

Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal

De Prof. Dr. **Dino Carlos Caro Coria**, Católica, Lima, Perú*

I. Planteamiento del caso

1. El Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori ostentó el cargo de Presidente de la República del Perú desde el 1.7.1990 – fecha en que ganó las elecciones a través del partido político “Cambio 90” – hasta el 19.11.2000¹, momento en el cual renunció a la presidencia del Perú, vía fax, desde la ciudad de Tokio, Japón. Posteriormente, el Congreso de la República declaró la vacancia presidencial² por incapacidad moral permanente.³

En total, el Ingeniero Alberto Fujimori tuvo a su cargo la conducción del país durante aproximadamente 10 años y 3 meses. Tiempo en el cual tuvo que hacer frente a la inestabilidad política producto del accionar de grupos terroristas, como el Partido Comunista Peruano Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru – MRTA –; y a una aguda crisis económica, como consecuencia de una inflación galopante.

2. Es en ese contexto en que se produjeron los hechos que son materia del proceso penal seguido contra el ex presidente Alberto Fujimori por crímenes de lesa humanidad. En ese sentido, respecto de las violaciones a los derechos humanos, el ex presidente ha sido condenado por dos casos. El primero es el denominado caso “Barrios Altos”. Así, el 3.11.1991, alrededor de las 22.30 horas, efectivos pertenecientes al Destacamento Colina, la mayoría con el rostro cubierto con pasamontañas y usando armamento de guerra con silenciadores, irrumpieron en el inmueble ubicado en el Jirón Huanta N° 840, Barrios Altos-Lima, donde se llevaba a cabo una actividad social “pollada”. Luego de acusar a los asistentes de terroristas, los obligaron a arrojar al piso para luego dispararles. Posteriormente, huyeron del lugar en dos camionetas de uso oficial, que tenían luces y sirenas policiales, y que contaban con placas de rodaje. Como consecuencia de estos

hechos fallecieron quince personas y nueve resultaron con lesiones graves.⁴

El mismo Destacamento Colina fue el autor directo de otro de los casos materia del proceso penal, llamado caso “La Cantuta”. Así, el 18.7.1992, este grupo ingresó a la Universidad “Enrique Guzmán y Valle” – conocida como “La Cantuta” –, a bordo de dos camionetas pick up, organizados en varios sub grupos, todos ellos encapuchados y portando armas de fuego con silenciadores. Se dirigieron a la residencia de los estudiantes, los sacaron de sus dormitorios y los llamaron en base a una lista, separando del grupo a 9 estudiantes. Luego de la operación, procedieron a llevarse a los intervenidos en las camionetas antes indicadas, y cuando se encontraban por el Km. 1.5 de la autopista Ramiro Prialé, detuvieron los autos y bajaron a los detenidos. Fue en ese lugar donde los mataron y enterraron. Sin embargo, posteriormente, cuando el Destacamento Colina verificó la forma en que se había intentado desaparecer las huellas del delito, informó que los cadáveres no estaban adecuadamente enterrados; razón por la cual, se procedió a retirar algunos cadáveres, trasladándolos a un lugar denominado Quebrada de Chavilca en el distrito de Cieneguilla-Lima, donde finalmente fueron dejados sus restos; los mismo que más adelante, fueron encontrados e identificados.⁵

3. Estos hechos se encuentran debidamente probados⁶ de acuerdo a lo sentenciado por la Sala Penal Especial,⁷ presidida el vocal supremo *Dr. César San Martín Castro* y los también vocales supremos *Dr. Víctor Prado Saldarriaga* y *Sr. Hugo Príncipe Trujillo*; quienes estuvieron a cargo de juzgar a Alberto Fujimori por los hechos anteriormente expuestos. Cabe resaltar la imparcialidad y el respeto a las normas del debido proceso que mostró dicho Colegiado en la conducción del proceso, cuya labor fue reconocida no solamente por los demás sujetos procesales,⁸ sino también por los observadores internacionales acreditados en el Perú.⁹

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca-España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Socio fundador de Caro & Asociados. – Con la colaboración de Pedro Alva Monge, Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Para un mayor análisis sobre el gobierno de Fujimori, ver: El Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, Tomo III, Capítulo 2, Lateral 2.3 “La década del noventa y los dos gobiernos de Alberto Fujimori”.

² Resolución Legislativa número N° 009–2000–CR, Publicada en el diario Oficial El Peruano, el 22 de noviembre del 2000.

³ De acuerdo al ordenamiento jurídico peruano, la Presidencia de la República vaca por “su permanente incapacidad moral [...] declarada por el Congreso” (artículo 113 inciso 2 de la Constitución peruana).

⁴ Descripción a partir de la Acusación Fiscal Suprema, del 29 de Octubre del 2007, foja 11.

⁵ *Ibid.*, pp. 13-14.

⁶ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6). Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE. Cuestiones de Hecho 117° a 180°.

⁷ En la sesión descentralizada del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, del 14 de noviembre de 2007, se determinó que la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia juzgue en forma exclusiva al ex presidente Alberto Fujimori.

⁸ La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, entidad que agrupa a los abogados de la Parte Civil, ha manifestado que “resalta la integridad de los magistrados que integraron la Sala Penal Especial, quienes a lo largo del juicio demostraron imparcialidad, transparencia y objetividad, garantizando un justo y debido proceso, en el cual Fujimori gozó de la mayor amplitud y garantías para ejercer su defensa.”. Estas palabras fueron pronunciadas por el Sr. Ronald Gamarra, abogado de

II. Breve referencia histórica de la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder en los tribunales penales.

1. La presente teoría fue formulada *Claus Roxin* en 1963.¹⁰ Igualmente se utilizó dicho modalidad de autoría para comentar del caso de Adolf Eichmann¹¹ – funcionario nazi que fue

la parte civil el día 7 de abril de 2009. Ver el discurso completo en: <http://www.dhperu.org/prensa.php?op=noticia&id=92>. Por su parte, el abogado de la defensa ha señalado que “La actuación del tribunal ha sido impecable”, no obstante se mostró disconforme con el poco tiempo que, según él, le otorgó la Sala para presentar sus alegatos finales. En: http://www.gobernabilidadandina.org/detalle_noticia.php?id=2021. Por otro lado, la opinión pública, de acuerdo a la encuesta de la Universidad Pontificia Universidad Católica, realizada en abril de 2009, considera que la actuación de los jueces ha sido imparcial. Así un 67% de los encuestados esta de acuerdo con la actuación del Tribunal, contra un 23% que está en desacuerdo. Ver la encuesta completa en: <http://www.pucp.edu.pe/puntoedu/images/documentos/institucionales/2009dossierfujimori.pdf>.

⁹ Maria McFarland, representante de Human Rights Watch, destacó “la voluntad, capacidad e independencia” del tribunal peruano que permitió a Fujimori “tener el debido proceso”. En: http://www.rpp.com.pe/2009-04-06-juristas-extranjeros-caso-fujimori-es-paradigmatico-en-la-region-noticia_174315.html. De similar opinión se mostró el Coordinador para América Latina del Programa de Justicia Internacional de Amnistía Internacional, Hugo Relva, al señalar que “Es la tercera vez que estoy en Lima en relación a este proceso judicial. Nos hemos reunido con el tribunal, los fiscales, los abogados de las víctimas y del acusado. Todos han sido coincidentes en que ha sido un proceso justo e imparcial. Creo que esta contribución que está haciendo la justicia peruana al Estado de Derecho en este país es trascendente y los peruanos deberían estar orgullosos de la misma”. En: <http://www.24horaslibre.com/politica/1239031711.php>.

¹⁰ En una conferencia dictada en la Universidad Lusitana de Lisboa, entre el 6 y 7 de noviembre de 2002, Roxin afirmó lo siguiente “Los delitos en el marco de aparatos organizados de poder” fue el título de mi conferencia dictada en febrero de 1963 con motivo del inicio de mis clases en Hamburgo. En ella proponía una nueva forma de autoría mediata. Mi idea fundamental consistía en que, al tomar el dominio del hecho como criterio decisivo para la autoría, solamente existirían tres formas típicas ideales en las cuales un suceso puede ser dominado sin que el autor tenga que estar presente en el momento de la ejecución: puede obligar al ejecutante, puede engañar a éste y – ésta era la nueva idea – puede dar la orden a través de un aparato de poder, el cual asegure de órdenes incluso sin coacción o engaño, dado que el aparato por sí mismo garantiza la ejecución”. *Roxin*, La autoría mediata por dominio en la organización, en: Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 13, Lima, editorial Idemsa, 2003.

¹¹ Para un mayor desarrollo del caso, ver: *Roxin*, La autoría y el dominio del hecho en el Derecho Penal, 7ª ed., Traducción

encontrado responsable del asesinato de miembros de la comunidad judía, aun cuando no participó directamente en el hecho ilícito –, quien había sido procesado por las Cortes de Jerusalén en 1961. Asimismo, ha sido aplicada por el Tribunal Supremo Alemán en la sentencia del 26.7.1994, para el caso de los miembros del Consejo de Seguridad Nacional de la República Democrática Alemana con miras a su responsabilidad por los disparos contra ciudadanos alemanes que intentaron escapar del país escalando el Muro.¹²

La teoría de la autoría mediata en virtud de estructuras de poder fue utilizada debido a la insuficiencia de la autoría tradicional, la cual no podía hacer frente a las nuevas formas de criminalidad organizada desde el Estado. En especial los delitos de lesa humanidad, ya que las teorías tradicionales de imputación penal no permitían atribuir responsabilidad penal a los altos mandos. En consecuencia, los superiores jerárquicos no respondían a título de autor por los hechos cometidos, pues veían diluida su responsabilidad penal en los mandos medios y en los ejecutores directos.

2. Fue este espíritu de evitar la impunidad en las cúspides de las esferas del poder que dicha teoría fue postulada por Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal de Argentina en los casos de las Juntas Militares Argentinas de 1976 a 1983, quienes dispusieron que se realicen asesinatos selectivos, desapariciones y torturas.¹³

3. En el Perú, quizás el caso insignia donde se ha aplicado la mencionada teoría, es en la sentencia contra *Abimael Guzmán Reynoso* y otros, por el asesinato de 69 pobladores de la localidad de Lucanamarca, ocurrido el 3.4.1983. El ataque fue hecho por el Partido Comunista Peruano Sendero Luminoso, el mismo que tuvo como objetivo “dar un escarmiento” al pueblo de Lucanamarca por el homicidio de un terrorista. Cabe resaltar además que este grupo subversivo tuvo una estructura jerárquica y respondió a un fin político: destruir el sistema democrático imperante y formar un gobierno de tendencia marxista leninista, denominado “república de nueva democracia”.

En este caso, se sentenció a *Abimael Guzmán Reynoso* como autor mediato de los asesinatos,¹⁴ ya que si bien no

de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano Gonzáles de Murillo, Barcelona, editorial Marcial Pons, 2000, pp. 273 ss.

