

Los CULPABLES por la VIOLACIÓN de los DERECHOS HUMANOS

SEMINARIO INTERNACIONAL

LAS BATALLAS JURÍDICA,
POLÍTICA Y MEDIÁTICA



**GEORGE
MASON**
UNIVERSITY

WOLA
Oficina en Washington Para
Asuntos Latinoamericanos

**justicia
viva**

Instituto de Defensa Legal
Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad y Departamento de Derecho

Con el apoyo de:

OSI
OPEN SOCIETY INSTITUTE

ORGANIZAN:

Justicia Viva —consorcio integrado por el Instituto de Defensa Legal (IDL) y el Departamento y la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)—, George Mason University y Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA)

SEMINARIO INTERNACIONAL

**Los CULPABLES
por la VIOLACIÓN
de los DERECHOS
HUMANOS**

Las batallas JURÍDICA,
POLÍTICA y MEDIÁTICA

**LOS CULPABLES POR LA VIOLACIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS**
LAS BATALLAS JURÍDICA, POLÍTICA Y
MEDIÁTICA

Instituto de Defensa Legal

Jr. Manuel Villavicencio 1191, Lima 14

Edición realizada por Gabriela Ramírez Parco,
integrante del Consorcio Justicia Viva

Diseño y diagramación: Renzo Espinel y Luis de la
Lama

Impresión: Gráfica Bellido S.R.L.

ÍNDICE

5

Presentación

7

La responsabilidad penal y el juicio a los miembros de la junta militar argentina

Ricardo Gil Lavedra

14

Teorías y pruebas para juzgar a jefes de Estado o ex mandatarios violadores de derechos humanos

Douglass Cassel

18

Evolución histórica del Derecho Penal Internacional en materia de derechos humanos

Eduardo Bertoni

22

La importancia de la justicia transicional

Jo-Marie Burt

26

¿Qué podemos hacer para captar el interés ciudadano en el proceso penal de Fujimori?

Luis Pásara

30

La responsabilidad de los jefes de Estado culpables por violaciones de los derechos humanos en América Latina

Mariclaire Acosta

35

La resistencia a aceptar la realidad

Michael Reed

39

**Las teorías sobre la responsabilidad penal
de los jefes de Estado o comandantes de
aparatos organizados del poder culpables de
violación de los derechos humanos**

Iván González

Presentación

El 25 y 26 junio, el Consorcio Justicia Viva — integrado por el Instituto de Defensa Legal (IDL), el Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Facultad de Derecho de esa misma casa de estudios—, la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (Wola) y la George Mason University organizaron un seminario internacional que reunió a un conjunto de reconocidos expertos para discutir acerca de la responsabilidad penal de las más altas autoridades —incluidos jefes de Estado— en materia de violación de derechos humanos.

Ante más de trescientos asistentes, los ponentes debatieron sobre esta cuestión a la luz de la doctrina, las normas y la jurisprudencia nacional e internacional, y resaltaron la importancia política de este tema para la vigencia de la democracia y la lucha contra la impunidad.



Por otra parte, los invitados aprovecharon su estadía en Lima para asistir al juicio de Fujimori, y quedaron muy impresionados por la transparencia y las garantías al debido proceso que se manifiestan en este.

Considerando la trascendencia del tema abordado en este seminario, nos ha parecido importante publicar en esta edición libre los principales conceptos tratados.

Agradecemos el apoyo de Open Society Institute (OSI), que hizo posible la realización de este seminario internacional.



LA RESPONSABILIDAD PENAL Y EL JUICIO A LOS MIEMBROS DE LA JUNTA MILITAR ARGENTINA

Ricardo Gil Lavedra

Magistrado que juzgó a la junta militar (Argentina)

En esta exposición destaca el razonamiento empleado por el tribunal argentino para condenar a los miembros de la junta militar, así como el significado que este juicio tuvo en el tema de la responsabilidad de autoridades que ocupan los más altos cargos.

En materia de responsabilidad penal de altos funcionarios, uno de los casos emblemáticos de Argentina lo constituye el juicio seguido contra las juntas militares, desarrollado en los años 1984 y 1985 ante la Cámara Federal en lo Criminal de la ciudad de Buenos Aires.

Este juicio tuvo características inéditas porque fue la primera vez que un tribunal civil, aplicando el Derecho Penal común, juzgó los delitos cometidos por los máximos responsables de una dictadura militar apenas finalizada esta. Este hecho es más notable aún si recordamos que, en aquella época, no existía desarrollo alguno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que la gran mayoría de los involucrados en las violaciones a estos pertenecían a las fuerzas armadas y de seguridad, y además contaban con el apoyo de sectores de la población que les agradecían haber eliminado la amenaza del terrorismo.

Cuando las autoridades democráticas asumieron el mando, hacia fines de 1983, existían numerosas denuncias de personas de todo

el país que afirmaban haber sido víctimas de secuestros y torturas por parte de grupos militares y/o policiales. Además, muchos ciudadanos habían sido asesinados en la clandestinidad por estos mismos grupos, y a sus familiares se les había negado información sobre su paradero; ellos eran los tristemente llamados «desaparecidos».

Antes estos hechos, los jefes militares y sus personeros en los medios de comunicación sostenían que se había tratado de una «guerra sucia» contra el terrorismo, en la que las fuerzas armadas habían triunfado, posibilitando así la restauración democrática. Además, manifestaron que la lucha había sido ordenada y planificada por los altos mandos militares, pero que, obviamente, dichas órdenes —de las que ellos se hacían responsables— de ningún modo incluían torturas, vejaciones ni asesinatos.

Por este motivo, la eventual responsabilidad de los ex comandantes dependió de un doble orden de consideraciones.

En primer lugar, debía establecerse si la metodología ordenada para combatir al terrorismo había sido legal o ilegal. En este último caso, teniendo en cuenta que el reproche de culpabilidad es concreto, debía imputarse a cada uno la comisión de sucesos determinados que se hubiesen producido como consecuencia del «sistema» implementado. Es decir, era necesario que la acusación probara la existencia de un «sistema» criminal ordenado por los imputados, y luego que se comprobaran hechos concretos ocurridos debido a la implementación de tal «sistema».

Por un lado, el fiscal Strassera ofreció pruebas tendientes a acreditar que se había organizado un «sistema» criminal, y por otro, seleccionó 709 nueve casos individuales que se habían producido como fruto de esas órdenes. En la selección de esos

casos entre miles, se contó con el invalorable aporte del informe de la Comisión Nacional de Desaparición de Personas, la CONADEP, primera comisión de la verdad.

El juicio se desarrolló en una audiencia oral y pública, a la que tuvo acceso irrestricto el público en general, con las salvedades propias que imponía el tamaño de la sala y las ineludibles cuestiones de seguridad —durante las primeras semanas del proceso, diariamente se recibieron llamadas que alertaban sobre la colocación de explosivos—. Asimismo, estuvo presente la prensa escrita y televisiva, tanto nacional como extranjera.

Las audiencias se llevaron a cabo entre los meses de abril y diciembre de 1985, y en estas prestaron declaración testimonial 83 personas. Asimismo, se agregaron a la causa cerca de 15 mil expedientes conexos y una numerosísima prueba documental, que se dio por incorporada al debate con la conformidad de las partes.

El 9 de diciembre de 1985, se dictó la sentencia que condenó a reclusión y prisión perpetua, respectivamente, al teniente general Videla y al almirante Massera, y a penas de prisión a otros jefes militares que los sucedieron. Los integrantes de la última junta militar fueron absueltos, pues durante su comandancia había cesado la represión militar y no se registraron casos que pudieran imputárseles.

