

CAPÍTULO II

LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN APARATOS DE PODER ORGANIZADOS

§ 1. Concepto. Función. Clases de autoría mediata.

718. ASPECTOS PREVIOS. La acusación fiscal, en el acápite siete¹⁰⁴¹, párrafo final –folio treinta y ocho–, concluyó de la siguiente manera: “...las actuaciones de los integrantes del Destacamento Colina (Caso Barrios Altos y La Cantuta) y del Servicio de Inteligencia del Ejército (Caso Sótanos SIE), le resultan imputables a título de autoría mediata por dominio de la organización, al ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, quien desde la cúspide del aparato estatal impartió las órdenes para la ejecución de los hechos gravísimos materia de estos procesos acumulados”.

La Fiscalía argumentó que en el proceso ejecutivo del delito el Código Penal distingue tres formas de comisión del mismo en la condición de autor; que una de ellas –la denominada *autoría mediata*– se concreta cuando el hecho punible se realiza por medio de otro; que uno de los supuestos de expresión de la autoría mediata se presenta cuando el hombre de atrás se aprovecha de los sujetos que se encuentran subordinados a otros en un aparato organizado de poder, de tal suerte que por esa vía el primero mantiene un dominio objetivo del hecho –autoría mediata por dominio de la organización–; que esta última se sustenta en dos elementos esenciales: existencia de un aparato de poder estructurado y la predisposición de los ejecutores; que el acusado tuvo una intervención vertical en los delitos imputados –ejecutados materialmente por efectivos de inteligencia militar en torno al Grupo Colina y al SIE–, en los que se dio una división de funciones y una línea jerárquica en la organización, en cuya cúspide se encontraba.

Por lo expuesto, establecidos los hechos que este Tribunal consideró probados, corresponde con pleno respeto al principio acusatorio, y conforme al objeto procesal y del debate, determinar en clave normativa la naturaleza jurídico penal de la intervención de Alberto Fujimori Fujimori en tales hechos, para lo cual debe tenerse presente la pretensión acusatoria y la resistencia de la defensa. Lo relevante y problemático de esta última perspectiva estriba en que nuestro Código Penal no sigue un criterio unitario de autor, sino que asumió una concepción diferenciadora de la intervención punible¹⁰⁴². Ello obliga a determinar si la intervención delictiva

¹⁰⁴¹ El acápite siete lleva por título: “Responsabilidad penal del Ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori por autoría mediata por dominio de la organización” [véase folios veinte a treinta y ocho de la acusación fiscal].

¹⁰⁴² A partir de esta concepción legal, es oportuno mencionar con VIVES ANTÓN que cuando el delito es producto de la actividad concurrente de varias personas, se suscita una doble problemática: en primer lugar, la representada por la *naturaleza material de la aportación al delito* de cada uno de los concurrentes; y, en segundo lugar, la constituida por la *clase de responsabilidad* contraída por ellos [COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal Parte General*, Quinta Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, página 733].

atribuida al acusado fue principal o secundaria, y dentro de éstas qué forma es la legalmente procedente –el Fiscal asume que intervino como autor mediato, posición que rechaza la defensa–. La concepción dogmática que se asume desde la perspectiva de la intervención delictiva es la de autoría mediata, como una forma de autoría principal. La justificación de esta opción integra este capítulo de la sentencia.

719º. LA AUTORÍA MEDIATA. 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. A esta última, la literatura especializada le ha asignado distintas denominaciones, como hombre desde adelante, ejecutor inmediato, ejecutor directo o simplemente ejecutor. Sin embargo, se acepta también la expresión ‘instrumento’¹⁰⁴³, aunque ella es cuestionada por resultar equívoca, según algunos autores nacionales como HURTADO POZO¹⁰⁴⁴ y VILLAVICENCIO TERREROS¹⁰⁴⁵.

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, pues, 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 hacérsele acreedor a las consecuencias penales que correspondan a dicha conducta ilícita¹⁰⁴⁶.

