

La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori

De Prof. Dr. Raúl Pariona Arana, Lima, Perú*

I. Preliminares

Uno de los grandes aportes de la ciencia penal alemana al Derecho penal internacional es, con seguridad, la teoría de la autoría mediata por organización. Esta teoría, cuyo fundador es el profesor alemán *Claus Roxin*, ha posibilitado el juzgamiento, en la calidad de autores, de diversos dictadores en diferentes partes del mundo que valiéndose de aparatos de poder ordenaron la comisión de múltiples crímenes.

Esta teoría ha demostrado, una vez más, su utilidad práctica en el juzgamiento del ex gobernante peruano Alberto Fujimori. El 7.4.2009 la Corte Suprema del Perú condenó al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como *autor mediato* de crímenes contra la humanidad por el asesinato y posterior desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta), por la muerte de diecisiete personas en una quinta del distrito limeño de Barrios Altos, y por el secuestro de un empresario y un periodista. Para fundamentar el tipo de participación criminal que desplegó el ex mandatario peruano, la sentencia se basó en la *teoría de la autoría mediata por organización*.

La Sentencia contra Fujimori tiene un significado histórico para el Perú. Es importante no solamente porque es la primera vez que se procesa penalmente y condena a un ex gobernante, sino porque consolida en la jurisprudencia peruana la teoría de la autoría mediata por organización como la figura dogmática más adecuada para juzgar crímenes de Estado. Pero además, con seguridad, la relevancia de esta sentencia trasciende nuestras fronteras y se constituye en una de las más importantes del Derecho penal internacional. En las líneas que siguen se realiza un análisis de la sentencia, en especial de la fundamentación dogmática de la autoría mediata por organización hecha por la Corte Suprema peruana.

II. Origen, desarrollo y consolidación de la teoría de la autoría mediata por organización

La teoría de la autoría mediata por organización fue fundada por *Claus Roxin* en 1963. Sobre la base del criterio del dominio del hecho elaboró una tesis que permitiría imputar responsabilidad penal a título de autores a aquellos que sin ejecutar los hechos directamente se limitaban a dar las órdenes para su comisión. El problema que hasta entonces se presentaba era determinar cómo se podía hacer responsable al hombre de atrás por hechos que había realizado otra persona plenamente responsable. *Roxin*¹ propuso la siguiente solución: el “hombre de atrás” domina la voluntad del ejecutante si da una orden de ejecución del hecho punible a través de un aparato de poder. El autor no necesita aquí coaccionar o engañar al ejecutor, incluso ni siquiera conocerlo, pues el aparato de poder organizado garantiza por sí solo la ejecución del hecho punible, ya que en caso de incumplimiento de la orden por

parte de un determinado ejecutante, hay siempre otro que lo reemplazará en la ejecución.²

La teoría fue desarrollada y ampliada por *Roxin* en posteriores trabajos.³ En la actualidad, según su opinión, para afirmar una autoría mediata en los casos objeto de estudio debe presentarse, en primer lugar, un “poder de mando sobre la organización”. Este dominio supone en el agente la capacidad de dar órdenes que deben cumplirse para el funcionamiento mismo de la organización, siendo indiferente el nivel jerárquico que ocupa el agente, ya que únicamente importa que domine la parte de organización a él sometida. En segundo lugar, la organización de la cual se sirve el hombre de atrás debe encontrarse “al margen del Derecho”. Pertenecen a este tipo de organización los aparatos de poder estatales, organizaciones criminales comunes, como también organizaciones terroristas. En tercer lugar, en la organización en concreto debe existir la posibilidad de reemplazar al actor inmediato, es decir, debe concurrir la *fungibilidad* del ejecutor. El actor inmediato sería solamente una figura intercambiable, un “engranaje” reemplazable en la maquinaria del aparato de poder.⁴ Finalmente, como cuarto elemento que ha sido desarrollado en sus últimos trabajos sobre el tema, *Roxin* considera que debe concurrir una “alta disposición al hecho del ejecutor”.⁵

En el panorama actual, la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización se ha impuesto en la doctrina y constituye opinión dominante no sólo en Alemania,⁶ sino también en gran parte de los países de tradición romano-germánica.⁷ En el Derecho penal internacional⁸ tampoco ha pasado desapercibida. Su influencia en este ámbito ha sido tal que, conforme lo pone de relieve *Satzger*⁹, habría

² *Roxin*, *Strafrecht* (nota 1), § 25 n. 107.

³ Cfr. *Roxin*, in: Hoyer et al. (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, p. 387 y ss.

⁴ Cfr. *Roxin*, *Täterschaft* (nota 1), pp. 224 y s.

⁵ *Roxin* (nota 3), p. 387 y ss.

⁶ *Roxin* ofrece un informe detallado sobre estado de la discusión en la doctrina alemana, en: *Täterschaft* (nota 1), pp. 704 y ss.

⁷ En el Perú son relevantes los trabajos de *Meini*, *El dominio de la organización en el derecho penal*, Lima 2008; *Montoya Vivanco*, en: Hurtado Pozo (ed.), *Problemas fundamentales de la parte general del código penal*, Lima Friburgo 2009, p. 61 y ss. Para una detallada referencia de la doctrina nacional e internacional que sigue esta teoría véase mis trabajos en: *La autoría mediata por organización*, Lima 2009.

⁸ Cfr. *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed. 2008, § 7 n. 23 y ss.; *el mismo*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung*, 2002/2004, p. 568; *Kreß*, GA 2006, 307; *Radke*, GA 2006, 350; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2ª ed. 2008, § 14, n. 43; *Vest*, ZStW 113 (2001), 457; *Vogel*, ZStW 114 (2002), 427; *Werle*, *Völkerstrafrecht*, 2003, n. 407.

⁹ *Satzger* (nota 8), § 14 n. 43, 89. *Satzger* hace referencia a la teoría del “autor detrás del autor” desarrollada por *Roxin* en

¹ *Roxin*, GA 1963, 193 (200); *el mismo*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed. 2006, pp. 242 y s.; *el mismo*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* 2, 1ª ed. 2003, § 25 n. 45 y s.

sido asumida expresamente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Por su parte *Ambos*¹⁰ señala que el Derecho penal internacional reconoce una autoría mediata incluso si el ejecutor actúa con plena responsabilidad penal. Este reconocimiento expreso se deja ver en el Art. 25, apartado 3 a) del Estatuto de Roma, en los siguientes términos: “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: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”.

III. La autoría mediata por organización en la jurisprudencia

La fuerza convincente de esta teoría también ha motivado su aceptación por parte de la jurisprudencia. En Alemania ésta ha sido asumida por la Corte Suprema en su famosa sentencia¹¹ contra los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática de Alemania en el caso de los disparos del muro y, desde aquel entonces, en otras sentencias de gran trascendencia. En nuestra región son importantes las resoluciones emitidas por los tribunales argentinos que juzgaron a la cúpula militar que gobernó ese país. También lo es la sentencia de extradición en el caso Fujimori emitida por la Corte Suprema de Chile que asume expresamente la autoría mediata por organización. En el plano internacional, un último pronunciamiento de relevancia que asume la teoría es la decisión¹² de confirmación de cargos de la Sala de Cuestiones Preliminares del Tribunal Penal Internacional en el caso Katanga.¹³

En el Perú tenemos como antecedentes varias sentencias emitidas por Salas Superiores de Justicia y aquellas emitidas por la Corte Suprema. Como precedentes de importancia deben señalarse la sentencia en el caso “Fujimori y el falso fiscal” y la sentencia y ejecutoria suprema en el caso de Abimael Guzmán, líder de la organización terrorista Sendero Luminoso. En estas resoluciones se observa que la Corte Suprema del Perú ya había asumido antes la teoría de la autoría mediata por organización como una doctrina válida para nuestros tribunales.

En la primera sentencia, el alto tribunal peruano juzgó el comportamiento delictivo del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, quien había ordenado a un subordinado usurpar la función fiscal y de este modo allanar ilícitamente un domici-

lio. Al valorar el caso,¹⁴ la Corte Suprema discutió si correspondía calificar el comportamiento del ex presidente como autoría mediata por dominio de organización o como inducción. Para ello asumió y delineó los requisitos de concurrencia de la forma de autoría mediata por dominio de organización, estableciendo que eran requisitos de concurrencia “la efectividad de una “organización estructurada jerárquicamente” donde exista un conjunto de piezas o instrumentos (intercambiables o fungibles), que cumplen una función determinada, constituidas para acatar o ejecutar las órdenes de las personas con poder para impartirlas”.¹⁵ Sin embargo, pese a presentarse los presupuestos de esta forma de autoría, la Corte decidió sancionar el comportamiento del ex presidente únicamente como inducción al delito de usurpación de funciones.¹⁶ Pese a ello, esta sentencia es de importancia para la jurisprudencia peruana, pues es la primera vez que la Corte Suprema asume como válida para la jurisprudencia peruana, la teoría de la autoría mediata por organización, pese a no aplicarla en el caso concreto.

En el segundo caso, al cual se ha hecho referencia párrafos arriba, la Corte Suprema¹⁷ del Perú vuelve a asumir, desarrollar, fundamentar y, esta vez sí a aplicar por primera vez la doctrina de la autoría mediata por organización. En este caso se juzgó las acciones terroristas realizadas por el líder de la organización denominada “Sendero Luminoso”, Abimael Guzmán Reinoso. A este líder terrorista se le imputaba haber ordenado el asesinato de diversas personas, siendo el más conocido el asesinato de los pobladores de Lucanamarca, un distrito en los andes peruanos. Los ejecutores directos eran miembros de dicha organización y formaban parte de su brazo armado. En sus consideraciones, la Corte asume expresamente la teoría de la autoría mediata por organización y declara la responsabilidad penal de Abimael Guzmán Reinoso como *autor mediato*, argumentando que como miembro del comité central habría dado la orden de dar muerte a los sesenta y nueve comuneros de Lucanamarca, los que habrían sido ejecutados por los miembros del comité Regional Cangallo-Fajardo de dicha organización, subrayando que “los que dieron las órdenes resultan ser autores mediatos y los ejecutores los autores directos.”¹⁸ El tribunal asume expresamente la doctrina de la autoría mediata por dominio de organización en los términos que fue fundamentada y desarrollada por *Claus Roxin*. Conforme a ello, se indica “ tres son los requisi-

GA 1963, 193 ff. en la que *Roxin* trata la autoría mediata por organización.

¹⁰ *Ambos*, Internationales Strafrecht (nota 8), § 7 n. 25.

¹¹ BGHSt. 40, 218 que se remonta al 26.7.1994.

¹² Decisión N° ICC 01/04 – 01/07 del 30.9.2008 que resuelve la confirmación de cargos en el proceso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui (ver: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>).

¹³ Sobre la discusión internacional ver el trabajo de *Ambos*, en: Nollkaemper/Van der Wilt (eds.), System Criminality in International Law, CUP 2009, pp. 127-157, en especial p. 142 y ss.; *Jessberger/Geneuss*, Journal of International Criminal Justice 2008, 853-869, en especial 859 y ss.

¹⁴ Sentencia de fecha 11.12.2007, Exp. N° 13-03.

¹⁵ Sentencia en el Exp. N° 13-03, pp. 74 y s.

¹⁶ La Fiscalía Suprema, por el contrario, sostuvo que el ex presidente era responsable como “autor” mediato del delito de usurpación de funciones. Cfr. Dictamen N° 1545-2007-MP-FN-FSCA de fecha 12.11.2007. La decisión de la Corte Suprema, que confirma la sentencia, afirma igualmente la responsabilidad de Fujimori Fujimori como inductor, indicando que se trata de un “autor moral”, cfr. Ejecutoria 17-2008 de fecha 10.4.2008, Exp. AV-13-03, p. 15.

¹⁷ Ejecutoria RN. N° 5385-2006 de fecha 14.12.2007.

¹⁸ Ejecutoria RN. N° 5385-2006, p. 35. La resolución contiene un voto a favor de la coautoría sustentado por el magistrado supremo Javier Villa Stein, p. 151 y ss.

tos para que se configure el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados: a) organización con estructura jerarquizada rígida, b) fungibilidad de los ejecutores inmediatos y c) apartamiento del ordenamiento jurídico. El análisis de lo actuado, en opinión mayoritaria de este colegiado, permite concluir que en el presente caso se tiene configuradas las condiciones antes reseñadas, y por lo tanto, los protagonistas de los hechos deben responder a título de autores mediatos”.¹⁹

Finalmente, la actual sentencia contra Fujimori por haber ordenado el asesinato y desaparición forzada de diversas personas consolida en la ciencia y la jurisprudencia nacional e internacional la teoría de la autoría mediata por organización como la más adecuada estructura dogmática para juzgar crímenes cometidos desde y mediante aparatos organizados de poder.

IV. La concepción de la Corte Suprema del Perú sobre la autoría mediata por organización

La sentencia de la Corte Suprema que ha encontrado responsable a Fujimori por crímenes de lesa humanidad se ha basado en la teoría de la autoría mediata por organización. La particular fundamentación es expuesta en el parágrafo tercero del capítulo segundo de la tercera parte de la sentencia referida a los fundamentos jurídicos penales.²⁰ En el indicado parágrafo titulado “la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados” la sentencia – en clara asunción de las tesis del profesor *Claus Roxin* – presenta la siguiente fundamentación: la autoría mediata por organización tendría como soporte fundamental la “existencia previa de una organización estructurada”, vertical y jerarquizada. Ésta debe poseer “una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional.”²¹

Según la Corte, dos serían las características de esta organización. La primera característica sería la “asignación de roles”²² que designaría la “relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones”. La segunda característica sería el “desarrollo de una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes”;²³ cuyo fundamento “no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el “mecanismo funcional del aparato”, esto es, su “automatismo” o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo.” Producto de esto, “el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se va a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediata-

to”, este “funcionamiento automático del aparato” sería aquello que “realmente garantice el cumplimiento de la orden.”²⁴

Para la sentencia, la autoría mediata por organización requiere de la presencia de “presupuestos y requisitos funcionales”. Estos serían i) el poder de mando; ii) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; iii) la fungibilidad del ejecutor inmediato; y iv) la elevada disposición del ejecutor hacia el hecho. La Corte clasifica a su vez estos requisitos en dos niveles, un nivel objetivo y un nivel subjetivo. El primero comprendería al “poder de mando” y “la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder”. El poder de mando “resulta trascendental para materializar el dominio de la organización”, mientras que la desvinculación del derecho “le dará mayor solidez a este dominio”. Basada en estas características, la sentencia califica a ambos como “el soporte básico que permitirá al nivel estratégico superior (autor mediato) edificar y consolidar su dominio sobre la totalidad de la estructura criminal.”²⁵ Por otra parte, el nivel subjetivo comprende a “la fungibilidad del ejecutor directo” y su “elevada disponibilidad hacia la realización del hecho”. Estos elementos permitirían inferir “que la actuación del ejecutor directo dependerá finalmente de su propia voluntad a la realización del hecho. En cambio, la no ejecución por éste del evento criminal, conllevará a su fungibilidad o sustitución por otra persona interpuesta que tenga una mayor predisposición a la realización del hecho típico.”²⁶

V. Consideraciones sobre la fundamentación de la autoría mediata por organización realizada en la Sentencia

La asunción de la teoría de la autoría mediata por organización hecha por la Corte Suprema es un paso importante en el desarrollo de nuestra doctrina jurisprudencial y consolida esta forma de autoría en nuestro medio. Pese a este importante paso en el desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre esta figura dogmática, la fundamentación realizada no está exenta de algunas apreciaciones críticas.

Sobre la admisión del “Poder de mando” y el “apartamiento del derecho” como presupuestos de la autoría mediata por organización – que la sentencia califica de “soporte básico”²⁷ – no queda sino saludar la sentencia. Ésta constituye pues el camino correcto en la fundamentación. Es más, debe subrayarse que justamente en el desarrollo y fundamentación de estos dos presupuestos radica la contribución más importante de la sentencia. Allí se indica de modo correcto, siguiendo la doctrina más moderna, que el dominio que el hombre de atrás ejerce en la materialización del resultado criminal radica en el poder de mando que tiene sobre la organización la que se encuentra al margen del derecho.

La sentencia señala que el primer elemento (“objetivo”) “*poder de mando*” es condición fundamental, para imputar autoría mediata en el marco de un aparato de poder organizado.²⁸ Esto es correcto. La sentencia²⁹ profundiza y afirma que

¹⁹ Ejecutoria RN. N° 5385-2006, pp. 36 y s.

²⁰ Sentencia de fecha 7.4.2009, §§ 723 y ss. (en adelante la “Sentencia”).

²¹ Sentencia, § 726.

²² Sentencia, § 726.

²³ Sentencia, § 726.

²⁴ Sentencia, § 726.

²⁵ Sentencia, § 728.

²⁶ Sentencia, § 728.

²⁷ Sentencia, § 728.

²⁸ Sentencia, § 729.

el poder de mando es “la capacidad del nivel estratégico superior – del hombre de atrás – de impartir órdenes o asignar roles a aquella parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar. El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando *órdenes*, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato, es decir, sin que sea necesario que quien ordena deba además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores.”

Se afirma correctamente que el poder de mando constituye un elemento objetivo. Esto es evidente y no precisa mayor argumentación. La asunción del elemento “poder de mando” como “*presupuesto*” del dominio por organización es también correcta, pues el poder de mando es el elemento fundamental que fundamenta la autoría mediata por organización. Con este elemento se revela pues lo que en trabajos anteriores he denominado de un lado³⁰ como el dominio concreto sobre la organización y, de otro lado, he señalado que “el elemento fundamental de la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización lo constituye el dominio sobre la organización”.³¹ El poder de mando es sin duda el elemento que expresa de manera fáctica este dominio.

El segundo elemento (“objetivo”) fundamentador de la autoría mediata por organización mencionado en la sentencia es el “apartamiento del Derecho”.³² Al respecto, acierta la sentencia cuando afirma que este elemento se trata de un “*presupuesto*”. Igualmente, la inclusión de este elemento en un nivel objetivo no merece objeción alguna. Se debe resaltar como positivo el desarrollo que sobre este elemento realiza la sentencia. La sentencia indica que “la admisión de la autoría mediata del nivel estratégico superior quedará condicionada a que las órdenes de este estamento sean dictadas en el marco de una organización que opera al margen del ordenamiento jurídico del “Estado de Derecho”.³³ Luego refiere, “la *desvinculación del ordenamiento jurídico* en la criminalidad estatal puede darse de dos maneras. Primero, cuando el nivel superior estratégico del Estado decide apartarse por completo

del Derecho y crear un *sistema normativo totalmente diferente* que no es reconocido ni aceptado por el Derecho internacional, en tanto expresa o encubre la comisión de delitos graves. Segundo, cuando el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico; inicialmente sólo para la realización de determinados hechos punibles, pero luego, con actos sistemáticos cada vez más frecuentes, así como a través de acciones tendientes a anular, desnaturalizar o sustituir distorsionadamente los diferentes ámbitos y competencias que configuran los estamentos oficiales, legales y de control del Estado. Esta modalidad resulta ser la más grave porque se cubre de una aparente legitimidad; sin embargo, subrepticamente intenta crear un *sistema normativo alterno* al legalmente vigente, aprovechando, justamente, sus formas y estructuras para la comisión de delitos graves.”³⁴ La sentencia indica pues que el caso evaluado (el de Alberto Fujimori) se trataría de un gobierno de facto por razón de su ejercicio, es decir, de “aquellos que fueron instituidos con las formalidades estipuladas en la Constitución, pero que luego se van expresando, manifestando y conduciendo fuera de ella o contra lo previsto por ella”.³⁵

En este marco conceptual, se identifica al “Derecho” como “un sistema u ordenamiento jurídico representado por un *conjunto coordinado de normas generales y positivas que regulan la vida social*. El Estado, como comunidad, define un orden normativo. Este orden normativo sólo puede ser un orden jurídico, aquél que comúnmente se relaciona como el “Derecho del Estado” o el “Derecho nacional”. Sin embargo, este Derecho nacional se encuentra estrechamente vinculado e integrado con el Derecho internacional constituyendo una unidad. Por tanto, el Derecho internacional forma parte del orden jurídico nacional en tanto que las normas producidas en el contexto internacional se incorporan al Derecho del Estado nacional. En consecuencia, el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional.”³⁶ Apoyándose en *Roxin*, la sentencia³⁷ indica que el apartamiento del Derecho se presenta “no sólo en delitos cometidos por órganos del Estado o aparatos del poder estatal, sino también sería aplicable a los casos de “criminalidad organizada no estatal” y en muchas “formas de aparición del terrorismo”. Únicamente se debería excluir a los casos de criminalidad empresarial”.

De otro lado, en la fundamentación que la Corte Suprema hace de la autoría mediata por organización aplicada en su sentencia, se afirma la existencia de un “nivel subjetivo” el cual incluye a la *fungibilidad* y a la *elevada disposición al hecho del ejecutor*. Según la sentencia, la *fungibilidad* constituye un presupuesto de carácter subjetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.³⁸ Se menciona que la fungibi-

²⁹ Sentencia, § 729.

³⁰ JuS Jurisprudencia 2008, 164.

³¹ JuS Doctrina & Practica 2007, 45.

³² Crítico con este criterio *Ambos*, La parte general del derecho penal internacional, Montevideo Uruguay 2005, p. 234 y ss. En la p. 234 se puede leer: “[...] el criterio de la desvinculación del derecho, tal como fue entendido originalmente por *Roxin*, esto es, en el sentido de un aparato organizado de poder que está fuera del ordenamiento jurídico, es superfluo para la fundamentación del dominio por organización”; en la p. 239: “[...] considero que en nuestro contexto el criterio de la desvinculación del derecho sigue siendo prescindible.” También *Meini* (nota 7), pp. 47 y ss., en especial en p. 61: “el criterio de la desvinculación del ordenamiento jurídico carece de importancia como elemento del dominio de la organización”.

³³ Sentencia, § 735.

³⁴ Sentencia, § 735.

³⁵ Sentencia, § 736.

³⁶ Sentencia, § 733.

³⁷ Sentencia, § 734.

³⁸ Sentencia, § 737.

alidad ha sido “entendida, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso.”³⁹

Lo que inmediatamente salta a la vista es que el elemento “fungibilidad” no constituye en realidad un elemento subjetivo, sino que por el contrario se trata de un presupuesto objetivo. La fungibilidad no es un elemento interno, un estado de la mente humana o de la psiquis del hombre, como lo podrían ser el dolo o algunas formas de tendencias internas criminales (“*animus*”). La fungibilidad es reemplazabilidad, posibilidad de cambio de ejecutores. Según la teoría, fungibles serán los ejecutores directos del crimen, pues en caso no cumplan las órdenes criminales existirán otros ejecutores que los reemplazarían en la ejecución. Esta reemplazabilidad tiene carácter objetivo, pues en el caso concreto los ejecutores existen o no existen; esto no depende de la mente humana.

Otro aspecto que debe ser apreciado críticamente es que la sentencia admite erróneamente a la fungibilidad como “*presupuesto*” de la autoría mediata por organización, es decir, le asigna una función fundante de la autoría mediata, lo que implicaría, a su vez, que su ausencia provocará que no se configure esta forma de autoría, es decir, si en el caso concreto se comprueba que los ejecutores no eran reemplazables, entonces no se configurará una autoría mediata. Con todo, esta postura de la sentencia debe ser criticada, pues la jurisprudencia internacional nos muestra que existen constelaciones de crímenes mediante aparatos de poder donde no hubo fungibilidad, como los casos de organizaciones criminales donde los ejecutores son sujetos con conocimientos especiales que no son susceptibles de ser reemplazados fácilmente. Sin embargo, como ya lo indiqué en anteriores trabajos,⁴⁰ esta característica no debe llevar a negar la autoría de quienes dan las órdenes desde las altas esferas de poder. La fungibilidad es una *característica* de la autoría mediata por organización pero no es un presupuesto de ella, es decir, no es un elemento fundante. ¡La fungibilidad acompaña – por lo general – a esta forma de autoría pero no la fundamenta!

La sentencia menciona finalmente a la “elevada disposición al hecho” como el cuarto presupuesto de la autoría mediata por organización. Este elemento tendría igualmente, carácter subjetivo. Según la sentencia, el hombre de atrás tendría el dominio del evento criminal, es decir, que estaría seguro de que sus órdenes se van a cumplir porque los ejecutores directos de los crímenes serían personas que están predispuestas a cometer el hecho criminal. Es decir, los ejecutores directos serían personas con una cierta tendencia a la comisión de crímenes.

Se puede observar, al igual que en el caso de la fungibilidad, que el Tribunal atribuye a este elemento el carácter de presupuesto de la autoría mediata por organización. La asignación de este carácter significa que la ausencia de este elemento en el caso concreto llevaría a negar la autoría mediata

por organización. Esta postura también debe ser criticada. Es posible pues la existencia de casos donde esta “disposición al hecho criminal” del ejecutor no se presenta y pese a ello se puede observar un dominio real del hombre de atrás. Piénsese únicamente en los casos de los crímenes del nacional-socialismo en Alemania, donde seguramente muchos de los soldados alemanes no estaban de acuerdo con las políticas criminales implementadas por el Estado totalitario, que no tenían “una elevada disposición al hecho criminal” de asesinar seres humanos en masa; y que sin embargo habrían cumplido las órdenes criminales, para no ser objeto de represalias, o para seguir ascendiendo en su carrera política o militar, o simplemente para congraciarse con “los de arriba”.

El dominio del evento criminal por parte de quienes se encuentran en la cúspide del aparato de poder, los jefes o jefes, no depende pues en absoluto de la “alta disposición al hecho” de los ejecutores directos. El éxito del plan criminal radica más bien – como ya lo referí en mis trabajos anteriores⁴¹ – en el dominio que el hombre de atrás ejerce sobre la organización, pues sólo así el éxito está asegurado independientemente de la existencia o inexistencia de la disposición al hecho de los ejecutores. Normalmente esta característica acompaña a esta forma de autoría,⁴² pero no es un elemento fundamentador, no es pues un presupuesto de esta forma de autoría. Su ausencia, por sí misma, no elimina el dominio del hecho que ejercen los hombres de atrás.

VI. La fundamentación de la autoría mediata por organización – concepción personal

La concepción que venimos defendiendo desde hace varios años en diversos trabajos⁴³ y que ahora es actualizada y desarrollada, afirma que autor mediato por dominio de organización es quien valiéndose de una organización (aparato de poder organizado) sobre la cual tiene dominio, ordena la comisión de delitos. El dominio sobre la organización le otorga al hombre de atrás un dominio sobre la producción del resultado que materialmente es realizado por un órgano de ejecución del aparato organizado: el ejecutor inmediato. Desde nuestro punto de vista, la autoría mediata en virtud de dominio por organización se fundamenta en el *dominio sobre la organización*. La estructura organizacional y funcional del aparato debe estar conformada de modo tal que las órdenes de los “jefes supremos”, “líderes” o “mandos”, sean ejecutadas “automáticamente”. La estructura jerárquicamente organizada permite la automaticidad en el cumplimiento de las órdenes. Elementos fundamentales de esta forma de dominio

⁴¹ JuS Doctrina & Practica 2007, 45; JuS Jurisprudencia 2008, 165.