¹² Traducción y análisis de la sentencia del *Bundesgerichtshof* en *K. Ambos*, El caso alemán, en: el mismo (ed.), Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, Bogotá (Temis), 2nd ed. 2009, pp. 17 y ss. Ver también *Donna*, en: Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, Argentina, La Lectura – Lerner, 2001, p. 310.

¹³ *Bruera*, Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder. en: Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al profesor Claus Roxin. Argentina: La Lectura – Lerner, 2001, pp. 625 y ss.

¹⁴ Sentencia de la Sala Penal Nacional, en el expediente judicial Nº 560-03 (acumulado), del 13 de octubre de 2006. Caso *Abimael Guzmán Reynoso*. Fundamento Décimo Cuarto: “[...] el presente juicio oral, la prueba practicada determina de manera categórica que el procesado Manuel Rubén Abi-

estuvo presente en el momento en que se cometieron los hechos punibles, su responsabilidad radica en el hecho de haber ordenado, desde la posición de mando de la Dirección Central de Sendero Luminoso, la muerte de los pobladores de Lucanamarca.¹⁵

Otro de los aspectos que cabe resaltar de la sentencia radica en el hecho de haber afirmado que los aparatos organizados de poder no solo tienen cabida en organizaciones criminales de origen estatal,¹⁶ sino también, como en el caso de Lucanamarca, se presentan desde grupos o colectivos organizados que practiquen actos de terrorismo.¹⁷ Para esto, identifica el Partido Político Sendero Luminoso como una organización fuera del ámbito de la legalidad, que contó con una estructura jerárquica, en donde sus miembros estaban fuertemente cohesionados en torno a la llamada base de unidad partidaria. A decir de la Sala: “[...] con una clara distribución de funciones, pudiéndose identificar claramente los niveles de decisión, la programación de sus actividades ilícitas y el control de la organización, todo lo cual nos permite inferir que se trata de un verdadero aparato organizado de poder”.¹⁸

mael Guzmán Reinoso, conocido en su organización como Presidente Gonzalo, ha sido el fundador de la fracción roja del Partido Comunista del Perú, cuya jefatura ha ostentado desde su proceso de reconstitución partidaria. Tal condición la ha ejercitado como miembro titular número uno del Comité Central, del Buró Político y del Comité Permanente. En la práctica de la organización ha formado parte de la llamada Dirección Central y presidido la Comisión Militar”.

¹⁵ La sentencia de la Sala Penal Nacional fue confirmada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el Recurso Nulidad N° 5385-2006, del 14 de diciembre de 2007.

¹⁶ Para un mayor comentario de la sentencia, ver: *Caro Coria*, Sobre la persecución de crímenes internacionales en la jurisprudencia penal peruana, en: *Jurisprudencia latinoamericana sobre el Derecho Penal Internacional*. Kai Ambos/Ezequiel Malarino/Gisela Elsner (editores), Montevideo/Bogotá, Fundación Konrad-Adenauer/Temis, 2008, p. 271 y ss.

¹⁷ Sentencia de la Sala Penal Nacional, en el expediente judicial N° 560-03 (nota 14). “Frente a la objeción de la defensa de que la autoría mediata por dominio en organización no es aplicable a las organizaciones no estatales, pues en ellas no hay deber de obediencia y la transferencia de responsabilidad al superior; debemos puntualizar que tal afirmación no se condice con los planteamientos de *Roxin*, quien desde mil novecientos sesenta y tres ha sostenido que el “dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado” en esencia sólo vienen en consideración dos manifestaciones típicas: a) aparatos estatales que operan al margen de la ley, por lo tanto no opera la obediencia debida, y b) movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes”.

¹⁸ *Ibid*, Considerando Décimo Tercero.

III. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder: fundamentos de la sentencia contra el ex presidente Alberto Fujimori

1. Presupuestos de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder

a) La Sala Penal Especial establece en la parte III, capítulo 2 de su sentencia, los presupuestos materiales para determinar la autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad. Es así que toma como presupuesto general la existencia de un aparato organizado que cuenta con una estructura rígida y jerárquica. La misma que al operar presenta dos características. En primer lugar, hay una asignación de roles para explicar la relación entre el hombre de atrás y el ejecutor directo del hecho delictivo. En segundo lugar, este aparato criminal debe de tener un funcionamiento “autónomo”. Es decir, el autor mediato podrá confiar en que la orden que imparta va a ser cumplida a cabalidad sin la necesidad de conocer al autor inmediato, pues cuenta con un aparato que “funciona automáticamente”, sin que importe el ejecutor material.

b) Bajo ese orden de ideas, para establecer esta forma de autoría en el caso concreto, la sentencia establece los presupuestos de carácter objetivo y subjetivo que se deben cumplir. Así, los presupuestos de carácter objetivo están en relación al poder de mando del hombre de atrás – y las órdenes que imparta en virtud de ese poder –; y a la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico – referido a las conductas típicas que alejan a la organización de la legalidad –. Por su parte, los presupuestos subjetivos responden a la fungibilidad del ejecutor del ilícito penal – es decir, el abanico de potenciales ejecutores con los que cuenta el autor mediato para realizar el delito –; y a la disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho ilícito.

2. Presupuesto General: la existencia de un aparato organizado de poder

a) Como bien señala la sentencia, la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización exige, para la realización del hecho punible, la “existencia previa de una organización estructurada”.¹⁹ En tal sentido, tiene que estar organizada de tal forma que la orden que imparta la cúpula directiva sea cumplida por los ejecutores materiales a través de los distintos compartimentos de la cadena de mando. Es así que esta organización cuenta con una estructura rígida y jerárquica.²⁰ Rígida en cuanto a que la transmisión de órdenes por los “autores de escritorio” es cumplida casi de modo automático por los distintos ejecutores materiales. Y es jerárquica en

¹⁹ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

²⁰ En el mismo sentido, *Suarez Sanchez*, Autoría, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 3ª ed. 2007, p. 335, señala que “El dominio por organización tiene como presupuesto la existencia de una organización estructurada de modo jerárquico y estricto. El dominio del hecho no se da por dominio de la voluntad del ejecutor [...] sino por la posición que el instrumento tiene dentro de la estructura [...]”.

cuanto a que la asignación de determinadas roles dentro de la cadena de mando se cumple de manera estricta.

b) Cabe apreciar además, que no resulta de vital importancia si el autor mediato está ubicado a la cabeza del aparato de poder o en los mandos intermedios del mismo, ya que lo determinante para imputarle responsabilidad penal al sujeto, en calidad de autor mediato, es la autoridad con la que puede dirigir la parte de la organización que le esta subordinada, sin dejar a criterio de terceras personas la realización del acto criminal.²¹ Y es en virtud de esa autoridad, que se le puede atribuir responsabilidad penal a esa cadena de autores intermedios dentro del aparato criminal.²²

c) En ese sentido, para contrastar la responsabilidad del sujeto, no basta solo realizar un análisis de reprochabilidad individual por la conducta antijurídica que realizó. Es preciso situarnos en el contexto de la estructura del aparato organizado de poder para detectar la gravedad del injusto. El mismo que, debido a las características de la organización criminal no puede ser analizado como una forma común de autoría, ya que el hombre de atrás no domina de modo directo al ejecutor material, sino lo hace de un modo indirecto, utilizando para ello la maquinaria criminal. Esto conduce, según *Ambos*, a entender que existe “una responsabilidad en virtud de competencia funcional (como ‘autor de escritorio’, emisor de ordenes, planificador, autor intelectual, etc.), dicho brevemente: a una responsabilidad con base en un injusto de organización de organización en lugar de un injusto individual”.²³

d) Por otro lado, la sentencia también señala como una característica del aparato organizado de poder, la asignación de roles. La misma que explica el nivel de relación entre el autor mediato y el autor material del delito. En ese sentido, la sentencia prefiere utilizar el término “asignación de roles” y no “división de trabajo” ya que este último concepto podría llevar a confusión en el título de imputación, pues alude al elemento subjetivo de la coautoría.

e) Así, la asignación de roles es entendida como una designación de funciones, las mismas que van a realizarse de acuerdo a la posición que tenga el sujeto en la cadena de mando. De esta manera, se aprecia una organización jerárquica que distribuye su actuar delictuoso a través de una intervención vertical en el delito, contraria a las típicas formas de autoría, donde lo que se aprecia es una actuación plural de agentes que comenten hechos punibles en un plano horizontal.²⁴ En tal sentido, el autor mediato distribuye las tareas que importan un comportamiento criminal, las mismas que son retransmitidas a los mandos medios del aparato criminal, donde cada sujeto orienta su comportamiento de acuerdo a

los requerimientos de la organización. Finalmente, son los ejecutores materiales quienes realizan el hecho punible a título de autor directo.²⁵ En efecto, como señala la sentencia de la Sala Penal Especial, se puede apreciar una asignación de roles en la cadena de mando, que va desde el superior jerárquico, el ex presidente Alberto Fujimori, pasando por los mandos intermedios, que vendrían a ser los Directores del Servicio de Inteligencia Nacional, la Dirección de Inteligencia de Ejército y del Servicio de Inteligencia del Ejército; y finalmente, como el último eslabón de la cadena, encargado de perpetrar los crímenes de “Barrios Altos” y “La Cantuta”, se encuentra el Destacamento Colina.

f) Por otro lado, otra característica que señala la sentencia, respecto del aparato de poder que lideró el ex presidente Fujimori, es el funcionamiento autónomo de la organización criminal. Esta categoría hace referencia al modo en que opera un aparato destinado a cometer hechos ilícitos. Así *Roxin*, cuando explica los fundamentos estructurales del dominio de la organización, señala que “una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros”.²⁶ En ese sentido, para la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad, el autor mediato del hecho puede confiar en que se realizarán las orden dispuestas por él. En efecto, es esta vida “autónoma” de la organización la que trasmite la seguridad de que se cumplirán las conductas antijurídicas, sin importar los ejecutores directos y sin que éstos reparen, quién es el sujeto que, en última instancia, dicta la orden ilícita. De esta forma, el Tribunal desestimó lo declarado por los integrantes del Destacamento Colina, quienes en su mayoría, afirmaron desconocer si las órdenes ilícitas provinieron del propio ex presidente Fujimori o del Comandante General del Ejército Peruano, General Nicolás de Bari Hermoza Rios.

g) Es bajo este orden de ideas, que la propia Sala Penal Nacional llega a la convicción de que sí existe un aparato organizado de poder y que el mismo tiene un orden jerárquico y una estructura vertical. En ese sentido, la organización criminal cuenta con un funcionamiento autónomo que le permite desplegar su actuación a través de mandos superior-

²¹ *Roxin* (nota 11), § 24 pp. 275-276.

²² En el mismo sentido, *Meini*, El dominio de la organización en el Derecho Penal, Lima, Palestra, 2008 pp. 27 ss.

²³ *Ambos*, Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, Traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 31.

²⁴ Sobre el plano vertical y horizontal de la actuación delictuosa, ver: *Tiedemann*, Temas de Derecho penal económico y ambiental, Idemsa, Lima, 1999, pp. 172 ss.

²⁵ En tal sentido, Suárez Sánchez comenta que “[el aparato de poder] es, entonces, el medio de la imposición de la orden entre quien la da y el que la ejecuta, no sin antes pasar por los intermediarios, quines con capacidad de mando se las comunican a los subordinados hasta llegar al último eslabón de la cadena, quien habrá de realizar el delito”. *Suarez Sanchez* (nota 20), p. 335.

²⁶ Rocín afirma el funcionamiento “peculiar” de la organización criminal. Y sostiene que ésta “Funciona automáticamente, sin que importe la persona individual del ejecutor. Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, de un régimen dictatorial, que implanta una maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esa situación (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta en los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor.” *Roxin* (nota 11), p. 272.

res, intermedios y de ejecución directa, en claro respeto a la asignación de roles. Así lo describe la sentencia al comentar que “En ese ámbito el encausado Fujimori con su entorno asesor y de apoyo, utilizando los servicios secretos – de inteligencia – del Estado, que por su función se han caracterizado por el compartimentaje de sus órganos o unidades, por la subordinación jerárquica de sus estructuras, y por el secreto y la paraclandestinidad de sus agentes y acciones, fue delineando, a la vez que definiendo, objetivos y estrategias especiales de enfrentamiento de la subversión terrorista [...]”²⁷

3. La estructura de la organización criminal Estatal: desde el Destacamento Colina hasta Fujimori

a) Subsumiendo la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad con los hechos materia del proceso penal seguido contra el ex presidente Fujimori, se puede llegar a establecer quiénes y cómo estaba conformada la organización criminal estatal. Destacando en ella la asignación de roles de cada integrante y la funcionalidad autónoma con la que operaba.

Bajo ese orden de ideas, si tomamos en cuenta que en la cúspide del aparato organizado de poder se encontraba Alberto Fujimori,²⁸ la cadena de mando de la organización se encuentra estructurada en el orden siguiente.

b) El encargado de ejecutar las acciones de inteligencia operativa – valga decir, el autor directo de los asesinatos de Barrios Altos²⁹ y Cantuta³⁰ – era el Destacamento Colina. La persona que ejercía inicialmente el comando de este grupo

²⁷ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

²⁸ Es más, la posición de jerarquía máxima que ostentó el ex presidente Fujimori durante su mandato, como autor mediato de la organización, fue evaluado por la Sala Penal Especial para la imposición de la pena máxima aplicable para el delito imputado. En ese sentido, el tribunal señala que “la condición funcional y de poder que aquél ostentaba, y de la cual abusó para realizar e incluso encubrir los hechos punibles, imponen al órgano jurisdiccional la más grave y severa desvaloración de su actuación ilícita, lo que debe reflejarse en la extensión de la pena concreta, la que debe ser el máximo autorizado por la ley”. Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

²⁹ Sobre el caso “Barrios Altos”, expediente judicial N° 28-2001, la Primera Sala Anticorrupción, encargada de la conducción del proceso contra los mandos intermedios y los ejecutores materiales del delito, no ha emitido un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. El proceso se encuentra en la fase de juicio oral.

³⁰ Sobre el caso “La Cantuta”, expediente judicial N° 03-2003, la Primera Sala Anticorrupción, condenó a Julios Salazar Monroe, ex Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional, SIN, a 35 años de pena privativa de libertad por los delitos de homicidio calificado y desaparición forzada. Asimismo, declaró la culpabilidad de los integrantes del Destacamento Colina por la muerte de los nueve estudiantes y un profesor de la Universidad “Enrique Guzmán y Valle”, “La Cantuta”, imponiendo penas de hasta 15 años de privación de la libertad a sus integrantes.

era el Teniente Coronel del Ejército Peruano – EP –, Fernando Rodríguez Zabalbeascoa, el mismo que tenía bajo su mando al Capitán EP Santiago Enrique Martín Rivas, quien se desempeñaba como Jefe Operativo, y al Capitán EP Carlos Eliseo Pichilingue Guevara, quien tenía el rol de Jefe Administrativo. Ellos dirigían a los agentes de inteligencia operativa – es decir, a los ejecutores – los mismos que se dividieron en tres grupos. Los líderes de estos tres grupos eran Antonio Sosa Saavedra, Julio Chuqui Aguirre, Pedro Guillermo Suppo Sánchez.³¹

c) En una posición más elevada dentro de la cadena de mando se encuentra el Servicio de Inteligencia del Ejército – SIE –, jefaturado en el año 1991 por Víctor Silva Mendoza, y en 1992, por Alberto Pinto Cárdenas. El Destacamento Colina dependía administrativa y funcionalmente del SIE, quien le prestaba sus instalaciones. A su vez, el SIE dependía de la Dirección de Inteligencia del Ejército – DINTE – que tenía como Director, los años 1991 y 1992 – momento en que se cometieron los asesinatos de Barrios Altos y la Cantuta –, al General EP Juan Rivera Lazo.³²

d) Además, la DINTE debía dar cuenta a la Jefatura del Estado Mayor, cuya cabeza, para el año 1991, era el General del EP Nicolás de Bari Hermoza Ríos, quien en 1992 ostentó los cargos de Comandante General del Ejército y Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas – el grado de mando máximo de las Fuerzas Armadas –.

e) De otro lado, la DINTE proporcionaba el apoyo logístico para el desarrollo de las llamadas operaciones especiales de inteligencia – nos referimos a la eliminación de supuestos terroristas –. Así, entregó vehículos, armas de fuego y equipos de comunicación al Destacamento Colina. A esto hay que sumar al apoyo logístico que brindaba el SIE a través de Luis Cubas Portal, Jefe de Administración del SIE, y Federico Navarro Pérez, quien, en su calidad de analista en el Área de Subversión, confeccionaba las notas informativas. A partir de estas notas se planificaba los operativos especiales de inteligencia del Destacamento “Colina”.

f) En ese sentido, la forma de actuar del grupo era al siguiente. Partiendo de la información previamente recogida a través del personal de inteligencia infiltrado en universidades o barrios populares, se elaboraron los planes de operaciones especiales. Posteriormente, estos planes eran aprobados por el DINTE, con la participación de la Comandancia General del Ejército y de acuerdo a las órdenes impartidas por Vladimiro Montesinos Torres – Jefe de facto del Servicio de Inteligencia Nacional – SIN –. Los mismos contaban que con la supervisión del entonces Presidente de la República,³³ Alberto Fujimori. Luego, estas órdenes eran transmitidas por los órganos de línea – la DINTE y el SIE – hasta el jefe Operativo del Destacamento Colina, Santiago Martín Rivas, quien indicaba

³¹ Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación denominado “Destacamento Colina”, del agosto de 2003, pp. 43 s.

³² En ese sentido, respecto a la funcionalidad de Destacamento Colina, ver: Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

³³ Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación denominado “Destacamento Colina”, (nota 31), pp. 70-71.

a los agentes de inteligencia operativa, la eliminación de supuestos terrorista.

4. *Presupuestos de carácter objetivo: El poder de mando del hombre de atrás y la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico*

a) El poder de mando, a decir de la sentencia, es una “condición fundamental”³⁴ para que se pueda imputar responsabilidad penal a un sujeto a título de autor mediato por dominio de la voluntad en virtud de una aparato organizado de poder.

b) En ese sentido, la propia sentencia establece un concepto de poder de mando, el mismo que se centra en dos aspectos. En primer lugar, analiza la posición del sujeto activo dentro de la organización, a fin de determinar si el sujeto ostenta un rango de mando alto o si, más bien, está en un nivel intermedio. En segundo lugar, enfoca el concepto de poder de mando al sujeto que tiene la capacidad de impartir órdenes.³⁵ Así, la Sala Penal Especial sostiene que “El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior – del hombre de atrás – de impartir órdenes o asignar roles a la 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”.³⁶

c) Asimismo, el Tribunal deja en claro que el poder de mando se materializa a través de las órdenes, las cuales puede ser explícitas o implícitas. Bajo esa lógica, dichos mandatos serán cumplidos de acuerdo al propio automatismo del aparato de poder, sin que medie para su realización, algún acto de engaño o coacción hacia los autores directos.

d) Bajo esa premisa, nos parece oportuno señalar que el poder de mando no puede confundirse con el error o la coacción del hombre de atrás hacia el ejecutor material, porque de producirse estos supuestos, ya no estaríamos ante un caso de autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, sino ante los otros supuestos de autoría mediata. A saber, el dominio de la voluntad en virtud de error³⁷ y el dominio de la voluntad en virtud de coacción.³⁸ En efecto, *Roxin* es claro en distinguir estas formas de autoría de la que se da en virtud del dominio de un aparato criminal. Así, el jurista alemán, pone como ejemplo el caso del agente

Staschynski en los procesos de Nuremberg seguidos a los miembros del régimen nazi, donde señala que las órdenes se cumplieron, no porque el agente se sintió coaccionado o inducido a error, sino por el dominio de la voluntad que el autor mediato tuvo del hecho. Prueba de ello es que no se encontró caso alguno en que alguien “hubiera sido fusilado por negarse a cumplir órdenes de fusilar. Lo máximo, una nota desfavorable en el expediente, una negación de ascensos o un traslado. No se ha comprobado consecuencias más graves, ni siquiera amenazas de condenar a muerte o de internar en un campo de concentración”.³⁹ Asimismo, referente al dominio de la voluntad en virtud del error, *Roxin* señala que el error sobre la antijuricidad formal en el que cae un sujeto que mata a otro avalado por la orden de un superior, no le otorga al sujeto de atrás, el dominio de la voluntad sobre el hecho ilícito.⁴⁰

e) Por otro lado, la sentencia menciona las distintas formas en que se efectiviza el poder de mando. A saber, el que se ejerce en el nivel estratégico superior y el que se realiza en los mandos intermedios. En el primer caso, es el “autor de escritorio” quien se encuentra en la cúspide del poder quien ejerce su autoridad a los mandos intermedios táctico u operativos. En el segundo caso, son los mandos de nivel intermedio los que efectúan las órdenes a los mandos inferiores, también llamados ejecutores directos del delito. Nuevamente se aprecia aquí, una observación que acotamos líneas arriba, la cual consiste en la verticalidad que tiene el poder de mando dentro de una estructura de poder criminal. Esto, además, se aplica al caso del ex presidente Fujimori, quien en su condición de Jefe Supremos de las Fuerzas Armadas,⁴¹ ejerció el poder de mando en el más alto nivel de la jerarquía estatal.

f) Otro aspecto que corresponde puntualizar es el hecho de que la sentencia identifica los distintos grados de poder de mando que se aprecian en una organización criminal, los mismos que están determinados por la propia verticalidad del aparato y el ámbito de competencia que cada autor tiene sobre el hecho delictivo. Así, la sentencia sostiene que “quien se encuentra en la cúspide de la estructura jerárquica tiene un dominio total del aparato, mientras que el que ocupa la posición intermedia sólo tiene la posibilidad de impartir órdenes en el sector de la organización que le compete”.⁴² Desde ese punto de vista, no dudamos en afirmar que existe no solo grados diferenciados de poder de mando de acuerdo al rol de autor mediato en el aparato, sino que además el grado de reprobabilidad de la conducta antijurídica es proporcional al nivel de mando que dicho autor tiene en la organización criminal.

g) Por otro lado, advertimos que la jerarquía del autor mediato esta en relación inversamente proporcional con la

³⁴ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

³⁵ De similar opinión, *Meini Méndez* (nota 22), p. 31 “El poder de mando significa que podrá ser autor mediato aquella persona que, al interior de una organización que se rige por un marcado principio de jerarquía, tenga la autoridad para dar ordenes y ejerza dicha autoridad para realizar conductas delictivas por intermedio de otros miembros del grupo. [...] Estas ideas bastan para percatarse que el criterio del poder de mando combina: i) autoridad del hombre de atrás frente al resto de miembros del aparato ii) estructura jerárquica del aparato de poder y iii) que la autoridad le permita al hombre de atrás ordenar la ejecución de conductas ilícitas”.

³⁶ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

³⁷ *Roxin* (nota 11), p. 167 ss.

³⁸ *Ibid.*, p. 194 ss.

³⁹ *Ibid.*, p. 271.

⁴⁰ *Roxin* (nota 11), p. 271.

⁴¹ Tanto la vigente constitución de 1993, como la anterior Norma Fundamental del Estado peruano, vigente desde 1980, otorgan al Presidente de la República el cargo de Jefe Supremos de las Fuerzas Armadas y lo facultan a dirigir a las Fuerzas Armadas del Perú.

⁴² Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

ejecución material del hecho, ya que a un mayor nivel jerárquico en el aparato organizado de poder, menos cerca estará a la ejecución del delito.⁴³ Esto cuestiona algunos argumentos esgrimidos por el ex presidente Fujimori, quien señala que no estaba al tanto de los actos de eliminación a supuestos terroristas, pues él solo emitía “directivas de pacificación”, no compitiéndole a él, los excesos que pudieron ocurrir en la ejecución de las mencionadas directivas. En ese sentido, afirma que en su posición de Presidente de la República, no estaba al tanto de lo que pasaba en los órganos de línea inferiores del Ejército peruano.

h) Asimismo, en cuanto al grado de reprobabilidad de la conducta ilícita, la sentencia no solo señala que el “autor de escritorio” ubicado en la cúspide del aparato tiene una mayor responsabilidad penal, en atención al nivel de jerárquica en que se encuentra, frente al autor mediato que ejerce su autoridad en un nivel intermedio de cadena de mando; sino que además, realiza un reproche mayor al titular del poder de mando cuando el origen del mismo parte de un “marco de legitimidad formal”. El fundamento de este desvalor, radica, según la Sala Penal Especial, en el apartamiento del autor mediato del ordenamiento jurídico establecido y que era “la fuente del uso legítimo de su poder”. Además, se parte del hecho de que el hombre de atrás utiliza los mecanismos formales que brinda la legalidad, para crear una organización criminal encubierta de difícil detección por parte de los organismos de prevención y control del delito.⁴⁴ Este punto será profundizado en el punto siguiente, donde mostraremos cómo se modificó el marco legal existente con el fin de dotar de mayores atribuciones al Sistema de Inteligencia Nacional, esto con el fin de establecer una nueva política antisubversiva por parte del ex Presidente de la República.

i) Respecto a la participación accesorio de quien interviene en un aparato organizado de poder, la sentencia señala que estos comportamientos sí son punibles. En ese sentido, si el poder de mando es definido como “todo aquel que esté en una posición específica privilegiada con capacidad de impartir órdenes, responderá a título de autor mediato”,⁴⁵ cabe la imputación a título de partícipe cuando el sujeto no es portador de dicho poder y “actúa en línea periférica o colateral a una cadena de mando”. Así, la sentencia se pone en dos supuestos de intervención accesorio. Uno es el caso de quien se desempeña como mensajero o consejero de las disposiciones entre los autores mediatos de jerarquía intermedia. El otro caso hace referencia a quien con su conducta proporciona los elementos necesarios para la realización del ilícito penal. En

los dos casos se deja constancia de que el partícipe no debe emitir órdenes que importen una autoridad sobre su ámbito de dominio, sino más bien, la participación conlleva a una colaboración para que se efectivicen esas órdenes antijurídicas. En ese sentido, *Roxin* también admite la participación en los delitos cometidos a través de aparatos organizados de poder, afirmando que para que ésta se de, la entidad de las contribución debe ser de tal medida, que no estimule por sí misma la puesta en marcha del aparato organizado de poder.⁴⁶ Bajo ese orden de ideas, el Tribunal señala además dos criterios para definir la complicidad en organizaciones criminales. A saber, la posición real en la que se encuentra ubicado el sujeto activo dentro del aparato de poder y el tipo de contribución que éste realiza al hecho delictivo.⁴⁷

j) En relación al poder de mando en los niveles de jerarquía intermedia, o como los denomina la sentencia “posición de mando a mando”, el Tribunal ha señalado que en tanto los autores cuenten con poder de mando y que sus acciones pongan en funcionamiento la operatividad del aparato, serán responsables del delito que cometan a título de autor mediato por dominio de la voluntad en aparatos organizado de poder. En ese sentido, la Sala Penal Especial insiste en precisar que no pueden ser admitidas, como causa de exclusión de responsabilidad penal, argumentos que apelan a la obediencia debida como “solo se encargó de retransmitir la orden” o “si no lo hubiera hecho otro se hubiera encargado de hacerlo”. En efecto, como señalamos líneas arriba, el poder de mando se expresa en la posición jerárquica que tiene el hombre de atrás y en la autoridad que tiene para impartir órdenes. Así entendido para ostentar poder de mando, no importa la actividad causal de la orden, sino que ésta haya efectivamente puesto en marcha el aparato criminal.⁴⁸ No obstante, la doctrina no es unánime en el título de imputación por el cual deban responder los mandos intermedios,⁴⁹ ya que la relación de los mismos con los mandos de jerarquía alta puede suponer una coautoría basada en la división funcional del trabajo. En ese sentido, *Ambos* afirma que sólo cabe hablar de autoría en los casos en que los intervinientes pertenecen al “vértice de la organización” del aparato de poder. En el caso de los agentes intermedios, ellos no tienen el poder de la organización, sino

⁴³ En el mismo sentido *Roxin* (nota 11), p. 274. Respecto a los elementos materiales del dominio de la organización “mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuando más alejado de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato”.

⁴⁴ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

⁴⁵ Loc. cit.

⁴⁶ *Roxin* (nota 11), p. 276. bajo ese orden de ideas, sostiene que “Naturalmente, no se quiere decir que en los delitos cometidos en el marco de maquinarias de poder organizadas no quepa la complicidad. Cualquier actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria más bien solo puede fundamentarse en la participación. Aquel que simplemente interviene aconsejando, quien sin tener mando proyecta planes de exterminio quien proporciona medios para asesinar...son por lo general, únicamente cómplices, al igual que el delator que se encuentra fuera de la maquinaria solo es inductor [...]”.

⁴⁷ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

⁴⁸ *Ibid.*, fojas 638.

⁴⁹ Sobre la discusión del la autoría mediata y la coautoría respecto a los mando medios, ver: *Ambos*, en: Salazar Sánchez (coord.), *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Lima, Idemsa, 2007, pp. 82-87.

que, a lo sumo, “pueden dominar parte de los sucesos dentro del aparato”. Razón por la cual responderán a título de coautores.⁵⁰

k) Finalmente, para completar el tratamiento del poder de mando en la sentencia contra el ex presidente Fujimori, consideramos importante resaltar la definición y la clasificación que brinda el Tribunal sobre el concepto de orden. Así, el orden se entiende como “un mandato que dispone la realización de un hecho o misión y que debe cumplir el subordinado en atención a la posición y jerarquía funcional de quien la transmite”.⁵¹ Entendida así, una orden debe de tener la suficiente entidad para modificar el comportamiento del subordinado. No valdrá por tanto entender como orden, meras afirmaciones vagas. No obstante, la propia sentencia advierte que la orden puede ser tanto escrita, como verbal. Incluso señala que los gestos y hasta los signos pueden constituir una orden. Frente a estos, consideramos que esta manifestación de voluntad debe ser evaluada en cada caso concreto y ser admitida como orden, solo si, desde una perspectiva ex ante, se puede llevar a la conclusión de certeza de que con su realización se busca poner en funcionamiento el aparato criminal.

Bajo ese orden de ideas, la sentencia distingue dos planos en cuanto a las órdenes que el autor mediato puede impartir. El plano de las órdenes formales, que adquieren tal virtud en función de directivas y disposiciones. Y las órdenes materiales, las cuales se constituyen por su efectividad material como señas, expresiones o acciones concretas.⁵² Para el caso materia de análisis, nos encontramos ante un aparato organizado de poder que implantó directivas a nivel formal, pero que en paralelo realizaba acciones al margen del Derecho. Es más, el ex presidente Fujimori envió mensajes a través de la prensa donde indica cuál es fue su real política antisubversiva. Así, afirmó que “Como presidente de la República y bajo mi comando directo, no daré ninguna tregua a los terroristas, y garantizo que hasta la culminación de mi mandato, el mismo 28 de julio del 95, esta lucha se hará sin temores, sin treguas, con estrategia y con firmeza”⁵³(subrayado nuestro). Frases como éstas no eran aisladas, ya que el mismo discurso se repetía en los mensajes a la nación ante el Congreso de la República. Así el ex presidente Fujimori afirmó que “Se están eliminando los focos terroristas de 8 universidades en Lima, Callao, Huacho, Ica, Puno y Huancayo. Las universidades volverán a la normalidad y tendrán en las Fuerzas Ar-

mas las mejor garantía de sus actividades académicas e incluso gremiales [...] Debo mencionar también a *La Cantuta*, alma mater de muchos maestros, donde existían dos pabellones enteros con la estructura deteriorada por los sismos, y donde los senderistas alojaban a sus huéspedes cuando éstas pasaban por Lima. La infiltración terrorista era poco menos que oficial en los claustros. La acción del gobierno no se dejó esperar. Se demolieron ambos pabellones y el Ejército incurrió con éxito en la Universidad para mantener y garantizar el orden”⁵⁴ (resaltado nuestro).

l) Por otro lado, de acuerdo a la Sala Penal Especial, otro presupuesto objetivo que fundamenta la autoría mediata en aparatos de organizados de poder en virtud del dominio de la voluntad es la desvinculación – o apartamiento – de la organización criminal del ordenamiento jurídico.

m) En esa perspectiva, cabe preguntarse, qué debe entenderse por apartamiento del Derecho, de acuerdo a lo prescrito por la sentencia. De esta forma, si apreciamos que el Estado crea normas jurídicas para regula el comportamiento de los individuos en la sociedad, y que a la vez, estas pautas de conducta tienen una estrecha relación con normas de carácter internacional, la desviación del ordenamiento jurídico significa que “la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional”.⁵⁵ En ese sentido, *Roxin* afirmó en su momento que lo determinante para establecer el apartamiento del Derecho es que “el aparato funciona como una totalidad fuera del ordenamiento jurídico”.⁵⁶

n) No obstante, llama la atención que la sentencia se base en un planteamiento expuesto por *Roxin* en la década de 1980,⁵⁷ ya superado por el propio autor en la actualidad, en donde señalaba que la desvinculación de Derecho debía ser entendida como el apartamiento total de la organización al ordenamiento jurídico. Es de extrañar también que la propia sentencia cite obras recientes de *Roxin*,⁵⁸ en donde ya el autor plantea que solo basta que el hecho delictivo – y no la organización en su conjunto- se realice al margen del Derecho. En ese sentido, como señala Meini, si bien en un principio *Roxin* afirmó que la desvinculación del ordenamiento jurídico requería que toda la organización se encuentre al margen de la legalidad, ya en posteriores contribuciones, y luego del intercambio de ideas entre autores alemanes sobre la naturaleza de

⁵⁰ *Ibid.*, p. 94.