720º. FORMAS DE AUTORÍA MEDIATA. En la actualidad se admiten tres formas de autoría mediata. En todas ellas el agente actúa o incide dominando la voluntad del intermediario material. Por consiguiente, “el autor mediato

¹⁰⁴³ Al respecto en la doctrina penal nacional: VILLA STEIN, JAVIER: *Derecho Penal. Parte General*, Tercera edición, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 317 y ss. GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 566 y ss. URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ: *El Concepto de Autor de los Delitos Comunes en la Dogmática Penal y su Recepción en el Código Penal peruano*. En: *Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal*, Editorial IDEMSA, Lima, 2007, páginas 581–610. BRAMONT – ARIAS TORRES, LUIS MIGUEL: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición, Editorial EDDILI, Lima, 2002, página 405 y ss.

¹⁰⁴⁴ HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, páginas 864 y 865.

¹⁰⁴⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal. Parte General*, Primera Edición, Editorial GRIJLEY, Lima, 2006, página 471.

¹⁰⁴⁶ Aclara STRATENWERTH, GÜNTER, que la *autoría mediata* es una figura jurídica que desde mediados del siglo XIX fue desprendida del concepto de causalidad, sobre todo para cubrir las lagunas de punibilidad, que derivaban de que se exigiera un hecho principal cometido culpablemente para el caso de una instigación [*Derecho Penal Parte General I El Hecho Punible*, Cuarta Edición (traducción CANCIO MELIÁ, MANUEL / SANCINETTI, MARCELO A.), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001, página 379].

debe tener la posibilidad de controlar y dirigir de facto el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito”¹⁰⁴⁷.

Inicialmente, sólo se reconocían dos modalidades de autoría mediata:

(1) La primera provenía del “*dominio por error*”, ya que en ella el autor mediato dominaba la voluntad del ejecutor a través del engaño sobre las circunstancias reales del hecho que éste realizaba, o al darle al suceso donde aquél intervenía, un sentido o significado distintos del que realmente le correspondía.

(2) La segunda modalidad era la del “*dominio por coacción*”. Aquí, el hombre de atrás direccionaba la voluntad del ejecutor empleando la amenaza o intimidación de un mal inminente y grave que estaba en sus facultades realizar.

En ambos casos, pues, era el hombre de atrás quien condicionaba y decidía la estructura del hecho delictivo, de manera tal que la conducta realizada por la persona interpuesta sólo podía imputársele como obra suya.

(3) La tercera modalidad es conocida como “*autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados*”, cuyas características, presupuestos, requisitos y consecuencias serán objeto de un análisis posterior¹⁰⁴⁸.

Es importante destacar que en torno a esta modalidad de autoría mediata, subsisten algunas posiciones discrepantes entre los autores nacionales¹⁰⁴⁹ y extranjeros¹⁰⁵⁰ que la confunden con supuestos de coautoría, instigación o complicidad, pese a no darse en ella la horizontalidad, o la relación directa o periférica que caracteriza a aquéllas¹⁰⁵¹. Esta interpretación discrepante sobre la posición dogmática del

¹⁰⁴⁷ HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal Parte General I*, obra citada, página 865.

¹⁰⁴⁸ En una perspectiva más específica, autores como BACIGALUPO ZAPATER, entendiendo correctamente que lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento [o, mejor dicho, ejecutor] identifica seis supuestos de autoría mediata; a saber: 1. Instrumento que obra sin dolo. 2. Instrumento que obra coaccionado. 3. Instrumento que carece de capacidad para motivarse de acuerdo a la norma. 4. Instrumento que no obra típicamente. 5. Instrumento que obra de acuerdo a derecho. 6. Instrumento que obra dentro de un aparato de poder [*Principios de Derecho penal Parte General*, Quinta Edición, Editorial Akal/lure, Madrid, 1998, páginas 369 - 372].

¹⁰⁴⁹ CARO CORIA, DINO CARLOS: *Informe Nacional sobre el Perú*. En: *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*. KAI AMBOS y otros (editores), Montevideo, 2008, pág. 302. BARRETO GUZMÁN, MARCO: *Responsable de Escritorio y Ejecutor Material en la Criminalidad Organizada*. En: AA.VV.: *Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal*, Editorial IDEMSA, Lima, 2007, página 120 y ss.

¹⁰⁵⁰ GARCÍA VITOR, ENRIQUE: *La Tesis del “Dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder”*. En: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Marcos Lerner Editor, Córdoba, 2001, página 342 y ss. JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Segunda Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997, páginas 783 y 784. HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ LUIS: *La Autoría mediata en Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, 1996, página 276.

¹⁰⁵¹ Conforme: ROXIN, CLAUDIUS: *Las formas de participación en el delito: El estado actual de la discusión*, 1988. En: *Problemas actuales de la dogmática penal* (traducción: ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL A), ARA Editores, Lima, 2004, páginas 213 y 214. STRATENWERTH refiriéndose a la tesis de la coautoría indica que en estos casos el subordinado al dominio de la organización a lo sumo

nivel superior estratégico, también se ha proyectado en la jurisprudencia nacional. En efecto, en la Ejecutoria de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema –caso Abimael Guzmán Reynoso– del catorce de diciembre de dos mil siete un voto singular consideró la hipótesis de la coautoría¹⁰⁵². Al respecto el propio ROXIN ha aclarado 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”*¹⁰⁵³. 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”*¹⁰⁵⁴.

§ 2. La autoría mediata en el Código Penal peruano.

721º. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y TEXTO VIGENTE. El Código Penal peruano de mil novecientos veinticuatro no incluía en su artículo 100º una definición legal de autor mediato. Sin embargo, el Código Penal de mil ochocientos sesenta y tres en el inciso 2), de su artículo 12º, aludía, aunque en términos no muy precisos, que también podían ser considerados como autores del delito *“los que deciden su ejecución y la efectúan por medio de otros”*.

Los Proyectos de Reforma del Código Penal de mil novecientos veinticuatro que se sucedieron desde octubre de mil novecientos ochenta y cuatro hasta enero de mil novecientos noventa y uno, y que precedieron al Código vigente, incorporaron expresamente una fórmula legal alusiva a la autoría mediata. No obstante, en su secuencia evolutiva describieron esta forma de autoría utilizando expresiones diferentes. Así, por ejemplo, los

puede decidir (...) acerca de si él mismo (o bien otro) ejecutará el hecho, mientras que el coautor tiene que tener en sus manos la decisión de si el hecho se cometerá en sí o no [STRATENWERTH, GÜNTER: *Derecho Penal Parte General I El Hecho punible*, obra citada, página 394]. El dominio del hecho delictivo del hombre de atrás por medio de otro, su rol central o poder de configuración permite diferenciarlo nítidamente de la coautoría. La autonomía de actuación del ejecutor para cometer el hecho típico no es relevante para descartar la autoría mediata del hombre de atrás, en tanto éste tiene una posición de mando de un aparato de poder organizado.

¹⁰⁵² MEINI MENDEZ, IVÁN: *El dominio de la organización en Derecho Penal*. 7 Colección Derecho PUCP. Monografías, Palestra Editores, Lima, 2008, página 162 y ss.

¹⁰⁵³ ROXIN, CLAUS: *La Autoría mediata por dominio en la organización*. En: Problemas Actuales de Dogmática Penal, ARA Editores, Lima, 2004, página 233.

¹⁰⁵⁴ ROXIN, CLAUS: *La Autoría mediata por dominio en la Organización*. En: Problemas Actuales de Dogmática Penal, ARA Editores, Lima, 2004, página 236.

Proyectos de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (artículo 28°), agosto de mil novecientos ochenta y cinco (artículo 40°) y de abril de mil novecientos ochenta y seis (artículo 40°) precisaban que también era autor el que realizaba el delito “*sirviéndose de otro*”. En cambio, los Proyectos de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (artículo 28°), de julio mil novecientos noventa (artículo 28°) y de enero de mil novecientos noventa y uno (artículo 23°) optaron por identificar como autor mediato a quien cometía el delito “*por medio de otro*”. Esta última redacción es la que ha recepcionado la legislación vigente. Efectivamente, el Código Penal de mil novecientos noventa y uno reconoce tres formas de autoría en su artículo 23°, correspondiendo la segunda a la autoría mediata. Según esta disposición será autor “*El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente...*”.

