

THE GEORGE
WASHINGTON
UNIVERSITY
LAW SCHOOL
WASHINGTON DC

INFORME EN DERECHO:

***LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL PROCESO PENAL CONTRA EL EX
PRESIDENTE ALBERTO FUJIMORI POR LOS CRÍMENES
DE BARRIOS ALTOS Y LA CANTUTA***

[Expediente acumulado AV-19-2001 (Lima)]

*Informe elaborado por
La Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la
Universidad George Washington (EE.UU.)
para ser presentado a la Corte Suprema de Perú
en nombre de 13 profesores estadounidenses de derecho*

Clínica Jurídica de Derechos Humanos
Facultad de Derecho, Universidad George Washington
2000 H Street, N.W.
Washington, DC 20052, EE.UU.
Tel. (202) 994-5794
Fax (202) 994-4946
acarrillo@law.gwu.edu

JUNIO 2008

Introducción y Resumen Ejecutivo	3
PRIMERA PARTE: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LOS CRÍMENES DE <i>BARRIOS ALTOS</i> Y <i>LA CANTUTA</i>	7
1. La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta.....	8
1.1 Marco legal general.....	8
1.2 Marco legal específico.....	14
1.3 Análisis.....	15
2. La utilización del derecho internacional por parte de los tribunales penales internos en el marco de los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta.....	19
2.1 Demarcación del tema.....	19
2.2 La recepción del derecho internacional en el derecho peruano.....	22
2.3 La jerarquía del derecho internacional en el derecho peruano	24
2.4 Conclusión	27
SEGUNDA PARTE: LAS TEORÍAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR Y LA EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.....	29
3. La responsabilidad del superior	29
3.1 La teoría de la responsabilidad del superior en el derecho penal internacional	30
3.2 La relación de control efectivo entre superior y subordinado	30
3.3 Conocimiento real o imputable del superior de que sus subordinados cometieron, estaban cometiendo o iban a cometer un crimen	36
3.4 Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias y razonables para prevenir, detener o sancionar un crimen	40
4. La empresa criminal conjunta (ECC).....	45

4.1 La teoría de la ECC en el derecho penal internacional.....	46
TERCERA PARTE: CONSIDERACIONES TÉCNICAS RELACIONADAS CON EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL, LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR Y LA ECC.....	54
5. Aplicación de la responsabilidad penal internacional a ex jefes de estado.....	54
6. Estándares de prueba y otras cuestiones en el derecho penal internacional	55
6.1 Garantías de debido proceso	55
6.2 Probando la mens rea	56
7. Conclusión.....	58
ANEXO: Profesores de Derecho de los Estados Unidos que Suscriben este Informe	61

INTRODUCCIÓN Y RESUMEN EJECUTIVO

El 21 de septiembre de 2007 la Corte Suprema de Chile concedió al Estado peruano la extradición del ex presidente Alberto Fujimori, *inter alia*, por los crímenes de *Barrios Altos* y *La Cantuta*, en los términos siguientes:

7. Por el caso “Barrios Altos” y “La Cantuta”, únicamente por los hechos punibles descritos en los artículos 108 y 121 del Código Penal del Perú en relación con los artículos 391 y 397 del Código Penal chileno, respectivamente, de acuerdo a los hechos descritos en el considerando nonagésimo tercero;¹

Los artículos 108 y 121 del Código Penal peruano se refieren a los delitos de homicidio calificado – asesinato y lesiones graves.²

¹ CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol 3744-2007. Alberto Fujimori Fujimori (Extradición). Sentencia del 21 de septiembre de 2007.

El considerando nonagésimo tercero señala que:

“Que, con el mérito de los elementos probatorios reseñados precedentemente, los que constituyen indicios suficientes para estimar que se encuentran comprobados los siguientes hechos:

a) Que, el 3 de noviembre de 1991, los integrantes del denominado Grupo Colina, portando pistolas y ametralladoras con silenciadores, ingresaron violentamente en el inmueble ubicado en Jirón Huanta N° 840 del Distrito de Barrios Altos, donde un grupo de personas, identificadas como presuntos terroristas, realizaban una actividad social destinada a recaudar fondos para la reparación de sus viviendas; ocasión en la que, después de obligar a los asistentes a echarse en el piso, los miembros del grupo individualizado, dispararon contra ellos, ejecutando arbitrariamente a 15 personas y dejando gravemente heridas a otras cuatro y;

b) Que el mismo Grupo Colina, el 18 de julio de 1992, realizó un operativo antiterrorista que se llevó a cabo en la Universidad Enrique Guzmán Valle (La Cantuta). Se señala que en este operativo intervinieron diversas unidades del Ejército, miembros de SIE e integrantes del Grupo Colina, quienes en horas de la madrugada ingresaron a dicho establecimiento, procediendo a ubicar y detener en forma arbitraria a nueve estudiantes y un profesor. Luego de ser torturados, los detenidos fueron conducidos a la Escuela de Comandos del Ejército, lugar donde no se les recibió por presentar evidencias de haber sido golpeados; por lo que en su lugar se les trasladó al campo de tiro de Huachipa, donde serían ejecutados y enterrados. Se especifica que los estudiantes y el profesor fueron asesinados con disparos de arma de fuego en la cabeza y en la nuca y que posteriormente, parte de los restos fueron incinerados para evitar su identificación y trasladados en cajas de cartón al distrito de Cieneguilla, lugar en que fueron nuevamente enterrados clandestinamente;”

² Los artículos 108 y 121 del Código Penal peruano señalan lo siguiente:

Resulta por ello pertinente poner en contexto estos hechos y recordar que lo que hoy se ventila en la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la Nación contra el ex presidente Alberto Fujimori fue calificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte Interamericana”), hablando en el caso *La Cantuta*, de la siguiente manera:

Los hechos del presente caso revisten una particular gravedad por el contexto histórico en que ocurrieron: un contexto de práctica sistemática de detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, perpetrada por las fuerzas de seguridad e inteligencia estatales, cuyas características y dinámica han sido esbozadas en los hechos probados. Es decir, los graves hechos se enmarcan en el carácter sistemático de la represión a que fueron sometidos determinados sectores de la población designados como subversivos o de alguna manera contrarios u opositores al gobierno, con pleno conocimiento e incluso órdenes de los más altos mandos de las fuerzas armadas, de los servicios de inteligencia y del poder ejecutivo de ese entonces, mediante las estructuras de seguridad estatales, las operaciones del denominado “Grupo Colina” y el contexto de impunidad que favorecía esas violaciones.

Artículo 108.- Homicidio calificado - Asesinato

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

- 1.- Por ferocidad, por lucro o por placer;
- 2.- Para facilitar u ocultar otro delito;
- 3.- Con gran crueldad o alevosía;
- 4.- Por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas

Artículo 121.- Lesiones graves

El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves:

1. Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima.
2. Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente.
3. Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y si el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

La particular gravedad de los hechos se revela en la existencia de toda una estructura de poder organizado y de procedimientos codificados mediante los cuales operaba la práctica de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. Estos no constituían hechos aislados o esporádicos, sino que llegaron a configurar un patrón de conducta durante la época en que ocurrieron los hechos, como método de eliminación de miembros o sospechosos de pertenecer a organizaciones subversivas, empleada en forma sistemática y generalizada por agentes estatales, la mayoría de las veces por miembros de las Fuerzas Armadas. [...]

Los hechos de este caso han sido calificados por la CVR, órganos judiciales internos y por la representación del Estado ante este Tribunal, como “*crímenes internacionales*” y “*crímenes de lesa humanidad*” [...]. La ejecución extrajudicial y [o] desaparición forzada de las presuntas víctimas fueron perpetradas en un contexto de ataque generalizado y sistemático contra sectores de la población civil.

Basta señalar [...] que la Corte considera reconocido y probado que la planeación y ejecución de la detención y posteriores actos crueles, inhumanos y degradantes y ejecución extrajudicial o desaparición forzada de las presuntas víctimas, realizadas en forma coordinada y encubierta por miembros de las fuerzas militares y del Grupo Colina, no habrían podido perpetrarse sin el conocimiento y órdenes superiores de las más altas esferas del poder ejecutivo y de las fuerzas militares y de inteligencia de ese entonces, específicamente de las jefaturas de inteligencia y del mismo Presidente de la República.³

El presente informe propone la utilización de dos teorías del derecho penal internacional en el actual proceso penal contra el ex presidente Fujimori por su presunta autoría en los crímenes de *Barrios Altos* y *La Cantuta*. Las teorías a las que hacemos referencia son conocidas como *responsabilidad del superior* y *empresa criminal conjunta*. Estas teorías permiten establecer la responsabilidad penal individual de un jefe militar o líder civil que permitió, facilitó o participó en

³ Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, paras. 81-82, 95-96 (El resaltado es nuestro).

la comisión de crímenes internacionales como desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, aún cuando no existan pruebas directas u oficiales de que diera órdenes para su comisión.

Específicamente, este informe procura que al momento de realizar su análisis el juez penal tome en cuenta diversos aspectos de estas teorías en el marco de la obligación general del Estado peruano de investigar, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos, deber que emana del derecho internacional, y de los mandatos específicos en el mismo sentido de las sentencias de la Corte Interamericana para los casos de *Barrios Altos* y *La Cantuta*. Es decir, se propone que el juez penal tome en cuenta *el carácter integral de las normas jurídicas*, nacionales e internacionales, respecto de los hechos ocurridos en estos casos.

Este informe en derecho ha sido elaborado por la *Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Universidad George Washington*, y suscrito por los doce profesores de derecho en Estados Unidos señalados en el Anexo, con el propósito de ser presentado ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la Nación en el proceso penal contra Alberto Fujimori por los crímenes ocurridos en *Barrios Altos* y *La Cantuta* (expediente acumulado AV-19-2001 (Lima)).

La *Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Universidad George Washington* es una institución académica sin ánimo de lucro que aboga a favor del interés público y el estado de derecho a nivel nacional, regional e internacional (<http://www.law.gwu.edu/ihr>). En la elaboración de este informe se contó además con el apoyo técnico de la *Fundación para el Debido Proceso Legal* (<http://www.dplf.org>), organización no gubernamental también radicada en la ciudad de Washington D.C. en Estados Unidos, dedicada a promover la reforma y modernización de los sistemas nacionales de justicia en el hemisferio occidental, así como la plena implementación de los estándares internacionales en las legislaciones y prácticas estatales.

Este informe tiene tres partes. La primera argumenta que el proceso penal contra el ex presidente Alberto Fujimori es parte de un esquema jurídico de obligatorio cumplimiento para el Estado peruano derivado de las sentencias de la Corte Interamericana en los casos de *Barrios Altos* y *La Cantuta*. Pasando por una rápida revisión de la recepción y jerarquía del derecho internacional en el derecho peruano, esta sección concluye que dada la particular dimensión de los crímenes ocurridos en estos casos, el derecho internacional de los derechos humanos y el

derecho penal internacional se convierten en contextos de ineludible consideración para la investigación, juzgamiento y sanción de estos hechos en los tribunales penales internos.

La segunda parte detalla los orígenes y las características de las teorías de la responsabilidad del superior y la empresa criminal conjunta de acuerdo al derecho de los tratados y la práctica de los tribunales penales internacionales. También pone énfasis en el reconocimiento de estas teorías en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante "CPI"), y del cual el Perú es Estado parte.⁴

La tercera parte se dirige en breve a consideraciones técnicas relacionadas con la aplicación de estas dos teorías. Inicialmente explica cómo el derecho penal internacional ha sido aplicado en los casos referidos a ex jefes de Estado. Luego resume algunos de los estándares probatorios recogidos por el derecho penal internacional, hace una breve referencia a las garantías del debido proceso en el contexto internacional y discute los criterios para la determinación de *mens rea*. Finalmente, explica por qué la responsabilidad del superior y la empresa criminal conjunta son teorías complementarias para la determinación de la responsabilidad penal individual que pueden ser aplicadas por el juez penal en el proceso en curso. Se concluye que, a la luz del derecho internacional penal y teniendo en cuenta el acervo probatorio recogido por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, el ex presidente Alberto Fujimori habría incurrido en la comisión de crímenes internacionales por los cuales también sería penalmente responsable en el derecho interno.

PRIMERA PARTE: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LOS CRÍMENES DE *BARRIOS ALTOS* Y *LA CANTUTA*

⁴ El Perú firmó el Estatuto de Roma el 7 de diciembre de 2000 y depositó su instrumento de ratificación el 10 de noviembre de 2001.

1. La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta

1.1 Marco legal general

Los desarrollos de las últimas décadas en el derecho internacional de los derechos humanos han explicitado la estrecha conexión que existe entre la responsabilidad internacional de los Estados y la responsabilidad penal internacional de los individuos. La coexistencia de estos regímenes, apunta A. A. Cançado Trindade, “está relacionada con la tendencia actual de *criminalización* de las violaciones graves de los derechos humanos así como con la relación entre la responsabilidad de los Estados y la lucha contra la impunidad y los esfuerzos hacia la realización de la justicia”.⁵

⁵ CANÇADO TRINDADE, A. A. International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* (I). General Course on Public International Law. En: Hague Academy of International Law. Recueil des Cours 316 (2005), p. 412 (Traducción no oficial) (El resaltado es nuestro).

Con más amplitud, en su voto razonado en el caso *Goiburú*, A. A. Cançado Trindade afirmó que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional encuentran en los denominados “crímenes contra la humanidad” la evidencia de esta naturaleza conjunta:

Dichos crímenes son perpetrados por individuos pero siguiendo políticas estatales, con la impotencia, o tolerancia, o connivencia, o indiferencia del cuerpo social que nada hace para impedirlos; explícita o implícita, la política de Estado está presente en los crímenes contra la humanidad, inclusive contando con el uso de instituciones, personal y recursos del Estado. No se limitan a una simple acción aislada de individuos alucinados. Son fríamente calculados, planificados y ejecutados.

La tipificación de los crímenes contra la humanidad es una gran conquista contemporánea, abarcando en mi entender no sólo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también el Derecho Penal Internacional, al reflejar la condenación universal de violaciones graves y sistemáticas de derechos fundamentales e inderogables, o sea, de violaciones del *jus cogens* [...]. La configuración de los crímenes contra la humanidad es, a mi juicio, una manifestación más de la *conciencia jurídica universal*, de su pronta reacción contra crímenes que afectan la humanidad como un todo.

[En] [l]os crímenes contra la humanidad [se sitúa] la confluencia entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Revestidos de particular *gravedad*, en sus orígenes estuvieron los crímenes contra la humanidad vinculados a conflictos armados, pero hoy día se admite, en una perspectiva humanista, que tienen incidencia en el dominio también del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (v.g., en casos sistemáticos de tortura y humillación de las víctimas), denegatorios que son de la humanidad en general, al buscar deshumanizar sus víctimas. Los crímenes contra la humanidad tiene un carácter masivo y sistemático, son organizados y planificados como política criminal estatal, - tal como [han sido] conceptualizados en su jurisprudencia por los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia y Ruanda, - son verdaderos crímenes de Estado.

