ha visto que funcionaban esas dos mecanismos, por ejemplo la medida negativa de comprar los machetes para cortarle la mano a los niños, y a su vez respetar los derechos humanos de la comunidad hutu moderada? DIJO: Digamos que la comunidad internacional, o sea los Tribunales miran el crimen, qué fue el crimen; es muy difícil que frente al

YANET CARAZAS GARAY
Secretaría
Salá Penal Especial de la Corte Suprema

crimen que se pueda invocar cosas como "yo creé una comisión parlamentaria de investigación, yo creé, yo ratifiqué el pacto".- ¿Eso no lo han examinado? DIJO: No, eso no tiene que ver con la responsabilidad penal individual, eso es política de estado que es otra cosa.- ¿Pero como prueba de contra indicio no ha visto usted que haya trabajado? DIJO: No es indicio la materialidad del delito, o sea que uno puede hacer un genocidio y ratificar todos los pactos; hay demasiadas experiencias en el mundo y países que han ratificado todos los instrumentos internacionales y a pesar de esos se comenten barbaridades, son dos dimensiones distintas.- Señor Andreu, como usted ha referido que se trabaja fundamentalmente con prueba indiciaria, lo cual es cierto, ¿Ha visto usted que se haya trabajado en la jurisprudencia internacional de derecho penal, tanto prueba indiciaria y si haya también trabajado los temas de los contra indicios? DIJO: Claro, no solamente eso, sino que toda evidencia, todo indicio que se alegue, que incluso la Fiscalía debe alegar y que suena a favor, a descargo del acusado debe ser dado.- ¿Podría señalarme un ejemplo? DIJO: Hay un caso muy reciente que es el caso de la Corte Penal Internacional donde tuvo que anular una parte del indicio, se me olvida del número del caso, pero es el caso de Sudán, de hace dos o tres meses; en el cual si la Fiscalía tiene la obligación de dar a conocer, no instruir, a cargo y descargo, pero si en su investigación encuentra evidencia que aporta al proceso, de descargo, esa evidencia tiene que ir a todas las partes, esto por el principio de igualdad de armas, si ha habido obviamente, incluso más aun, usted sabrá que en todos los Tribunales Internacionales, como la Corte Penal Internacional, hay una sección muy fuerte creada de defensoría pública para asistir, y muchas veces en el caso sobre todo de Ruanda, quienes asumen la defensa son los abogados pagados por el mismo Tribunal que hacen una labor excelente, con todos los medios necesarios para ello.- Profesor Andreu, con relación a que también responda el individuo dolosamente por lo que debía conocer la jurisprudencia internacional, ¿Qué argumento a desarrollado para establecer que el deber conocer constituya también una forma de actuación dolosa? DIJO: No es el deber conocer la actuación dolosa, el deber conocer.- ¿O es criterio de imputación de conocimiento? DIJO: Es parte y criterio de imputación, digamos lo que permite sacar el tema de la intencionalidad, y ni siquiera la intencionalidad sino el carácter punitivo; tratándose de la posición de garante se requiere obviamente si conoció o debía conocer por su posición de garante, y hay criterios.- Claro profesor, debía conocer como criterio de atribución de conocimiento.- DIJO: Como criterio que permite inferir una responsabilidad, una imputabilidad.- Profesor, una última pregunta, se discute también el número de los hombres instrumentos, de los hombres fungibles, ¿Qué es lo que ha trabajado la

jurisprudencia internacional en cuanto al número, al factor cuantitativo en el tema de estos hombres instrumentos que integran una organización criminal? DIJO: En absolutamente nada, eso es un tema irrelevante, que hayan sido uno, cien o doscientos poco importa, imagínese usted por ejemplo un crimen de genocidio como el de Ruanda cometido en un mes, donde murieron un millón y medio de personas, es obvio que no lo van a hacer ni tres ni cuatro personas; o sea que eso implica una masa de victimarios inmensa, los crímenes de lesa humanidad generalmente, por ejemplo los crímenes de guerra cometidos en Yugoslavia, por ejemplo los hechos por los cuales ha sido condenado últimamente uno de los victimarios, son siete mil personas; y él contribuyó aparte; así que esa parte no es importante, lo importante es ver su posición en el iter criminis; y con relación al fenómeno criminal; eso es lo que se envía, se supone que entre más gente implicada, más sofisticada, más estructural la organización y muchas veces más difícil de reconstruir el iter criminis, porque son clandestinas, porque son compartimentalizadas, porque son operaciones secretas, porque hay falsos nombres, etcétera.- ¿Se ha trabajado un número mínimo? DIJO: No.- ¿Recuerda usted alguna jurisprudencia donde se haya trabajado con un número mínimo? DIJO: No, no en mi conocimiento.- Con lo que concluyó.- =====

Acto seguido los señores miembros del Tribunal refieren no formular pregunta alguna al señor perito.-----

Seguidamente el señor Director de Debates da por concluida la declaración del señor Federico Andrés Andreu Guzmán, a quien se agradece su concurrencia y se invita a retirarse.- Acto seguido el señor Presidente manifiesta: El próximo perito experto es el doctor Martín Pallín, quien está citado para este día miércoles; además hemos recibido una comunicación de la Dirección Nacional de Operaciones Especiales, en cuya sede nos encontramos, por la cual nos comunican que el día viernes veintinueve de agosto próximo van a tener una ceremonia oficial con motivo de su aniversario de creación, y por tanto nos piden si es posible que no se realice sesión de audiencia en dicha fecha; nosotros ya habíamos planificado que para el día miércoles se culmine, creo que es posible en vista de lo que ha pasado hoy día, la intervención del doctor Martín Pallín; y el próximo perito extranjero está citado para el día lunes, por consiguiente, en principio no hay ninguna posibilidad que este viernes tengamos actividad judicial; en todo caso por medio de esta línea expresamos nuestro reconocimiento y nuestro saludo institucional a la Dirección de Operaciones Especiales de la Policía Nacional del Perú; por otro lado para el día de hoy ya se había anunciado la posibilidad de discutir las reglas de prueba de lectura de piezas; en tal sentido consulto a las partes si continuamos con el debate de las

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

reglas de prueba, frente a lo cual **el señor representante del Ministerio Público** solicita se postergue el debate para el día miércoles de la siguiente semana, motivo por el cual el Tribunal luego de consultar a las señoras abogados representantes de la parte civil como del acusado si se oponen a la petición formulada manifestaron que no; se dispuso suspender la sesión para el próximo día miércoles tres de setiembre del año en curso a las nueve de la mañana, data en la cual se realizará la citada discusión además de contarse con la concurrencia del señor **perito, Magistrado José Antonio Martín Pallín.- Con lo que concluyó.- Doy fe.- ==**

San Martín


YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema