

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

- Universidad Autónoma “Gabriel René Moreno”
- Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y Relaciones Internacionales.
- Instituto de Investigación Facultativo “Mónica Von Borries Orias”

LA AUTORÍA MEDIATA Y EL CASO FUJIMORI

WILLIAM HERRERA AÑEZ

Abogado, Magíster en Derecho Penal y Constitución, Especialista en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales, Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Docente universitario de la FCJPSRRRII de la UAGRM.

E - Mail: william@herrerabogados.com

Página Web: <http://www.herrerabogados.com/>

“CRITERIO ACADÉMICO” Revista Facultativa.
Nº 2, Año 1, Santa Cruz de la Sierra- Bolivia

LA AUTORÍA MEDIATA Y EL CASO FUJIMORI

SUMARIO

1. LA AUTORÍA MEDIATA BUSCA COMBATIR LA DELINCUENCIA GUBERNAMENTAL / 1.1 El autor mediato en el Código penal boliviano / 1.2 La autoría mediante por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados y sus presupuestos básicos. / a) La estructura jerárquica de la organización / b) El poder de mando / c) La desvinculación de la organización del Derecho / d) La fungibilidad / e) La predisposición del autor directo a la realización del hecho / 1.3 La autoría mediata y la responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional / 1.4 La condición de autor mediato del acusado Fujimori / 1.5 La autoría mediata en algunos supuestos de error

1. LA AUTORÍA MEDIATA BUSCA COMBATIR LA DELINCUENCIA GUBERNAMENTAL

En el presente trabajo analizaremos el tratamiento que recibe la autoría mediata en nuestro Código Penal. Además revisaremos la jurisprudencia internacional, especialmente a la doctrina de la autoría mediata por dominio de la organización, asumida en su integridad por la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de 7 de abril de 2009, en contra del ex Presidente peruano Alberto Fujimori Fujimori.¹

El ex mandatario peruano fue encontrado culpable del asesinato de 25 personas y de lesiones graves de 4 víctimas, a causa de los

¹ La parte pertinente de la sentencia peruana que trata de la autoría mediata se encuentra disponible en: http://spij.minjus.gob.pe/informacion/coyuntura/Sentencia_Fujimori/P3C2_Autoria_mediata.pdf (consulta 16.09.2014)

sucesos cometidos en “Barrios Altos” en noviembre de 1991 y la “Cantuta” en julio de 1992. Estos crímenes fueron cometidos por las fuerzas de seguridad peruana, así como del secuestro agravado en dos casos en abril y julio de 1992. Por estas causas el ex presidente peruano Alberto Fujimori fue condenado a una pena de 25 años de privación de libertad mediante la resolución confirmada el 30 de diciembre de 2009 por la Corte Suprema de Justicia. De esta forma se convierte en el último y singular precedente que ha venido a enriquecer la autoría mediata por dominio de la organización o aparatos de poder.

1.1. El autor mediato en el Código Penal Boliviano

El Código Penal (art. 20), prevé que son autores quienes no solamente realizan el hecho por sí solos; sino más bien conjuntamente, es decir por medio de otro o los que dolosamente prestan una cooperación de tal naturaleza. Sin esta contribución no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso. En ese sentido también es autor mediato el que dolosamente se sirve de otro como instrumento para la realización del delito.

A la luz de esta definición legal, se intentará precisar en qué consiste la distinción entre *tipos de autoría* y *tipos de participación*. En una primera aproximación, según Bolea Bardón, los tipos de autoría van referidos a un sujeto que recibe el nombre de autor, mientras que los tipos de participación aluden a un sujeto que se considera partícipe.²

Así se considera autor a aquél que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la parte especial del Código Penal o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos. Aquí autor viene a ser

² La autora aclara que el concepto extensivo de autor parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, por lo que entiende que todos los sujetos que aportan alguna intervención que afecta al hecho son por igual causas del mismo, todos son, en principios, autores. Sin embargo, reconoce que la ley obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad. Así, los preceptos que regulan la inducción y la complicidad (tipos de participación) aparecen como causas de restricción de la pena, puesto que sin ellos habría que castigar a todos los intervinientes como autores. Todo ello determina que el autor venga definido de forma negativa, pues autor será quien no sea partícipe. Vid. BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 37 ss.

el “quién”, anónimo de la descripción típica que hace el legislador; por ejemplo, “El que matare a otro, será sancionado con presidio de cinco a veinte años” (art. 251 CP).

Autor es quien decide, entonces, de forma autónoma sobre la realización típica. El partícipe, en cambio, se limita a intervenir en un hecho que queda en manos de otra persona y es ésta la que decidirá en último término sobre su efectiva ejecución. La autoría mediata cumple con la finalidad de ampliar el concepto de autor basado tradicionalmente en la ejecución de propia mano del tipo. La necesidad de esta figura se manifiesta en todos aquellos casos en que el autor no ejecuta el hecho de forma físico-corporal; cuando, en lugar de una ejecución de propia mano del tipo, el autor opta por la realización del mismo a través de otra persona.

Bolea Bardón además aclara que la autoría viene definida como realización del *hecho propio* y se contraponen a la participación, entendida como contribución o intervención en un *hecho ajeno*. La posición del partícipe se considera secundaria respecto a la del autor, porque realiza un tipo dependiente del hecho principal: el del autor. Se entiende que esta dependencia del hecho principal proporciona una mayor posibilidad de delimitación porque excluye tanto la tentativa de participación como la participación en cadena. Los tipos de participación no se consideran tipos autónomos, independientes porque en los tipos de la parte especial, referidos al autor, no pueden entenderse incluidas las conductas de los partícipes.

Con la finalidad de aclarar aún más ambas figuras, la doctrina alemana ha introducido la teoría del *dominio de hecho* para distinguir entre autoría y participación. La versión actualmente más extendida de la teoría del dominio del hecho parte de que la distinción entre autoría y participación sólo se puede conseguir con ayuda de criterios objetivos y subjetivos. Aquí el elemento subjetivo del dominio del hecho se relaciona con el control final, con el dolo entendido como la voluntad de realizar concretamente aquello que objetivamente fundamenta el dominio del hecho.

En este plano, *autor es el que domina el hecho delictivo*, el que con su actuación decide el sí y el cómo de la producción. En cambio, partícipe es quien, sin dominar el proceso, contribuye al hecho. Entonces el dominio del hecho viene a ser la figura central o principio rector

del proceso típico del que se han de ir desarrollando determinaciones concretas, con ayuda del conjunto del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el que tenga el dominio del hecho será autor, aunque no realice un elemento del tipo; es decir, sólo son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la pertenencia, exclusiva o compartida del delito.

La autoría mediata constituye así una forma de autoría y, por tanto, es necesario partir de un determinado concepto de autor para configurar cualquiera de las formas de intervención en un hecho. Las teorías sobre la autoría surgen cuando se intenta averiguar quién (quiénes) de entre varias personas que intervienen en un hecho es (son) autor (autores) del mismo.

Al tratarse de un sujeto individual que ejecuta por sí mismo un hecho, se le imputa la conducta típica, siempre que se den los presupuestos de imputación objetiva y subjetiva. En otras palabras, al que actúa solo, nadie le disputa el título de autor. Sin embargo, en cuanto son varios los que intervienen en un hecho, empiezan a ponerse de manifiesto los múltiples problemas dogmáticos que se plantean en sede de autoría. Lo característico de la autoría mediata es que se invierte la relación que normalmente se establece entre ejecutor material (autor directo) y el hombre de detrás (inductor). El papel principal en el hecho deja de tenerlo el autor material para pasar a la persona de detrás.

La *autoría mediata* se caracteriza por la realización de un tipo de autoría, a través de otra persona, conocida tradicionalmente como "instrumento", esto es, autor mediato es el que comete un delito sirviéndose de otra persona o grupo de personas para la ejecución de la acción típica. En este caso, el hombre de atrás es el "único causante del delito" al que puede imputársele como propio, puesto que el instrumento, pese a hallarse más próximo a la consumación, no puede disputarle la pertenencia del mismo.

En la autoría mediata, el autor directo es solamente un instrumento en las manos del autor directo y es dominado y controlado por la voluntad y conocimiento de éste; es decir, el hombre de atrás tiene en estos casos el medio decisivo para controlar la voluntad y alcanzar el dominio del hecho. No hay que olvidar que la autoría mediata es una forma de autoría que se caracteriza por la comisión

de un delito a través de otra persona. La persona de detrás realiza el tipo pese a no ejecutar de propia mano la acción descrita en el mismo. Sin embargo, no se trata de imputar al hombre de atrás una conducta ajena, sino de la imputación de un hecho como propio.

Para Bolea Bardón, la autoría mediata *stricto sensu* se caracteriza por la comisión de un delito a través de otro sujeto al que no se le puede imputar como autor (doloso) el hecho que materialmente ejecuta. Y ello, por falta de una decisión autónoma que genere plena responsabilidad. El dominio del hombre de detrás deriva de poner en marcha un curso lesivo que no depende para su realización de ninguna otra decisión autónoma; por cuanto el hombre de detrás es el único que interviene en el proceso decidiendo conscientemente sobre el peligro y, por tanto, tiene un dominio exclusivo del riesgo.

A partir de estas conceptualizaciones tradicionales, la doctrina alemana elaboró la autoría mediata por dominio de la organización, para poder combatir en mejores condiciones la *macrocriminalidad* así como los crímenes que se cometen desde el Estado, grupos mafiosos o subversivos. En efecto, fue Claus Roxin quien a partir de mil novecientos sesenta y tres comenzó a construir las bases teóricas de una nueva forma de autoría mediata, a la que denominó "*autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados*". De esta manera buscaba aportar una solución dogmática a los problemas de autoría que surgían en el debate sobre la vinculación y el status penal que debía imputarse a los órganos centrales o entes estratégicos de aparatos de poder organizados, que si bien no intervenían directamente en la ejecución de delitos realizados desde estas estructuras, sí los decidían programaban y planificaban. Según la tesis central de su reflexión era posible identificar en estos casos un dominio de la voluntad distinto a los tradicionales supuestos basados en la coacción y el error.

En la sentencia peruana se identifica como autoría mediata aquellos casos donde el delito es realizado por el agente u hombre de atrás, a través de un intermediario material o persona interpuesta. La literatura especializada le ha asignado distintas denominaciones, como hombre desde adelante: ejecutor inmediato, ejecutor directo o simplemente ejecutor.

Por tanto, será un autor mediato aquél que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para alcanzar su objetivo delictivo. Tales supuestos tradicionalmente han sido vinculados al empleo de la coacción sobre el intermediario material; o aprovechando el error en que éste se encuentra; o empleando en la ejecución del delito a personas incapaces. La función asignada a la categoría dogmática de la autoría mediata, es la de hacer responder penalmente al autor real de un delito que ha sido cometido por otra persona. Se trata, en consecuencia, de una forma especial de autoría en la que el agente realiza el hecho punible valiéndose de la persona interpuesta, por lo que debe hacerse acreedor a las consecuencias penales que correspondan a dicha conducta ilícita.

Al respecto el propio Roxin aclara que con relación a la coautoría “falta una resolución común hacia el hecho, la cual, según la doctrina absolutamente dominante, es presupuesto de cualquier “comisión conjunta” en el sentido de la coautoría. Y es que el hombre de atrás y el ejecutante mayormente ni siquiera se conocen, no acuerdan nada conjuntamente ni tampoco se consideran a sí mismos como portadores de decisiones con igual rango. La ejecución de un requerimiento, como el que se presenta en los casos en cuestión, se basa en una orden y no en una decisión conjunta. Y con referencia a la instigación ha sostenido que la diferencia decisiva también radica en que el inductor no domina la ejecución del hecho, la realización del tipo no depende de su voluntad. En el autor de escritorio esto es distinto: él es la figura central dominante del delito ordenado por él, mientras que los esbirros ejecutantes, si bien también son responsables como autores debido a su dominio de la acción, no pueden disputar al dador de la orden su superior dominio de la voluntad que resulta de la dirección del aparato

A través de la teoría mediata se pudo condenar al alemán Adolf Eichmann, funcionario nazi que fue encontrado responsable del asesinato de miembros de la comunidad judía, aun cuando no participó directamente en el hecho ilícito. También fue aplicada en el caso de los miembros del Consejo de Seguridad Nacional de la República Democrática Alemana por los disparos contra ciudadanos alemanes que intentaron escapar del país escalando el Muro de Berlín.

Según Caro Coria, 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 Estado³. En especial, los delitos de *lesa humanidad* porque 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.

Esta teoría fue igualmente utilizada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal de Argentina, para condenar a los cabecillas de las Juntas Militares Argentinas que gobernaron el país desde 1976 hasta 1983. Ellos dispusieron que se realicen asesinatos selectivos, desapariciones y torturas. Lo propio ocurrió en Perú, cuando se condenó a Abimael Guzmán Reynoso y otros, por el asesinato de 69 pobladores de la localidad de Lucanamarca, ocurrido en 1983. En este caso se sentenció a Abimael Guzmán como autor mediato de los crímenes. Si bien Guzmán no estuvo presente en el momento en que se cometieron los hechos punibles, su responsabilidad radica en el hecho de haber ordenado la muerte de los pobladores de Lucanamarca, desde la posición de mando de la Dirección Central de Sendero Luminoso.

En este caso se pone de manifiesto que los aparatos organizados de poder no sólo tienen cabida en organizaciones criminales de origen estatal, sino también se presentan desde grupos o colectivos organizados que practiquen actos de terrorismo. Aquí se identifica al 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

³ El autor relata que Alberto Fujimori tuvo a su cargo la conducción del país (Perú) 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. Vid. CARO CORIA, Dino Carlos, *Sobre la punición del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, como autor mediato de una organización criminal estatal*, en AAVV *La autoría mediata, el caso Fujimori, Perú*, Ed. Ara Editores, 2010, pp. 146-149.

torno a la llamada base de unidad partidaria. Además tenían una clara distribución de funciones, se podían identificar claramente los niveles de decisión, la programación de sus actividades ilícitas y el control de la organización; de esa forma se convertían en un verdadero aparato organizado de poder.

Como ya se mencionó anteriormente, toda esta doctrina de la autoría mediata por dominio de la organización se ha visto enriquecida con la sentencia dictada por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú de 7 de abril de 2009, en contra de Alberto Fujimori Fujimori, quien fue condenado a una pena de 25 años de privación de libertad. La sentencia fue confirmada en segunda instancia el 30 de diciembre de 2009 por la Corte Suprema de Justicia de Perú.

Ambas resoluciones judiciales fundamentaron la responsabilidad penal de Alberto Fujimori Fujimori en su rol como autor mediato, en virtud del dominio de la voluntad en un aparato de poder organizado. Tal como ocurre con el actual Gobierno Boliviano de Evo Morales, Fujimori concentró en su persona el poder político y ejerció también directamente –como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas, de las Agencias Secretas, Inteligencia y Policía– control militar sobre las instituciones estatales.

La Dirección de las Operaciones del Servicio Secreto se hizo a cargo de la Agencia Central de Inteligencia SIN (Servicio de Inteligencia Nacional), bajo la dirección de Vladimiro Montesinos, principal asesor en seguridad del ex mandatario. En 1991 esta autoridad fundó el Comando especial paramilitar denominado “Colina”, cuya tarea principal consistía en la eliminación física de presuntos miembros de Sendero Luminoso. Este grupo llevó a cabo, entre otros hechos, las operaciones en los casos “Barrios Altos” y la “Cantuta”. En la primera operación fueron asesinados presuntos miembros de Sendero Luminoso en “Barrios Altos”; mientras que en la segunda operación, 14 personas fueron secuestradas y más tarde ejecutadas en la Universidad Nacional “La Cantuta”. Estos son los hechos principales que motivaron la condena de Alberto Fujimori Fujimori, cuya sanción está en cumplimiento pese a su delicado estado de salud.

En Bolivia tenemos, aunque no con la precisión alemana, el caso de la condena al ex mandatario de facto General Luis García Meza Tejada y varios de sus inmediatos colaboradores. Entre los princi-

pales está quien fuera su Ministro del Interior, Luis Arce Gómez. Ambos fueron condenados por varios delitos, aunque no lo cometieron directamente, sino a través de aparatos organizados de poder o grupos paramilitares, según la sentencia de fecha 15 de abril de 1993.

Ambos personajes (Luis García Meza Tejada y Luis Arce Gómez, entre otros), que intentaban gobernar 20 años Bolivia y sólo pudieron terminar uno, fueron condenados el 21 de abril de 1.993, con la privación de libertad en Cárcel de Chonchocoro *30 años de presidio, sin derecho a indulto*. Los delitos, por los cuales fueron acusados, iban desde robo agravado, sedición armada del fatídico 17 de julio de 1980, hasta los asesinatos salvajes de dirigentes políticos y sindicales. Entre los casos más conocidos está “La Gaiba”, los “cheque en dólares”, la “piscina olímpica” entre otros, que pusieron al descubierto cómo se asaltó el Palacio Quemado y luego cómo se saqueó el erario público a plena luz del día y hasta por escrito. El llamado “Juicio del Siglo”, que estuvo a punto de convertirse en un “siglo de juicio”, no fue un procedimiento nada fácil y ha dejado muchas enseñanzas que la historia en su momento se encargará que juzgar.

1.2. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados y sus presupuestos básicos

A la luz de toda la doctrina alemana y la jurisprudencia internacional, especialmente el caso Fujimori de Perú, se ha enriquecido la autoría mediata **por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, cuya sentencia según ambos, exige cinco requisitos para que se configure la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados y son:**⁴

⁴ El autor –a quien seguiremos en este apartado– recuerda que el 28 de agosto de 2003, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú presentó su informe final, donde describe el contexto, causas, razones y consecuencias del conflicto interno, el rol de los actores armados, de los partidos políticos y de las instituciones, casos representativos de sucesos violentos y el modo y manera de la perpetración sistemática de las graves violaciones a los Derechos Humanos, así como los daños físicos y psíquicos causados a las víctimas. Vid. AMBOS, Kai, *Trasfondo Político y Jurídico de la sentencia contra el ex Presidente peruano Alberto Fujimori*, en AAVV *La autoría mediata...* Ob. Cit., pp. 52- 90.

- a) La existencia de una organización jerárquica (como requisito general), y como requisitos específicos;
- b) El poder de mando del autor mediato;
- c) La desvinculación de la organización del Derecho;
- d) La fungibilidad del autor directo; y,
- e) La predisposición del autor directo para la realización del hecho ilícito.

a) La estructura jerárquica de la organización

El referido autor alemán es categórico en el sentido de que la autoría mediata por dominio de organización requiere la existencia de una organización jerárquica con la asignación de diferentes roles a sus miembros, lo cual le permite actuar de manera autónoma e independiente de las contribuciones de sus integrantes. La asignación de roles por el nivel estratégico superior de la organización se realiza de manera vertical a través de órdenes y, por lo tanto, se distingue de una división horizontal del trabajo, como es típico en el caso de la coautoría.

El funcionamiento automático del aparato implica el dominio sobre el hecho y sobre los autores directos por parte de los autores mediatos del nivel estratégico superior. Sin embargo, la existencia de órdenes explícitas no es necesario si los actos de los autores directos son cometidos en el contexto de los objetivos establecidos y perseguidos por la organización. Por lo tanto, resulta irrelevante el «cómo» y por «quién», son ejecutadas las órdenes impartidas por los autores mediatos.

Por su parte, la sentencia insiste en la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, que tiene como soporte fundamental la *“existencia previa de una organización estructurada”*. Ésta posee una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional.

En tal virtud, una característica importante de esta clase de estructuras organizadas jerárquicamente y que pone de relieve su estricta verticalidad, es (i) la *“asignación de roles”*. Esta expresión resulta más ideográfica que aquellas que usa comúnmente la doctrina penal contemporánea para explicar la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones.

El fallo peruano transcribe de Claus Roxin, que *“tampoco puede hablarse de “división del trabajo” –lo que en la actualidad de manera general se considera como elemento central de la coautoría– cuando el detentador de poder deja a órganos ejecutantes toda la realización de su orden”*. Es importante destacar también como otra característica de estos aparatos de poder con estructuras jerárquicas organizadas, el que (ii) desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes.

El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el *“mecanismo funcional del aparato”*, esto es, su *“automatismo”* o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo. En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato. Será, este *“funcionamiento automático del aparato”* lo que realmente garantiza el cumplimiento de la orden.

Por tanto, no será indispensable que exista una disposición expresa y que esté contenida en un documento, por la que el nivel superior estratégico ordene directamente el cumplimiento de una función específica al ejecutor inmediato. Sin embargo, ello no significará que aquél se aleje por completo del actuar concreto de la organización, sino más bien, que su presencia se advierta en la configuración u operatividad de una serie de mecanismos que interactúan al interior y desde el exterior de la estructura de poder, los cuales permiten que el aparato permanezca activo y cumpliendo sus designios delictivos. A esta conclusión arribaron Ambos y Grammer al atribuir a los integrantes de la Junta Militar Argentina, Videla y Massera, responsabilidad penal como autores mediatos de los delitos de secuestro, torturas y posterior asesinato de la joven estudiante alemana Elisabeth Käsemann. Según ellos, los militares

argentinos “*podieron estar seguros de que sus órdenes tendrían consecuencias, pudieron confiar, por lo tanto, en el procedimiento reglado del aparato de poder por ellos conducido y que se creó a través de sus órdenes.*”

b) El poder de mando

La sentencia peruana aclara que es condición fundamental, para imputar autoría mediata en el marco de un aparato de poder organizado, *el poder de mando*. 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.

El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando órdenes, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato. Es decir, sin que sea necesario que quien ordena debe además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores. Sobre todo porque el ejecutor directo comparte los objetivos delictivos que persigue la organización y tiene una predisposición al cumplimiento de la orden que expresa la concretización de un hecho ilegal. Lo cual significa que *el dominio de la voluntad que posee y ejerce el autor mediato, titular del poder de mando, le viene dado por la integración de la persona interpuesta o ejecutor directo dentro del propio aparato organizado.*

La sentencia contra Fujimori igualmente distingue entre el poder de mando, que se ejerce en el nivel superior estratégico, y el que se realiza en los niveles intermedios. Es importante distinguir que el poder de mando se puede expresar de dos formas. La primera, desde el nivel superior estratégico hacia los niveles intermedios tácticos u operativos. Y, la segunda, desde los niveles intermedios hacia los ejecutores materiales. En ambos casos, dicho poder de mando se manifestará siempre en línea vertical. Esto último será determinante para la atribución de una autoría mediata hacia todos los mandos en la cadena del aparato de poder, que no se pueden equiparar la forma y alcance con las cuales el nivel estratégico superior impartir

o transmite sus decisiones, con aquellas que realizan los mandos intermedios hacia los ejecutores directos, justamente por la posición diferente que ocupa cada estamento al interior de la organización criminal.

El dominio de la organización que se ejerce desde el nivel estratégico superior será, pues distinto del que detenta el mando intermedio, porque quien se encuentra en la cúspide de la estructura jerárquica tiene un dominio total del aparato, mientras el que ocupa la posición intermedia sólo tiene la posibilidad de impartir órdenes en el sector de la organización que le compete.

Esta visualización de la organización y de sus jerarquías funcionales, ha sido aplicada en la judicatura peruana para interpretar el diseño de Sendero Luminoso. Efectivamente, la Sala Penal Nacional precisaba que la llamada *Dirección Central* era la que ejercía el “*poder real de dominio de toda la organización*”, debido a que se encargaba de presidir y dirigir las reuniones que se llevaban a cabo con los *organismos intermedios* y a su vez controlar el correcto funcionamiento del aparato criminal.

Por su parte, estos “*organismos intermedios*” estaban integrados por los llamados *Comités Regionales* y *Comités Zonales*. Luego, en un escalón inferior, se encontraban los *Comités Subzonales* y los *Comités de Células*. Además, la Sala Penal Nacional señalaba que al haberse militarizado este grupo terrorista, todas las estructuras trabajaban en función de la realización de operaciones armadas. En tal sentido, cuando conformaban el denominado *Ejército Popular*, los que eran *Secretario Político* y *Subsecretario* de un *Comité*, pasaban a ser, *Mando Político* y *Mando Militar*, respectivamente

En el caso Fujimori, quien no sólo tenía poder político como Presidente, sino que ejerció al mismo tiempo el Comando sobre las fuerzas de seguridad, incluyendo las Fuerzas Armadas, el Servicio de Inteligencia y la Policía, es un ejemplo paradigmático al respecto. Las órdenes de los jefes no necesariamente deben darse de manera formal a través de instrucciones, pueden darse también de manera informal y encubierta o pueden darse por sentado como en el caso del líder de Sendero Luminoso, Abimael Guzmán.

Otro asunto tratado por la sentencia contra Fujimori es la *delimitación de autoría mediata y coautoría* según los niveles de jerar-

quía, en el caso de los mandos medios. De hecho, la pregunta acerca de hasta qué nivel de jerarquía se puede asumir el control del hecho por dominio del aparato de poder organizado, aún no ha sido analizada de manera profunda ni resuelta en la doctrina. El fallo de primera instancia adopta una visión más amplia de la autoría mediata extendiéndola a mandos medios que no sólo reciben órdenes del nivel superior estratégico, sino que poseen, por su parte cierto poder de mando para dar órdenes a sus subordinados. En estos casos, no se puede admitir como causas de exculpación el hecho de que solamente se encargan de la transmisión de órdenes o la falta de causalidad invocando el argumento que si no lo hubieran hecho ellos, otra persona lo habría hecho. Como consecuencia, la autoría mediata no se limita a los integrantes del nivel superior estratégico y existe la posibilidad de una cadena de autores mediatos en una organización jerárquica.

Sin embargo, aunque la posibilidad de autoría mediata en un nivel jerárquico debajo del nivel superior estratégico ha sido reconocida en el caso de Eichmann, no se puede negar el hecho de que el control absoluto a través de un aparato de poder organizado y jerárquico sólo puede ser ejecutado por el nivel estratégico superior, es decir, por el gobierno cuando se trata de violencia estatal. Adicionalmente, el nivel superior estratégico representa de manera especial al Estado y, como tal, carga con la responsabilidad por posibles transgresiones a los derechos fundamentales, pues el Estado tiene una obligación especial de proteger a sus ciudadanos.

Todo otro poder es solamente derivado y, por ello, su ejercicio le es imputable al direccionamiento del Estado. Se debe decir, por tanto, que el dominio por organización podrá fundamentarse, sin duda alguna, sólo respecto de aquellos hombres de atrás del Estado, cuyo poder de mando y cuyas órdenes no pueden sin más ser retiradas o anuladas, es decir, respecto de aquéllos que, en este sentido, dominan o gobiernan «sin perturbación alguna». Esto es así sólo respecto del propio vértice de la organización en un gobierno formalmente constituido y, en casos excepcionales, también respecto de la conducción de las fuerzas de seguridad

militares o policiales («los generales») que se encuentran fuera del gobierno civil.

Además su capacidad de dominar la organización se ha de suponer, sin más, cuando éstos gobiernan por sí solos o cuando pertenecen al gobierno. Respecto al régimen de Fujimori, se puede constatar que el nivel superior estratégico fue compuesto por Fujimori, como Presidente y Comandante de las Fuerzas Armadas; Vladimiro Montesinos y Julio Salazar Monroe, como los Jefes de Facto y de jure del Servicio de Inteligencia Nacional, y Nicolás de Barí Hermoza Ríos, como Comandante del Estado Conjunto de las Fuerzas Armadas.

Por el contrario, los autores que no pertenecen al vértice de la organización, pero sí, por ejemplo, a su nivel medio, poseen dominio de la organización dentro del aparato, a lo sumo respecto de sus subordinados. Ellos, no dominan todo el aparato, sino a lo mejor una parte de éste. Este dominio parcial justifica su consideración como autores mediatos al menos respecto de la parte de los sucesos bajo su dominio.

Aunque es cierto que en caso de delitos en el marco de un aparato organizado de poder, por lo general –pero no siempre es así–, quien emite la orden y quien la ejecuta no se conocen y tampoco deciden nada conjuntamente, ello no contraviene la asunción de coautoría, pues para el acuerdo de voluntades informal es suficiente que el ejecutor directo con su pertenencia a la organización criminal ponga en evidencia que está de acuerdo con quien emite la orden. Este acuerdo de voluntades se manifiesta con la ejecución del hecho en cierto modo tácitamente.

Se debe tener presente, además, que está en la lógica del dominio funcional del hecho que, a medida que el número de intervinientes crece, las aportaciones individuales al hecho pueden resultar cada vez más pequeñas, sin que esto deba conducir a una preponderancia en los otros intervinientes. Finalmente, en cuanto al argumento de la diferencia estructural entre autoría mediata vertical y la coautoría horizontal, aunque en principio debe ser reconocida, con esto sólo se indica precisamente una diferencia estructural que no permite una delimitación segura en los casos límite.

En el mismo fallo peruano, varios mandos medios de las Fuerzas Armadas y miembros del Grupo Colina fueron condenados como coautores. En el fondo, el problema de la delimitación entre autoría mediata y coautoría en el caso de los niveles jerárquicos medios y bajos se centra en la decisión si se está dispuesto a aceptar el déficit de dominio del superior o, más bien, un déficit de equiparación entre los intervinientes. Puesto que el dominio es el único criterio determinante de la autoría mediata, no se pueden tolerar al respecto defectos o dudas; por el contrario, el criterio de equiparabilidad y simultaneidad de la coautoría no debe ser entendido de modo demasiado estricto. Por lo tanto, la solución de la responsabilidad penal de mandos medios mediante la figura de la coautoría es más convincente, pues la autoría mediata se fundamenta en el control absoluto, por lo menos desde una perspectiva normativa sobre el hecho y, como tal, no puede ser reconciliada con un control parcial o incluso la falta de control por la ausencia de una postura de influencia o liderazgo imperturbable.

c) *La desvinculación de la organización del Derecho*

Otro presupuesto específico para que se configure la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, reconocido expresamente por la Corte Suprema de Justicia peruana, es la desvinculación de la organización del Derecho. La organización, sea ésta el Estado o una parte de éste o un grupo no estatal, debe actuar al margen del Derecho Nacional e Internacional.

El Estado, como comunidad, define un orden normativo. Este orden normativo sólo puede ser un orden jurídico, aquel que comúnmente se relaciona como el "*Derecho del Estado*" o el "*Derecho nacional*". Sin embargo, este Derecho nacional se encuentra estrechamente vinculado e integrado con el Derecho internacional y constituye una unidad. Por tanto, el Derecho internacional forma parte del orden jurídico nacional en tanto que las normas producidas en el contexto internacional se incorporan al Derecho del Estado nacional. En consecuencia, el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional.

Como advierte Roxin, "*el aparato funciona como una totalidad por fuera del orden jurídico*". Es decir, produce sus efectos ilícitos como una integridad que actúa completamente al margen del Derecho. En su análisis sobre los casos Eichmann y Staschynski, él detectó que el poder estatal operaba al margen del Derecho ya que las propias garantías que éste regulaba no tenían efectividad. Sin embargo, ello no implicaba, necesariamente, que los detentadores de dicho poder no estuvieran finalmente regidos por el mismo orden jurídico, sobretodo en su dimensión internacional.

Con la cita del mismo autor, la sentencia aclara que el apartamiento del Derecho no se refiere únicamente al ordenamiento jurídico interno de cada Estado sino también, y muy particularmente, al Derecho Internacional: "*sólo porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivos y punibles las conductas de órganos superiores del Estado que violen de modo evidente los derechos humanos*".

Otro supuesto de autoría mediata, por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, se da en los delitos cometidos por movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones similares que colisionan con las normas internas del Estado. Es decir, que operan como "*una especie de Estado dentro del Estado que se ha emancipado del orden comunitario en general, o en determinadas relaciones de la comunidad*".

En suma, el apartamiento o desvinculación del Derecho se presentaría no sólo en delitos cometidos por órganos del Estado o aparatos del poder estatal, sino también sería aplicable a los casos de "*criminalidad organizada no estatal*" y en muchas "*formas de aparición del terrorismo*".

En consecuencia, toda visualización y comprensión de la desvinculación o apartamiento del Derecho, debe comenzar identificando, si se trata del ámbito de la criminalidad estatal o de la criminalidad no estatal. Ello será fundamental para poder advertir, en cada estructura y manifestación delictiva, la presencia de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.

Con estos elementos el fallo considera relevante evaluar las expresiones y manifestaciones concretas de la autoría mediata que se gesta y opera como criminalidad estatal, debiendo tener en cuenta:

1. Que ROXIN considera a la criminalidad de los aparatos de poder organizado estatal, como el “*prototipo de criminalidad organizada*”. Es más, como refiere ZAFFARONI, la Criminología y la Criminalística muestran que “*El Crimen de Estado es un delito altamente organizado y jerarquizado, quizá la manifestación de criminalidad realmente organizada por excelencia*”.

2. Es importante señalar que una particularidad trascendente de este tipo de delincuencia, radica en que el nivel superior estratégico del Estado, esto es, su autoridad central utiliza, en el ejercicio de su cargo, las estructuras del aparato estatal para la comisión sistemática de delitos que por su gravedad y riesgos de impunidad adquieren relevancia internacional. Esta forma de criminalidad atenta, contra el orden jurídico vigente, dejando al margen el Derecho legalmente estatuido tanto en su dimensión nacional como supranacional. Por lo tanto, un régimen estatal que desde su nivel estratégico superior ordena la comisión de estos graves delitos no puede ser calificado como un Estado de Derecho. En realidad está totalmente apartado de él.

3. En consecuencia, la admisión de la autoría mediata del nivel estratégico superior quedará condicionada a que las órdenes de este estamento sean dictadas en el marco de una organización que opera al margen del ordenamiento jurídico del “*Estado de Derecho*”. Esto último es trascendente, porque consolidará el dominio que aquél ejerce sobre la organización y hará que los ejecutores estén más predispuestos hacia la comisión del delito, en tanto estos conocen e internalizan que no habrá norma o autoridad que pueda limitar o sancionar su actuar delictivo.

4. La *desvinculación del ordenamiento jurídico* en la criminalidad estatal puede darse de dos maneras. *Primero*, cuando el nivel superior estratégico del Estado decide apartarse por completo del Derecho y crear un *sistema normativo totalmente diferente* que no es reconocido ni aceptado por el Derecho internacional, en tanto expresa o encubre la comisión de delitos graves. *Segundo*, cuando el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico. Esto es, inicialmente sólo para la realización de determinados hechos punibles, pero luego, con actos sistemáticos cada vez más frecuentes, así como

a través de acciones tendientes a anular, desnaturalizar o sustituir distorsionadamente los diferentes ámbitos y competencias que configuran los estamentos oficiales, legales y de control del Estado. Esta modalidad resulta ser la más grave porque se cubre de una aparente legitimidad. Sin embargo, subrepticamente intenta crear un *sistema normativo alterno* al legalmente vigente, aprovechando, justamente, sus formas y estructuras para la comisión de delitos graves.

5. Queda claro que la presencia en ambos casos de un apartamiento del Derecho y de la

Vigencia de dos sistemas normativos paralelos o alternos provistos desde el mismo Estado, y por quien detenta la máxima autoridad, no pueden ser tolerados por los regímenes democráticos. Por consiguiente, esta situación anómala generará, tarde o temprano, la reacción e intervención de organismos internacionales a los que está vinculado el régimen estatal infractor, para salvaguardar o recuperar el orden jurídico que era reconocido y legitimado por la comunidad internacional.

d) La fungibilidad

El otro presupuesto específico consiste en la fungibilidad del autor directo (autor ejecutivo). Este criterio pretende compensar la falta de control sobre el autor directo plenamente responsable, quien en cualquier momento puede tomar la decisión de abandonar el plan criminal. Solamente si la organización produce un número suficiente de potenciales ejecutores dispuestos y fungibles, se puede hablar de un dominio por medio de una organización, es decir, a través de ejecutores intercambiables. Por lo tanto, el autor mediato no tanto o ni siquiera domina al autor directo (que es plenamente responsable), sino más bien –en el sentido de una fungibilidad *abstracta*– al conjunto de autores directos que forman parte de la organización criminal. Los autores directos no son más que ruedas intercambiables de la máquina del aparato de poder organizado, lo cual convierte la aparente libertad en un dato naturalístico que –desde una perspectiva normativa– no resulta tener más importancia.

En cuanto al significado preciso de la fungibilidad, la Corte Suprema de Justicia de Perú distingue entre fungibilidad *negativa y positiva*. La fungibilidad negativa corresponde al concepto clásico y se refiere a situaciones en las cuales una negación o abstención de la persona interpuesta para realizar los designios delictivos del plan criminal de la organización no impedirá que aquéllos se materialicen, porque el incumplimiento es compensado de manera inmediata por otro ejecutor que toma su lugar. La fungibilidad positiva otorga al nivel estratégico superior la posibilidad de elegir para la comisión del hecho punible, desde el inicio, la mejor opción entre una pluralidad de ejecutores que tiene a disposición el aparato de poder.

El nivel estratégico superior entonces puede elegir los ejecutores más calificados para el plan delictivo y evitar de esta manera cualquier fracaso de la acción. Respecto al caso de Fujimori esto significa que el hecho de que el Grupo Colina estuviera conformado por solamente 30 personas no excluye la fungibilidad de los autores directos, pues el nivel estratégico superior pudo elegir con antelación las personas más calificadas y entrenarlas para los hechos criminales. Teniendo en cuenta este criterio amplio, la fungibilidad concreta deja de ser relevante, es suficiente la ya mencionada fungibilidad abstracta.

Por lo tanto, el criterio de la fungibilidad se muestra inidóneo desde el punto de vista empírico para explicar convincentemente el dominio por organización y debe ser complementado por una *consideración normativa* que transporta la estructura de los delitos de deber a la teoría del dominio del hecho; para ello se sirve de un concepto material de libertad. Así, el Estado aparece –en cuanto garante de los derechos fundamentales y debido a su deber de protección de allí resultante– como especial obligado frente a los ciudadanos, y posee frente a ellos un poder de lesión especial.

El Estado lesiona en realidad su deber de protección con la orden antijurídica al ejecutor de lesionar a una determinada persona. La relación de dependencia entre el ciudadano y el Estado sería aquí comparable con la posición de garante en los delitos de omisión. También aquí el garante sería responsable porque

lesiona frente a la víctima el deber especial de protección o de custodia que resulta de la posición de garante.

En el caso de una orden antijurídica, la dependencia –también normativa– del ciudadano respecto del Estado fundamenta también el dominio del hecho de éste. Este dominio es ejercido por el Estado al impartir al ejecutor, un ciudadano, la orden antijurídica de lesionar a la víctima, otro ciudadano. Por tanto, se encuentran afectadas dos relaciones jurídicas: la relación de reconocimiento entre el Estado y ciudadano, caracterizada por deberes especiales, así como la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí.

El dominio de la organización estatal se presenta como un «dominio sobre la cualidad de la relación», esto es, de la relación de reconocimiento entre el Estado y sus ciudadanos. Lo importante en esta relación es el deber especial del Estado frente al ciudadano, derivado de la dogmática de los delitos de deber. En la otra relación de los ciudadanos entre sí lo que interesa es su lesión por medio de la injerencia directa en la libertad ajena.

Como consecuencia, ambas relaciones jurídicas son lesionadas. Pues, si se quiere imputar la lesión de la víctima al vértice de la organización estatal a través del ejecutor, entonces no se puede atender solamente a la relación entre el vértice de la organización y el ejecutor, sino que también la víctima debe ser tenida en consideración –por medio de la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí–. La obligación especial del Estado frente al ciudadano –que lo obliga a protegerlo y le prohíbe lesionarlo y que, al mismo tiempo, entraña un poder de lesión especial dentro de esta relación– proporciona, por tanto, una fundamentación normativa del dominio del hecho en todos los casos en los cuales se niega la fungibilidad por motivos empíricos.

Respecto al caso de Fujimori, dada su posición de Presidente, actuó con pleno conocimiento de las acciones del Grupo Colina. La sentencia correctamente rechazó la aplicación de la figura de la responsabilidad del superior, porque ésta se trata de una forma de responsabilidad por omisión, mientras que Fujimori gestionó activamente la creación del mencionado aparato de poder organizado y lo dirigió en vista a la ejecución concreta de

delitos. Sin embargo, en este contexto la sentencia no ahondó en esta interpretación fáctico-normativa de la fungibilidad para determinar que a Fujimori –como jefe de gobierno– le corresponde una responsabilidad especial (posición de garante) debido a que él tenía que proteger a la población de la comisión de delitos por parte del aparato de poder estatal, por lo cual, el incumplimiento (activo o pasivo) de esta obligación (especial) implica su responsabilidad como autor.

Es de resaltar que con esto no se abandona la teoría del dominio del hecho, sino que ella es asegurada normativamente. La fundamentación normativa expuesta no reemplaza el punto de vista fáctico, sino que lo complementa. Aquellas consideraciones explican también por qué el grupo de autores mediatos debería limitarse al nivel estratégico superior, pues solamente los líderes –como representantes máximos del Estado– cargan el deber especial de proteger a los ciudadanos. Sin embargo, cabe anotar que esta construcción no es aplicable en los casos de líderes de organizaciones no estatales, donde el dominio por organización debe fundamentarse exclusivamente en criterios tácticos.

e) La predisposición del autor directo a la realización del hecho

El último presupuesto específico, que va más allá de los presupuestos tradicionales expuestos hasta el momento, es la predisposición del autor directo, que implica que éste no actúe como cualquier ciudadano ante la comisión de un delito, sino que deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra la organización jerárquica.

La sentencia peruana recuerda que el origen de este nuevo presupuesto se relaciona con el enfoque que a la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización aportó SCHROEDER (*"disposición condicionada a actuar"*) desde mediados de los años sesenta y que, luego, también fuera desarrollado por HEINRICH (*"inclinación típicamente organizativa al hecho"*). Su utilidad jurisprudencial para la solución de casos de autoría mediata, en delitos de criminalidad estatal, fue puesta de manifiesto a mediados de los noventa, por el Tribunal Supremo Federal Alemán, en la sentencia emitida contra

los integrantes del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática Alemana. En esa ocasión, se fundamentó la responsabilidad del autor mediato señalando que el hombre de atrás se aprovechaba de la *"disposición incondicional que el actor inmediato tiene para realizar el tipo"*.

En términos concretos, esta categoría alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Se trata, entonces, de factores eminentemente subjetivos y a los que algunos autores identificaron con el proceso de una motivación justificativa, los que podían transformar a *"millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos"*.

Sobre el carácter incondicional o condicional de tal predisposición no se ha alcanzado todavía consenso en la doctrina y en la jurisprudencia. Sin embargo, hay acuerdo en reconocer que este rasgo aparece ligado a la posición e integración del ejecutor con el aparato de poder, con sus órganos de dirección y con los objetivos que ambos representan y desarrollan. Su fundamento, entonces, radica, en que el ejecutor que realiza la conducta delictiva desde una estructura de poder jerarquizada de naturaleza u origen estatal, pero apartada del Derecho, actúa con una motivación distinta de aquél otro autor que pueda intervenir en la comisión particular de cualquier delito.

Cabe señalar que una característica de las estructuras criminales, sobretodo de aquellas que configuran una jerárquica vertical, es que el ejecutor deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra y conduce la existencia de la organización. Todo ello va configurando una psicología colectiva que se expresa en la adhesión y en la elevada predisposición del ejecutor hacia el hecho ilícito que disponga o planifica la estructura.

En tal sentido, 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. Él tiene conocimiento que el hecho no le pertenece tanto como pertenece al aparato de poder del que es parte. Si no se sintie-

ra ni actuara, como parte integrante de esta estructura, difícilmente hubiese cometido el hecho por su iniciativa y riesgo propios.

En su comportamiento él verá reflejados los objetivos de ese ente colectivo, de sus jefes y mandos superiores a los cuales obedece y se encuentra subordinado. Esto tiene una explicación psicosocial, basada principalmente, en la valoración de legitimidad que hace el ejecutor de su propia pertenencia a la estructura criminal, lo cual desarrolla en él una tendencia a la adaptación positiva de toda meta, acción o rol que se le asigne, aunque estos tengan un contenido manifiestamente delincencial. Por lo que, la probabilidad del éxito de la orden emitida por los niveles estratégicos superiores de la organización será mayor y contribuirá al dominio del hecho que se traslade a estos como autores mediatos. Esta predisposición psicológica hace que el ejecutor le refiera al superior jerárquico, de manera implícita o indirecta, con su conducta y sujeción, que se someterá a sus designios.

1.3. La autoría mediata y la responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional.

Es importante diferenciar la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, de otras modalidades de imputación que se han desarrollado en el Derecho Penal Internacional. Esto con el propósito de atribuir responsabilidad penal a niveles estratégicos pertenecientes a estructuras de poder de naturaleza u origen estatal. Particularmente, el deslinde debe hacerse de modo específico con la denominada Teoría de la Responsabilidad del Superior. Ella constituye un criterio de imputación que surgió y se desarrolló al concluir la Segunda Guerra Mundial y que se aplicó en los juicios de Núremberg y de Tokio.

Según los analistas de estos procesos *"En estos juicios quedó clara la idea de que los comandantes no sólo tenían el deber de respetar las leyes de la guerra sino que, además, tenían la obligación de hacerlas respetar por sus subordinados"*. Posteriormente, hacia mediados de los años noventa, el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia también utilizó tal teoría. Este nuevo conjunto de reglas fue utilizado para condenar a los mandos militares del ejército de la República de Serbia, Bosnia y Herzegovina. La causa fue porque no impidieron que sus

tropas subordinadas perpetraran crímenes contra la humanidad, y a los que omitieron sancionar o investigar a los autores directos de tales conductas delictivas.

Ahora bien, la *Responsabilidad del Superior* es interpretada por la doctrina, y regulada en el Derecho Penal Internacional, como un comportamiento de omisión que genera una responsabilidad de quien ejerce mando sobre el autor directo del delito. Generalmente, se alude a que el superior, en tales casos, incumple su deber de prevención, supervisión y sanción de todo delito que pueda o sea cometido por sus subalternos. Ello denota, una obligación jurídica de actuar del Superior y que éste omite.

La sentencia transcribe del autor alemán AMBOS, que *"el concepto de responsabilidad de mando –o mejor dicho, de responsabilidad del superior–, crea la responsabilidad del superior por el incumplimiento de actuar para impedir conductas penales de sus subordinados. El superior es responsable por la falta de control y supervisión de los subordinados en el evento en que cometan delitos. De esta forma, el superior es responsable, tanto por su propia falta al intervenir, como por las conductas penales de otros. El concepto parece crear, por una parte, una responsabilidad directa por la ausencia de supervisión, y por la otra, una responsabilidad indirecta por las conductas delictivas de otros... la responsabilidad del superior tiene un doble carácter: es un delito propio de omisión... y un delito de peligro..."*

Queda claro, en consecuencia, que por sus propias características y presupuestos esta modalidad de imputación de responsabilidad es diferente de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Esta última, en esencia, siempre será un comportamiento de comisión pero que se traslada desde la dación de la orden por el nivel estratégico superior hacia la ejecución concreta de la misma por la persona interpuesta.

La diferencia aludida es desarrollada también, normativamente, en el Estatuto de Roma. En él se regulan, justamente, ambas modalidades de imputación como dos niveles distintos de intervención y punibilidad de los órganos estratégicos que se vinculan con la realización de delitos contra los derechos humanos. Efectivamente, en este instrumento internacional el artículo 25º inciso 3, literal

a), identifica con mediana precisión a la *autoría mediata* (“Comete ese crimen por sí solo, con otro o *por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable*”). En cambio, dedica el artículo 28° a definir con detalle los supuestos omisivos que configuran la denominada *responsabilidad del superior* (“... en razón de no haber ejercido un control apropiado...”).

1.4. La condición de autor mediato del acusado Fujimori

Con estos razonamientos, la sentencia peruana concluye que la autoría mediata del ex Presidente Alberto Fujimori, está suficientemente acreditada, y aclara que se cumplen definitivamente los elementos fácticos y jurídicos, que como presupuestos y requisitos posibilitan tal nivel y modalidad de imputación de responsabilidad penal. Al respecto, es de mencionar los siguientes datos relevantes:

1. 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. Esta pugna fue contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país desde inicios de la década de los ochenta.

2. Alberto Fujimori desde su rol formal del órgano central, como ente formador y formulador de políticas de gobierno y jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional fue configurando un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando. Todo este accionar, el acusado lo realizó en abuso de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder desde mil novecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general Hermosa Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense.

3. En ese ámbito el encausado Fujimori con su entorno asesor y de apoyo, utilizó 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 para clandestinidad de sus agentes y acciones. Así fue delineando, a la vez definiendo, objetivo y es-

trategias especiales de enfrentamiento de la subversión terrorista, particularmente de los núcleos que habían comenzado a operar en las áreas urbanas del país, sobretodo en la capital de la República y zonas aledañas.

4. En este dominio, tanto el objetivo central de gobierno como la política definida, las estrategias generales y las órdenes de ejecución, fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado de muy diversas formas. Estas eran plenamente compatibles con los esquemas informales o para formales que caracterizan a los códigos de comunicación y manuales de actuación propios del sistema de inteligencia, estratégica u operativa.

5. En tal contexto y praxis el hilo conductor subyacente fue la eliminación de presuntos terroristas y sus órganos o bases de apoyo. 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.

6. Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia contra la subversión terrorista, de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se apartan plenamente o lo subordinan sistemáticamente.

7. Los delitos de secuestro contra los agraviados Gorriti y Dyer, respondieron también a disposiciones dadas y/o avaladas directamente por el acusado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen de facto. Este hecho se desarrolló en una coyuntura de inestabilidad democrática donde se practicó por la fuerza el desconocimiento de garantías y derechos fundamentales.

8. Por lo demás, 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 intermedios.

Por su parte, Ambos califica a esta sentencia, como histórica y aclara que Fujimori ha sido el primer expresidente en ser extraditado por un juicio en su contra por graves violaciones a los Derechos Humanos en su país, en donde se le sometió a un juicio justo. Por lo que respecta a la fundamentación de la responsabilidad personal de Fujimori, la sentencia confirma la eficiencia de la teoría del dominio por organización, en casos de responsabilidad macrocriminal de autores por mando.

Lo que representa una aplicación verdaderamente ejemplar de esta teoría, en un aparato de poder organizado, que consiste en una agencia de inteligencia, como parte del aparato estatal y *Estado dentro del Estado*. Eso demuestra la preponderancia de esta teoría frente a la responsabilidad del superior y de la empresa criminal conjunta como otras formas de atribución de responsabilidad individual en el plano del Derecho Penal Internacional.

Igualmente, deja claro que el reconocimiento de la autoría mediata en el artículo 25 (3) (a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y la aplicación (combinada) de la teoría del dominio del hecho para la fundamentación de coautoría o autoría mediata (por dominio de la organización) amerita el asentimiento a través de la Sala de Asuntos Preliminares de la Corte Penal Internacional. Pues los problemas conocidos de la teoría del dominio de la organización, que también han sido recordados reiteradamente con referencia al caso Fujimori, no modifican en nada su mérito incomparable para hacer visible la responsabilidad de autores por mando en casos de sistemas ilícitos macrocriminales y considerar adecuadamente el contenido del injusto y de la culpa de su conducta.

En este sentido concluye el autor, los fallos peruanos pueden servir como ejemplo positivo para otros Tribunales penales, nacionales e internacionales.

ABREVIATURAS

CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CEJA	Centro de Estudios de justicia de las Américas
CPE	Constitución Política del Estado
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPP	Código de Procedimiento Penal
DS	Decreto Supremo
DL	Decreto Ley
DIPROVE	Policía especializada en robo de vehículos
FELCC	Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen
MP	Ministerio Público
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
TC	Tribunal Constitucional
TCP	Tribunal Constitucional Plurinacional

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, KAI

- *Trasfondo Políticos y Jurídicos de las sentencia contra el ex Presidente peruano Alberto Fujimori*, en AAVV *La autoría mediata, el caso Fujimori*, Perú, Ed. Ara Editores, 2010.

BOLEA BARDÓN, Carolina

- *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2000.

BINDER, A.

- *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ed. Ad-hoc, 2000

CARO CORIA, Dino Carlos.

- *Sobre la punición del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, como autor mediato de una organización criminal estatal*, en AAVV *La autoría mediata, el caso Fujimori*, Perú, Ed. Ara Editores, 2010.

HERRERA AÑEZ, WILLIAM

- *El Estado de la Justicia Boliviana*, del Estado republicano al Estado Plurinacional, Cochabamba, Ed. Kipus, 2013.
 - *El Ministerio Público, y sus atribuciones en la Etapa Preparatoria del Juicio*, Tesis doctoral, Cochabamba, Ed. Kipus, 2012.
 - *Derecho Procesal*, El proceso penal boliviano, Cochabamba, Ed. Kipus, 2012.
 - *El nuevo proceso civil*, I Jornadas Nacionales, Cochabamba, Ed. Kipus, 2014.
- ROXIN, C.
- *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.