⁵¹ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

⁵² *Ibid.*, foja 638.

⁵³ Diario *La República*, 15-diciembre de 1992. Esto se condice con lo dicho una semana después de los asesinatos en el caso “La Cantuta.”, a través de un mensaje a la nación, con motivo de los atentados terroristas al distrito de Miraflores en el departamento de Lima, donde el ex Presidente Fujimori expreso: “nadie tiene derecho a quitarnos lo que es nuestro. Por eso, dijo, aquellos que desangren nuestro país, que matan a nuestros hijos, y que destruyen aquello que no han construido, para esclavizar al Perú, van a ser eliminados. Ellos y su veneno. Este es mi compromiso”. Diario *La República*, 25- jul-1992.

⁵⁴ Mensaje a la nación, ante el congreso nacional, el 28 de julio de 1991.

⁵⁵ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

⁵⁶ *Roxin*, Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder, 1985, p. 407.

⁵⁷ Ver numeral 734º, cita 1096 de la Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

⁵⁸ En las citas 1100 y 1101 de la Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6), se mencionan como textos de referencia para su argumentación las obras de *Roxin* de La Autoría mediata por dominio en la organización. En Problemas Actuales de Dogmática Penal [Traducción de Manuel Abanto Vásquez], y Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. En: Revista Penal número dos; de ediciones de 2004 y 2008, respectivamente.

este presupuesto, ahora *Roxin* entiende que el apartamiento de del Derecho “se refiere únicamente a los hechos cometidos en autoría mediata y no al resto de acciones que se producen dentro de la organización”.⁵⁹

o) Así, si el aparato organizado adecua su actuación en los márgenes de la legalidad, pero ocurre que un mando superior jerárquico imparte órdenes antijurídicas particulares, no estaremos en una autoría bajo la modalidad analizada, ya que no basta una orden desvinculada del Derecho para que se configure la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder. Es necesario que los hechos que realizan los autores directos por orden del superior jerárquico sean contrarios al Derecho. Bajo ese orden de ideas, si un general de las Fuerzas Armadas imparte a sus subalternos la orden de asesinar a campesinos de la localidad X, no estaremos ante un caso de autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder – acaso ante una autoría mediata por coacción o error –, sino ante un caso de inducción. Puesto que, la mera “iniciativa particular” no pone en marcha el aparato de poder, tan solo muestra una conducta antijurídica, pero no la desvinculación del ordenamiento jurídico de todo el aparato de poder. En palabras de *Roxin*, “[...] en tales casos no se actúa con el aparato, sino contra él, quedando excluidos de entrada del ámbito del posible dominio de la organización”.⁶⁰

p) Asimismo, el Tribunal recoge las manifestaciones típicas que establece *Roxin* respecto al apartamiento del Derecho.⁶¹ A saber, las que parten desde el Estado y las organizaciones secretas o bandas criminales. Respecto de las primeras, son aquellos que ostentan el poder del Estado y que se basan en organizaciones subordinadas para cometer los ilícitos penales. Respecto a este supuesto es bueno analizar si lo que se entiende por Derecho son las normas positivas de un ordenamiento interno, que se basan en una norma fundante, desde la cual parte una pirámide jerárquica de normas rango legal e infralegal- de acuerdo a la teoría pura del derecho de Kelsen⁶² –. O si por el contrario hay un trasfondo valorativo detrás de este concepto, donde por Derecho se entiende no solo las normas jurídicas, sino un conjunto de valores sociales que comparte la comunidad internacional. Así descrito, coincidimos con *Roxin* en declarar que hay valores fundamentales, como los Derechos Humanos, que atraviesan transversalmente los ordenamientos jurídicos internos y sirven de base para la construcción de bienes jurídicos individuales y colectivos que son comunes a todos los pueblos de la tierra.⁶³ En ese sentido, el Estado peruano se concibe como protector

de los derechos fundamentales y respetuosos de la dignidad humana.⁶⁴

Otro supuesto que reconoce la sentencia y el propio *Roxin*, es el apartamiento del Derecho en organizaciones clandestinas o secretas. En palabras de este último, dichas agrupaciones representan “un Estado dentro del otro Estado”.⁶⁵ En ese sentido, dichos movimientos clandestinos actúan al margen de la legalidad aplicando en su accionar códigos internos que vulneran las disposiciones legislativas del Estado. Como ya mencionamos líneas arriba,⁶⁶ el Partido Popular Comunista Sendero Luminoso estaba constituido bajo una estructura rígida, la misma que orientaba sus fines vulnerando normas jurídico-penales.

q) Por otro lado, la sentencia es categórica en sostener que no se admite la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en estructuras que funcionan en el mundo empresarial. Es el caso del jefe que da una orden antijurídica a una persona que está bajo su cargo. La respuesta que espera el Derecho es la negativa del funcionario a acatar dicha orden, en el caso de que conozca la ilicitud de su conducta – en caso contrario estaremos ante una autoría mediata en virtud del error –. Así, el título de imputación que da *Roxin* en este supuesto no es el de autor mediato, sino el de inductor.⁶⁷

r) Sin embargo, la formulación del apartamiento del Derecho como presupuesto esencial para la configuración de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, ya ha sido puesta en tela de juicio por la doctrina nacional. No solo por quienes sostiene, desde el funcionalismo sistémico, que toda actuación criminal comporta en sí un alejamiento del ordenamiento jurídico,⁶⁸ sino también por aquellos quienes lo consideran como un elemento no esencial para la configuración de la autoría mediata.⁶⁹ Asimismo, desde la doctrina internacional, *Ambos* afirma que “la utilidad práctica de este criterio no es evidente, pudiendo-

⁵⁹ *Meini Méndez* (nota 22), p. 47.

⁶⁰ *Roxin* (nota 11), p. 277.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 277-278.

⁶² *Kelsen*, Introducción a la Teoría Pura del Derecho, Editorial Grijley, Lima, 2001.

⁶³ *Roxin* (nota 11), p. 277. Respecto a este punto, señala que: “Solo manteniendo ligados a esos titulares [del poder] a ciertos valores fundamentales comunes a todos los pueblos civilizados tenemos la posibilidad de declarar delictivas y punibles las acciones de los órganos supremos estatales que violen los derechos humanos”.

⁶⁴ El artículo 1° de la Constitución peruana señala que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

⁶⁵ *Roxin* (nota 11), p. 278.

⁶⁶ Ver *supr.* § 6.

⁶⁷ *Roxin* (nota 11), p. 729.

⁶⁸ *Caro Jhon*, Ponencia brindada en el marco del Conversatorio “Análisis jurídico penal de la sentencia contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori”, organizado por el Instituto de Ciencia Procesal Penal, el 29 de mayo de 2009. En dicha disertación el ponente afirmó que el ex Presidente de la República debió ser condenado a título de autor, por infringir tanto deberes negativos como deberes especiales de conducta, en atención al cargo que ostentaba.

⁶⁹ *Castillo Alva*, Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Lima: Ara editores, 2003, pp. 621-625. El autor sostiene que el requisito del apartamiento del Derecho “no debe desaparecer ni quedar desacreditado por completo”. Sino, que debe de pasar de ser un presupuesto esencial para convertir un criterio de “control exterior” para la aplicación de esta modalidad de autoría mediata.

se prescindir de él”.⁷⁰ En ese sentido, el autor sostiene su crítica señalando que existen aparatos organizados de poder que desarrollan conductas sin desvincularse del Derecho escrito, “positivo” y que infraccionan, a lo mucho el Derecho “suprapositivo”, entendido este último como Derecho natural.

5. *La instalación de una nueva política antisubversiva a través de la dotación de mayores competencias a los aparatos de inteligencia nacional*

a) En la sentencia materia de análisis se condenó al ex presidente Alberto Fujimori por estar a la cabeza de un aparato criminal estatal que violó sistemáticamente los derechos humanos, a través de la aplicación de una estrategia de guerra sucia, tendiente a eliminar a supuestos elementos subversivos.⁷¹ Así, la Sala Penal Especial, sostiene que “el acusado ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas”⁷² (subrayado nuestro).

En ese sentido, el ex presidente Fujimori, por intermedio de su asesor Vladimiro Montesinos Torres, sacó provecho de la jerarquía y rigidez que poseen las Fuerzas Armadas del Perú – y en mayor medida el Ejército Peruano – y las utilizó como medio funcional para realizar los crímenes de Estado. Asimismo, hizo lo propio con los aparatos de inteligencia nacional, los cuales se instrumentalizaron para instaurar una nueva política antisubversiva. Es así que el ex presidente Fujimori asumió desde el comienzo de su gobierno – julio de 1990 – la conducción de la estrategia antisubversiva de las Fuerzas Armadas, perfilada a finales de la década de 1980, e impulsó iniciativas legislativas para complementarla e implementarla, a partir de 1991.⁷³

b) En particular, el ex presidente Fujimori se basó en las leyes del año 1980 para desarrollar, en un primer momento, su estrategia antisubversiva. Estas normas fueron, la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional – Decreto Legislativo N° 270 – y la Ley del Servicio de Inteligencia Nacional – Decreto Legislativo N° 271 –. Ambas normas de 10.2.1984.

c) Es importante analizar las mencionadas leyes pues durante su vigencia se cometieron los asesinatos de Barrios Altos. De esta forma, el Decreto Legislativo N° 270 señalaba que el Sistema de Inteligencia Nacional formaba parte del Sistema de Defensa Nacional y tenía por finalidad el desarrollo de actividades de inteligencia que contribuyan a la seguridad de la nación – artículo 1 –. Este Decreto Legislativo señalaba también, que “la inteligencia estratégica es producida para el Presidente de la República y organismos del Sistema de Defensa Nacional” – artículo 3 –. De igual modo, la misma norma estableció que “El presidente del Consejo Superior de Inteligencia depende del Presidente de la República” – artículo 10 –, cargo que ostentaba el ingeniero Alberto Fujimori. De igual manera, el Decreto Legislativo N° 271 indicaba en su artículo 1 que el Servicio de Inteligencia Nacional “es el órgano del Sistema de Inteligencia Nacional que proporciona inteligencia estratégica en los campos de acción no militares. Depende directamente del Presidente de la República y la responsabilidad política corresponde al Presidente del Consejo de Ministros”. Como se aprecia, la normatividad vigente al momento de realizarse los asesinatos de Barrios Altos estableció que hubo un Sistema de Defensa Nacional que coordinaba las acciones contrasubversivas. Y que en la cúspide de ese sistema estaba el entonces presidente Alberto Fujimori.

d) En ese sentido, es importante analizar también el cambio que realizó Alberto Fujimori de la normativa sobre inteligencia nacional antes apuntada. Las modificaciones concedieron al ex Presidente Fujimori un dominio aún mayor sobre los aparatos de inteligencia nacional, lo que le permitió tener el poder de mando del Sistema de Defensa Nacional, y por tanto, dirigir la política antiterrorista.

e) En ese orden, luego de 9 días de ocurrido los hechos de Barrios Altos, es decir el 12.11. 1991, se modificó las leyes anteriormente mencionadas y se incorporó al ordenamiento legal el Decreto Legislativo N° 746,⁷⁴ Ley del Sistema de Inteligencia Nacional. Este Decreto Legislativo concede mayores atribuciones a los aparatos de inteligencia nacional en comparación con los Decretos Legislativos N° 270 y N° 271. En ese sentido, el artículo 3 del Decreto Legislativo

⁷⁰ Sobre la discusión del la autoría mediata y la coautoría respecto a los mando medios, ver: *Ambos* (nota 49), p. 94.

⁷¹ Sobre la política antisubversiva, el Tribunal sostiene que esta tuvo “La estrategia específica acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas. En el nivel táctico, el patrón operativo para la aplicación de tal estrategia partía de recolectar información sobre los focos subversivos así como sus componentes, para, luego, eliminarlos con operaciones especiales de inteligencia a cargo de unidades especializadas del SIE. Las cuales serían adscritas y supervisadas por el SIN, con el apoyo logístico y coordinación de la Comandancia General del Ejército”. Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6), foja 654.

⁷² Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

⁷³ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6), foja 186.

⁷⁴ En ese sentido, el Informe de la Comisión de la sobre el Destacamento Colina, es categórico en señalar que la nueva Ley del Sistema de Inteligencia Nacional “[...] potencia el poder del Servicio de Inteligencia Nacional que en adelante será el organismo central y rector del Sistema de Inteligencia Nacional, tendrá rango ministerial, estará encargado de producir, integrar, dirigir, coordinar, controlar y realizar actividades de inteligencia y contra inteligencia requeridas para la seguridad y defensa nacional. El artículo 7° de esta ley establecía que el SIN depende directamente del Presidente de la República. Según lo dispuesto por el artículo 10° corresponde al SIN las funciones de desarrollar acciones de *inteligencia operativa* frente a los diversos factores de perturbación que afectan la Seguridad Nacional y la Defensa Nacional y aprobar el plan anual de actividades de los respectivos órganos de inteligencia conformantes del Sistema de Inteligencia Nacional [...]” (nota 30), p. 13.

Nº 746 señala que el Presidente de la República encabeza el Sistema de Defensa Nacional, y es él, quien dirige las políticas de Estado en temas de subversión. Asimismo, la regulación advierte que la inteligencia operativa producida por los órganos de base debe de ser retransmitida al Jefe de Estado. Esta llamada “inteligencia operativa”, no es otra cosa que las actividades de campo u operaciones cuerpo a cuerpo, donde las fuerzas militares enfrentan a lo miembros o supuestos miembros subversivos.

f) Por otro lado, el artículo 7 del Decreto Legislativo Nº 746 prescribió que el Sistema de inteligencia Nacional – SIN –, donde se desempeñaba como jefe de facto Vladimiro Montesinos Torres, es el organismo central y rector del Sistema de Inteligencia Nacional. Es más, el mencionado Decreto Legislativo señala que el SIN tiene rango ministerial y se encarga de producir, integrar, dirigir, coordinar, controlar y realizar la inteligencia operativa. Además, advierte la norma, “depende directamente del Presidente de la República”. Es más, la propia norma textualmente asegura la fungibilidad del aparato de poder, al señalar en el artículo 8 que “El SIN para el adecuado cumplimiento de su misión y de las funciones asignadas, cuenta con una organización interna basada en la flexibilidad y funcionalidad que le permita readecuarse eficaz y oportunamente en relación con sus objetivos” (subrayado nuestro). Además, el artículo 12 de la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional dispone que el Jefe del SIN es la máxima autoridad del Sistema de Inteligencia Nacional y está encargado de “la aplicación de las estrategias y políticas para la pacificación nacional”. En ese sentido, de acuerdo a la norma analizada, el Jefe del SIN es designado por el Presidente de la República.⁷⁵

g) Frente a esto, el Congreso de la República concluyó que el mencionado Decreto Legislativo Nº 746 lesionaba el orden democrático, por lo que procedió a derogarlo a través de la Ley Nº 25399, publicada el 10.2.1992. Sin embargo, tras el llamado auto golpe de Estado de 5.4.1992, donde el propio ex presidente Fujimori disolvió el Congreso de la República y estableció el llamado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional⁷⁶, se expidió el Decreto Ley Nº 25635, de 21.7.1992, el mismo que derogó la Ley Nº 25399 e incorporó una nueva Ley del Sistema de Inteli-

gencia Nacional. Lo curioso de esta nueva ley es que restituyó íntegramente el contenido del derogado Decreto Legislativo Nº 746. De esta forma se volvió a dar vigencia a una norma contraria al Estado de Derecho, la misma que otorgaba poder de mando al ex presidente Fujimori para establecer su política antisubversiva, que según la propia sentencia, fue contraria a los Derechos Humanos. Todo esto no hace más que corroborar, a juicio del Tribunal, que Fujimori no solo conocía el accionar del aparato criminal, sino también que tuvo el poder de mando de este aparato criminal estatal.

h) Otro argumento más que abona la tesis de que fue Fujimori quien dotó de mayor poder a los órganos de inteligencia, lo brinda un miembro del Destacamento Colina acogido a la confesión sincera. Así, en la confesión sincera de Gómez Casanova en el expediente judicial 28-2001, caso “Barrios Altos”, de fecha 29.8.2006, el confeso resalta el hecho de que fue en el gobierno del ex presidente Fujimori donde se otorgaron mayores atribuciones al servicio de inteligencia: “En principio hay una directiva única para el funcionamiento del sistema de inteligencia del Ejército que se llama DURSIE y dentro de esa DURSIE hay una organización como funciona el Sistema de Inteligencia, el Sistema de Inteligencia del Ejército es parte del Sistema de Inteligencia Nacional sino que en los años anteriores al año noventa (90) el SIN veía solamente la parte política, los aspectos políticos, pero a partir del noventa (90) cuando entra el presidente Fujimori esa, el Sistema de Inteligencia Nacional, que es el encargado de velar toda la defensa nacional, integra todos los servicios, a todos los Sistemas de inteligencias, es decir, entonces integra todos y se hace la integración de información ahí”. (Subrayado nuestro)

Esta afirmación es confirmada por el propio Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, General de EP Nicolás Hermosa Ríos, quien ostentó el más alto rango de las fuerzas castrenses desde 1992 hasta 1999. En ese sentido, no solo afirma el poder de dirección del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), sino también, que el mismo, estaba bajo el poder de mando del Presidente de la República, que por mandato constitucional, era el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas.⁷⁷

⁷⁵ Como señalamos en la cita 25, el ex Jefe de SIN, Julio Salazar Monroe, fue encontrado culpable a de los delitos cometidos por el Destacamento Colina. El título de imputación por el que se le condenó fue de autor mediato por dominio de la organización.

⁷⁶ Tras el auto golpe creo un Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, que tuvo como uno de sus principales objetivos: “Pacificar el país, dentro del marco jurídico *que sancione en forma drástica a los terroristas y narcotraficantes*, para así garantizar un clima de paz y tranquilidad que haga posible las inversiones nacionales y extranjeras [...] En tanto se mantenga esta situación de transitoriedad quedan en suspenso los artículos de la Constitución que no sean compatibles con los objetivos del gobierno” (mensaje a la nación del presidente del Perú, Alberto Fujimori Fujimori el 5 de abril de 1992, subrayado nuestro).

⁷⁷ “La estrategia Política del Gobierno necesariamente tenía que pasar por el Sistema de Inteligencia Nacional, en tal sentido era imprescindible dar eficacia a los servicios de inteligencia de los Institutos Armados y de la Policía Nacional sobre la base de un orden jurídico compatible a todos estos organismos. Inicialmente se dictó el Decreto Legislativo Nº 746 que reestructuraba el Sistema de Inteligencia Nacional, el mismo que posteriormente fue sustituido por el Decreto Ley Nº 25635, ratificándolo como consubstancial a la Defensa Nacional y, como tal, de carácter integral, a desarrollarse en todos los campos y niveles de la actividad nacional. Los niveles donde se debía producir tenían que abarcar precisamente el Nacional. El de Dominio o Campo de Actividad y el Operativo, destinados al Presidente de la República en su calidad de Presidente del Consejo de Defensa Nacional. [...] Este organismo, *el SIN, se convertiría en el órgano directriz de la Inteligencia Nacional* que en ocasiones pasó a

6. *Presupuestos de carácter subjetivo: fungibilidad del ejecutor y la elevada disponibilidad que tiene frente el hecho delictivo*

a) El primer requisito subjetivo que plantea la sentencia como presupuesto de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder es la fungibilidad del autor material del delito. Esta fungibilidad, a decir de la sentencia, debe ser entendida “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”.⁷⁸ Nótese que el Tribunal hace referencia al término “fungibilidad” y no “intercambiabilidad” cuando se refiere al autor directo de la organización criminal. Esta diferencia de orden semántico, mas no valorativo, es considerada por autores nacionales⁷⁹ y extranjeros⁸⁰ para mencionar que fungible es lo que se consume con el uso, por lo que debe preferirse el término “intercambiable” o “sustituible” al hacerse referencia al ejecutor del delito.

b) Fuera de precisiones terminológicas, lo cierto es que *Roxin*, desde que planteó la autoría mediata en virtud de aparatos de poder, ha defendido la fungibilidad del autor directo como base del dominio de la voluntad del hombre de atrás en la organización criminal.⁸¹ Bajo este supuesto, dicho autor alemán establece tres posibilidades por las cuales el autor mediato domina la voluntad del autor material con el objetivo de que éste realice conductas penalmente reprochables, sin que aquél intervenga directamente en los actos típicos. Las dos primeras, el engaño y la coacción, son formas de autoría mediata que no corresponden a la modalidad que estamos analizando. La otra modalidad es que el agente pueda ser “cambiable a voluntad”. En este supuesto el autor es libre y conciente de su actuar delictuoso, por lo mismo, responde a título de autor directo. Sin embargo, para *Roxin*, “estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como una persona individual libre y responsable, sino como una figura anónima y sustituible”.⁸²

ser el centro principal de las tareas de inteligencia. [...] Por esta razón juzgo como medular su presencia anónima y a veces injustamente tratada por la opinión política. Este organismo, conforme a la estructura diseñada dentro del Sistema de Defensa Nacional tiene como elementos de apoyo a la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE), la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea (DIFAP), la Dirección General de Inteligencia del Ministerio del Interior (DIGIMINT), la Dirección de Inteligencia de la Policía Nacional del Perú (DIRIN) y la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), que producen una inteligencia integrada y bajo Unidad de Comando cuya ‘cabeza’ es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas.” (subrayado nuestro). Cf. *Hermosa Rios*, Fuerzas Armadas del Perú. Lecciones de Oro, p. 269.