La complementariedad entre los regímenes el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional se manifiesta fundamentalmente en la articulación de mecanismos de lucha contra la impunidad⁶ respecto de las violaciones graves a los derechos humanos.⁷ La creación de mecanismos de lucha contra la impunidad respecto de las violaciones graves a los derechos humanos, afirma Kai Ambos, “pone en evidencia la tendencia general del derecho internacional vigente, apartándose de un sistema normativo centrado en el Estado hacia un sistema orientado por el beneficio de la humanidad en su totalidad que protege ciertos bienes jurídicos, incluso con medidas penales”.⁸

En efecto, el fin último del derecho penal internacional es “acabar con la impunidad y remitir a los autores de graves violaciones de los derechos humanos a la persecución penal”, es decir,

Organizados y planificados por el Estado, en sus más altos escalones, los crímenes de Estado son ejecutados por muchos individuos en cumplimiento de una política criminal del Estado en cuestión, constituyendo verdaderos crímenes de Estado, que comprometen de inmediato la responsabilidad internacional tanto del Estado en cuestión (en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos) como [la] de los individuos que los ejecutaron. De ahí la importancia de su prevención, dada su especial gravedad, así como de la garantía de su no-repetición.

Ver: Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, paras 40-43 (Notas omitidas).

⁶ En 2005 la hoy fenecida Comisión de Derechos Humanos de la ONU definió *impunidad* como “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos para la lucha contra la impunidad. 61º periodo de sesiones. E/CN.4/2005/102/Add.1 (8 de febrero de 2005).

⁷ En 2005 la Comisión de Derechos Humanos de la ONU consideró que las *violaciones graves a los derechos humanos* comprenden “aquellas graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977 y otras violaciones del derecho internacional humanitario que constituyen delitos conforme al derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la *tortura*, las *desapariciones forzadas*, la *ejecución extrajudicial* y la *esclavitud*”. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos para la lucha contra la impunidad. 61º periodo de sesiones. E/CN.4/2005/102/Add.1 (8 de febrero de 2005) (El resaltado es nuestro).

⁸ AMBOS, Kai. Deberes de penalización en el caso de graves violaciones a los derechos humanos. En: COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación (2005), p. 229. En el mismo sentido ver: AMBOS, Kai. Derechos humanos y derecho penal internacional. En: Diálogo Político No. 3, Septiembre 2004, pp. 85-115.

“proscribir y castigar los crímenes [contra la humanidad] sin importar sus modalidades de comisión”.⁹ En este mismo sentido, el propio Estatuto de Roma señala en su preámbulo lo siguiente:

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales,¹⁰

La atribución de responsabilidad penal internacional para quienes cometen graves violaciones a la dignidad humana se ha convertido por ello en nuestros días en un mecanismo de protección de los derechos humanos.

La Corte Interamericana ha explicitado esta relación desde su jurisprudencia inicial. Al interpretar el alcance del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹ (en adelante “Convención Americana”) en la sentencia de fondo sobre el caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte Interamericana señaló que:

El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de *investigar seriamente* con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de *identificar a los responsables*, de *imponerles las sanciones pertinentes* y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

⁹ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, 2003, p. 193.

¹⁰ Estatuto de Roma de la CPI, preámbulo, U.N. Doc. 2187 U.N.T.S. 90.

¹¹ El artículo 1.1 de la Convención Americana establece que “[l]os Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

[...]

El Estado está, por otra parte, *obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención*. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede *impune* y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o *impunemente* en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.¹²

Esta obligación general, aplicable en todos los casos de violación de los derechos humanos, tiene particular importancia cuando tales conductas configuran además crímenes de lesa humanidad.¹³ En tales situaciones, los Estados “no pueden sustraerse del deber de investigar,

¹² Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. paras. 174 y 176 (El resaltado es nuestro). La Corte Interamericana indicó además en el párrafo 177 de la sentencia que el Estado debía investigar las violaciones a los derechos humanos encontradas en el caso “con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”.

¹³ Respecto de los crímenes de lesa humanidad, el artículo 7 del Estatuto de Roma establece que:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna”.¹⁴

Recientemente, en su sentencia en el caso *Almonacid Arellano*, la Corte Interamericana reafirmó la existencia de este deber especial señalando que:

La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, *castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales*, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. *Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención* y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.¹⁵

El derecho internacional contemporáneo prevé entonces una obligación de investigar, juzgar y sancionar en el derecho interno las violaciones a los derechos humanos, en especial si

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, para. 114.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, para. 110 (El resaltado es nuestro).

importan crímenes de lesa humanidad como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas.

¿Pero qué implica esta obligación de investigación, juzgamiento y sanción para los Estados en estos casos? La “obligación de penalización” de estas conductas, como la denomina Kai Ambos:

[...] presupone la investigación de los hechos, acusación y condena y concluye con la aplicación de la pena y, en su caso, con el pago de una indemnización a la víctima. El deber de penalización implica, también, para el sujeto obligado jurídicamente –en el derecho internacional, generalmente el Estado- el deber de procurar que se aclaren plenamente esta clase de hechos delictivos. Esto tiene como consecuencia, en principio, que la impunidad normativa o fáctica de tales hechos [es] una violación del derecho [...] internacional. Si bien el derecho penal nacional normalmente tipifica las respectivas conductas, muchas veces falta la efectividad del tipo penal, es decir una sanción. Así, la facultad del derecho nacional de no penalizar actúa como un reflejo del deber internacional de castigar, y se encuentra delimitada por éste. En otras palabras, *la competencia para no penalizar o castigar determinados hechos puede ir sólo hasta donde no se contraría el deber internacional de penalización.*¹⁶

Es éste el mismo sentido de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones de las Naciones Unidas, que señalan que:

En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, *los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la*

¹⁶ AMBOS, Kai. Deberes de penalización en el caso de graves violaciones a los derechos humanos. En: COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación (2005), p. 197 (El resaltado es nuestro).

obligación de castigarlas. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el derecho internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables.¹⁷

1.2 Marco legal específico

La Corte Interamericana reafirmó la existencia de esta obligación en sus sentencias de los casos de *Barrios Altos* y *La Cantuta*, ambas decisiones directamente relacionados con las acusaciones penales materia del proceso que hoy se sigue en contra del ex presidente Alberto Fujimori en la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la Nación por los delitos de homicidio calificado - asesinato y lesiones graves. En 2001, en el caso *Barrios Altos*, la Corte Interamericana ordenó al Estado peruano:

[...] investigar los hechos [ocurridos] para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se [hace] referencia en [la] [s]entencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.¹⁸

En 2006, en el caso *La Cantuta*, el mismo tribunal señaló que el Estado peruano debía:

[...] realizar inmediatamente las debidas diligencias para completar eficazmente y llevar a término, en un plazo razonable, las investigaciones abiertas y los procesos penales incoados en la jurisdicción penal común, así como activar, en su caso, los que sean necesarios, para determinar las correspondientes responsabilidades penales de todos los autores de los hechos cometidos [...]. Con el propósito de juzgar y, en su

¹⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. G.A. Res. 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (16 de diciembre de 2005) (El resaltado es nuestro).

¹⁸ Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, para. 51, punto resolutivo 5.

caso, sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas, el Estado debe continuar adoptando todas las medidas necesarias, de carácter judicial y diplomático, y proseguir impulsando las solicitudes de extradición que correspondan, bajo las normas internas o de derecho internacional pertinentes, en los términos [...] de [esta] [s]entencia.¹⁹

Dado que el artículo 68.1 de la Convención Americana determina claramente que: "[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes", el proceso penal que hoy se sigue contra el ex presidente Alberto Fujimori es en realidad parte del esquema de cumplimiento del Estado peruano de las sentencias de la Corte Interamericana en los casos de *Barrios Altos* y *La Cantuta*, que establecen deberes de investigación, juzgamiento y sanción para los responsables de estos crímenes en el derecho interno.²⁰

En el mismo sentido, el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación hizo referencia a estos crímenes y "[e]xhortó al Poder Judicial a continuar investigando los hechos presentados para determinar las personas responsables y sancionarlas conforme a las normas del derecho interno por las graves violaciones de derechos humanos y otros delitos contra la administración de justicia y poderes del Estado".²¹

1.3 Análisis

¹⁹ Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, para. 254, punto resolutivo 9.

²⁰ El Perú depositó el instrumento de ratificación de la Convención Americana el 28 de julio de 1978 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 21 de enero de 1981. La Corte Interamericana ha ordenado en 17 de sus sentencias ("Loayza Tamayo", "Castillo Páez", "Tribunal Constitucional", "Cesti Hurtado", "Ivcher Bronstein", "Barrios Altos", "Cantoral Benavides", "Durand y Ugarte", "Cinco pensionistas", "Hermanos Gómez Paquiyauri", "De la Cruz Flores", "Huilca Tecse", "Gómez Palomino", "Baldeón García", "Castro Castro", "La Cantuta" y "Cantoral Huamani y García Santa Cruz"), que como una medida de satisfacción y garantía de no repetición el Estado peruano cumpla de manera completa, imparcial, efectiva y pronta con investigar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos allí encontradas.

²¹ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe Final. Tomo VII, Primera parte, Sección tercera, Capítulo 2: Los casos investigados por la CVR, pp. 492-493.

Este informe en derecho propone que los criterios jurídicos que el juez interno utilice al momento de valorar los elementos disponibles para atribuir responsabilidad penal tomen en cuenta *el carácter integral de las normas jurídicas*, nacionales e internacionales, respecto de los hechos ocurridos en *Barrios Altos y La Cantuta*.

Una visión del derecho penal que no tome en cuenta el contexto sistemático normativo de estos crímenes en el ámbito internacional resulta metodológicamente insuficiente. La particular gravedad de estos hechos y su ocurrencia como parte de una práctica estatal sistemática y generalizada de violaciones graves a los derechos humanos, convierten al derecho internacional (y en particular del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional) en contexto de ineludible consideración para el juez en el análisis de la presunta responsabilidad penal del ex presidente Alberto Fujimori como autor de estos crímenes. Tal como señaló el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación:

A partir del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, se estableció un régimen de facto que suspendió la institucionalidad democrática del país, a través de la abierta intervención en el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público y otros órganos constitucionales. Se gobernó por decreto a través del denominado «Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional», que concentró durante un breve lapso las funciones ejecutivas y legislativas del Estado, neutralizando en la práctica el control político y judicial sobre sus actos. A la luz de las más recientes investigaciones judiciales, se puede concluir además que durante ese tiempo se hizo uso de los recursos del Estado *con la finalidad de organizar, adiestrar y emplear grupos operativos encubiertos que tuvieron como finalidad el asesinato, la desaparición y la tortura de personas, todo ello alrededor de la estructura del Servicio de Inteligencia Nacional. Ello es explicado en el caso correspondiente al autodenominado «Grupo Colina».*

[...] en contextos democráticos se produjeron patrones consistentes de violaciones a los derechos humanos cometidos por agentes del Estado. Se ha señalado que estos patrones se verificaron en desapariciones forzadas, torturas, detenciones arbitrarias y

asesinatos. La combinación de democracia constitucional y violaciones a los derechos humanos obliga a un *análisis más detallado* de la relación entre la violación específica y la cadena de mando.²²

Es cierto que los delitos invocados en el presente proceso no coinciden necesariamente en su denominación con las categorías utilizadas en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional para calificar la gravedad de los hechos ocurridos en *Barrios Altos* y *La Cantuta*. Pero desde el propio ámbito penal se justifica que la necesidad social del esclarecimiento e investigación de estos actos no sea equiparada a la de un mero delito común. El artículo I del Título Preliminar del Código Penal –norma que orienta el sentido y la interpretación del conjunto de normas sustantivas y procesales en materia penal en el Perú— establece que la finalidad de la legislación penal es “la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y la sociedad”. Resultaría un contrasentido que en nombre de las disposiciones del mismo Código Penal se impida incorporar en el análisis de las conductas típicas de este proceso el contexto de particular gravedad de estos hechos.

Un análisis de la autoría de los tipos penales de homicidio calificado - asesinato y lesiones graves que no tome en cuenta estos aspectos tampoco responde a los principios básicos de protección de los individuos que inspiran a la Constitución Política de 1993. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado en el caso *Vera Navarrete* que:

La obligación del Estado consiste en el ejercicio de la acción penal correspondiente contra aquellos funcionarios públicos, o cualquier individuo, que sea presuntamente responsable de la violación alegada. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de esta manera vela por la protección de los derechos de las personas, pero simultáneamente *exige la intervención del Derecho Penal contra aquellos que resulten responsables de la infracción.*

[...]

La protección judicial, así entendida, implica una doble dimensión. Por un lado, es consecuencia del derecho de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos a

²² COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe Final. Tomo I, Primera parte, Sección primera, Capítulo 4: La dimensión jurídica de los hechos, pp. 242-243 (El resaltado es nuestro).

alcanzar verdad, justicia y reparación como consecuencia de los hechos sufridos. Por otro lado, conlleva explícitamente la obligación de las autoridades jurisdiccionales de desarrollar los procesos judiciales a su cargo, bajo las estrictas medidas de seguridad, *y determinando las figuras delictivas aplicables a tenor de las disposiciones del Derecho Internacional que resulten aplicables.*²³

El Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación añade que:

Los casos [...] reseñados forman parte de un todo más amplio y complejo que incluye, allí cuando se ha establecido, patrones consistentes de crímenes y violaciones, sistemáticos y generalizados. En tanto tales, cada uno de estos hechos debe ser considerado como un crimen de lesa humanidad a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La judicatura deberá tomar en cuenta los agravantes contemplados en el propio Código Penal, pero incorporando los elementos brindados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. En el primero, deberá interesar al fiscal y al juez considerar los estándares contenidos en los tratados y en la jurisprudencia aplicable. En el segundo, resulta de especial trascendencia considerar si ese delito, además, es o no una grave infracción del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y del resto del cuerpo normativo del Derecho Internacional Humanitario. Sería contrario a las obligaciones del fiscal o del juez descartar un hecho criminoso sólo con el argumento de derecho interno.

En particular, los jueces y fiscales deberían considerar lo establecido en el Estatuto de Roma para interpretar de manera sistemática el contenido típico de las figuras penales, así como las circunstancias en las cuales se cometen.²⁴

²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. No. 2798-04-HC/TC. Gabriel Orlando Vera Navarrete. Sentencia del 9 de diciembre de 2004, paras. 10 y 13 (El resaltado es nuestro).

²⁴ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe Final. Tomo I, Primera parte, Sección primera, Capítulo 4: La dimensión jurídica de los hechos, p. 238 (El resaltado es nuestro).

Por ello, resulta indispensable que el juez penal incorpore estos elementos en su análisis de forma tal que sin desvirtuar el sentido literal de los preceptos penales invocados, su decisión refleje adecuadamente la interacción de los distintos planos normativos en juego en el entendimiento de que las graves violaciones a los derechos humanos cometidas no queden impunes y se dé cumplimiento a lo previsto en las sentencias de la Corte Interamericana en los casos de *Barrios Altos* y *La Cantuta*.

2. La utilización del derecho internacional por parte de los tribunales penales internos en el marco de los crímenes de *Barrios Altos* y *La Cantuta*

2.1 Demarcación del tema

Nada impide en el ordenamiento jurídico peruano que el juez penal analice determinados hechos que importen violaciones a los derechos humanos utilizando normas y principios emanados del derecho internacional.

La Constitución Política de 1993 no prohíbe esta visión, por el contrario, la estimula en el entendimiento de que las nociones del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, como manifestaciones del derecho internacional y de un fenómeno jurídico unitario, enriquecen la comprensión de la gravedad de ciertas conductas y omisiones que por su gravedad no pueden ser eludidas por los tribunales internos. Tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, “lo expuesto, desde luego, no alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una relación de cooperación en la interpretación *pro homine* de los derechos fundamentales”.²⁵

²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. No. 2730-2006-PA/TC. Arturo Carrillo Chirinos. Sentencia del 21 de julio de 2006, para. 15.

En el mismo sentido, Elizabeth Salmón afirma que “[l]a protección jurídica de los derechos de las personas no se agota en la jurisdicción interna o estatal, sino que se complementa, y, ciertamente, *se potencia con las normas de derecho internacional*”.²⁶

Es cierto que el derecho internacional no establece un procedimiento determinado para su incorporación en los ordenamientos estatales o la determinación de su rango en el derecho interno. Sin embargo, los Estados se encuentran imposibilitados de alegar su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones emanadas desde el derecho internacional: su inobservancia genera la responsabilidad internacional del Estado.²⁷ En efecto, tratándose de obligaciones impuestas por el derecho internacional, la Corte Interamericana ha señalado que éstas “deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”.²⁸

Este mismo principio se extiende lógicamente cuando se producen, como en este caso, violaciones de normas imperativas de derecho internacional general o *jus cogens*.²⁹ El reconocimiento por parte de la comunidad internacional de la existencia de normas de *jus cogens*, sostiene Carlos Zelada, pone de manifiesto la existencia de un núcleo intangible o duro al interior de los derechos humanos que se expresa en la prohibición del genocidio, de las ejecuciones extrajudiciales, de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, de la esclavitud y servidumbre, del *apartheid*, entre otros.³⁰ Por ello, en el campo de los derechos

²⁶ SALMÓN, Elizabeth. Los aportes del derecho internacional de los derechos humanos a la protección del ser humano. En: SALMÓN, Elizabeth (coordinadora). *Miradas que construyen: Perspectivas multidisciplinares sobre los derechos humanos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, p. 147.

²⁷ Al respecto, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 señala que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

²⁸ Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, para. 35.

²⁹ De acuerdo al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969: “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es *una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*” (El resaltado es nuestro).

³⁰ ZELADA, Carlos. *Ius cogens* y derechos humanos: Luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos. En: *Agenda Internacional* No. 17 (2002). Lima: Instituto de Estudios Internacionales-PUCP, pp. 129-156.

humanos las normas de *jus cogens* fundamentan la hipótesis de que existe un *mínimo indispensable* inherente a todos los individuos que debe ser respetado bajo cualquier circunstancia y que a su vez genera obligaciones de carácter *irrenunciable, inderogable e intangible* para todos los Estados.³¹

Ahora bien, las constituciones nacionales y la legislación interna cumplen aquí un rol fundamental en la implementación de estas obligaciones. Y aunque las constituciones no son los únicos instrumentos que influyen en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, éstas enuncian principios básicos y directrices para la actividad estatal respecto del ámbito internacional, habilitando además los mecanismos de integración del derecho internacional en el sistema jurídico interno.

Por ello, en esta sección se explica a través del análisis de algunas de las disposiciones constitucionales de la Constitución Política del Perú de 1993, cómo se ha incorporado el derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno y el rango que allí se le asigna. Las conclusiones de este punto son cruciales para desvirtuar la idea de que los tribunales penales internos se encuentran imposibilitados de incorporar en el análisis de los tipos penales de homicidio calificado – asesinato y lesiones graves, los criterios y principios emanados del

De acuerdo al autor, “[e]xiste una amplia coincidencia para considerar a algunos de los derechos humanos como parte del grupo normativo del *ius cogens*. En este grupo se encuentra[n] [aquellas] violaciones ‘especialmente’ odiosas para la comunidad internacional”, y agrega que éstas “corresponden a principios fundamentales de tipo moral e inclusive estructural del orden internacional, [...] cuya protección concierne a todos los Estados [...]. [U]na noción concebida dinámicamente para evolucionar e irse adaptando a las necesidades que progresivamente le vaya exigiendo la comunidad internacional de turno”.

³¹ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe Final. Tomo I, Primera parte, Sección primera, Capítulo 4: La dimensión jurídica de los hechos, p. 207-208. Por otro lado, y en este mismo sentido, en el caso *Barcelona Traction* (1970), la Corte Internacional de Justicia afirmó que “las obligaciones de las cuales se tratan son obligaciones *erga omnes*”, las cuales “proviene[n] por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y de genocidio, pero también de los principios y las reglas sobre los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial. Los derechos de protección correspondientes están integradas al Derecho Internacional general. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. Judgment, I.C.J., Reports 1970, paras. 33-34 (Traducción no oficial).

derecho internacional, en especial del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional.

2.2 La recepción del derecho internacional en el derecho peruano

El artículo 55 de la Constitución Política de 1993 dispone que “[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Si bien el artículo 55 incorpora directamente los tratados celebrados por el Perú en el ordenamiento jurídico interno, éste no se pronuncia acerca de la incorporación de aquellas fuentes del derecho internacional distintas de los tratados celebrados por el Estado peruano.³²

El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional han impulsado el reconocimiento de ciertas conductas como violaciones graves del derecho internacional. Los instrumentos internacionales que prohíben o definen estos crímenes atienden a una finalidad de protección y reconocimiento de los derechos que son vulnerados mediante la comisión de estos actos.

¿Tiene estos derechos un reflejo en el texto constitucional de 1993? Sin duda, en la enumeración de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, psíquica y moral que hace al artículo 2.1 de la Constitución Política de 1993.

Pero no debe perderse de vista que el artículo 3 de la Constitución Política de 1993 establece que “[l]a enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Este artículo reconoce también como “fundamentales” a aquellos derechos que no se encuentran positivamente recogidos en el texto constitucional, abriendo las puertas a la

³² Cabe señalar además que el artículo 3 de la Ley No. 26647 dispone que los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos.

incorporación de aquellos derechos que pueden provenir de distintas categorías normativas reconocidas en el mismo artículo.

El artículo 3 no diferencia en función del origen de estos derechos: pueden quedar incorporados entonces aquellos otros derechos reconocidos en el ámbito internacional. El artículo 3 tampoco exige que estos derechos se encuentren en tratados ratificados por el Perú: pueden estar reconocidos por la costumbre internacional o ser parte del conjunto de principios generales del derecho aceptados por la comunidad internacional.

A través del artículo 3 se dispone la incorporación directa y sin intermediación alguna de las normas del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional. Sostiene en este sentido Marcial Rubio que “la incorporación de contenidos al Derecho interno a través de este artículo es extensiva y no limitativa”.³³

En consecuencia, se puede argumentar que en virtud de los artículos 2 y 3 de la Constitución Política de 1993 se incorporan al derecho peruano las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional.

Esta afirmación se sustenta en cuanto el artículo 3 reconoce derechos “de naturaleza análoga” a los derechos reconocidos en el artículo 2 de la Constitución Política de 1993. Las normas del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional se fundan además en la dignidad del ser humano y el estado democrático de derecho.³⁴

Si estos derechos no se encuentran expresamente enumerados no significa entonces que sean inexistentes. Para su identificación se recurre a esta cláusula abierta que dispone categorías o referentes valorativos como la dignidad de la persona o el estado democrático de derecho. Su listado y tipología cambia en función de la realidad en la oportunidad en que una particular disposición del Código Penal, por ejemplo, se evalúe.

³³ RUBIO, Marcial. La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993. En: COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación (2005), p. 115.

³⁴ Ibid., Loc. Cit.

Se puede sostener por ello que las normas y principios del derecho internacional, en especial las que identifican crímenes o las que definen obligaciones de los Estados con relación a los derechos humanos, forman parte del ordenamiento jurídico peruano, y por ende es necesario que sean tomados en cuenta por los operadores del derecho, en especial por los tribunales internos en el análisis de determinados situaciones y conductas que por su gravedad afecten seriamente los derechos “fundamentales” de los individuos.

2.3 La jerarquía del derecho internacional en el derecho peruano

La Constitución Política de 1993 no se refiere expresamente a la jerarquía de las normas de derecho internacional. Anteriormente, los artículos 101 y 105 de la Constitución de 1979 señalaban la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos.³⁵ Sin embargo, el retiro de estas disposiciones en la Constitución Política de 1993 no ha implicado que se haya rebajado la jerarquía de estas normas. Para determinar la jerarquía de las normas de derecho internacional en el ordenamiento jurídico peruano es necesario hacer un análisis conjunto del artículo 57, la Cuarta Disposición Final y Transitoria y el artículo 3 de la Constitución Política de 1993.

El artículo 57 indica, en la parte pertinente, que: “Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”. Este artículo establece un procedimiento para la aprobación de los tratados que afecten normas constitucionales, siendo éste el procedimiento de reforma constitucional. Aquí puede verse un claro indicativo del rango constitucional de los tratados que afectan disposiciones constitucionales: para evitar

³⁵ El artículo 105 de la Constitución Política de 1979 señalaba que: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”. Adicionalmente, el artículo 101 de la Constitución Política de 1979 señalaba que: “Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”.

colisiones entre normas de igual rango, se exige el mismo procedimiento de reforma constitucional para su aprobación.³⁶

Por otro lado, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 señala que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Esta disposición presenta a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales –se entiende sobre derechos y libertades fundamentales que la Constitución reconoce– como referentes interpretativos de las normas sobre las mismas materias contenidas en la Constitución.

El valor hermenéutico de los instrumentos internacionales mencionados en la Cuarta Disposición Final y Transitoria permite concluir que éstos tienen rango constitucional pues de otra manera no podrían condicionar la interpretación de normas de derechos y libertades que la Constitución Política dispone. Solamente se interpreta un mandato mediante otro de rango igual o superior, nunca de rango inferior.³⁷

La Cuarta Disposición Final y Transitoria no hace otra cosa que confirmar el rango constitucional de los tratados sobre derechos fundamentales, y no sólo de los que han pasado

³⁶ Cabe señalar que esta disposición fue también recogida en el artículo 103 de la Constitución de 1979 pues era una clara consecuencia del reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados en dicho texto constitucional.

³⁷ Compartiendo esta línea de interpretación el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la Cuarta Disposición Transitoria en los términos siguientes:

En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional considera necesario advertir que, en materia de interpretación de los derechos constitucionales, el operador judicial no puede olvidar que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la comprensión de las cláusulas que reconocen (o limitan) derechos en ella previstos, deben interpretarse en armonía con lo que sobre ellas hayan realizado los tratados internacionales en materia de derechos humanos y, en particular, con la jurisprudencia de los tribunales internacionales de justicia con competencia en materia de derechos humanos. De ahí que, en materia de derechos fundamentales, el operador judicial no pueda sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales, ya que rara vez la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelándose a este criterio de interpretación. Requiere, por el contrario, de un esfuerzo de comprensión del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos, principios o bienes constitucionales comprometidos, para, después de ello, realizar una ponderación de bienes.

Ver: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. No. 2209-2002-AA/TC. Mario Antonio Urello Álvarez. Sentencia del 12 de mayo de 2003, para. 5.

por el proceso de reforma constitucional a que se refiere el artículo 57, sino de todos los instrumentos internacionales sobre derechos y libertades fundamentales suscritos por el Perú.³⁸

Un nuevo análisis del artículo 3 de la Constitución permite determinar el rango de estas “otras” normas internacionales de derechos humanos que no necesariamente se encuentren contenidas en tratados o instrumentos internacionales ratificados por el Perú. El artículo 3 inicia señalando que “[l]a enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye [...]”, lo que permite advertir la intención de incluir estos derechos, es decir, las normas internacionales relativas a derechos humanos (y por ende al derecho penal internacional), y asignarles un rango igual al de los derechos contenidos en ese capítulo de la Constitución Política (Capítulo I: Derechos fundamentales de la persona), es decir, asignarles rango constitucional.

En este mismo sentido, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (en vigor desde el 1 de diciembre de 2004) señala que “[e]l contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, *así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte*”.³⁹

Tal como el Tribunal Constitucional postula, esto implica además “una adhesión a la interpretación que de [estos instrumentos internacionales] hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano”.⁴⁰ Y más específicamente que “el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con

³⁸ RUBIO, Marcial. La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993. En: COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación (2005), p. 114-115 y 118.

³⁹ El resaltado es nuestro.

⁴⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. No. 218-02-HC/TC. Jorge Alberto Cartagena Vargas. Sentencia del 17 de abril de 2002, para. 2.

las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tras el criterio de interpretación de los derechos fundamentales conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este Tribunal tiene dicho que este último concepto no se restringe sólo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), sino que *comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos*".⁴¹

2.4 Conclusión

El derecho internacional exige la intervención del derecho penal de cada Estado contra los presuntos responsables de estos crímenes. El Estado peruano no puede excusarse tras las normas que él mismo promulga, por ejemplo en el ámbito penal, para incumplir con su obligación internacional de investigar, juzgar y condenar a los responsables de estas violaciones.

Por otro lado, los avances jurisprudenciales respecto de las conductas reconocidas como crímenes en el derecho internacional, tales como la tortura, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales, así como en el campo de la atribución de la responsabilidad penal internacional pertenecen al ordenamiento jurídico peruano con rango constitucional. Para su aplicación no se requiere de un reconocimiento adicional en el derecho nacional. Tampoco existe ningún impedimento que justifique su no aplicación.

Dado que estos instrumentos internacionales forman parte del ordenamiento jurídico peruano con rango constitucional, las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional condicionan el ordenamiento jurídico peruano como todo, incluyendo al Código Penal y los tipos penales allí incluidos.

⁴¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. No. 4587-2004-AA/TC. Santiago Martín Rivas. Sentencia del 29 de noviembre de 2005, para. 44.

Verificada esta posibilidad de aplicación para el juez penal, las secciones siguientes presentan dos teorías del derecho internacional que atribuyen responsabilidad penal a los individuos (la teoría de la responsabilidad del superior y la teoría de la empresa criminal conjunta), y propone su aplicación en el análisis de la presunta responsabilidad penal del ex presidente Alberto Fujimori como autor por los crímenes ocurridos en *Barrios Altos* y *La Cantuta*.

SEGUNDA PARTE: LAS TEORÍAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR Y LA EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

3. La responsabilidad del superior

La doctrina de la responsabilidad del superior o *command responsibility* fue desarrollada luego de la Segunda Guerra Mundial y fue una de las bases legales en los procesos de Nuremberg.⁴² Esta doctrina es ampliamente aceptada en el ámbito del derecho penal internacional. Además de encontrarse codificada en diversos tratados, diversos autores consideran que ésta ha alcanzado el rango de costumbre internacional.⁴³ Esta teoría fue desarrollada con el propósito de juzgar y sancionar a los jefes militares y líderes políticos que buscaban evadir su responsabilidad penal por los actos delictivos cometidos por sus subordinados. Hoy resulta incuestionable que el derecho internacional impone obligaciones positivas a los jefes militares y líderes políticos con el propósito de que respondan por los actos ilícitos cometidos por el personal bajo su dirección así como por los crímenes encubiertos por las instituciones bajo su mando.⁴⁴

⁴² La responsabilidad del superior fue aplicada indirectamente en varios casos anteriores a los procesos de Nuremberg, a pesar de no estar aún codificada. Ver: *US v. Karl Brandt et al.*, Vol. II, Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, (U.S. Govt. Printing Office: Washington 1950) (en adelante "TWC") p.181 (donde la corte hace referencia a una obligación de implementar las acciones diligentes que dentro de la capacidad del jefe militar y apropiadas circunstancias sean necesarias para controlar a quienes se encuentren bajo su supervisión para prevenir actos que sean violaciones a las leyes de guerra); *US v. Von Leeb et al.*, Vol. XI, TWC, p.542-563 (el oficial que permanece de brazos cruzados mientras los subordinados ejecutan una orden que sabe es criminal viola una obligación moral bajo el derecho internacional); y *US v. Wilhelm List et al.*, Vol. XI, TWC, p.1311 ("la corte ha determinado que el conocimiento real no es necesario, introduciendo así el estándar del 'deber saber'") (Traducción no oficial).

⁴³ FENRICK, William J. Responsibility of Commanders and Other Superiors, p. 516. En: *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*. Otto Triffterer (ed.), 1999; AMBOS, Kai. Superior Responsibility, p. 847. En: *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*. Antonio Cassese et al. (eds.), 2002; WERLE, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, 2005, p. 129; CASSESE, Antonio. Ob. Cit., p. 205; BANTEKAS, Ilias. *Principles of Direct and Superior Responsibility in International Humanitarian Law*, 2002, p. 116. Ver además: *Prosecutor v. Delacic et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, para. 343 (Donde la corte señaló que la doctrina de la responsabilidad del superior había alcanzado rango consuetudinario en el derecho internacional).

⁴⁴ CASSESE, Antonio. Ob. Cit., p. 205; WERLE, Gerhard. Ob. Cit., p. 129.

3.1 La teoría de la responsabilidad del superior en el derecho penal internacional

Ciertos requisitos deben cumplirse a fin de establecer la responsabilidad del superior en el derecho internacional. Primero, debe determinarse la existencia de una relación de subordinación entre el procesado y el perpetrador del acto, de manera que el jefe militar o líder civil haya ejercido autoridad, control o mando efectivo sobre el subordinado. En segundo lugar, el superior debió haber conocido o poseído información (*must have known or had information*) que le permitiera concluir que se estaban cometiendo crímenes o que éstos ya se habían cometido; o, que dadas las circunstancias, deliberadamente hizo caso omiso de información que debió haber conocido (*should have known, yet consciously disregarded the information*). Finalmente, el superior no debió adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir los crímenes y sancionar a sus responsables (*must have failed to take necessary measures to prevent the crimes or to subsequently punish the perpetrators*).⁴⁵

3.2 La relación de control efectivo entre superior y subordinado

La doctrina de la responsabilidad del superior se aplica cuando no es posible demostrar que existieron órdenes directas para la comisión del crimen por parte de los jefes militares o líderes civiles.⁴⁶ En estos casos, para determinar la responsabilidad es necesario identificar la existencia de una *relación* de control efectivo entre el superior y los subordinados que

⁴⁵ Estatuto de Roma, art. 28; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (en adelante “TPIY”) art. 7(3), U.N.S.C. Res. 827 (1993); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante “TPIR”) art. 6(3), U.N.S.C. Res. 955 (1994), Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (en adelante “Protocolo I”) arts. 86-87, aprobado el 8 de junio de 1977; Proyecto de Código para los Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la CDI art. 6, Informe de la Comisión de Derecho Internacional del trabajo realizado en su 48º Periodo de Sesiones, U.N. GAOR, 51st Sess. at para. 50, U.N. Doc. A/51/10 (1996) (en adelante “Proyecto de Código de la CDI”); CASSESE, Antonio. *Ibid.*, p. 208-9; *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Judgment, 26 February 2001, para. 401; *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-T, Judgment, 3 March 2000, para. 294; *Prosecutor v. Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A-T, Judgment, 7 June 2001, para. 38.

⁴⁶ Las órdenes directas de cometer un crimen hacen directamente responsable al superior por los hechos que ha ordenado. En tales casos, la teoría de la responsabilidad del superior es irrelevante e innecesaria. WERLE, Gerhard. *Ob. Cit.*, p. 129.

cometieron los actos delictivos.⁴⁷ Éste es el requisito esencial para la aplicación de la doctrina de la responsabilidad del superior.⁴⁸ Sin embargo, además de la existencia de tal relación, es necesario demostrar que el superior ejercía un *control efectivo* de los subordinados que cometieron el ilícito.⁴⁹

La subordinación, en este contexto, es un concepto que supera la mera existencia de una relación institucional *de jure*. La doctrina prefiere determinar si el superior poseía la capacidad *de facto* para dar órdenes que permitieran prevenir y sancionar los actos de los subordinados.⁵⁰ La característica esencial de la relación de control efectivo es esta habilidad para prevenir y sancionar los actos de los subordinados.⁵¹ Es importante señalar que bajo esta doctrina un superior no puede evadir su responsabilidad al delegar sus deberes de supervisión, especialmente si la delegación es una mera formalidad que no afecta su control efectivo.⁵²

La responsabilidad del superior se aplica en los casos de jefes militares que son parte de estructuras jerárquicas caracterizadas por una cadena de mando: un contexto donde es relativamente sencillo establecer la presencia de una relación de subordinación. En una decisión posteriormente confirmada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1946, la *US Military Commission* encontró que el general Tomoyuki Yamashita, jefe del ejército japonés en las Filipinas, era responsable por los crímenes cometidos por sus subordinados debido a que “ilegalmente descuidó e incumplió su deber como oficial a cargo de las operaciones de los

⁴⁷ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. Yves Sandoz et al. (eds.) para. 3554 (1987) (en adelante “ICCR Commentary”); AMBOS, Kai Ob. Cit., p. 847; CASSESE, Antonio, Ob. Cit., p. 208; WERLE, Gerhard. Ob. Cit., p. 130; BANTEKAS, Ilias Ob. Cit., p. 88; FENRICK, William. Ob. Cit., p. 518; *Prosecutor v. Delacic et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, para. 647.

⁴⁸ WERLE, Gerhard. Ob. Cit., p. 130.

⁴⁹ AMBOS, Kai. Ob. Cit., p. 837; CASSESE, Antonio. Ob. Cit., p. 208; WERLE, Gerhard. Ob. Cit., p. 130.

⁵⁰ AMBOS, Kai. Ob. Cit., p. 837; CASSESE, Antonio. Ob. Cit., p. 208; *Prosecutor v. Delacic et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment para. 354, 16 November 1998 (señala que el control efectivo o *de facto* es esencial para establecer la relación de subordinación). Ver también: *Prosecutor v. Aleskovski*, Case No. IT-95-14/1, Judgment, 25 June 1999, para. 101; *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95/14, Judgment, 3 March 2000, para. 300; *Prosecutor v. Musema*, Case No. ICTR 96-13-A, Judgment, 27 January 2000, para. 148; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, Case No. ICTR 95-1-T, Judgment, 21 May 1999, paras. 216-7.

⁵¹ Ver: *Prosecutor v. Brdjanin*, Case No. IT-99-36-T, Judgment, 1 September 2004, para. 281.

⁵² WERLE, Gerhard. Ob. Cit., p. 130.

miembros de su comando, permitiendo que se cometieran brutales atrocidades y otros crímenes contra las personas”.⁵³ La aplicación de esta teoría, sin embargo, no se limita al escenario de las estrictas jerarquías militares, también puede aplicarse a los líderes civiles que sean parte de estructuras análogas.

3.2.1 La relación entre los líderes civiles y sus subordinados.

La doctrina de la responsabilidad del superior se concentra en quienes debido a una relación jerárquica o institucional preexistente, ejercen control efectivo sobre instituciones formales o informales de forma tal que su posición les permite prevenir o sancionar los crímenes cometidos por sus subordinados.⁵⁴ Es a través del énfasis en la autoridad *de facto*, y no en un título formal, que la teoría de la responsabilidad del superior puede aplicarse por igual a jefes militares y líderes civiles que cumplan con estos presupuestos.⁵⁵ El Estatuto de Roma⁵⁶ codifica expresamente la aplicación dual de esta doctrina al establecer la responsabilidad penal de los jefes militares y líderes civiles en apartados distintos.⁵⁷ El artículo 28 sección (a) se refiere a los “jefes militares”, mientras que la sección (b) se refiere a cualquiera “de las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado (a)”, estableciendo así que la teoría de la responsabilidad del superior es aplicable a toda clase de líderes civiles.

Esta doctrina también ha sido puesta en práctica por los tribunales penales internacionales *ad hoc* sobre la base de sus respectivos estatutos. Estos tribunales han reconocido que la teoría de la responsabilidad del superior se aplica por igual a militares y a civiles.⁵⁸ Los tribunales *ad*

⁵³ *In re Yamashita*, 327 U.S. 1, 13-14 (U.S. 1946) (Traducción no oficial).

⁵⁴ Ver: ICRC Commentary para. 3544; BANTEKAS, Ilias. Ob. Cit., p. 80.

⁵⁵ Ver: ICRC Commentary para. 3544; AMBOS, Kai. Ob. Cit., p. 837; WERLE, Gerhard. Ob. Cit., p.132; FENRICK, William J. Ob. Cit., p. 517; *Prosecutor v. Delacic et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, para. 355.

⁵⁶ El Estado peruano firmó el Estatuto de Roma el 7 de diciembre del 2000 y depositó su instrumento de ratificación el 10 de noviembre del 2001. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/asp/statesparties/country&id=36.html>.

⁵⁷ Estatuto de Roma, art. 28.

⁵⁸ Ver: Estatuto del TPIY, art. 7(3); Estatuto del TPIR, art. 6(3); Protocolo I, art. 87; Proyecto de Código de la CDI, art. 6 cmt. 4. Ver también: *Prosecutor v. Delacic et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, para. 356 (“[n]o existe restricción expresa que limite el alcance de este tipo de responsabilidad respecto de los jefes

hoc también han sostenido de manera consistente que la responsabilidad de los jefes militares y líderes civiles no depende de los títulos o cargos oficiales que posean sino del poder *real* que ejercieron sobre sus subordinados cuando fueron cometidos los crímenes.⁵⁹ En el caso *Aleskovski*, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (en adelante “TPIY”) sostuvo que el líder civil podía ser declarado responsable por los actos de los subordinados sobre los cuales ejercía un indiscutible poder *de facto*, a pesar de que no estaba oficialmente a cargo del campo de concentración donde ocurrieron los abusos ni poseía autoridad oficial alguna sobre el personal militar que cometió los crímenes.⁶⁰

De manera frecuente los tribunales han estimado necesario aplicar la teoría de la responsabilidad del superior a líderes políticos y civiles para así sancionar a los verdaderos responsables por la comisión de atrocidades. El Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente (*International Military Tribunal for the Far East*) fue el que aplicó este concepto por vez primera en el caso *Hirota*,⁶¹ donde se determinó que el ministro japonés de relaciones exteriores era responsable por negligencia en el cumplimiento del deber. En el caso *Roehling*,⁶² el Tribunal General del Gobierno Militar para la Zona de la Ocupación Francesa en Alemania (*The General Tribunal of the Military Government for the French Zone of Occupation in Germany*) determinó que varios empresarios industriales eran responsables penalmente, no por haber ordenado la comisión de los crímenes, sino por haber permitido que ocurriesen. Recientemente, los tribunales *ad hoc* han determinado que la responsabilidad penal de líderes

militares o de situaciones que surjan bajo la supervisión militar. [El principio de subordinación] va más allá de la responsabilidad de los jefes militares y se aplica por igual a los líderes políticos y superiores civiles en posiciones de autoridad” (traducción no oficial); *Prosecutor v. Musema*, Case No. ICTR-96-13-I, Judgment, 27 January 2000, para. 148.

⁵⁹ Ver: *Prosecutor v. Delacic et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, para. 377; *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, Case No. IT-95-14/2, Judgment, 26 February 2001, para. 388 (se estableció que no era necesario que exista una relación formal de subordinación para dar órdenes si el acusado tenía tal autoridad); *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, Case No. ICTR 95-1-T, Judgment, 21 May 1999, paras. 216-7; *Prosecutor v. Musema*, Case No. ICTR-96-13-I, Judgment, 27 January 2000, para. 135.

⁶⁰ *Prosecutor v. Aleskovski*, Case No.: IT-95-14/1-T, Judgment, 25 June 2001, para. 101.

⁶¹ Complete Transcripts of the Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East. Reimpresos en: *The Tokyo War Crimes Trials*, Vol. 103, John Pritchard y Sonia Magbanua Zaide (ed), Garland Publishing : New York and London 1981, Edition Garlands (Tokyo Trials Official Transcripts) p.49, 788-92.

⁶² *Commissioner v. Roehling et al.*, Vol XIV, TWC, p. 1132.

políticos puede generarse por el incumplimiento de las obligaciones de prevención y sanción de los actos de sus subordinados.⁶³ En Ruanda, el ex primer ministro Jean Kambanda—que se había declarado culpable de los crímenes por los que había sido acusado—fue encontrado penalmente responsable por las acciones de sus subordinados bajo la teoría de la responsabilidad del superior.⁶⁴ A su vez, el conocido político ruandés Omar Serushago fue condenado por los actos cometidos por los miembros del grupo *Interahamwe* dentro de su prefectura.⁶⁵

El ejemplo más reciente de aplicación de esta doctrina se encuentra en el proceso seguido contra el ex presidente serbio Slobodan Milosevic. En este caso el TPIY aplicó las doctrinas de la responsabilidad del superior y de la ECC para determinar la responsabilidad penal de Milosevic en su condición de líder civil en Serbia.⁶⁶ En la resolución de rechazo de la solicitud de absolución presentada por la defensa, el TPIY aplicó la doctrina de la responsabilidad del superior para declarar penalmente responsable al ex jefe de Estado por los actos de sus subordinados más cercanos. A pesar de que en este caso no se emitió un fallo definitivo debido a la muerte de Milosevic mientras se encontraba detenido, la Sala de Primera Instancia determinó que basada en la evidencia presentada “un [tribunal] podría estar convencido más allá de una duda razonable que [Milosevic] era un superior para ciertas personas a quienes conocía o tenía razón para conocer que cometerían o que habían cometido genocidio [...], sin que adoptara las medidas necesarias para prevenir su comisión o sancionar a sus perpetradores”.⁶⁷ Todos estos ejemplos nos permiten demostrar la continua aplicación de esta doctrina por parte de los tribunales que buscan establecer la responsabilidad penal de líderes civiles.

⁶³ Ver: *Prosecutor v. Kambanda*, Case No. ICTR 97- 23-S, Judgment and Sentence, 4 September 1998, para. 40; *Prosecutor v. Serushago*, Case No. ICTR 98- 39-S, Judgment and Sentence, 5 February 1999, para. 26. Ver también: *Prosecutor v. Delacic et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, paras. 355-63 (El tribunal analiza la aplicación histórica de esta doctrina para los casos de líderes civiles).

⁶⁴ *Prosecutor v. Kambanda*, Case No. ICTR 97- 23-S, Judgment and Sentence, 4 September 1998, para. 40.

⁶⁵ *Prosecutor v. Serushago*, Case No. ICTR 98- 39-S, Judgment and Sentence, 5 February 1999, para. 26.

⁶⁶ *Prosecutor v. Milosevic*, Case No. IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 16 June 2004, para. 309.

⁶⁷ *Prosecutor v. Milosevic*, Case No. IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 16 June 2004, para. 309 (Traducción no oficial).

A fin de determinar si existe la relación de subordinación se deben examinar los distintos medios probatorios que puedan establecer la existencia de un control efectivo, incluyendo “el análisis de la distribución de tareas” dentro de una determinada institución,⁶⁸ así como la capacidad del superior de dar órdenes o de controlar las conductas de los subordinados.⁶⁹ En el caso *Milosevic*, el TPIY examinó si el acusado ejercía un control *de facto* sobre ciertos grupos mientras era jefe de Estado y si tuvo acceso a diversas fuentes de información respecto de los crímenes que se estaban cometiendo.⁷⁰ Asimismo, el tribunal fundamentó su posición en los testimonios de los oficiales que cometieron los crímenes que señalaban que Milosevic conocía y controlaba la situación.⁷¹ Adicionalmente, en los procesos seguidos conjuntamente contra *Kordic* y *Cerkez*, el TPIY estimó que el material probatorio provisto por actores externos, tales como observadores internacionales y personal humanitario, podía ser fundamental para determinar la existencia de autoridad con control efectivo.⁷²

La existencia de una relación *de facto* de tipo superior-subordinado puede determinarse también con material que demuestre la autoridad del superior para firmar documentos e influenciar a otros, tal como fuera realizado en el caso *Nikolic*.⁷³ En este caso, el TPIY determinó la responsabilidad penal del líder civil a cargo de un campo de prisioneros por los asesinatos sistemáticos que allí ocurrieron luego de examinar la naturaleza de su autoridad y la distribución de tareas dentro de la prisión. Así, se determinó que las decisiones dentro del campamento eran en realidad canalizadas a través del acusado, y que los otros guardias esperaban su aprobación antes de realizar cualquier acción o

⁶⁸ BANTEKAS, Ilias. Ob. Cit. p. 87.

⁶⁹ BANTEKAS, Ilias. Ob. Cit., p. 88.

⁷⁰ *Prosecutor v. Milosevic*, Case No. IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 16 June 2004, paras. 305-6.

⁷¹ *Prosecutor v. Milosevic*, Case No. IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 16 June 2004, paras. 305-6.

⁷² *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, Case No. IT-95-14/2, Judgment, 26 February 2001, para. 424.

⁷³ *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, Case No. IT-95-14/2, Judgment, 26 February 2001, para. 424.

completar cualquier actividad dentro de la prisión. Por ello, el tribunal concluyó que el requisito de la relación de subordinación había sido establecido. Este principio fue reafirmado en el caso *Brdjanin*, donde el TPIY evaluó si los subordinados actuaban en realidad bajo las órdenes de sus superiores civiles. En el caso el tribunal consideró que el control efectivo por parte de los líderes civiles se reflejaba en la posibilidad de que si se hubieran reportado faltas de conducta al supuesto superior, éste hubiera dispuesto la adopción inmediata de medidas de investigación o de enjuiciamiento.⁷⁴

3. 3 Conocimiento real o imputable del superior de que sus subordinados cometieron, estaban cometiendo o iban a cometer un crimen

3.3.1 Conocimiento real o imputable

Para lograr configurar este requisito de la responsabilidad del superior, el jefe militar o líder civil debe tener conocimiento real o imputable de los actos de sus subordinados.⁷⁵ El Estatuto de Roma define el conocimiento como la “conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos”.⁷⁶ El requisito del conocimiento es esencial puesto que un superior no es responsable por todos los actos ilícitos de sus subordinados, sino sólo de aquéllos que hubiera (o debiera haber) conocido. Por ejemplo, en un caso originado en la guerra de Vietnam, el capitán Ernst Medina no fue declarado responsable por una masacre de civiles vietnamitas cometida por sus subordinados debido a que demostró que no había tomado conocimiento de tales actos.⁷⁷ Sin embargo, si puede demostrarse que un jefe militar o líder civil tuvo conocimiento de los actos ilícitos de sus subordinados, se habrá configurado el segundo elemento de la responsabilidad del superior. En el caso *Kajelijeli*, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante “TPIR”) consideró

⁷⁴ *Prosecutor v. Brdjanin*, Case No. IT-99-36-T, Judgment, 1 September 2004, para. 281.

⁷⁵ Ver: Estatuto de Roma, art. 28; Estatuto del TPIY, art. 7(3); Estatuto del TPIR, art. 6(3); Protocolo I, arts. 86-7.

⁷⁶ Estatuto de Roma, art. 30(3).

⁷⁷ *United States v. Calley*, 22 U.S.C.M.A. 534 (1973).

que el superior civil ya tenía conocimiento real de que sus subordinados estaban a punto de cometer genocidio cuando los incitó a cometerlo.⁷⁸ El requisito del conocimiento también puede establecerse mediante declaraciones de culpabilidad del acusado.⁷⁹

A pesar de la sencillez del concepto, probar la existencia del conocimiento real o imputable por parte del procesado es complicado. Por lo general, no existe registro alguno de las acciones o del conocimiento por parte del superior de los crímenes de los subordinados. Por este motivo, cuando no se puede demostrar que el acusado tuvo un conocimiento real de los crímenes, los tribunales que aplican la responsabilidad del superior permiten la entrega de evidencia circunstancial o indirecta⁸⁰ que demuestre un “conocimiento imputable” (*constructive knowledge*) de los actos ilícitos que se estaban cometiendo.⁸¹ Así, en el caso de los jefes militares, este requisito se habrá cumplido si se encuentra evidencia que permita establecer, dadas las circunstancias del momento, que el superior conoció o *debió conocer* del acto ilegal.⁸² Este estándar es similar al de la negligencia: el superior que no toma en cuenta la información que sugiere que sus subordinados están cometiendo conductas criminales, actúa

⁷⁸ *Prosecutor v. Kajelijeli*, Case No. ICTR 98-44A-T, Judgment, 1 December 2003, paras. 839, 904.

⁷⁹ Ver: *Prosecutor v. Kambanda*, Case No. ICTR 97-23-S, Judgment and Sentence, 4 September 1998, para. 40; *Prosecutor v. Serushago*, Case No. ICTR 98-39-S, Judgment and Sentence, 5 February 1999, para. 26.

⁸⁰ En los sistemas adversariales—tanto de la jurisdicción del derecho anglosajón (*common law*) como de los tribunales internacionales—es importante distinguir entre medios probatorios directos y circunstanciales. La evidencia circunstancial es la que por sí sola es insuficiente para probar determinado acto. No obstante, la evidencia circunstancial puede ser importante, al verse en conjunto con otros medios probatorios, para inferir razonablemente la ocurrencia de un hecho. Los medios probatorios circunstanciales son tan efectivos para establecer la ocurrencia de hechos como los medios probatorios directos. Los medios probatorios circunstanciales requieren la formulación de inferencias que tomadas como un todo prueban un hecho mientras que los medios probatorios directos son suficientes por sí mismos. Ver: MAY, Richard y Marieke WIERDA. *International Criminal Evidence*, p. 111 (2002).

⁸¹ ICRC Commentary, para. 3546; AMBOS, Kai. Ob. Cit., p. 863; FENRICK, William J. Ob. Cit., p. 519; *Prosecutor v. Delacic et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment, para. 379 (November 16, 1998); *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-T, Judgment, 3 March 2000, para. 294; *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, Case No. IT-95-14/2, Judgment, 26 February 2001, para. 388.

⁸² Estatuto de Roma art. 28 (a)(i). Ver: *Prosecutor v. Bagilshema*, Judgment, Case No. ICTR-95-1A-A, 3 July 2002 (el estándar “del deber saber” requiere que el acusado posea determinada información que lo advierta de la posible comisión de actos ilícitos por parte de sus subordinados).

de manera negligente y por ello se considera que tuvo en realidad conocimiento de estos actos.⁸³

3.3.2 Los líderes civiles y la omisión deliberada de información relevante

El estándar aplicable a los líderes civiles es ligeramente distinto al aplicado a los jefes militares. Ante la ausencia de conocimiento real, debe probarse que los líderes civiles “deliberadamente hubieron hecho caso omiso de aquella información que indicaba claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o que se proponían cometerlos”⁸⁴. Esta fórmula se asemeja a la definición de imprudencia criminal recogida en algunas jurisdicciones.⁸⁵ Este estándar alternativo difiere del aplicado a los jefes militares, que como ya ha sido señalado son encontrados responsables bajo un estándar más flexible del “deber saber”.⁸⁶ En conclusión, ambos estándares permiten determinar la responsabilidad de los jefes militares y líderes civiles cuando no se puede determinar la existencia de un conocimiento real.⁸⁷ Mientras que el estándar aplicado a los jefes militares se asemeja al de negligencia, el aplicable a los líderes civiles se acerca al de imprudencia. Por último, es importante resaltar que el requisito de conocimiento real o imputable se aplica por igual a las obligaciones complementarias (aunque distintas) del superior de prevenir o impedir la comisión de un crimen, así como las de juzgar y sancionar a sus perpetradores.⁸⁸

En el caso *Roehling*, el Tribunal de Nuremberg reconoció este hecho y encontró que los dirigentes de una fábrica donde se realizaban trabajos forzados no podían alegar falta de conocimiento puesto que “ningún superior puede utilizar esta defensa indefinidamente, dado que es su deber conocer lo que ocurre al interior de su organización, y la falta de conocimiento,

⁸³ AMBOS, Kai. Ob. Cit., p. 866.

⁸⁴ Estatuto de Roma, art. 28 (b)(i).

⁸⁵ AMBOS, Kai. Ob. Cit., p. 870.

⁸⁶ Estatuto de Roma, art. 28 (a)(i).

⁸⁷ ICRC Commentary, para. 3541; AMBOS, Kai. Ob. Cit., p 194; WERLE, Gerhard. Ob. Cit. p. 134.

⁸⁸ ICRC Commentary, para. 3545.

entonces, se convierte en negligencia penal”.⁸⁹ Este presupuesto de la teoría de la responsabilidad del superior impide que los líderes civiles (y jefes militares) argumenten situaciones de memoria selectiva o ignorancia para exculparse de los delitos cometidos por sus subordinados. Este criterio permite además establecer la responsabilidad de los superiores que de forma negligente o imprudente no ejercen una debida diligencia en la supervisión de sus subordinados, tal como no buscar o adquirir información material normalmente requerida en el curso habitual de sus funciones oficiales.⁹⁰ En caso de un conflicto armado, por ejemplo, los jefes militares y líderes civiles se encuentran obligados a establecer y mantener un sistema de monitoreo que les permita determinar si sus subordinados vienen respetando el derecho internacional humanitario mientras desarrollan sus labores.⁹¹ En *Delalic et al.* (que será analizado en detalle posteriormente) el TPIY determinó que era inaceptable que el acusado fuera incapaz de probar que sus órdenes eran cumplidas través de medidas apropiadas de seguimiento. El tribunal sugirió que el superior no puede mostrarse indiferente frente a la conducta de sus subordinados, sino que tiene una obligación afirmativa de recopilar información acerca de sus actos.⁹²

¿Cómo probar entonces la existencia de un conocimiento imputable? Kai Ambos, juez y profesor alemán, e Ilias Bantekas, conocido investigador de la Universidad de Westminster, señalan que la posición de liderazgo de un individuo es en sí misma una indicación de que el superior tiene conocimiento de los actos cometidos por sus subordinados.⁹³ De la misma manera, en el Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja al Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 se señala que ciertas circunstancias, incluyendo “el conocimiento público generalizado” de los actos criminales de los subordinados, pueden ser consideradas a fin de determinar si la conducta del superior configura el requisito del

⁸⁹ *Commissioner v. Roehling et al.*, Vol. XIV, TWC, p. 1132 (Traducción no oficial).

⁹⁰ BANTEKAS, Ilias. Ob. Cit., p. 114; WERLE, Gerhard. Ob. Cit., p. 133.

⁹¹ FENRICK, William J. Ob. Cit., p. 521-2. ICRC Commentary, para. 3545;

⁹² *Prosecutor v. Delalic et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, paras. 771-4.

⁹³ BANTEKAS, Ilias. Ob. Cit., p. 114; AMBOS, Kai. Ob. Cit., p. 835.

conocimiento.⁹⁴ El Comentario al Estatuto de Roma destaca otros indicios que pueden ser tomados en consideración para determinar si se puede imputar conocimiento al superior en mando, incluyendo el tipo de actos ilícitos en cuestión, su alcance y los agentes particulares y el personal involucrados en la ejecución del acto.⁹⁵

3.4 Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias y razonables para prevenir, detener o sancionar un crimen

3.4.1 La obligación del superior de prevenir, detener y sancionar crímenes

El establecimiento de responsabilidad bajo esta doctrina deriva de los actos y omisiones de un superior que conducen, por un lado, al incumplimiento de la obligación de prevenir o detener la comisión de un crimen por parte de los subordinados bajo su control, y, por otro, al incumplimiento de la obligación de investigar y sancionar a quienes cometieron estos actos.⁹⁶ El Estatuto de Roma establece claramente una obligación sobre aquellos superiores, sean militares o civiles, que tienen a su disposición los medios para prevenir y castigar a la comisión de un crimen.⁹⁷ El Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 resalta que todo superior está obligado a “[tomar] las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, [promover] una acción disciplinaria o

⁹⁴ ICRC Commentary, para. 3546-8. Ver: Final Report of the Commission of Experts, Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), UN SCOR, U.N. Doc. S/1994/674 para. 58 (May 27, 1994) (Señala que los tipos de evidencia circunstancial requeridos para atribuir conocimiento pueden incluir aspectos de número, tipo y alcance de los actos ilícitos así como a los oficiales y personal involucrado)

⁹⁵ FENRICK, William J. Ob. Cit., p. 519.

⁹⁶ WERLE, Gerhard. Ob. Cit., p. 134.

⁹⁷ El artículo 28 del Estatuto de Roma señala que “el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados”. Este texto alcanza a jefes militares y líderes civiles, de modo tal que se configura una obligación para todas las personas que actúan como superiores de buscar prevenir y sancionar a sus subordinados por los crímenes que hayan ocurrido o estén ocurriendo. Ver: *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, Case No. IT-95-14/2, Judgment, 26 February 2001, para. 441, y *Prosecutor v. Kayishema & Ruzinanda*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, 21 May 1999, para. 202, que sostienen que una obligación parecida ha sido prevista en los estatutos del TPIY y TPIR, respectivamente.

penal contra los autores de las violaciones”.⁹⁸ En el caso *Brdjanin*, el TPIY señaló que de manera similar a los jefes militares, los líderes civiles están obligados a prevenir y sancionar los crímenes cometidos por sus subordinados”.⁹⁹ En otras palabras, a la luz del derecho internacional y el derecho interno los jefes militares y líderes civiles tienen la obligación de prevenir y detener los abusos cometidos por los subordinados bajo su control, además de asegurar que se juzguen y sancionen los ilícitos cometidos dentro de las instituciones y organizaciones que dirigen. El incumplimiento de la obligación de adoptar estas medidas por parte de los superiores abre la posibilidad de que sean considerados como responsables de tales actos.

Bantekas sostiene que bajo la teoría de la responsabilidad del superior, el incumplimiento de las obligaciones para prevenir, detener o sancionar las violaciones cometidas por los subordinados origina la responsabilidad penal del superior por tales actos.¹⁰⁰ La obligación de prevenir los actos de los subordinados se origina cuando el superior adquiere el conocimiento requerido. La obligación de sancionar, en cambio, se genera cuando los crímenes han sido cometidos.¹⁰¹ Por ello, si el superior poseía el conocimiento o la capacidad para prevenir que el crimen fuera cometido, la sola sanción a los subordinados resulta insuficiente.¹⁰² En resumen, un superior puede ser penalmente responsable por impartir órdenes directas a sus subordinados para la comisión de crímenes, como por el incumplimiento de sus obligaciones para prevenir y castigar posteriormente estos actos.¹⁰³ Más aún, el TPIY y el TPIR han

⁹⁸ Protocolo I, art. 87(3).

⁹⁹ *Prosecutor v. Brdjanin*, Case No. IT-99-36-T, Judgment, 1 September 2004, para. 283.

¹⁰⁰ BANTEKAS, Ilias. Ob. Cit., p. 103.

¹⁰¹ *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, Case No. IT-95-14/2, Judgment, 26 February 2001, paras. 445-7; *Prosecutor v. Kvočka et al*, Case No. IT-98-30/1-T, Judgment, 2 November 2001, para. 317.

¹⁰² Ver: *Prosecutor v. Brdjanin*, Case No. IT-99-36-T, Judgment, 1 September 2004, para. 279. Ver también: FENRICK, William J. Ob. Cit., p. 134; AMBOS, Kai. Ob. Cit., p. 834; BANTEKAS, Ilias. Ob. Cit., p. 116.

¹⁰³ AMBOS, Kai. Ob. Cit., p. 854.

determinado que si se produce una omisión completa del deber de supervisión no es necesario distinguir entre los incumplimientos de cada obligación en particular.¹⁰⁴

En el proceso contra Slobodan Milosevic, la Sala de Primera Instancia del TPIY encontró que existía evidencia suficiente para determinar más allá de toda duda razonable que el acusado conocía que algunos de sus subordinados estaban por cometer o había cometido genocidio, y que Milosevic no había adoptado las medidas necesarias para prevenir y sancionar a sus perpetradores.¹⁰⁵ El tribunal refuerza así el concepto de que cuando el superior posee el conocimiento requerido y ejerce autoridad tiene la obligación de prevenir las violaciones más graves al derecho internacional humanitario.

La obligación de los líderes civiles de prevenir y sancionar también se encuentra reconocida en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado la obligación del Estado de “identificar, juzgar y sancionar” a quienes hayan cometido violaciones de los derechos humanos, tanto a sus autores materiales, intelectuales y demás responsables de acuerdo al derecho interno o al derecho internacional.¹⁰⁶

En el caso *La Cantuta*, la Corte Interamericana, luego de señalar que el Estado, a través de sus agentes, no estuvo dispuesto a sancionar a quienes habían cometido los crímenes materia del caso, enfatizó que:

La impunidad de esos hechos no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales –del Estado- y particulares –penales de sus agentes o particulares-, complementarias entre sí. Por ende, basta reiterar que las investigaciones y procesos abiertos por los hechos de este caso corresponden al Estado, deben ser realizados por todos los medios legales disponibles y culminar o estar orientados a la determinación de

¹⁰⁴ Ver: *Prosecutor v. Delacic et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, paras. 771-4; *Prosecutor v. Kambanda*, Case No. ICTR 97-23-S, Judgment and Sentence, 4 September 1998, para. 40.

¹⁰⁵ *Prosecutor v. Milosevic*, Case No. Case No. IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 16 June 2004, para. 309.

¹⁰⁶ Ver: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, paras. 275-6; Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, para. 140; Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Ob. Cit., paras. 157, 160.

toda la verdad y la persecución y, en su caso, captura, enjuiciamiento y castigo de *todos* los responsables intelectuales y materiales de los hechos.¹⁰⁷

De esta manera la Corte reafirma que la obligación del Estado de “identificar, juzgar y sancionar” debe extenderse para alcanzar a *todos* los perpetradores en los distintos niveles de la organización estatal.

3.4.2 Las medidas necesarias y razonables para prevenir, detener y sancionar

Todos los líderes, sean civiles o militares, están obligados a implementar acciones diligentes que aseguren que las instituciones y subordinados bajo su control no cometan violaciones al derecho internacional.¹⁰⁸ Por consiguiente, los superiores deben adoptar todas las acciones necesarias y razonables para cumplir con sus obligaciones de prevención y sanción.¹⁰⁹

El Estatuto de Roma impone a los jefes militares y líderes civiles la obligación de llevar a cabo “las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”¹¹⁰. Es importante señalar que no se exige al superior realizar lo imposible, solamente se le exige adoptar las medidas necesarias y razonables en el marco de su capacidad. Se debe indicar que la obligación del superior, civil o militar, “incluye al menos la obligación de investigar los crímenes para establecer los hechos y ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes si es que el superior no tiene la capacidad para sancionarlos por sí mismo”.¹¹¹ Para determinar si este requisito ha sido alcanzado, los tribunales han concluido que un superior cumple con su deber de prevención y sanción si hace uso de todos los medios en su poder para alcanzar este objetivo.¹¹² En ese sentido, un superior no elude su

¹⁰⁷ Corte IDH. Caso La Cantuta, Ob. Cit., para. 157 (El resaltado es nuestro).

¹⁰⁸ Ver: *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-T, Judgment, 3 March 2000, paras. 322-30.

¹⁰⁹ ICRC Commentary, para. 3547.

¹¹⁰ Estatuto de Roma, art. 28 (a)(ii), (b)(iii).

¹¹¹ *Prosecutor v. Brdjanin*, Case No. IT-99-36-T, Judgment, 1 September 2004, para. 279 (traducción no oficial).

¹¹² Ver: *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-T, Judgment, 3 March 2000, para. 336; *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, Case No. IT-95-14/2, Judgment, 26 February 2001, paras. 444-5.

responsabilidad si delega sus obligaciones de supervisión en otros; tales intentos simplemente desplazan la responsabilidad del superior hacia una obligación de “selección adecuada, instrucción y seguimiento”.¹¹³

Ya sea que las acciones dentro del control del superior impliquen la apertura de una investigación, el examen por parte de las autoridades competentes, o algo similar, éstas deben ser realizadas con lo que William Fenrick, comentando el Estatuto de Roma, denomina como “escrupulosa buena fe”.¹¹⁴

Este concepto tiene sus fundamentos históricos en la decisión del Tribunal de Tokio en el caso *Matsui*¹¹⁵, donde un general fue condenado por las atrocidades cometidas por sus subordinados, a pesar de haber ordenado a sus generales “acatar las leyes de la guerra”. El tribunal consideró que tales instrucciones eran “imprecisas” y sostuvo que debido a que el acusado tuvo la posibilidad de impedir la ocurrencia de los crímenes, las medidas adoptadas carecían de idoneidad.

De manera más reciente, el TPIY señaló que son los esfuerzos de buena fe, y no los intentos superficiales para prevenir y sancionar, los que permiten asegurar el cumplimiento de esta obligación de acuerdo al derecho penal internacional. En el caso *Delalic et. al.*, Mucic, un civil a cargo de un campamento de prisioneros en la Ex Yugoslavia, fue declarado penalmente responsable por incumplir con las obligaciones de prevenir y sancionar que tenía de acuerdo el Estatuto del TPIY debido a que poseía la autoridad para realizar estos deberes. El tribunal no acogió el argumento de Mucic que señalaba que expresamente había ordenado a los guardias no golpear a los prisioneros del campamento. Debido a que en el proceso se demostró que el acusado se ausentaba prolongadamente y que no supervisaba continuamente a sus subordinados, el tribunal señaló que las órdenes por sí mismas no eran necesariamente “las

¹¹³ AMBOS, Kai. Ob. Cit., p. 859.

¹¹⁴ FENRICK, William J. Ob. Cit., p. 522.

¹¹⁵ Complete Transcripts of the Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East. En: *The Tokyo War Crimes Trials*, Vol. 103, John Pritchard and Sonia Magbanua Zaide (ed), Garland Publishing : New York and London 1981, Edition Garlands (Tokyo Trials Official Transcripts) p. 788-92 (Traducción no oficial).

acciones razonables o apropiadas” para prevenir e impedir la comisión de los crímenes.¹¹⁶ Por ello, la ausencia de un seguimiento conciente y de otras medidas preventivas fue considerada como evidencia de que el acusado no había actuado con suficiente “buena fe”. El acusado además incumplió con la obligación de sancionar a sus subordinados: no se implementaron medidas disciplinarias contra ninguno de los guardias por el maltrato recibido a los prisioneros a pesar de que tales abusos fueron registrados varias veces.

En este mismo sentido, en el caso *Pueblo Bello*, la Corte Interamericana señaló que:

[...] la masacre [...] no habría podido ejecutarse si hubiere existido protección efectiva de la población civil en una situación de riesgo razonablemente previsible por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad del Estado. Ciertamente no existen pruebas ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese un nexo entre miembros del Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos. No obstante, la responsabilidad por los actos de los miembros del grupo paramilitar en este caso en particular es atribuible al Estado en la medida en que éste no adoptó diligentemente las medidas necesarias para proteger a la población civil en función de las circunstancias descritas. Por las razones expuestas en los párrafos anteriores, la Corte concluye que el Estado no cumplió con su obligación de garantizar los derechos humanos [...], por haber faltado a sus deberes de prevención y protección, en perjuicio de las personas desaparecidas y privadas de su vida en este caso.¹¹⁷

4. La empresa criminal conjunta (ECC)

¹¹⁶ *Prosecutor v. Delacic et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, para. 772 (Traducción no oficial).

¹¹⁷ Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Ob. Cit., para. 140. Ya en el caso *19 Comerciantes*, la Corte Interamericana había sostenido que: “el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia”. Ver: Corte IDH. *Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109 para. 183.

Al igual que la responsabilidad del superior, la teoría de la ECC—también conocida como responsabilidad por “finalidad común” o “plan común” o *joint criminal enterprise*—encuentra sus bases en los principios utilizados en los procesos de Nuremberg finalizada la Segunda Guerra Mundial.¹¹⁸ Desde entonces, la doctrina se ha desarrollado en la creación y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales establecidos para el juzgamiento de quienes cometen atrocidades.¹¹⁹

4.1 La teoría de la ECC en el derecho penal internacional

El derecho penal internacional exige que toda modalidad de responsabilidad por ECC posea los elementos comunes siguientes: (1) una pluralidad de individuos que actúa (2) con un plan, diseño o finalidad común “que configura la comisión o tentativa de comisión de un crimen” y (3) que involucra “la participación del acusado en el referido diseño”.¹²⁰ El artículo 25 del Estatuto de Roma, referido a la responsabilidad penal individual, codifica la responsabilidad por ECC de la siguiente forma:

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

¹¹⁸ En el caso *Einsatzgruppen*, el Tribunal señaló que “ni bajo la *Control Council Law No. 10* ni bajo ningún sistema conocido de derecho penal la culpabilidad por un asesinato se encuentra circunscrita a quien dispara o entierra el cuerpo. En línea con los principios comunes reconocidos por todos los sistemas legales civilizados, el párrafo 2 del artículo II de la *Control Council Law No. 10* especifica los distintos tipos de conexión con el crimen que son suficientes para establecer la culpabilidad. Por tanto, no son culpables solamente los autores materiales sino también los autores intelectuales y todos aquéllos que consienten en la comisión del crimen o que están conectados con los planes o empresas involucradas, aquéllos que lo incitan y aquéllos que pertenecen a la organización o grupo involucrado en su comisión. Ninguna de estas disposiciones implica principios distintos o nuevos de la responsabilidad penal” (Traducción no oficial). *United States of America v. Ohlenforf et al.*, Vol. IV, TWC p. 372.

¹¹⁹ La reciente jurisprudencia producida por el Panel Especial para los Crímenes Graves en Timor Oriental (*East Timorese Special Panel for Serious Crimes*), creado por la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (*United Nations Transitional Authority in East Timor* o UNTAET) para investigar y sancionar diversos crímenes cometidos entre enero y octubre de 1999, también recoge la doctrina de la ECC. Ver: *Prosecutor v. Francisco Perreira*, Case No. 34/2003, Judgment, 27 April 2005, pp. 19-20 y *Prosecutor v. Domingos de Deus*, Case No. 02a/2004, Judgment, 12 April 2005, p. 13. Disponible en: <http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/ET-special-panels-docs.htm> y <http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/Serious%20Crimes%20Unit%20Files/default.html>.

¹²⁰ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para. 227.

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

- i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
- ii) a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.¹²¹

En los párrafos siguientes se examinarán cada uno de los principales elementos de la doctrina de la ECC, haciendo referencia al artículo 25 del Estatuto de Roma y a la jurisprudencia relevante producida por los tribunales penales internacionales *ad hoc*.

4.1.1 Pluralidad de individuos

Este elemento exige que dos o más individuos unan fuerzas voluntariamente para planear o cometer un crimen.¹²² “La participación de dos o más personas en la comisión de un crimen puede en sí misma determinar la existencia de un acuerdo o arreglo preliminar tácito entre aquéllas para cometer tal acto criminal”.¹²³ Para establecer la presencia de una pluralidad de individuos no se requiere que el arreglo preliminar o acuerdo de los participantes en la ECC sea expreso; éste puede ser inferido de las circunstancias.¹²⁴

Por ejemplo, al especificar que los individuos “no requieren estar organizados bajo una estructura militar, política o administrativa”¹²⁵, la Cámara de Apelaciones en el caso *Tadić* hizo referencia al caso del *Linchamiento en Essen*, en el cual tres prisioneros de guerra británicos

¹²¹ Estatuto de Roma, art. 25(3)(d). Es importante señalar que el mismo texto se repite en la Sección 14.3 (d) del Reglamento 2000/15 del Panel Especial para los Crímenes Graves en Timor Oriental (UNTAET/REG/2000/15) del 6 de junio de 2000. Disponible en: <http://www.un.org/peace/etimor/untactR/Reg0015E.pdf>. La jurisprudencia del Panel Especial ha interpretado claramente que esta disposición se refiere a la ECC. Ver: *Prosecutor v. Domingos de Deus*, Case No. 02a/2004, Judgment, 12 April 2005, p. 13.

¹²² *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para. 196.

¹²³ *Prosecutor v. Blagojevic*, Case No. IT-02-60-T, Judgment, 17 January 2005, para. 699 (Traducción no oficial).

¹²⁴ *Prosecutor v. Vasiljevic*, Case No. IT-98-32-T, Judgment, 29 November 2002, para. 66.

¹²⁵ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para. 227 (Traducción no oficial).

fueron linchados por una turba de ciudadanos alemanes. Los ciudadanos fueron condenados por el asesinato debido a que “estaban involucrados en la muerte”, pese a no existir evidencia suficiente que demostrara que alguno de ellos hubiera causado directamente la muerte de los oficiales.¹²⁶

4.1.2 Diseño, plan o finalidad común

Este requisito no se encuentra definido por la presencia de estructuras o acuerdos formales sino por el propósito común o acción concertada de los participantes. El plan, diseño o finalidad común no requiere haber sido “previamente acordado o formulado” sino que “puede materializarse extemporáneamente”.¹²⁷

En *Prosecutor v. Furundzija*, el TPIY consideró que no era necesario demostrar la existencia de un acuerdo previo entre dos participantes, infiriendo “de todas las circunstancias” que los eventos ocurrieron de tal forma que el acusado conocía que la víctima sería abusada sexualmente. En el caso, el acusado interrogó a la víctima mientras ésta se encontraba desnuda y además se encontraba en la habitación contigua cuando el abuso sexual era cometido.¹²⁸ Aunque el acusado no había participado en el ataque físico, éste fue considerado como cómplice en el plan común porque sus acciones contribuyeron a tal propósito en el mismo lugar y a vista de los otros perpetradores por un amplio periodo.¹²⁹

Adicionalmente, el plan o diseño común puede inferirse de las circunstancias de un determinado caso mirado desde su totalidad. Lo anterior se puede concluir cuando el grupo de supuestos perpetradores en realidad “actúa al unísono” para hacer posible la ECC.¹³⁰ En *Prosecutor v. Blagojevic* el TPIY determinó la existencia de un plan común al inferir que la

¹²⁶ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para. 208 (Traducción no oficial).

¹²⁷ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para. 227; Ver también, *Prosecutor v. Vasiljevic*, Case No. IT-98-32-A, Judgment, 25 February 2004, para. 100; *Prosecutor v. Simic*, Case No. IT-95-9-T, Judgment, 17 October 2003, para. 158 (Traducción no oficial).

¹²⁸ *Prosecutor v. Furundzija*, Case No. IT-95-17/1, Judgment, 21 July 2000, para. 120 (Traducción no oficial).

¹²⁹ *Prosecutor v. Furundzija*, Case No. IT-95-17/1, Judgment, 21 July 2000, para. 120.

¹³⁰ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para. 227 (Traducción no oficial).

captura, detención, asesinato y entierro de 7,000 niños en el espacio de cinco días “no hubiera sido posible a menos que existiera un plan y una coordinación entre los miembros de la ECC”.¹³¹ El plan común puede darse a cualquier nivel: ya sea local o comunitario como en los casos anteriores, o también tener un alcance nacional.¹³²

Resulta sumamente pertinente recordar que la Corte Interamericana, al analizar la participación del Grupo Colina en la comisión del crimen de La Cantuta, sostuvo en este mismo sentido que:

La particular gravedad de los hechos se revela en la existencia de toda una estructura de poder organizado y de procedimientos codificados mediante los cuales operaba la práctica de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. Estos no constituían hechos aislados o esporádicos, sino que llegaron a configurar *un patrón de conducta* durante la época en que ocurrieron los hechos, como método de eliminación de miembros o sospechosos de pertenecer a organizaciones subversivas, empleada en *forma sistemática y generalizada* por agentes estatales, la mayoría de las veces por miembros de las Fuerzas Armadas.

Por su determinante papel en este caso, es preciso hacer notar la participación del denominado Grupo Colina, que en el seno de las fuerzas armadas hacía parte preponderante de una *política gubernamental* consistente en la identificación, el control y la eliminación de aquellas personas de quienes se sospechaba pertenecían a los grupos insurgentes, mediante acciones sistemáticas de ejecuciones extrajudiciales indiscriminadas, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas y torturas. El grupo fue organizado directamente dentro de la estructura jerárquica del Ejército peruano y sus actividades y operaciones fueron desarrolladas, según diferentes fuentes, con conocimiento de la Presidencia de la República y del Comando del Ejército.¹³³

¹³¹ *Prosecutor v. Blagojevic*, Case No. IT-02-60-T, Judgment, 17 January 2005, para. 721 (Traducción no oficial).

¹³² *Prosecutor v. Martić*, Case No. IT-95-11-T, Judgment, 12 June 2007, para. 442. Los acusados fueron condenados sobre la base de un presunto plan de escala nacional. Milan Martić, ex presidente serbio, fue condenado por participar de una ECC que tenía como propósito “un objetivo político de reunir las áreas serbias de Croacia y de Bosnia Herzegovina para establecer un territorio unificado” (traducción no oficial). Este objetivo fue alcanzado cuando la población no serbia fue expulsada de varias ciudades en Croacia y Bosnia Herzegovina.

¹³³ Corte IDH. *Caso La Cantuta*, Ob. Cit., paras. 82-83 (El resaltado es nuestro).

4.1.3 Participación y contribución del acusado

4.1.3.1 Participación del acusado

En opinión del profesor Antonio Cassese, hoy en día el derecho penal internacional “acepta ampliamente” que el participante en un plan común pueda ser declarado responsable por un crimen perpetrado por otros participantes. Lo anterior puede suceder no sólo cuando el acusado no participa del acto criminal en sí, sino inclusive cuando el acto no hubiera sido previsto en el plan común y fuera una consecuencia previsible del diseño original.¹³⁴ En este sentido, la Cámara de Apelaciones del TPIY ha dado la explicación más clara de lo que constituye un grado de “participación” suficiente.

En *Prosecutor v. Tadic*, la Sala de Primera Instancia no pudo concluir “de acuerdo a los medios probatorios que le fueran entregados y más allá de una duda razonable” que el acusado, Dusko Tadic, hubiera participado en el asesinato de cinco musulmanes en la villa de Jaskici en Bosnia. Por ello, relevó a Tadic del cargo de asesinato como crimen contra la humanidad.¹³⁵ A pesar de ello, la Cámara de Apelaciones decidió considerar si Tadic podía ser declarado culpable aún frente ante la falta de evidencia que demostrara que Tadic personalmente hubiera asesinado a alguno de los hombres en Jaskici.¹³⁶ Al revertir el fallo de la Sala de Primera Instancia, la Cámara de Apelaciones sostuvo que Tadic podía ser declarado individualmente responsable en los términos del artículo 7(1) del Estatuto del TPIY bajo la teoría de la ECC, aún cuando esta doctrina no se encontraba expresamente reconocida en su estatuto.¹³⁷

¹³⁴ CASSESE, Antonio. The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise. En: 5 J. INT’L CRIM. JUSTICE 109, 132 (2007).

¹³⁵ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-T, Judgment, 7 May 1997, para. 373 (Traducción no oficial).

¹³⁶ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para. 185.

¹³⁷ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, paras. 188-93, 233. El artículo 7(1) del Estatuto del TPIY señala que: “Quien haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable por dicho crimen” (Traducción no oficial).

Al fundamentar su decisión la Cámara de Apelaciones basó su razonamiento en el artículo 25 del Estatuto de Roma y concluyó que la responsabilidad por ECC “se encontraba bien establecida en el derecho internacional [consuetudinario] y que es una figura distinta a la complicidad”.¹³⁸ Como queda claro de la lectura del artículo 25, la responsabilidad establecida en el párrafo (3)(d)(i) requiere, en lo concerniente al acusado, que exista “una intención específica para promover los actos y los objetivos ideológicos del grupo”.¹³⁹ La responsabilidad bajo el artículo 25 (3)(d)(ii) requiere que el acusado tenga conciencia del “crimen específico que busca cometer el grupo”.¹⁴⁰ Probar la intención requerida bajo cualquiera de estos supuestos—presentados en disyuntiva, debido a que cada uno provee una base separada para la atribución de responsabilidad—requiere analizar los hechos y circunstancias concretos de cada caso.¹⁴¹

Ahora bien, en lo que se refiere al estándar en sí, Cassese analiza la intención en contexto observando que “la noción de ‘conocimiento’ puede bien cubrir aquella ‘previsión’ y ‘asunción voluntaria de riesgo’ de la acción criminal por uno o varios miembros del grupo [...]. [Por tanto] los actos criminales cometidos por uno de los participantes fuera del plan criminal [conjunto] [puede llevar a la atribución de responsabilidad], en el supuesto que cualquier otro participante tenga cierto grado de conciencia y previsión de la comisión de tales actos”.¹⁴² Por ello, el propósito que tiene cada perpetrador para llevar a cabo el plan común no necesita ser el

¹³⁸ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para. 223 (Traducción no oficial). Se puede señalar que hoy que el Estatuto de Roma se encuentra en vigor, éste tiene un mayor peso legal que a la fecha de la decisión del caso *Tadic*.

¹³⁹ AMBOS, Kai. Article 25. En: *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article* 476, 486 (Otto Triffterer ed., 1999).

¹⁴⁰ *Ibid.*, Loc. Cit..

¹⁴¹ Las cuestiones vinculadas al *mens rea* serán analizadas en detalle en la sección 6.

¹⁴² CASSESE, Antonio. The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise. En: *Journal of International and Criminal Justice* 109, 132 (2007). Ver también: *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para. 204; *Prosecutor v. Brdjanin*, Case No. IT-99-36-A, Judgment, 3 April 2007, para. 411. El TPIY encontró responsabilidad cuando el acto perpetrado fuera del diseño común “era una consecuencia natural y previsible del desarrollo de tal propósito”. El acusado debió estar al tanto de que el crimen era “una posible consecuencia de la implementación” de la ECC pero, sin embargo, fue “negligente o indiferente frente al riesgo” de que ocurriese (traducción no oficial).

mismo, dado que “para contribuir a la ECC la intención criminal conjunta no requiere de la satisfacción personal, el entusiasmo del co-perpetrador o su iniciativa personal”.¹⁴³

4.1.3.2 Contribución del acusado

Un individuo que participa en una ECC en los términos descritos será responsable si “de alguna forma contribuye a la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”.¹⁴⁴ Los tribunales internacionales han interpretado este elemento señalando que la contribución debe ser “significativa” en lugar de sustancial.¹⁴⁵ Una contribución significativa quiere decir el “acto u omisión que permite que la iniciativa sea eficiente o efectiva”, de manera que el sistema pueda “desarrollarse más fluidamente o sin interrupción”.¹⁴⁶ También puede referirse a la participación que “permita que [la ECC] continúe su funcionamiento”.¹⁴⁷

Es así que la Cámara de Apelaciones en el caso *Tadic* encontró que como miembro de un grupo armado, el acusado “activamente fue parte en dicho ataque, reuniendo y golpeando severamente a algunos de los hombres en Jaskici”.¹⁴⁸ El tribunal concluyó allí que:

[...] la única inferencia posible que puede realizarse es que el acusado tenía el propósito criminal de deshacerse de la población no serbia de la región de Prijedor mediante la comisión de actos inhumanos en su contra. Que los pobladores no serbios pudieran ser asesinados al llevarse a cabo este objetivo común era previsible. El [acusado] era conciente que era altamente probable que las acciones del grupo al que

¹⁴³ *Prosecutor v. Krnojelac*, IT-97-25-A, Judgment, 17 September 2003, para. 100.

¹⁴⁴ Estatuto de Roma. Artículo 25(3)(d)

¹⁴⁵ *Prosecutor v. Brdjanin*, Case No. IT-99-36-A, Judgment, 3 April 2007, para. 430 (Traducción no oficial).

¹⁴⁶ *Prosecutor v. Kvočka*, Case No. IT-98-30/1-T, Judgment, 2 November 2001, para. 309 (Traducción no oficial).

¹⁴⁷ *Prosecutor v. Kvočka*, Case No. IT-98-30/1-T, Judgment, 2 November 2001, para. 312 (Traducción no oficial).

¹⁴⁸ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para. 232 (Traducción no oficial).

pertenecía culminasen en tales asesinatos y sin embargo, nunca tuvo la intención de asumir tal riesgo.¹⁴⁹

En otro caso el TPIY observó que el significado legal de la contribución de un participante en el plan o diseño criminal común puede ser determinado a través de la evaluación de los siguientes factores:

El tamaño de la empresa criminal, las funciones desarrolladas, el cargo del acusado, la cantidad de tiempo invertida en la participación luego de tomar conocimiento de la criminalidad del sistema, los esfuerzos realizados para prevenir la actividad criminal o para impedir el funcionamiento eficiente del sistema, la seriedad y alcance de los crímenes cometidos, y la eficiencia, intensidad e injustificada crueldad exhibidos cuando el actor ejecutaba su función. También es importante examinar cualquier evidencia directa de intención o acuerdo compartido con la empresa criminal, tales como la repetida, continua o extensa participación en el sistema, las expresiones verbales, o la perpetración física del crimen. Quizás el factor más importante a examinar es el rol que jugó el acusado vis-à-vis la seriedad y alcance de los crímenes cometidos.¹⁵⁰

Si bien no se requiere que la contribución sea sustancial, existirán situaciones en las que ésta deberá evidenciarse para deducir que el acusado participó en una ECC. “En la práctica, el significado de la contribución del acusado será relevante para demostrar que compartía la intención de alcanzar la finalidad común”.¹⁵¹ No todos los miembros deben haber participado de la misma forma mientras exista la ECC.¹⁵²

¹⁴⁹ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para. 232 (Traducción no oficial).

¹⁵⁰ *Prosecutor v. Kvočka*, Case No. IT-98-30/1-T, Judgment, 2 November 2001, para. 311 (Traducción no oficial).

¹⁵¹ *Prosecutor v. Kvočka*, Case No. IT-98-30/1-A, Judgment, 28 February 2005, para. 97 (Traducción no oficial).

¹⁵² Ver: *Prosecutor v. Milosevic*, Case No. IT-99-37-PT, Second Amended Indictment, 16 October 2001, para. 17 (“un número de individuos participó de todas las etapas de la ECC o, de forma alternativa, en momentos diferentes de su existencia”) (Traducción no oficial).

TERCERA PARTE: CONSIDERACIONES TÉCNICAS RELACIONADAS CON EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL, LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR Y LA ECC

5. *Aplicación de la responsabilidad penal internacional a ex jefes de estado*

El derecho internacional permite que los ex jefes de Estado sean sometidos a procesos penales bajo circunstancias apropiadas. La Corte Internacional de Justicia, en su decisión del 2002 en el caso *Congo v. Bélgica* estableció las circunstancias en las que las personas que han sido altos oficiales de gobierno no disfrutaban de inmunidad penal. La primera de ellas es cuando afrontan procesos en sus propios tribunales nacionales, “de acuerdo a las normas relevantes del derecho nacional”.¹⁵³ Otro caso es el juzgamiento de los responsables por la comisión de crímenes internacionales por parte de tribunales penales internacionales competentes. Vale la pena señalar que el ex presidente de Liberia Charles Taylor está siendo procesado por el Tribunal Especial de Sierra Leona —establecido mediante un acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona— bajo las teorías de la responsabilidad del superior y la ECC.¹⁵⁴

Como fuera señalado, el ex presidente serbio Slobodan Milosevic estaba siendo procesado por el TPIY utilizando ambas teorías de atribución de responsabilidad antes de que ocurriera su fallecimiento mientras se encontraba detenido.¹⁵⁵ Además de encontrar argumentos para declararlo responsable bajo la doctrina de la responsabilidad del superior, la Sala de Primera Instancia determinó que existía evidencia suficiente para inferir que Milosevic había participado en una ECC cuyo objetivo común era cometer el genocidio de parte de la población musulmana de Bosnia. Esta conclusión se sustentó en el material probatorio presentado que establecía que

¹⁵³ Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Dem. Rep. Congo v. Belg.), 2002 I.C.J. 3, para. 61 (Feb. 14, 2002) (Traducción no oficial).

¹⁵⁴ Ver: *Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-PT, Second Amended Indictment, 29 May 2007, paras. 33-4.

¹⁵⁵ *Prosecutor v. Milosevic*, Case No. IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 16 June 2004, para. 288.

Milosevic “compartía con los [otros] participantes el propósito y la intención de destruir a parte de los bosnios musulmanes como un grupo”.¹⁵⁶

Al examinar la evidencia, la Sala de Primera Instancia determinó que las circunstancias siguientes fundamentaban la conclusión de que Milosevic compartía la intención genocida de los otros participantes en la ECC: la situación de liderazgo de Milosevic, su defensa y apoyo para la creación de una Gran Serbia, la asistencia que brindaba a la comunidad serbia en Bosnia, la cercana relación entre Milosevic y los oficiales serbios en Bosnia, su conocimiento cercano de los detalles así como de “los crímenes cometidos, la escala y patrón de ataques dentro [de determinadas regiones], su intensidad, el alto número de musulmanes asesinados [dentro de la región] y los ataques dirigidos a quienes resultaban esenciales para la supervivencia de los musulmanes como grupo”.¹⁵⁷

6. Estándares de prueba y otras cuestiones en el derecho penal internacional

6.1 Garantías de debido proceso

Es importante resaltar que los principios del derecho internacional sobre responsabilidad penal abordados en esta sección han sido aplicados e interpretados en procesos llevados a cabo por tribunales internacionales que han respetado los estándares del debido proceso de los acusados. Común a todos los procesos desarrollados por los tribunales internacionales referidos es el concepto de juicio justo, previsto en los artículos 20(1), 19(1) y 64 de los estatutos de TPIY, TPIR y la CPI, respectivamente. La presunción de inocencia se encuentra también universalmente reflejada en los estatutos de la CPI, TPIY y TPIR, en los artículos 66(1), 21(3) y 20(3), respectivamente, los cuales señalan que “se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte”.

A efectos de vencer la presunción de inocencia, el TPIY y el TPIR han establecido el concepto de “duda razonable”, estándar común a todos proceso penal: “La persona será declarada

¹⁵⁶ *Prosecutor v. Milosevic*, Case No. IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 16 June 2004, para. 288 (Traducción no oficial).

¹⁵⁷ *Prosecutor v. Milosevic*, Case No. IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 16 June 2004, para. 288 (Traducción no oficial).

culpable solamente cuando una mayoría de la Sala de Primera Instancia esté convencida que la culpabilidad ha sido probada más allá de una duda razonable”.¹⁵⁸ El Estatuto de Roma señala de la misma manera que “para poder condenar al acusado, la Corte debe estar convencida de su culpabilidad más allá de la duda razonable”.¹⁵⁹ Por ello, la Fiscalía tiene la carga de probar las alegaciones contenidas en la acusación, incluyendo cada uno de los elementos que definen los cargos en contra del acusado.¹⁶⁰

6.2 Probando la mens rea

La doctrina de la responsabilidad del superior y la ECC exigen probar la existencia de la intencionalidad mental necesaria para alcanzar el estándar de *mens rea*. Afortunadamente, la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* es bastante ilustrativa respecto de la mejor forma de realizar esta determinación.

Con respecto a la responsabilidad del superior, el TPIR consideró que el derecho internacional permite presumir legalmente “el conocimiento de una situación bajo casos de criminalidad notoria y generalizada”.¹⁶¹ En *Prosecutor v. Kayishema*, el acusado era un líder civil local que “conocía o tenía razón para conocer que una masacre de gran escala [contra los Tutsis] era inminente”¹⁶² en una iglesia dentro de su jurisdicción. El tribunal consideró que el acusado había tenido un control efectivo sobre los perpetradores Hutu de la masacre y que no realizó acción alguna para prevenir el hecho. Durante el periodo bajo referencia el acusado estaba plenamente conciente que los Tutsis habían sido atacados por los Hutus en toda Ruanda; más aún, el acusado tenía conocimiento específico de la inminencia de los asesinatos, por lo cual

¹⁵⁸ Reglas de Procedimiento del TPIY y del TIPR, Regla 87(A).

¹⁵⁹ Estatuto de Roma, art. 66(3).

¹⁶⁰ Ver: *Prosecutor v. Delalic*, Case No. IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, para. 599 (“la carga legal de probar la totalidad de los hechos esenciales para la acusación se encuentra normalmente en el demandante, en los procesos civiles, y en el fiscal, en los procesos penales”) (Traducción no oficial). Ver también: Estatuto de Roma, art. 66(2): “Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado”.

¹⁶¹ BANTEKAS, Ilias. The Contemporary Law of Superior Responsibility. En: 93 AM. J. INT’L L. 573, 594 (1999).

¹⁶² *Prosecutor v. Kayishema & Ruzinanda*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, 21 May 1999, para. 509 (Traducción no oficial).

fue también declarado responsable. Al considerar el elemento de *mens rea* de la responsabilidad del superior en el contexto de civiles, el TPIR observó que:

[La responsabilidad del superior] no obliga *prima facie* al comandante a estar informado de cada actividad del personal bajo su control. A la luz del objetivo del artículo 6(3) [del Estatuto del TPIR] la Cámara encuentra que la Fiscalía debe probar que el acusado en este caso conocía o concientemente omitió información que claramente indicaba o le ponía en conocimiento que sus subordinados habían cometido o iban a cometer actos violatorios de los artículos 2 al 4 del Estatuto de este tribunal.¹⁶³

Este caso ilustra cómo, en ausencia de evidencia directa, el requisito del conocimiento o intención pueda ser inferido de los hechos y circunstancias, incluyendo la naturaleza y contexto de la participación.¹⁶⁴ Las circunstancias, sin embargo, deben claramente fundamentar la conclusión de que existe *mens rea*.¹⁶⁵

La Cámara de Apelaciones del TPIY condenó al acusado en *Prosecutor v. Stakic* al aplicar la doctrina del ECC bajo circunstancias similares.¹⁶⁶ Primero determinó que Stakic había en realidad participado en un plan criminal común para perseguir, deportar y desplazar forzosamente a musulmanes bosnios y a croatas en la región de Prijedor de Bosnia-

¹⁶³ *Prosecutor v. Kayishema & Ruzinanda*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, 21 May 1999, para. 228 (Traducción no oficial) (El resaltado es nuestro).

¹⁶⁴ *Prosecutor v. Simba*, Case No. ICTR-01-76-T, Judgment, 13 December 2005, para. 413; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, Case No. ICTR 95-1-A, Judgement (Reasons), 1 June 2001, para. 159; *Prosecutor v. Semanza*, Case No. ICTR 97-20-A, Judgment, 20 May 2005, paras. 261-262. Ver también: *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR 96-3-A, Judgement, 26 May 2003, para. 525; *Prosecutor v. Ndindabahizi*, Case No. ICTR 01-71-I, Judgment, 15 July 2004, para. 454; *Prosecutor v. Ntagerura et al.*, Case No. ICTR 99-46-T, Judgment, 25 February 2004, para. 663.

¹⁶⁵ Ver: *Prosecutor v. Krstic*, Case No. IT-98-33-A, Judgment, 19 April 2004, para. 134. (El tribunal determinó que la evidencia actuada era insuficiente para concluir que Krstic compartía el propósito común requerido de la ECC de cometer genocidio en Srebrenica. El tribunal observó que “que todo lo que la evidencia [establecía] era que Krstic [había sido] conciente de la intención de algunos miembros de cometer genocidio [...], y que a pesar de ese conocimiento no realizó acción alguna para prevenir el uso de personal y recursos que facilitara la ocurrencia de tales muertes. Este conocimiento por sí mismo [no permite] concluir la existencia de una intención genocida”) (Traducción no oficial).

¹⁶⁶ *Prosecutor v. Stakic*, Case No. IT-97-24-A, Judgment, 22 March 2006, para. 84.

Herzegovina en violación del derecho internacional.¹⁶⁷ Esta conclusión, basada en parte en la posición del acusado como oficial civil de alto rango en aquel entonces, se sustentó en la evaluación de las circunstancias y el contexto. Otros factores tomados en cuenta fueron las acciones del acusado en su capacidad oficial, su relación con otras figuras clave clasificadas como co-perpetradores de los crímenes, y su conducta a la luz del conocimiento que tenía debido a su posición en el gobierno.¹⁶⁸ Finalmente, la Cámara de Apelaciones sostuvo que Stakic también era responsable por un número de asesinatos ilegales ocurridos en centros de detención, así como de otras ofensas en el derecho internacional relacionados con el plan común, todas las cuales eran *consecuencias naturales y previsibles* de los crímenes principales, precisamente porque era plenamente consciente de la posibilidad de su ocurrencia.¹⁶⁹

Es importante subrayar que al probar la *mens rea* bajo la teoría de la responsabilidad por ECC, “el acusado no requiere tener la misma *mens rea* que el principal agresor”.¹⁷⁰ En tales casos, la Fiscalía solamente debe probar que el acusado era consciente que su omisión iba a contribuir a la comisión del crimen.¹⁷¹

7. Conclusión

La responsabilidad del superior y la ECC son teorías complementarias de atribución de responsabilidad en el derecho penal internacional. Un individuo puede ser simultáneamente acusado en su condición de jefe militar o líder civil como por su rol individual al participar en

¹⁶⁷ *Prosecutor v. Stakic*, Case No. IT-97-24-A, Judgment, 22 March 2006, para. 94.

¹⁶⁸ *Prosecutor v. Stakic*, Case No. IT-97-24-A, Judgment, 22 March 2006, para. 93.

¹⁶⁹ *Prosecutor v. Stakic*, Case No. IT-97-24-A, Judgment, 22 March 2006, para. 97.

¹⁷⁰ *Prosecutor v. Kayishema & Ruzinanda*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, 21 May 1999, para. 205 (Traducción no oficial).

¹⁷¹ *Prosecutor v. Kayishema & Ruzinanda*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, 21 May 1999, para. 206.

una ECC.¹⁷² Tal como fuera señalado, éste es el caso del proceso en curso contra Charles Taylor en el Tribunal Especial de Sierra Leona.¹⁷³

Kai Ambos ha resaltado que aunque ambas doctrinas tienen ciertas diferencias conceptuales—la responsabilidad del superior pone su acento en la omisión mientras que la ECC requiere de una acción positiva—, éstas pierden importancia debido a que su aplicación requiere demostrar que el acusado “poseía un cierto rango jerárquico dentro del aparato criminal”.¹⁷⁴

En todo caso, y sea cual fuere la posición que se adopte frente a estos supuestos, lo cierto es que el derecho penal internacional presenta elementos que deberán ser cuidadosamente observados por los tribunales peruanos para la determinación de la presunta responsabilidad penal del señor Fujimori por los crímenes de *Barrios Altos* y *La Cantuta*. La particular dimensión de estos crímenes requiere por ello que los tribunales peruanos utilicen los principios y normas del derecho penal internacional como pauta hermenéutica que permita aplicar la ley penal interna a la luz de las obligaciones internacionales del Estado peruano.

En este sentido, queda claro que a la luz del derecho penal internacional, y teniendo en cuenta el acervo probatorio armado recogido por la Sala Penal Especial, Alberto Fujimori en su condición de jefe de Estado habría permitido, facilitado y participado en la comisión de los crímenes de *La Cantuta* y *Barrios Altos*, generando así su responsabilidad penal individual por esos actos. Como mínimo, el ex presidente Fujimori poseía información suficiente que le permitía concluir que se venían cometiendo estos crímenes desde la estructura estatal, pero no actuó para prevenirlos. Tampoco se cumplió con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de estos delitos. Todo lo contrario: se adoptaron medidas legislativas y judiciales promovidas por el Ejecutivo para favorecer a los miembros del Grupo Colina *ex post facto*.

¹⁷² La complementariedad de ambas doctrinas no ha sido uniformemente aceptada. En *Prosecutor v. Kvočka*, Case No. IT-98-30/1-A, Judgment, 28 February 2005, para. 104, la Cámara de Apelaciones consideró que la ECC y la responsabilidad del superior son categorías distintas, señalando además que cuando los requisitos legales de ambas se configuran, la acusación debe basarse solamente en la doctrina de la ECC. De la misma manera, en *Prosecutor-General v. Anton Lelan Sufa*, Case No. 4a/2003, Judgment, 25 November 2004, para. 18, el Panel Especial para los Crímenes Graves en Timor Oriental sostuvo que en caso de concurrencia de supuestos debe prevalecer la ECC por ser ésta ley especial.

¹⁷³ *Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-PT, Second Amended Indictment, 29 May 2007, paras. 33-4.

¹⁷⁴ AMBOS, Kai. Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility. En: 5 *Journal of International Criminal Justice* 159, 180 (2007).

Asimismo, se considera que como mínimo al brindar la protección para que estos crímenes permanecieran en la impunidad, el ex presidente Fujimori habría participado de una ECC cuyo propósito era la identificación, el control y la eliminación de quienes fueran considerados sospechosos de pertenecer a grupos terroristas. Desde la óptica de cualquiera de las dos teorías, queda claro que en ámbito del derecho penal internacional el ex presidente Fujimori habría incurrido en la comisión de crímenes internacionales por los cuales sería penalmente responsable en el derecho interno.

Presentado por:

Profesor Arturo J. Carrillo

Director, Clínica Jurídica de Derechos Humanos
Universidad de George Washington (EE.UU.)

Fecha

ANEXO: PROFESORES DE DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS QUE SUSCRIBEN ESTE INFORME

<p>William Aceves Associate Dean for Academic Affairs and Professor of Law California Western School of Law</p>	<p>Raquel Aldana Professor of Law University of Nevada, Las Vegas</p>
<p>Thomas Antkowiak Assistant Professor of Law Seattle University Law School</p>	<p>Roxanna Altholz Lecturer in Residence and Associate Director, International Human Rights Law Clinic Boalt Hall Law School, University of California (Berkeley)</p>
<p>Susan Benesch Teaching Fellow and Adjunct Professor of Law Georgetown University Law Center</p>	<p>Carrie Bettinger-Lopez Deputy Director, Human Rights Institute; Lecturer in Law, Human Rights Clinic Columbia University Law School</p>
<p>Arturo Carrillo Associate Clinical Professor of Law and Director, International Human Rights Clinic The George Washington University Law School</p>	<p>Ariel Dulitzky Visiting Professor and Associate Director, Rapoport Center for Human Rights and Justice The University of Texas at Austin, School of Law</p>
<p>Laurel Fletcher Clinical Professor of Law and Director, International Human Rights Law Clinic Boalt Hall Law School, University of California (Berkeley)</p>	<p>Beth Lyon Assistant Professor of Law Villanova University School of Law</p>

<p>Naomi Roht-Arriaza</p> <p>Professor of Law</p> <p>Hastings College of the Law, University of California</p>	<p>Beth Van Schaack</p> <p>Associate Professor of Law,</p> <p>Santa Clara University School of Law</p>
<p>Richard J. Wilson</p> <p>Professor of Law and Director, International Human Rights Law Clinic, Washington College of Law</p> <p>American University</p>	