⁴² Visto más detenidamente, este criterio acompaña incluso a gran parte de la autoría en general, es decir, no está limitada a la autoría mediata por organización.

⁴³ Cfr. mis trabajos publicados en JuS Doctrina & Práctica 2007, 37 y ss.; en Actualidad Jurídica 2007, 113 y ss.; y en JuS Jurisprudencia 2008, 145 y ss.; y en: Problemas fundamentales de la parte general del código penal, Lima Friburgo 2009, p. 43 y ss. Una compilación se ofrece en: Autoría mediata por organización (nota 7).

³⁹ Sentencia, § 737.

⁴⁰ JuS Doctrina & Practica 2007, 45 y s. y en el pie de página 42; JuS Jurisprudencia 2008, 165 y s. y en el pie de página 34.

son el *poder de mando* que tiene el hombre de atrás sobre la organización y el *apartamiento del derecho* de la organización. Poder de mando y apartamiento del derecho materializan pues el dominio que se tiene sobre la organización. Poder de mando sobre y dentro de la organización es el criterio rector; y el apartamiento del derecho es el elemento fundamental que contribuye al dominio sobre la organización, pues sólo dentro de organizaciones que están apartadas del derecho, las órdenes ilícitas se cumplen “automáticamente”. Ello debido a que una organización que actúa ilegalmente tiene procesos de funcionamiento propios que se distancian de un funcionamiento “normal” y que posibilitan, de esta manera, el cumplimiento de sus objetivos⁴⁴. Estos elementos son los que posibilitan el dominio del logro del resultado típico, ambos son pues “presupuestos” del dominio por organización y fundamentan por lo tanto la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

En este tipo de criminalidad por medio de aparatos de poder, la *fungibilidad* (reemplazabilidad) de los órganos de ejecución de la organización, es decir, la posibilidad de sustituir al ejecutor y la *elevada disposición al hecho* del ejecutor, son sólo *características* que normalmente acompañan a este tipo de dominio, no lo fundamentan, es decir, su ausencia en el caso concreto no impedirá el dominio del evento criminal por parte de los jefes de los aparatos de poder. La *fungibilidad* de los ejecutores concurre normalmente en este tipo de criminalidad, pues estos brazos ejecutores constituyen simples piezas en la maquinaria que es la organización. El significado del ejecutor para la organización no es determinante, es simplemente un órgano ejecutor de las “importantes” decisiones de los altos mandos. En esta criminalidad se puede apreciar – no pocas veces – que éstos no resultan fácilmente reemplazables en el caso concreto. Sin embargo, este dato no elimina el dominio que ha ejercido el hombre de atrás sobre el evento criminal. Igualmente, se puede observar con frecuencia la disposición al hecho del ejecutor, más aún en organizaciones terroristas donde el factor ideológico juega un papel importante. Sin embargo, si en el caso concreto se constata que no hubo disposición al hecho por parte del ejecutor y pese a ello realiza el evento criminal, este hecho no eliminará el dominio que tuvo el hombre de atrás.

VII. Síntesis

La sentencia de la Corte Suprema del Perú en el caso Fujimori consolida la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia nacional e internacional, confirmando así que la autoría mediata por organización es la estructura dogmática más adecuada para juzgar crímenes cometidos desde y a través de aparatos organizados de poder. Sin embargo, no se puede afirmar que este desarrollo haya concluido, sino por el contrario éste está aún abierto. Buena muestra de ello son los esfuerzos de la doctrina nacional e internacional en concretar los principios expuestos.

⁴⁴ Este elemento permitiría a su vez, limitar el ámbito de aplicación de la teoría y de este modo evitar el peligro de su posible degeneración, garantizando así su legitimidad.