⁷⁸ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6), foja 644.

⁷⁹ *Meini Méndez* (nota 22), p. 34

⁸⁰ *Suarez Sanchez* (nota 20), p. 35.

⁸¹ *Roxin* (nota 11), p. 272.

⁸² *Ibid.*, p. 273.

c) De esto se deduce que el autor directo es una pieza de recambio que está al servicio del hombre de atrás para cometer ilícitos penales, o lo que es lo mismo “un engranaje – sustituible en cualquier momento – en la maquinaria de poder”.⁸³ Asimismo, la posibilidad de sustituir al autor directo de la organización criminal le permitirá al autor mediato una mayor posibilidad de que se lleve a cabo la orden dada por él y se cumpla con el resultado descrito en la norma penal, pues al confiar en la sustitución del autor material, se asegura el cumplimiento de las órdenes impartidas desde el vértice del aparato de poder.

d) Por otro lado, la Sala Penal Especial establece dos clases de fungibilidad, en atención a la posibilidad de sustituir al autor directo dentro de la organización. A saber, la fungibilidad positiva y la fungibilidad negativa. En el primer caso, estamos ante el supuesto de *Roxin* que analizamos líneas arriba, respecto al hecho de que el autor mediato cuenta con un número suficiente de autores materiales que aseguren el éxito del resultado típico. En el sentido antes descrito, la sentencia sostiene que la fungibilidad negativa se aprecia en el caso de que “una posible abstención de la persona interpuesta para realizar los designios delictivos del plan criminal de la organización que le fueron asignados, no impedirá que aquellos sean materializados”.⁸⁴ Así, por ejemplo, frente a la imposibilidad de que el autor A cometa el delito Z, se alza la figura del autor B que pueda realizar la conducta típica, y de no ser B quien la ejecute, está el autor C quien puede realizar la conducta punible y así sucesivamente. Este es el caso de los controladores del Muro de Berlín o de los ejecutores del nacionalsocialismo. En cuanto uno de ellos, dice *Roxin*, se negaba a cumplir la orden, simplemente era reemplazado.⁸⁵ De esta forma, dicho autor afirma la “posibilidad ilimitada de reemplazar al autor inmediato”,⁸⁶ bajo el criterio de la fungibilidad. Frente a esto, la propia sentencia cita a Bolea Bardón en el sentido de que no debe entenderse la fungibilidad como la capacidad ilimitada de autores directos que van a cometer el hecho típico, sino como la disponibilidad de contar de antemano con autores “dispuestos a cumplir las órdenes dictadas por los superiores jerárquicos, con independencia que serán solo unos pocos los que las ejecuten”.⁸⁷ En el caso de la fungibilidad positiva, el hombre de atrás cuenta también con una pluralidad de ejecutores para poder realizar la conducta criminal. En ese sentido, el aparato de poder no pierde funcionalidad en la ejecución de su plan delictivo porque el autor de escritorio va poder escoger entre los ejecutores materiales, aquél o aquellos que cuenten con una mayor aptitud de realizar un determinado delito.

e) No obstante, el concepto de fungibilidad, como presupuesto de la autoría mediata en aparatos de poder, ha sido

⁸³ Loc. Cit.

⁸⁴ Sentencia de la Sala Penal (nota 6), foja 645.

⁸⁵ *Roxin* (nota 10).

⁸⁶ *Roxin* (nota 10).

⁸⁷ *Bolea Bardón*, Autoría mediata en Derecho Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 396. Cit. en Sentencia de la Sala Penal (nota 6), fojas 645-646. En la misma línea de argumentación, *Castillo Alva* (nota 69), pp. 621.

objeto de no pocas críticas. En efecto, se esgrime contra ella que en los casos en que el instrumento tiene una característica especial que lo hace irremplazable, la fungibilidad no operaría. En efecto, en los casos en que el ejecutor directo es indispensable para realizar la conducta antijurídica, ya sea por su alto nivel de especialización o por su cercanía al objeto de lesión, la fungibilidad deviene en imposible. En estos casos, *Roxin* señala que el título de imputación que cabe imponer no es la autoría mediata sino la inducción.⁸⁸

En ese sentido, Suárez Sánchez sostiene que el “punto débil” de la construcción de *Roxin* radica en la doble clasificación que se le otorga a la conducta del ejecutor directo, ya que por un lado, se acepta que es un agente conciente, libre y penalmente responsable y por el otro, se le niega tal libertad al considerársele un instrumento fungible del autor mediato.⁸⁹ Igualmente, hay quienes sostienen que la influencia de la orden del autor mediato sobre el instrumento es prueba de la inducción, mas no de la autoría mediata.⁹⁰ Es más, en esa línea, hay quienes advierten que la fungibilidad del autor material no es suficiente para fundamentar el dominio del hecho.⁹¹ Incluso, cierta parte de la doctrina nacional⁹² y el actual Presidente del Poder Judicial, el Dr. Javier Villa Stein, rechazan la autoría mediata por entender que los instrumentos son sujetos plenamente responsables.⁹³

f) Estas críticas han llevado a que el propio *Roxin* reconozca que la fungibilidad no es aplicable para todos los casos y que no se debe buscarse en ella una “receta patentada que pretenda validez para todos los casos imaginables”.⁹⁴

g) Finalmente, la sentencia sostiene como segundo presupuesto subjetivo para configurar la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, la predisposición del ejecutor al hecho ilícito. En ese sentido, el Tribunal considera que este requisito está en relación a la “predisposición psicológica” que tiene el autor ma-

terial a cumplir con el plan de la organización delictiva. Así, este cuarto criterio que *Roxin* ha denominado “disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho”⁹⁵ se constituye como la aproximación subjetiva que tiene el ejecutor a la organización delictiva.⁹⁶

Bajo ese orden de ideas, el autor material está especialmente motivado por los objetivos de la organización criminal y plenamente identificado con la estructura de jerárquica que la misma ostenta. Así, a diferencia del autor particular, que actúa como autor directo de un ilícito cualquiera, el ejecutor inmediato realiza la conducta antijurídica con una especial motivación y disposición al hecho criminal, sintiéndose él representante de un aparato de poder estructurado de manera jerárquica y vertical. En ese sentido, la sentencia sostiene que “el ejecutor está más cohesionado e identificado con el aparato de poder, por lo que se encuentra mucho más dispuesto a realizar los designios ilícitos de éste que cualquier otro delincuente común”.⁹⁷

h) Otra característica que se desprende de la elevada disponibilidad del ejecutor al hecho delictivo, es el conocimiento que tiene el autor inmediato de que el hecho ilícito que realiza no le pertenece tanto a él, como sí a la organización de la cual forma parte. En efecto, como admite la sentencia, “si no se sintiera ni actuara, pues, como parte integrante de esta estructura, difícilmente hubiese cometido el hecho por su iniciativa y riesgo propios”.⁹⁸ Esto tiene especial relevancia para el análisis del caso ya que, los miembros del Destacamento Colina, autores directos de los hechos criminales, seguramente no hubieran cometido dicho asesinato, sino hubiesen formado parte de las operaciones especiales de inteligencia, las mismas que tenían como objetivo, la eliminación física de presuntos subversivos terroristas. En ese sentido, el ex integrante del Destacamento Colina, el efectivo Ortiz Manta señaló lo siguiente: “Yo tomé conocimiento de ello [la finalidad del Destacamento Colina] los primeros días de enero de 1992 en que me reuní con el capitán Martín Rivas y él me dice que el destacamento de inteligencia era para realizar operaciones especiales y que dentro de estas se encontraban la captura, neutralizar y/o eliminar delincuentes terroristas fehacientemente comprobados y que teníamos todo el apoyo del comando [...]”.⁹⁹

⁸⁸ *Roxin* (nota 10). “Cuando el Servicio Secreto de un régimen criminal o el director de una organización terrorista, para realizar un atentado, escogen a una persona que es la única que posee el Know-how necesario para la ejecución o que es el único con acceso a la víctima, no se presenta la autoría mediata, en tanto los hombres de atrás no se convierten en autores mediatos a través de la presión coactiva que ejercen”.

⁸⁹ *Suárez Sánchez* (nota 20), pp. 328.

⁹⁰ *Hernández Plasencia*, La autoría mediata en el Derecho penal, Granada, Comares, 1996, p. 274 ss.

⁹¹ *Cerezo Mir*, Obras completas, Tomo I, Lima, Ara editores, 2006, pp. 1087-1088; ver también *K. Ambos*, La parte general del derecho penal internacional, Bogotá (Temis), 2006, pp. 220 ss.

⁹² *Villavicencio Terreros*, Extradición y autoría mediata, en: *JuS Jurisprudencia*. Edición de Octubre N° 5, Lima, editorial Grijley, 2007, p. 81, sostiene que “Nos inclinamos a afirmar que en estos casos, en los que el ejecutor se le puede estimar como un autor enteramente responsable, no se presenta la autoría mediata strictu sensu”.

⁹³ *Villa Stein*, Derecho Penal. Parte General, Lima, editorial San Marcos, 1998, pp. 302 ss.

⁹⁴ *Roxin* (nota 10).

⁹⁵ *Roxin*, dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, 2006, p. 19. cit. en Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6), foja 649.

⁹⁶ Esto ha llevado a Meini a afirmar que afirma que “Estos tres elementos, [en alusión al poder de mando, fungibilidad y la desvinculación del Derecho] serían ahora insuficientes. Después de más de 40 años se empieza a reconocer la necesidad de valorar de manera distinta el dominio de la organización, y que esta nueva valoración ha devenir de la mano del criterio de la disponibilidad del ejecutor para llevar a cabo órdenes ilícitas”. *Meini Méndez* (nota 22), p. 62.

⁹⁷ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6), foja 650.

⁹⁸ *Ibid.*, foja 650.

⁹⁹ Colaboración eficaz de Ortiz Mantas en el marco del proceso penal recaído en el expediente 28-2001, el mismo que juzga a los mandos intermedio y ejecutores directos del caso

i) Así, de acuerdo a lo establecido por la Sala Penal Especial, en el desarrollo de la política antisubversiva propuesta por el ex presidente Fujimori, se muestra al Destacamento Colina como instrumentos fungibles del aparato criminal estatal. Y que en efecto, gracias a la elevada disponibilidad de los ejecutores materiales al hecho criminal, se pudo cometer los delitos materia de la acusación, en los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”. Así, la sentencia es categórica en señalar que “en todos los delitos sub judice la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedio”.¹⁰⁰

IV. Valoración crítica de la tesis de la coautoría

1. Como se sabe, frente a la propuesta de atribuir responsabilidad penal en virtud de aparatos de poder a título de autor mediato, establecida por *Roxin*, se opone la tesis de la responsabilidad del superior a título de coautor, establecida por *Jakobs*.¹⁰¹ Así, este último sostiene, que para el caso de la responsabilidad penal de los altos mando del régimen Nacional socialista, el fundamento de atribución a título de autoría mediata es “tan superflua como nociva”,¹⁰² si se quiere cimentar en ella la responsabilidad penal de los superiores que asesinaron a los judíos. Bajo ese orden de ideas, sostiene que la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder es nociva porque en el tiempo del tercer Reich, los intervinientes se asociaban en vínculos organizacionales, no siempre de carácter forzoso, para cometer los ilícitos penales. En tal sentido, su actuar constituye un hacer común ya que “solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones conjuntivas”.¹⁰³ Asimismo, se afirma que la autoría

“Barrios Altos”. En el mismo sentido, la confesión sincera de Atuncar Cama, agente del Destacamento Colina, prestada en el mencionado expediente, es clara en sostener que los crímenes realizados eran parte de un plan de inteligencia, ideado desde la cúspide del aparato organizado de poder. Así “[el objetivo del destacamento Colina era] detectar, capturar y/o eliminar elementos terroristas en especial a Abimael Guzman y su cúpula, es decir se nos informaba que el trabajo que íbamos a realizar era de aniquilamiento de elementos terroristas, que íbamos a asumir el riesgo que significaba y lo que integrábamos el grupo ya no podíamos retirarnos, era una elite del Ejército, y que su Plan de Operaciones estaba aprobado desde el más alto nivel [...]” (subrayado nuestro).

¹⁰⁰ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6), foja 654.

¹⁰¹ *Jakobs*, Derecho Penal. Parte General, aducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano Gonzáles de Muriello, Madrid, editorial Marcial Pons, 1995, pp. 783 ss. Sobre esta posición ver también *Ambos* (nota 12), pp. 27 s. con ulteriores referencias.

¹⁰² *Jakobs* (nota 101), p. 784.

¹⁰³ *Jakobs* (nota 101), p. 784.

mediata es superflua porque, en palabras de *Jakobs* “con la autoridad objetiva, la teoría subjetiva no hace más que crear la base para construir una voluntad de autor de todos modos irrelevante, mientras que la teoría del dominio del hecho en la versión de que las aportaciones son necesarias después del comienzo de la tentativa, vuelve a eliminar mediante la autoría mediata esta restricción innecesaria por su parte”.¹⁰⁴

2. Por otro lado, *Jakobs* comparte las críticas anteriormente expuestas sobre la fungibilidad de los autores materiales del delito. Así, sostiene que durante la violencia que se vivió durante el Nacionalsocialismo, no todos los ejecutores eran intercambiable, tal es el caso del agente Stachinskij. Sobre este punto ya hemos comentado que el propio *Roxin* reconoce que en caso de una especial vinculación entre el ejecutor y la probable víctima, en donde la presencia del primero fuese condición sine qua non para que se cometa el hecho ilícito, la imputación penal es a título de instigador y no de autor mediato.¹⁰⁵

3. Asimismo, cuestiona el nivel de jerarquía del hombre de atrás, al señalar que éste no tiene un lugar definido dentro de la cadena de poder. En ese sentido, *Jakobs* se pregunta quién es el autor medito ¿solo el “Führer”, el ministro competente, el jefe de Departamento de la Oficina Superior de Seguridad del Reich, etc., descendiendo hasta el comandante del comando ejecutor?¹⁰⁶. Antes bien, está crítica ha sido respondida por el propio *Roxin*, al explicar que el autor mediato es aquel que cuenta con la autoridad para dirigir la organización que está subordinada a él, sin dejar a criterio de terceras personas la realización del acto criminal.¹⁰⁷

4. En igual sentido, se critica la adopción de la autoría mediata para justificar el reproche penal aduciendo que la acción final la realiza un sujeto plenamente responsable, advirtiéndose que escapa a la figura de la autoría mediata la intervención dolosa del ejecutor material. Ante esto, *Roxin* afirma que el dominio de la acción del autor directo y el dominio de la voluntad del hombre de atrás se basan en distintos presupuestos¹⁰⁸. El primero domina la acción material del hecho ilícito, mientras que el segundo domina el aparato organizado.

5. La respuesta de *Roxin*, criticando el título de imputación propuesto por *Jakobs* y a favor de la autoría mediata, apunta a que no se presentan los elementos dogmáticos que configuran la coautoría.

¹⁰⁴ *Jakobs* (nota 101), p. 784.

¹⁰⁵ *Roxin* (nota 10). “Cuando el Servicio Secreto de un régimen criminal o el director de una organización terrorista, para realizar un atentado, escogen a una persona que es la única que posee el Know-how necesario para la ejecución o que es el único con acceso a la víctima, no se presenta la autoría mediata, en tanto los hombres de atrás no se conviertan en autores mediatos a través de la presión coactiva que ejercen”. Ver también *Ambos* (nota 12), pp. 26 s. con ulteriores referencias.

¹⁰⁶ *Jakobs* (nota 101), cita 190.

¹⁰⁷ En el mismo sentido, *Meini*, El dominio de la organización en el Derecho Penal, Lima, Palestra, 2008 pp. 27 ss.

¹⁰⁸ *Roxin* (nota 10).

En primer lugar, se cuestiona la presencia del elemento subjetivo de la coautoría, esto es, la resolución común del hecho delictivo. Así, en aparatos de poder estructurados jerárquicamente, el autor directo del hecho se encuentra alejado del hombre de atrás, tanto por su relación funcional, como por la propia ejecución material del hecho delictivo. Por tanto, no existe un acuerdo previo y común en torno a la comisión del hecho típico, ya que, entre otras cosas, el cumplimiento de la orden por un subordinado no puede entenderse como una decisión consensuada. En ese sentido, *Roxin* afirma con acierto que “*Jakobs*, consecuentemente, renuncia por completo al criterio de la resolución común del hecho, pero con ello sacrifica – atentando contra la ley – la necesaria ‘comunidad’ de la comisión”.¹⁰⁹

En segundo lugar, no se da la realización conjunta del hecho criminal. En estructuras de poder, no se aprecia que el autor de escritorio y el autor material del hecho, realicen de manera coordinada la conducta típica. Es más, es por la separación espacio-temporal entre el momento de la planificación del ilícito y su concreción, que la coautoría fracasa, ya que si la dogmática penal exige que para que se configure la coautoría, la cooperación entre autores debe brindarse en la fase ejecutiva, y esta contribución esencial se da en una instancia previa, no estamos propiamente ante la realización del hecho por coautoría. Así entendido, la contribución del hombre de atrás se restringe a la planificación y la motivación del acto criminal, no a su ejecución, que corresponde al autor directo. Caso contrario, como bien apunta *Roxin* “la resolución del hecho sería una ejecución, y la inducción una coautoría, lo cual no sería compatible con la concepción legal de las formas de participación”.¹¹⁰ Incluso, tampoco se presenta otro requisito fundamental de la coautoría, como es la división del trabajo entre los autores, ya que el “autor de escritorio”, como señalamos líneas arriba, planifica el hecho ilícito, por lo que deja la ejecución del mismo, a los órganos de línea inferiores.

En tercer lugar, al plantearse la coautoría como título de imputación en una organización criminal, se pierde de vista que el aparato de poder está organizado verticalmente, con órganos de línea que retransmiten órdenes a través de una cadena de mando. No estamos ante una estructura horizontal, donde los coautores trabajan “codo a codo”. Así, al tratar de difuminar la línea que separa estructuras dogmáticas ontológicamente distintas se corre el riesgo de socavar las bases de la punibilidad del Estado de Derecho.

V. Conclusiones

1. El valor de la sentencia contra Alberto Fujimori no solo radica en el hecho de identificar y articular los presupuestos para la imputación jurídico penal de un hecho a título de autor mediato, sino que además, representa un valioso esfuerzo por construir una categoría dogmática que permita la punición de crímenes vinculados a los derechos fundamentales de la persona.

Así, la Sala Penal Especial, a través de un análisis de subsumición entre los hechos que realizó el ex presidente Alberto Fujimori y el tipo penal de asesinato, descrito en el artículo 108 del Código penal peruano, ha llegado a establecer el grado de organización y de pertenencia de Alberto Fujimori a una aparato organizado de poder que, desde el Estado peruano, procedió a implementar una política antisubversiva que violó sistemáticamente los Derechos Humanos.

2. En esa línea, el Tribunal ha llegado a sostener “más allá de toda duda razonable”, que existió una organización criminal, la cual estuvo liderada desde el nivel más alto del Estado, por el propio presidente de la República del Perú, en su calidad de autor mediato. Y que además contó con el Destacamento Colina como ejecutor material de los crímenes de Barrios Altos y la Cantuta. Así, se asignó roles a las diversas autoridades del Ejército peruano para que cumplan con los planes dispuestos por los altos mandos del gobierno, de tal forma que se estableció una cadena de mando que retransmitió las directivas de gobierno y consintió las graves violaciones a los derechos fundamentales.

3. A este presupuesto general de imputación jurídico-penal a título de autor mediato, en virtud de aparatos de poder, se suman los presupuestos objetivos y subjetivos que se han desarrollado en la presente contribución. De esta forma la Sala estableció como presupuestos objetivos el poder de mando del autor mediato, que se define como la capacidad de dar órdenes o asignar roles a los mandos de jerarquía inferior, y el apartamiento del Derecho del aparato de poder, esto último entendida como la actuación al margen de la legalidad de los hechos ilícitos cometidos por el aparato. De igual modo, los presupuestos subjetivos tienen también dos características. Por un lado, la fungibilidad del instrumento, que como comentamos, comprende no solo la disponibilidad de ejecutores potenciales de la comisión de un delito, sino además la posibilidad de que el autor mediato cuente con los “mejores elementos” para realizar la conducta típica. Por otro lado, se configura la disponibilidad del ejecutor al hecho ilícito, que le permite al ejecutor inmediato realizar la conducta antijurídica con una especial motivación y disposición al hecho criminal, al estar inserto en una estructura de poder

4. Es así que con la incorporación jurisprudencial de los presupuestos de atribución de responsabilidad penal, a título de autor mediato en organizaciones criminales que se originan desde el Estado, se avanza notablemente en la sistematización de esta figura en la dogmática penal. Lo cual permite establecer, con mayor claridad, los límites de punición en un Estado Social y Democrático de Derecho.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*