La difusión de cuanto acontecía en el desarrollo del proceso contribuyó decisivamente al esclarecimiento de la verdad, en una opinión pública sorprendida y fuertemente segmentada, pues las fuerzas armadas contaban todavía con el respaldo de muchos sectores de la población.

La sentencia acreditó que los comandantes habían ordenado, en el ámbito de sus respectivas fuerzas, reprimir al terrorismo mediante un «sistema» que consistía en secuestrar a quienes resultaran sospechosos de tener vínculos con la guerrilla. Según los informes de inteligencia, esto implicaba conducir a los sospechosos a lugares clandestinos de detención —ubicados dentro de unidades militares o policiales de las cuales dependían—, con la finalidad de interrogarlos aplicándoles tormentos para que proporcionaran información y sometiénolos a condiciones inhumanas de alojamiento para quebrar su resistencia. Asimismo, se tenía amplia libertad para disponer la suerte del secuestrado, ya sea para liberarlo, ponerlo a disposición del Poder Ejecutivo o bien asesinarlo.

Es importante señalar que las acciones debían ser ejecutadas en el marco de las disposiciones legales existentes —pero dejando de cumplir aquellas que se opusieran a las condiciones expuestas— y en la más absoluta clandestinidad. Esto último aseguraba la impunidad de los hechos, colocando además al aparato del Estado al servicio de ese objetivo, pues se ocultaba y negaba lo sucedido a los jueces, los familiares y los gobiernos extranjeros.

Por supuesto, no existían constancias documentales de esas órdenes delictivas, que se entremezclaban con las legales —cuyo objetivo era combatir el terrorismo—, pues por su naturaleza estaban destinadas a permanecer en secreto. No obstante, el tribunal las consideró plenamente probadas sobre la base de una gran cantidad de indicios, entre los cuales cabe mencionar el control efectivo que los comandantes tenían sobre las fuerzas militares —lo que descartaba que pudieran suceder hechos que las autoridades superiores no conocieran—, la uniformidad del sistema operativo dispuesto en todo el territorio del país, la

instalación de los lugares de detención en unidades militares o policiales, la intervención en todos los casos de personal militar o policial, así como la utilización de vehículos, arsenal, combustible, etcétera de procedencia militar o policial.

Todos estos elementos condujeron a la inequívoca conclusión de que la represión ilegal fue ordenada por los comandantes, desde la conducción del Estado y de sus respectivas fuerzas.

Argumentos empleados para condenar a la junta militar

En principio, si bien ninguno de los imputados secuestró personalmente, torturó ni asesinó a nadie, en las órdenes que impartieron queda claro que sí otorgaron amplia libertad a sus subordinados para que lo hicieran. Por este motivo, el tribunal condenó a los ex comandantes como autores mediatos de los crímenes cometidos por sus subordinados, juzgando que ellos se habían valido de un aparato organizado de poder.

Para comprender el razonamiento empleado por el tribunal, es necesario recurrir a la conocida posición del autor alemán Claus Roxin, quien en materia de autoría ha distinguido tres formas del dominio del hecho: el dominio de la acción, el dominio de la voluntad y el dominio funcional. Con la primera y la tercera forma no hay inconvenientes, ya que en la primera el autor realiza por sí mismo el tipo y en la tercera se apunta a la coautoría por división de funciones, un codominio del hecho. Sin embargo, la segunda categoría, referida al dominio de la voluntad, resulta interesante, pues contiene la mencionada autoría mediata.

Tradicionalmente, la doctrina entendió que quien se vale de otra persona como instrumento, por error o coacción, es autor mediato porque domina la voluntad del instrumento, quien no

es responsable. Un sujeto responsable descartaría, en principio, la posibilidad de la autoría mediata, porque no habría dominio de la voluntad.

No obstante, Roxin, analizando lo sucedido en el caso Eichman —en el que el defensor de este arguyó que no era responsable, pues se trataba solo de una pieza de un aparato, y si no era él, otro lo habría reemplazado—, estableció una nueva categoría de autoría mediata: la utilización de aparatos organizados de poder.

Según esta concepción, no se trata aquí del dominio de una voluntad particular, sino de una voluntad indeterminada: cada ejecutor es fungible, por lo que el dominio del aparato determina el dominio de cualquier voluntad que lo integre. El instrumento es el sistema o el aparato, con lo cual el ejecutor pierde importancia, aun cuando sea también responsabilizado como autor directo del hecho.

En el proceso argentino, el tribunal consideró que existía un aparato vertical altamente disciplinado, como es la organización militar, y que los imputados tenían el control efectivo sobre dicha organización, por lo que sabían que las órdenes que daban iban a ser cumplidas, sin que importara quién resultara el ejecutor directo de estas. De este modo, haber autorizado y ordenado el «sistema criminal» los hizo responsables como autores de los delitos cometidos por sus subordinados, aun cuando estos últimos también fueran autores, a título directo, de los hechos.

Así, el proceso a las juntas militares argentinas fue el primer caso en que la teoría de Roxin se aplicó en la práctica. Años más tarde, en 1994, los tribunales alemanes volvieron a aplicarla en el supuesto de los «guardianes del muro de Berlín», en el que

atribuyeron autoría mediata a los miembros de la Comisión Nacional de Defensa, quienes habían impartido las directivas.

Por lo tanto, el juicio a estas juntas tuvo una gran trascendencia en la consolidación de la democracia argentina, pues significó el restablecimiento del valor de la ley y de los valores fundamentales en ella contenidos frente al abuso de poder, así como la recuperación de un principio fundante de la democracia: que todos somos iguales ante la ley y que esta se aplica también al poderoso, pues no hay impunidad en un sistema de hombres libres e iguales.

Finalmente, consideramos que el juicio seguido al ex presidente Fujimori debe ser visto con admiración y respeto por la comunidad internacional, toda vez que la justicia del Perú está simplemente tratando de aplicar la ley a una presunta violación grave de derechos fundamentales, con lo cual contribuye a la fortaleza de la democracia peruana, pues el Estado de Derecho y la democracia son términos inseparables.

TEORÍAS Y PRUEBAS PARA JUZGAR A JEFES DE ESTADO O EX MANDATARIOS VIOLADORES DE DERECHOS HUMANOS

Douglass Cassel

Director del Centro por los Derechos Humanos y Civiles
(Estados Unidos)

En esta exposición, destacan las teorías existentes y las pruebas manejadas en materia de responsabilidad penal en los casos de juzgamiento de altos funcionarios por la comisión de violaciones de los derechos humanos.

Las teorías aceptadas por los tribunales internacionales para juzgar a jefes de Estado o ex mandatarios violadores de derechos humanos son la responsabilidad de mando y la autoría mediata. Ambas teorías son diferentes.

La primera teoría, de acuerdo con los precedentes internacionales y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hace referencia a lo siguiente: la posibilidad de que un jefe militar —que controla a su tropa— o un jefe civil —que controla a sus inferiores— tengan conocimiento de que su tropa o sus inferiores están cometiendo —o están a punto de cometer— un delito, o tengan información que les advierte que hay grave riesgo de que ese delito se cometa, y sin embargo, a pesar de ello, no tomen las medidas razonables para prevenirlo o castigar a los culpables.

Esta teoría, de acuerdo con el Derecho Penal Internacional, tiene la ventaja de ubicar la responsabilidad donde corresponde cuando se trata de crímenes de lesa humanidad, los cuales, por su propia definición, constituyen un patrón amplio. Tiene también la ventaja

de superar todos los esfuerzos que hacen los comandantes para escapar de la responsabilidad penal, pues ellos dan generalmente órdenes orales, por lo cual los únicos testigos son sus colaboradores más cercanos; por ello, según otras teorías, si no hay traición de alguno de los colaboradores, es casi imposible comprobar, en la mayoría de los casos, la responsabilidad del comandante.

No obstante, una de las críticas planteadas a esta teoría está orientada a que pareciera ser que está referida a una mera negligencia, es decir, una mera falta de hacer lo debido para investigar o procesar. Sin embargo, esto no es así, pues esta teoría implica una culpabilidad moral y política, además de una responsabilidad jurídica gravísima. Esto debido a que el primer deber del gobierno debe ser defender la integridad física y moral de los ciudadanos, por lo que si un presidente no intenta defender esos valores humanos y morales, no está cometiendo una mera negligencia, sino una violación muy grave. Por lo tanto, se condena por falta de voluntad para prevenir, investigar o procesar.

La otra teoría, utilizada en la Argentina para condenar a las juntas militares, es la de la autoría mediata, la cual está referida básicamente a una organización criminal.

Si se trata de encontrar elementos que distingan la teoría de la autoría mediata por dominar una organización criminal de la teoría de la responsabilidad de mando, cabe señalar que la primera teoría, a diferencia de la segunda, sí necesita la prueba de una participación directa en la organización criminal, con conocimiento de su naturaleza criminal.

Si bien estas dos teorías sobre la responsabilidad son las más usadas en materia de violaciones de derechos humanos, cabe

señalar que existen otras, dependiendo de las pruebas que se presenten.

Por ejemplo, si hubiera una prueba de orden por escrito, se podría aplicar la teoría referida a la responsabilidad por dar órdenes. Asimismo, cuando hay pruebas de la participación directa del acusado en el delito —por ejemplo, en el caso Castro Castro, en el que está demostrada la presencia física de Fujimori en el escenario de los hechos, hay testimonios de su participación directa en las reuniones de quienes manejaron el ataque a la prisión, etcétera—, podemos estar ante una autoría directa o una autoría como parte de un grupo que, según el Estatuto de Roma, sería una «empresa criminal conjunta».

En términos generales, consideramos que las pruebas más importantes que deben ser empleadas son las referidas a la responsabilidad de mando, ya que son pruebas accesibles públicamente, relacionadas con el conocimiento que el mandatario pudo tener sobre los hechos. Por ejemplo, en el caso de Milosevic, la Fiscalía tenía pruebas aportadas por las organizaciones de derechos humanos. Por otro lado, el hecho de que el comandante haya tenido o no control sobre su tropa es un dato que pueden constatar los expertos militares, así como el hecho de que el mandatario no haga nada para prevenir o castigar —por ejemplo, que dé una amnistía, como ocurrió en el Perú—

Asimismo, los casos Barrios Altos y La Cantuta fueron ampliamente publicitados, de modo que la opinión pública los conocía por las acusaciones y pruebas de responsabilidad militar, así como por las oportunas declaraciones que el general Robles hiciera en su momento. Obviamente, esto demostraba que Fujimori tenía el control sobre su tropa y no hizo nada para castigar a los responsables.

Sin embargo, más allá de la teoría utilizada para juzgar a ex mandatarios de Estado, consideramos que, en el caso del juicio a Fujimori, lo más importante es considerar que se está enjuiciando a un ex presidente por crímenes y violaciones de derechos humanos, algo que raramente se ve en el mundo. En el Perú, este proceso se está llevando a cabo de manera justa y equitativa, por jueces que le dan a Fujimori todas las oportunidades correctas para su defensa, pero también muestran respeto por las necesidades de las víctimas y el público.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Eduardo Bertoni

Director ejecutivo de la Fundación para el Debido Proceso
Legal (Argentina)

Este texto se refiere a los momentos que marcan la evolución histórica del Derecho Penal Internacional y la forma en que estos se relacionan con la evolución en América Latina.

Las doctrinas que abordan la responsabilidad de los violadores de derechos humanos son fruto de un desarrollo del Derecho Penal Internacional, lo cual demuestra que la violación de derechos humanos no es patrimonio de un solo país.

Se pueden identificar tres momentos como los principales hitos que han marcado quiebres en el ámbito de la doctrina penal internacional: (i) la creación de los tribunales de Nuremberg y Tokio, (ii) los tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda, y (iii) la creación de la Corte Penal Internacional.

El objetivo de estos tres tribunales fue juzgar a personas que habían cometido graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Por ejemplo, los dos primeros momentos históricos hacen referencia a la creación de tribunales ad hoc cuya finalidad era juzgar hechos que habían ocurrido con anterioridad. Además, fueron creados por los vencedores del conflicto armado.

No obstante, cabe precisar que el Tribunal de Ruanda fue una creación de la ONU a partir del Consejo de Seguridad, y la Corte

Penal Internacional es un tribunal permanente en el que se juzgan delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión.

Es necesario señalar que estos tres hitos históricos mantienen un diálogo —y en algunos casos son contemporáneos— con tres momentos históricos que han ocurrido en América Latina.

(i) El juicio de la junta militar argentina en 1984 por la comisión de violaciones de los derechos humanos ocurridas durante la dictadura. (ii) La «garzonización» de la situación, es decir, la etapa en la cual se empiezan a utilizar, de manera enérgica y positiva, los criterios de jurisdicción universal para señalar que este tipo de violaciones no pueden quedar impunes; este segundo momento queda marcado por la detención del ex dictador Pinochet en Inglaterra. Y (iii), una suerte de revitalización del juzgamiento llevado a cabo por los propios jueces del lugar donde los delitos fueron cometidos. Por ejemplo, tenemos el caso de Argentina, donde hay 14 condenados, 281 procesados con prisión preventiva y 77 procesados sin prisión preventiva; y el de Chile, donde hay 602 procesados y condenados por violaciones de los derechos humanos, algunos que ocupaban jerarquías militares muy altas.

Para transitar del segundo al tercer momento histórico en América Latina, fue importante la detención de Pinochet, ya que fue producto de la aplicación de criterios de jurisdicción universal y puso en tela de juicio otro problema que enfrenta el juzgamiento de líderes que han sido presidentes o jefes de Estado: el de la impunidad.

Por ello, la detención de Pinochet marcó un hito importante, pues permitió discutir si era mejor avanzar en criterios de jurisdicción universal o si, en vez de ello, era mucho más legítimo que fueran los jueces del propio lugar donde se había cometido el delito quienes llevaran adelante el juicio.

Sin duda, este hecho marcó para América Latina un momento histórico muy importante, pues la cuestión vinculada a la jurisdicción universal empezó a ser menos fuerte y se recuperó la posibilidad del juzgamiento en el nivel local, en los países en los cuales se cometieron las violaciones de derechos humanos

El Perú como el cuarto momento histórico en América Latina

Existe un cuarto momento histórico en América Latina, que cierra toda la cadena de hitos que se han señalado. El gran protagonista de este cuarto momento es el Perú, pues la situación que vive este Estado no solo es fruto de la extradición de un ex presidente de un país latinoamericano por la comisión de delitos de violación de derechos humanos, sino que es la primera vez en la que se está juzgando a un ex presidente.

Existe un diálogo permanente entre estos acontecimientos a nivel internacional y latinoamericano, el cual ha permitido la elaboración de doctrinas que, en el marco de la legalidad y el debido proceso, permiten a los jueces enfrentar los diversos problemas que se presentan y así poder llevar adelante los juicios.

En este contexto, uno de los temas surgidos se refiere a la manera de conducir el juzgamiento de quienes ordenaron, consintieron e incluso, a pesar de tener conocimiento de que se estaban cometiendo crímenes aberrantes, no hicieron nada para detenerlos, lo cual demuestra que el debate sobre el proceso seguido contra Fujimori está planteado desde hace sesenta años.

De esta manera, en cada uno de los momentos históricos descritos existen determinadas doctrinas sobre la responsabilidad, entre las cuales destacan las siguientes: (i) la teoría de la autoría mediata: una persona puede ser autora de la comisión de un delito aun sin

estar involucrada directamente en su ejecución. Y (ii), la responsabilidad del superior: esta teoría empieza a desarrollarse en Nuremberg y Tokio, y se consagra con la creación del Estatuto de Roma con la Corte Penal Internacional. Según esta teoría, no necesariamente debe existir una relación de subordinación en la cadena de mando militar; este es el caso del Tribunal para la ex Yugoslavia, que condenó a Slobodan Milosevic, quien era un civil. Debe existir una relación de iure o de facto, y el jefe o comandante tiene que haber conocido los hechos y no haber adoptado las medidas necesarias para su prevención y castigo.

Finalmente, todo esto demuestra la existencia de un desarrollo del Derecho Penal Internacional para luchar contra la impunidad. En este marco, el Perú es, hoy en día, un protagonista muy importante.

LA IMPORTANCIA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Jo-Marie Burt

Profesora de la George Mason University (Estados Unidos)

Esta ponencia analiza el concepto y el desarrollo de la justicia transicional, así como la importancia que la experiencia peruana representa para su evolución.

Cuando utilizamos el concepto de *justicia transicional*, hacemos referencia a un conjunto de medidas y mecanismos útiles para enfrentar el legado de graves violaciones de los derechos humanos durante gobiernos autoritarios o militares, o en el marco de conflictos internos como fue el caso del Perú. Por ello, resulta importante analizar lo sucedido en este país en el marco de la experiencia regional, desde una perspectiva de las ciencias políticas a la luz de la justicia transicional.

22

Uno de los principales problemas que aborda la justicia transicional está referido al enfrentamiento de los daños causados por la violación de los derechos humanos. En el nivel de la experiencia en la región, vale la pena recordar el caso argentino, pues fue el primero en el que, luego de una dictadura militar, lograron constituirse una comisión de la verdad y un tribunal que juzgó a la junta militar por la comisión de violación de los derechos humanos. Uno de los puntos fundamentales en este caso fue la unión de la idea de encontrar la verdad con la idea de lograr la justicia y sancionar a los culpables.

Por este motivo, luego de lo sucedido en la Argentina, los nuevos gobiernos de la región que van transitando desde una dictadura

militar o conflicto armado hacia una democracia se ven en la necesidad de mirar y aprender de la experiencia argentina.

Así, países como Chile, El Salvador, Guatemala, así como naciones de otros lugares del mundo —como Sudáfrica—, estudiaron el caso argentino cuando se vieron en la necesidad de plantearse, en determinado momento, la dificultad que representaba para ellos —en tanto países en los que había habido una transición pactada y las fuerzas armadas se mantenían fuertes— enjuiciar a los culpables de violación de los derechos humanos, dado que su democracia se encontraba frágil y no querían perder lo ganado hasta ese momento.

Por ello, frente a esta situación se desarrollaron argumentos sobre las razones por las cuales no se podía llegar a la justicia. En el nivel internacional, los momentos históricos señalados por Eduardo Bertoni empezaron a cambiar la situación para América Latina, pues se fue creando un marco global de justicia, de reclamos y de búsqueda de la verdad por parte de las víctimas, las organizaciones de derechos humanos, la sociedad civil, etcétera.

Es precisamente en este giro en el que se originó un movimiento transnacional de derechos humanos, pues se fueron aunando esfuerzos de diversos países, experiencias, con el fin de buscar mecanismos para llegar a la justicia. Aquí no solo es importante el Derecho Penal Internacional, sino la presencia de organizaciones internacionales y regionales como la Corte Interamericana, Amnistía Internacional, etcétera.

El caso peruano y la justicia transicional

Ante los hechos descritos, el Perú empieza a marcar un nuevo momento cuando el ex presidente Paniagua crea la Comisión de

la Verdad y Reconciliación (CVR). Esta decisión fue muy bien elaborada, pues para llegar a la reconciliación no solo es necesario investigar y conocer la verdad sobre las causas de la violencia, sino también llegar a la justicia.

Asimismo, no solo se llega a la justicia a través de las reparaciones, ya que desde el Derecho Penal es necesaria una justicia retributiva. Por ello, en el Perú la CVR recoge este nuevo momento, marcado por los cambios ocurridos en el Derecho Penal a la luz de la experiencia de otros países, y trata de unificar tres objetivos: verdad, justicia y reconciliación.

Del mismo modo, el propio hecho de juzgar a un ex presidente representa un avance a nivel mundial, sobre todo si el juicio que se está llevando a cabo manifiesta respeto por el debido proceso y ofrece todas las garantías.

No obstante, es preciso indicar que a pesar de los logros obtenidos en el Perú —varios casos ya han culminado con condenas reales que involucran a agentes del Estado violadores de derechos humanos—, algunos procesos han sido archivados por razones muchas veces cuestionables.

Respecto a este último punto, podemos señalar los dos principales factores que han contribuido a que, en algunos casos, los resultados no sean favorables: (i) la evidente falta de cooperación del poder militar en los casos de violaciones de los derechos humanos, no solo en el proceso de Fujimori sino en otros, así como el escaso interés del gobierno actual por esclarecer este tipo de casos; y (ii) la indiferencia, pues pareciera que en el Perú hay poco interés por los derechos humanos.

Sin duda, la existencia de estos dos factores resulta preocupante. Por ello, ambas dificultades deben obligarnos a reflexionar sobre la manera en que el contexto de violencia política del país reestructuró, en cierto modo, la forma de pensar y de participar de los peruanos en la vida nacional. Nos referimos a que tanto la violencia senderista como la del Estado impactaron en la sociedad civil generando una cultura de miedo y silencio, y hasta cierta exculpación de graves violaciones de derechos humanos en aras de alcanzar objetivos como la estabilidad, el orden, la tranquilidad, etcétera.

¿QUÉ PODEMOS HACER PARA CAPTAR EL INTERÉS CIUDADANO EN EL PROCESO PENAL DE FUJIMORI?

Luis Pásara

Universidad de Salamanca, España (Perú)

En esta exposición destaca el análisis sobre los factores que intervienen en el desinterés ciudadano respecto del juicio a Fujimori y la necesidad de involucrar a la ciudadanía en este proceso.

El tema del desinterés de la ciudadanía frente al juicio a Fujimori plantea, por un lado, la importancia del proceso seguido por violación de los derechos humanos y corrupción contra un presidente elegido democráticamente, y por otro, la desatención pública.

Por ejemplo, en una encuesta realizada en el Perú en el mes abril por IPSOS Apoyo, solo 9% de los entrevistados contestaron que siempre veían el juicio a Fujimori, lo cual, definitivamente, plantea el problema del desinterés ciudadano, sin perder de vista que esta desatención no solo ocurre en el Perú, pues en el extranjero hay poca cobertura sobre el desarrollo del juicio.

Si buscamos las razones que originan este desinterés, en el ámbito internacional será difícil encontrar una respuesta. Sobre todo si comparamos la atención que recibió el caso Pinochet con la que se le da al caso Fujimori, la diferencia es dramática.

Al comienzo, el caso aparecía un poco en los medios de comunicación. Sin embargo, ahora solo aparece cuando ocurre algo muy importante o muy llamativo, lo cual hace que «la lengua de Fujimori» —y no el juicio— se convierta en la noticia.

Actualmente, la ciudadanía no sabe en qué está el proceso. Es decir, se sabe que comparecen testigos, peritos, pero no se tiene una idea clara del rumbo del juicio. Por ello, consideramos que en el Perú, el poco interés en este no se debe a un problema de desatención de los derechos humanos, como algunos afirman, sino a otros factores.

Factores que intervienen en el desinterés ciudadano en el Perú

En principio, consideramos que son dos los factores que generan el referido desinterés. El primer factor agrupa dos aspectos: (i) la ignorancia ciudadana sobre la manera en que se desarrolla un proceso judicial, y la oscuridad que el Derecho mismo presenta respecto del tema, teniendo en cuenta que, en general y particularmente en el Perú, un proceso es poco comprensible; y (ii) la cobertura, que es insuficiente y decreciente, ya que por ejemplo, el canal de televisión que transmite el juicio es un canal de cable, y aunque también se puede observar el proceso en Internet, la limitación para acceder a la información sobre este de todos modos existe, sin dejar de tener en cuenta que los diarios y las agencias le brindan una atención decreciente al tema.

Sobre ese segundo factor, existe cierta percepción ciudadana orientada a que sería necesario darle al caso una mayor cobertura, pues precisamente en la encuesta mencionada, 64% de los encuestados opinaron que el canal del Estado debería transmitir el juicio. No obstante, esto enfrenta un obstáculo político aparentemente insalvable.

Pero hay un tercer factor, referido al proceso mismo. En principio, el proceso es público, pero no está hecho para la ciudadanía, pues hay una cierta concurrencia de elementos capaces de aburrir a quien se interese por el juicio.

Con relación a este tercer factor, podemos mencionar la presencia de tres elementos. El primero está referido a la defensa del acusado, la cual dilata, posterga y demora el juicio, pues es evidente que hay una voluntad de demorarlo —tal vez como estrategia para que el tiempo corra a favor de Fujimori—, lo cual hace que la tensión decrezca y el olvido sea mayor. Hasta la fecha, el juicio oral tiene más de 400 horas, pero cuanto más demore, habrá menos atención pública.

El segundo elemento, muy importante, consiste en que la acusación y la defensa coinciden en formular una cantidad de preguntas innecesarias y que son inconducentes para lo que se quiere probar en el juicio, es decir, la responsabilidad del procesado. Por ejemplo, la observación de las audiencias demuestra que se pregunta a los testigos por el contenido de las leyes, los decretos, etcétera, como si ello pudiese servir para este efecto. Todo esto demuestra que, al parecer, existe una necesidad de contextualizar, dar detalles. Por ejemplo, varios datos vistos en el juicio respecto al caso Colina se han repetido en algunas audiencias, a nuestro modo de ver, de manera innecesaria.

28

El tercer elemento está referido a la actuación de la sala que conduce el juicio. El presidente del tribunal podría acotar los límites del debate, ya que tiene facultades para hacerlo, como rechazar o reconducir la estrategia de las preguntas de las dos partes, etcétera. Sin embargo, se refrena de ejercer este tipo de facultades legales, intuimos que tal vez por temor de demostrar una conducta parcial.

Por todo esto, el resultado final, desde el punto de vista del ciudadano, es que puede observar el juicio durante cuatro horas, pero enterarse de muy pocos datos que puedan ser de interés y no llegar a obtener casi ninguno sobre la responsabilidad del procesado.

Por los motivos señalados, sostenemos que el juicio no está hecho para el ciudadano, sino para cumplir con los rituales de un proceso judicial y cuidar de que este tenga la calidad de inobjetable. Con ello, el importante objetivo de educar a la ciudadanía a través del juicio simplemente no es factible.

De este modo, dado que no se puede cambiar el proceso para hacerlo más comprensible, será necesario que se produzca una conjunción por parte de los medios —o de algunos medios, para ser más realistas— y un trabajo de intermediación que solo será posible si es asumido por las ONG de dentro y fuera del Perú, pues la desatención también ocurre fuera del país, tal como hemos señalado.

Finalmente, en el Perú es necesario trabajar una versión digerible del proceso: la transmisión en directo y las versiones compactas que puedan hacerse deberían explicar qué tema se está discutiendo en cada momento, por qué es importante llamar a cada testigo, para qué sirven las pruebas presentadas, qué pasa en cada etapa del proceso y, sobre todo, hacia dónde se dirige este. De lo contrario, estaremos perdiendo una gran oportunidad de realizar un ejercicio de educación en democracia.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS JEFES DE ESTADO CULPABLES POR VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

Mariclaire Acosta

Directora de las Américas del Centro Internacional para la
Justicia Transicional (México)

De la exposición realizada, que refleja la postura institucional del ICTJ, hemos querido destacar el tratamiento otorgado a la experiencia de América Latina con relación al juzgamiento de jefes de Estado por violación de los derechos humanos, para luego compararla con el caso peruano.

En el mundo, son pocos los casos en los cuales se ha juzgado a jefes de Estado. En este ámbito —así como en otros aspectos en materia de defensa de los derechos humanos—, América Latina ha señalado un importante camino, pues ha desarrollado precedentes y jurisprudencia que contribuyen al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los cuales han reforzado el principio y el imperativo de la responsabilidad de los jefes de Estado que han cometido este tipo de violaciones, sin menoscabo del derecho a la defensa en el juicio y las garantías del debido proceso.

En este sentido, el caso Fujimori no es un precedente aislado, sino que forma parte de un progresivo desarrollo latinoamericano en el juzgamiento de jefes de Estado y comandantes en jefe que han participado en la creación de estructuras de poder destinadas a realizar violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos.

Entre los casos más notorios y exitosos en el juzgamiento a presidentes por violación de los derechos humanos en América

Latina, cabe resaltar cuatro experiencias importantes: (i) Argentina, principalmente por el caso seguido a las juntas militares que gobernaron ese país entre 1976 y 1983; (ii) Bolivia, por el enjuiciamiento del general García Meza, que ofrece una interesante conclusión de responsabilidad penal que descansa, en parte, en la facilitación de las condiciones para que los grupos ilegalmente armados, con equipamiento y armamento estatal, realicen masacres y acciones violentas; (iii) Guatemala, fundamentalmente por el homicidio de Myrna Mack, caso en el que un alto oficial guatemalteco fue condenado por haber dado la orden para asesinarla, así como también por ejercer el control del aparato de poder que llevó a cabo el referido homicidio; y (iv) Chile, pues además del caso Pinochet se encuentran los casos Contreras y López, en los que se condenó al jefe de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) y al oficial de Ejército encargado de Villa Grimaldi por la desaparición de Julia Retamal, quien fue secuestrada por agentes de la DINA y vista por última vez en esos recintos de detención.

Asimismo, nos parece necesario destacar que tanto los casos de estos países como los de La Cantuta y Barrios Altos, en el Perú, están basados no solo en patrones generalizados de violaciones de los derechos humanos, sino en crímenes cometidos en contra de víctimas específicas. En algunas oportunidades, estos patrones sirvieron para fundamentar políticas sistemáticas y responsabilidades —no solo políticas sino también penales— en la comisión de tales delitos, por el diseño, la ejecución y el control sobre esas políticas, que se tradujeron en los delitos específicos acreditados. Y si bien en estos casos el poder de los dictadores o ejecutores inmatereales había disminuido, es preciso indicar que no había desaparecido.

En esta línea, por ejemplo, en la experiencia argentina podemos mencionar las políticas y leyes a favor de la impunidad impulsadas

por los gobiernos de Alfonsín y Menen, luego de las manifestaciones de fuerza realizadas por las fuerzas armadas, pues aunque finalmente dichas leyes fueron declaradas nulas —habiéndose dictado sentencias condenatorias—, a este país le costó más de veinte años avanzar en la persecución penal.

Otros ejemplos se encuentran en la persistente impunidad en Guatemala y la cerrada defensa del gobierno de Chile respecto a Pinochet, con la excusa de la soberanía y la primacía de los tribunales nacionales sobre la jurisdicción internacional, o el sobreesimiento que inicialmente obtuvo el ex dictador en su país, aunque más tarde fuera finalmente desaforado y procesado, y muriera bajo arresto domiciliario por casos de tortura, desaparición y corrupción.

Por otro lado, resulta también indispensable señalar que las experiencias en Chile y Argentina reúnen factores y alianzas positivas presentes en forma muy destacada y sólida en el Perú. Por un lado, tenemos (i) la presencia de jueces imparciales, fiscales honestos y valientes, y sobre todo una sociedad civil fuerte y organizada —por ejemplo, en agrupaciones de víctimas, organismos de defensa de los derechos humanos y abogados comprometidos—; y por otro, (ii) la diversidad de los organismos de derechos humanos, en la que cada uno complementa el esfuerzo del otro.

Con relación a este segundo factor, cabe resaltar que son las organizaciones de defensa de los derechos humanos las que mantienen la cercanía con las víctimas y las que tienen la capacidad de generar visiones más allá de ellas. Asimismo, son estas organizaciones las que han prestado asesoría y se han mantenido cercanas a los grupos marginados, construyendo puentes y estableciendo relaciones de confianza incluso en los

tiempos más difíciles, y las que sostienen un importante contacto con el mundo —muchas veces vergonzosamente marginal— de las víctimas.

Teniendo en cuenta esta experiencia comparada, el Centro Internacional para la Justicia Transicional presentará un *amicus curiae* en el que ofrecerá al tribunal peruano la jurisprudencia desarrollada a partir de estos casos, muchos de ellos bastante imperfectos, pero en los que, de alguna forma, se ha establecido responsabilidad penal de autores inmatrimoniales en el control de aparatos de poder. La finalidad de esta acción es que el referido tribunal aprecie que el caso Fujimori no es el primero de este tipo que se presenta en América Latina.

Lo valioso y fundamental de la experiencia peruana

Por otro lado, es necesario señalar que la experiencia del Perú es señera en el mundo, especialmente en lo relativo a la capacidad de reconocer la verdad de las violaciones masivas de los derechos humanos con un nivel notable de rigurosidad, honestidad y autocrítica de las élites. Así, el Perú ofrece al continente, a partir de su CVR, un nuevo mito fundacional de nuestra identidad como países, basado en el respeto por los derechos de todos y cada uno de nuestros habitantes.

De esta manera, la experiencia peruana también es señera por constituir un ejemplo de una sociedad civil activa, que no solo fue capaz de derrocar a un dictador, sino que mantuvo una fuerte identidad y compromiso con los derechos humanos, así como una institucionalidad que dio cauce e impulsó este proceso.

Por lo tanto, este juicio no es un esfuerzo aislado, sino que se fundamenta en las conclusiones e investigaciones de la CVR y el

reconocimiento de la verdad hecho por esta instancia, solidaria con las víctimas que esperan reparación y reconocimiento.

Así, el juicio será calificado como un esfuerzo realmente comprometido con el respeto y la promoción de los derechos humanos en la medida en que la sociedad peruana sea capaz de hacerse cargo de los desafíos que estableció la CVR, y lo haga expresamente a través de sus recomendaciones.

En este sentido, la seriedad y prolijidad que ha demostrado el tribunal debe mantener la expectativa en la sociedad, no solo por el resultado de su decisión —que luego será revisada en apelación—, sino también para conocer el razonamiento que empleó para llegar a sus conclusiones. Sin duda, este caso contribuirá en gran medida al desarrollo de la jurisprudencia mundial en estas materias, y puede ayudar a acercar la justicia a las víctimas de muchas partes del mundo.

Por esto, es imperativo juzgar a Fujimori, para evitar que otros, detentando el poder y la autoridad del Estado, vuelvan a ejercer violencia homicida para imponer sus puntos de vista políticos con la seguridad de que no serán responsabilizados por ello.

LA RESISTENCIA A ACEPTAR LA REALIDAD

Michael Reed

Coordinador del Área de Justicia del Centro Internacional para la Justicia Transicional (Colombia)

Resalta el tratamiento que el ponente le da a la negación como un elemento subjetivo que juega un papel importante respecto a los perpetradores de violaciones de derechos humanos en procesos como el seguido a Fujimori.

Cuando hablamos del «estado de negación» nos referimos al producto de un proceso psicológico complejo, tanto de corte individual como social. Es decir, es un estado extendido que todas las personas, en diferentes grados, hemos experimentado. Por ejemplo, una de sus manifestaciones más simples pero más comunes es el trámite interno que les damos a las noticias sobre muertes masivas o grandes demostraciones de sufrimiento humano: las vemos, somos conscientes —por un rato— de lo que estamos observando y, salvo que estén relacionadas directamente con nuestro quehacer, en minutos las cortamos de nuestro proceso mental.

Así, la negación implica el desenvolvimiento de un proceso consciente, con ramificaciones individuales y colectivas. En el ámbito personal, se trata de un proceso de selección y percepción, durante el cual decidimos darnos cuenta de algo o decidimos no hacerlo. Es una especie de «sin querer queriendo» o de «es mejor no saberlo», pero el problema es que ya lo sabemos. En el ámbito colectivo, es un proceso que genera amnesia social; opera a través de mecanismos de olvido por medio de los cuales una sociedad entera se desprende del registro de su pasado indeseable y termina

por justificar ciertas acciones u omisiones de sí misma o del Estado.

En este marco, los represores utilizan la negación como herramienta de autoprotección o autoengaño que les sirve para moralizar y justificar sus acciones. Por esa razón, Martha K. Huggins afirma que los perpetradores de atrocidades «disfrazan la violencia: la presentan de manera burocrática; esta es su forma de esterilizar el arte de matar o de guerrear».

La negación y el juicio a Fujimori

Lo extraordinario del caso peruano es que la lógica de negación y de justificación continúa teniendo exponentes tan fuertes, años después de la transición. La mayor parte de los ex militares que han declarado como testigos en el caso de Fujimori continúan inmersos en lógicas de profesionalismo y burocratización militar, mediante las cuales disfrazan su participación en la violencia.

De este modo, estas manifestaciones son evidencia de un proceso sistemático de ocultamiento que todavía no ha concluido, dado que la negación es una tendencia humana que, si no es encarada frontalmente, perdura en el tiempo.

Así, el juicio a Fujimori es un hecho histórico mundial que, dependiendo de su desenlace, podrá marcar un hito en la lucha global contra la impunidad de hechos atroces, pues a través de él se busca ilustrar cómo el régimen estructuró un aparato represivo que permitió lograr efectividad —sin controles— en la lucha contra enemigos declarados, y facilitó el montaje y el funcionamiento —anclado en la estructura burocrática— de unidades destacadas para la conducción de «operaciones especiales».

Adicionalmente, se apunta a probar cómo se buscó cerrar el círculo de excepción —es decir, del reino del no derecho— mediante la expedición de una amnistía para los perpetradores, todo esto desde el cálculo propio de aparatos clandestinos y de operaciones subrepticias que procuran garantizar a todos los mandos superiores —y particularmente a los supremos— la posibilidad de la «negación plausible». A modo de referencia, vale la pena señalar que esta doctrina fue acuñada por los servicios de inteligencia de Estados Unidos en la década de 1960, con el fin de permitir la negación de la responsabilidad del presidente de ese país en la conducción de operaciones encubiertas, mediante la construcción de estructuras y líneas de mando informales y diluidas al interior de los organismos de inteligencia.

En este sentido, los testimonios de la mayoría de los hombres militares en el juicio de Fujimori han girado en torno a lugares comunes, principalmente alrededor de la negación de la violencia y de las víctimas, del ocultamiento de la responsabilidad mediante el lenguaje administrativista o el oscurantismo de la jerga castrense, y de la justificación de la violencia amparada en mitos salvadores. Curiosamente, son estas mismas declaraciones las que ofrecen las pistas —al menos desde la Sociología y la Psicología— sobre el funcionamiento del aparato clandestino y la puesta en marcha de una estrategia de «eliminación del enemigo».

Fujimori y la autoría mediata

En cuanto a la tesis para calificar la autoría de Fujimori, es preciso señalar que, según varios especialistas, esta reside en que el ex presidente llevó a cabo el hecho —las matanzas de Barrios Altos y La Cantuta— a través de otro —un comando especial, conocido como Grupo Colina, formalizado pero al que se le encargaban tareas clandestinas de aniquilamiento—, al que utilizó como

instrumento. Según Roxin, la tesis sobre la responsabilidad de Fujimori en los hechos no se basará en su posible actuación directa como asesino, sino en demostrar su autoría mediata, como resultado de su dominio de la organización, en el desarrollo de operaciones encubiertas que implicaron la muerte de los «blancos de inteligencia».

De esta manera, como parte de la más alta jerarquía, sus órdenes pudieron haber sido tanto específicas como genéricas. Incluso, a la luz de la autoría mediata, el hecho de que Fujimori hubiera estado lejos de los hechos violentos y de la impartición de las órdenes operativas podría implicar un incremento de su dominio sobre el aparato organizado de poder, sobre todo si se analiza su capacidad para desautorizar e impedir la realización de los hechos delictivos.

Así, podemos concluir que estamos frente a un caso raro, en el cual el Derecho Penal se convierte en herramienta para hacer frente a la negación, robar el sustento de las justificaciones de los perpetradores, y establecer responsabilidades personales frente a la atrocidad. En este sentido, según el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, la labor del aparato de administración de justicia frente a la comisión de atrocidades no se debe limitar a esclarecer lo acontecido en los hechos atroces, sino a explicitar las políticas, prácticas y contextos que fijaron —o facilitaron— la perpetración de abusos de manera sistemática o generalizada, y a determinar el continuo de poder entre seguidores y determinadores en el marco del aparato que perpetró las atrocidades, incluyendo a los autores mediatos.

LAS TEORÍAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS JEFES DE ESTADO O COMANDANTES DE APARATOS ORGANIZADOS DEL PODER CULPABLES DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Iván González

Consultor de la Fiscalía General de la Nación de Colombia
(Colombia)

Esta exposición desarrolla las teorías existentes en el Derecho Penal para evaluar la responsabilidad penal, así como los factores que tienden a señalar que la más adecuada es la teoría de la autoría mediata.

Cuando se aborda el tema del juzgamiento de los jefes de los aparatos organizados de poder, incluyendo a los jefes de Estado, es preciso señalar que el procesamiento de los culpables de violaciones de los derechos humanos debe hacerse de acuerdo con las reglas previstas, ya que solo así se reafirmará la legitimidad del Estado Constitucional de Derecho; se asegurará la vigencia de los derechos humanos; se garantizará a las víctimas sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación; se preservarán las garantías y los derechos de los imputados; se reafirmará la vigencia de las normas protectoras de los derechos humanos; y se asegurará la subsistencia de los regímenes democráticos.

Reglas o teorías para la determinación de la responsabilidad penal

En materia del juzgamiento de los jefes de aparatos organizados del poder, culpables por violación de los derechos humanos, son varios los asuntos implicados en la determinación de su responsabilidad penal.

Uno de los principales es la necesidad de superar la visión tradicional del Derecho Penal, concebido como un sistema jurídico aplicable exclusivamente a conductas cometidas de manera individual, que apenas permite responsabilizar al autor directo de un delito o, cuando más, a quien, junto con él, concurre a la producción de un resultado lesivo.

La realidad ha superado esta simplicidad de la concepción, particularmente en lo que se refiere a los más evidentes casos de criminalidad colectiva: la empresa criminal y la criminalidad de los aparatos organizados de poder. En la primera, se concibe el ejercicio de la actividad criminal como un emprendimiento colectivo, en el que varias personas concurren, de acuerdo con un rol predeterminado, a la consumación del hecho delictivo, a la manera de lo que ocurre en una empresa comercial. En la segunda, se conserva la concepción de varias personas que concurren a la perpetración de la conducta, pero esta se diferencia de la primera en el hecho de que no necesariamente todas las personas que conforman el aparato participan en el emprendimiento delictivo, sino que algunas ejecutan los actos sin un impulso diferente de la fuerza misma de la organización.

Sin dejar de lado el principio fundamental del Derecho Penal de acto, es preciso, entonces, comprender en los eventos de responsabilidad penal este tipo de concurso de las personas en la violación de los derechos humanos, de donde surgen varias modalidades de resolución que no han sido aceptadas pacíficamente por la doctrina. Entre ellas mencionaremos la coautoría —propia o impropia—, la determinación, la complicidad y la autoría mediata.

La coautoría propia exige el concurso material de personas en la producción del resultado lesivo, de forma que para establecer la responsabilidad de los jefes de tales aparatos de poder, tiene que

demostrarse que ellos contribuyeron materialmente a la violación, es decir, que ejecutaron, junto con otros miembros de la organización, la conducta criminal. Esta situación no es frecuente en este tipo de organizaciones, en las que los jefes no participan en las operaciones.

La coautoría impropia supone no ya la participación material de los jefes de los aparatos organizados de poder en la perpetración de las violaciones, sino una participación indirecta de ellos en la comisión de las acciones violatorias de los derechos humanos, concretada a través de la organización del delito a la manera de una empresa criminal, con distribución de tareas y ejecución de acciones de acuerdo con un plan común, en el que, sin embargo, deben participar todos los que concurren a la producción del resultado típico.

No obstante, a nuestro juicio, las teorías de la coautoría propia e impropia no recogen la realidad de la organización ni de las conductas realizadas por aparatos organizados de poder, entre otras razones, porque en el marco de estas se pierde totalmente el análisis de las condiciones de sistematicidad y generalidad que caracterizan las violaciones de los derechos humanos.

Otra posible solución o teoría se encuentra en la figura de la determinación. Supone ella, no obstante, que el ejecutor de una violación de los derechos humanos perteneciente a un aparato organizado de poder carece, en principio, de intención criminal, y que esta surge de la iniciativa exclusiva del jefe del aparato, mediante la orden, el consejo, el mandato o cualquier otra forma de inducción a la realización de la conducta.

Sin embargo, la teoría de la determinación es insuficiente para recoger la realidad, en tanto que la inducción al delito no es característica de los aparatos organizados de poder, en los cuales

sus diferentes miembros se vinculan con la conciencia de que, si tales aparatos están comprometidos en las violaciones de los derechos humanos, su pertenencia a estos implica su vinculación con este tipo de comportamientos delictivos.

En cuanto a la teoría de la complicidad, opinamos que tampoco recoge, en verdad, las relaciones que se establecen al interior de los aparatos organizados de poder ni, en todo caso, la posibilidad de deducir la responsabilidad de los jefes de estos en las violaciones de los derechos humanos perpetradas por los militantes de tales aparatos.

En esta forma de deducción de la responsabilidad, se supone que el cómplice primario —que en este caso sería el jefe del aparato— apenas presta un auxilio, sin el cual no se habría perpetrado el hecho punible. Esta condición no se presenta en los casos estudiados, porque los comandantes y jefes no son apenas colaboradores de las violaciones de los derechos humanos, sino quienes, a través de sus políticas y la fuerza del aparato organizado de poder, llevan a cabo las violaciones, valiéndose de ejecutores materiales que desarrollan esa política establecida.

En el plano de la complicidad secundaria, la situación está aún más apartada de la realidad. El cómplice secundario apenas presta asistencia al hecho punible de cualquier modo diferente del anterior, de forma que su intervención en el delito es aún más alejada que la del cómplice primario, esquema que no se corresponde con la organización de los aparatos de poder, en los cuales sus comandantes y jefes no solamente disponen lo necesario —material y logísticamente— para la realización del hecho, sino que son, además, quienes impulsan las acciones violatorias de los derechos humanos a través de la política diseñada para estos fines.

En cuanto a la autoría mediata aplicada al caso peruano, es importante resaltar que el Código Penal de este país la contempla, en su artículo 23, como una forma autónoma de concurso de personas en el delito, con una fórmula general que, en principio, no ofrece problemas para su aplicación. En efecto, en el artículo citado se define al autor como aquella persona que realiza el hecho por sí misma —situación que recoge todas las formas de autoría inmediata— o bien como aquella persona que realiza el hecho por medio de otro —autoría mediata—. No se dice allí —como por ejemplo sí sucede en el Código Penal colombiano— que ese otro debe ser utilizado como instrumento, cerrando, en apariencia, las posibilidades de considerar que el ejecutor sea un instrumento culpable.

Vale la pena señalar que la configuración legislativa de la norma de autoría en el Código Penal peruano sí permite que se avance en la consideración de que, frente a los aparatos organizados de poder, el ejecutor material puede tener la connotación de un autor fungible, lo que lo dota de condiciones similares a las de un autor no culpable para efectos de la responsabilidad del superior, pero no lo exime de responsabilidad por las conductas efectivamente cumplidas.

Es decir, si consideramos que realizar el hecho por medio de otro supone que el ejecutor material no tiene, por sí mismo, dominio sobre el hecho, sino que actúa supeditado a la voluntad del jefe del aparato organizado de poder y que este aparato tiene establecidos mecanismos suficientes para que cualquiera de sus integrantes ejecute la política establecida en él, es evidente que el ejecutor material —autor fungible, en los términos de Roxin— se asemeja a un autor no culpable, porque su voluntad no incide en la ejecución efectiva de la violación pero, a su turno, es plenamente imputable cuando se determina la realización del

hecho en obediencia de la fuerza misma del aparato, pues aquí no pierde su voluntad ni el dominio sobre el hecho concretamente considerado.

La teoría de la autoría mediata, a nuestro juicio, cobija plenamente la responsabilidad de las estructuras de los aparatos organizados de poder por las violaciones de los derechos humanos que les puedan ser imputables, fundamentalmente por las siguientes razones: i) los aparatos de poder se hallan organizados alrededor de una fuerza implícita que mantiene la cohesión de sus diferentes niveles, en donde la disciplina y la obediencia son características fundamentales que permiten el funcionamiento de esa organización en los términos que estén dados por los comandantes o jefes; ii) los subalternos vinculados a esos aparatos organizados de poder, por consiguiente, no tienen capacidad para determinar las políticas que debe desarrollar el aparato organizado de poder, sino que apenas tienen la calidad de ejecutores de ellas, vinculados por el poder de la organización; iii) las políticas trazadas por los comandantes o jefes del aparato organizado de poder se convierten en líneas de acción que determinan la realización autónoma de ciertas conductas por parte de los militantes en el grupo, respecto de las cuales su realización depende del contenido de aquella política, y no de un juicio individual y nuevo que deba hacer el ejecutor material antes de la realización de cada hecho delictivo; iv) la fuerza del aparato organizado de poder —fundada en la disciplina, los medios materiales de que dispone, su influencia en la organización social, la estructura jerárquica del mando, etcétera— condiciona la acción de cada uno de sus integrantes, si bien no impide el dominio del hecho de parte de cada uno de los ejecutores materiales; v) la estructura del aparato organizado de poder funciona de tal forma que cualquiera de sus integrantes puede adelantar la acción compatible con la política general trazada, de manera que cada

ejecutor material es fungible respecto del hecho específicamente considerado; vi) dado que el hecho suele ejecutarse en desarrollo de la política que orienta al grupo, la responsabilidad penal está íntimamente ligada al contenido de aquella política y, en este sentido, el «hombre de atrás» salta a la escena principal del hecho, con lo que su responsabilidad por la acción cometida es mayor.

Obviamente, para que sea sostenible una tesis como la que es objeto de controversia, debe considerarse que es preciso agotar unos mínimos probatorios que demuestren la existencia de sus elementos centrales.

En este sentido, si hemos de abordar los problemas probatorios, podremos decir que el énfasis debe ponerse en los siguientes puntos: i) la conformación de una estructura de poder organizado —por dentro o por fuera del aparato estatal—, que funciona de acuerdo con reglas propias de esa organización; ii) la existencia de medios de cohesión dentro del aparato organizado de poder, generalmente relacionados con la disciplina, los medios materiales de ejecución y la estructura jerárquica; iii) la conformación y ejecución de una política propia del aparato organizado de poder, que tienda a la realización de conductas violatorias de los derechos humanos, sin necesidad de que exista especificidad acerca de la naturaleza de las conductas o de las víctimas determinadas que deben ser objeto de la violación; iv) la relación de causalidad que se pueda encontrar entre la política así concebida y los hechos que pueden ser imputables al aparato organizado de poder; v) la realización de hechos delictivos como parte del desarrollo de la política trazada; y vi) el conocimiento que los comandantes o jefes del aparato organizado de poder tienen de los comportamientos ejecutados por los militantes del grupo, conocimiento que no exige que estén enterados de todos los

pormenores de las conductas ni de las condiciones específicas en las que estas se realizaron.

Finalmente, podemos señalar que cada una de las teorías reseñadas exige un esfuerzo determinado con el fin de reflejar, mediante el acopio probatorio necesario, la existencia de cada uno de los elementos que importan en la determinación de la responsabilidad penal de los autores de las violaciones de los derechos humanos.