722°. POSICIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. La doctrina y la jurisprudencia nacionales han coincidido en aceptar que dicha fórmula normativa da cabida y legitimidad a las distintas formas de autoría mediata. En ese sentido, se han pronunciado HURTADO POZO¹⁰⁵⁵, VILLAVICENCIO TERREROS¹⁰⁵⁶, BRAMONT ARIAS y BRAMONT – ARIAS TORRES¹⁰⁵⁷ y VILLA STEIN¹⁰⁵⁸. Igualmente, los Tribunales nacionales han aplicado la doctrina de la autoría mediata, sobre todo al resolver casos vinculados a organizaciones criminales¹⁰⁵⁹.

Por consiguiente, la discusión del caso *sub judice* a partir de los contenidos dogmáticos y político criminales de la autoría mediata resulta admisible, legal y justificada.

§ 3. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.

¶ 1. Antecedentes y desarrollos de la dogmática penal.

723°. ORIGEN. Fue el jurista alemán CLAUS ROXIN quien a partir de mil novecientos sesenta y tres¹⁰⁶⁰ 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,

¹⁰⁵⁵ HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal*, obra citada, página 864 y ss.

¹⁰⁵⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal – Parte General*, obra citada, página 470 y ss.

¹⁰⁵⁷ BRAMONT ARIAS, LUIS y BRAMONT – ARIAS TORRES, LUIS ALBERTO: *Código Penal Anotado*, Cuarta Edición Reimpresión Actualizada, Editorial San Marcos, Lima, 2003. página 69 y ss.

¹⁰⁵⁸ VILLA STEIN, JAVIER: *Derecho Penal – Parte General*, obra citada, página 317 y ss.

¹⁰⁵⁹ Véase la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado número 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

¹⁰⁶⁰ ROXIN, CLAUS: *La Autoría mediata por dominio en la organización*. En: *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, ARA Editores, Lima, 2004, página 223 y ss.

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 error¹⁰⁶¹.

724°. El surgimiento de esta propuesta tuvo como punto de partida el análisis de los casos *Eichmann*¹⁰⁶² y *Staschynski*¹⁰⁶³. La evaluación de estos procesos judiciales demostró que no era posible vincular a los procesados con las opciones clásicas de autoría mediata. Sin embargo, ROXIN constató que ambos implicados estuvieron integrados en un aparato de poder organizado y que los delitos que les fueron atribuidos en realidad respondían a designios y órdenes de los órganos centrales de dichas estructuras, los cuales dominaban y conducían su realización. A partir de ello, se podía concluir que el ejecutor inmediato del delito, los mandos intermedios y el órgano central de la estructura de poder que ordenó su ejecución poseían distintas formas de dominar el hecho, pero que no eran excluyentes entre sí. Así, mientras el primero de ellos tenía en sus manos el *dominio de la acción*, esto es, la producción material del hecho punible, el segundo y el tercero poseían el *dominio de la organización*. Es decir, la posibilidad de influir y controlar la realización del evento delictivo, desde su respectivo nivel funcional, a través del aparato de poder que estaba a su disposición. Lo que hacía de estos últimos verdaderos autores mediatos, ya que “*el dominio del hecho del hombre de atrás se basa en que puede a través del aparato que está a su disposición producir el resultado con mayor seguridad que incluso en el supuesto de dominio mediante coacción y error, que son reconocidos casi unánimemente como casos de autoría mediata*”¹⁰⁶⁴.

Por tanto, se trata de un dominio concreto que ejerce el mandante sobre la organización y no de un dominio directo o relación de persona a persona sobre el ejecutor inmediato. Siendo así, el fundamento de esta

¹⁰⁶¹ ROXIN, CLAUDIUS: *Voluntad de Dominio de la Acción mediante aparatos organizados de poder*. En: Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Revista Trimestral, Año ocho, número veintinueve a treinta y dos, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985. página 399 y ss.

¹⁰⁶² Adolf Eichmann era un funcionario administrativo alemán que tenía a su cargo la Oficina Central para la Migración Judía, cuya función era perseguir, seleccionar y capturar a los judíos establecidos en Europa, para luego trasladarlos a los diversos campos de concentración, pero que directamente no había intervenido en la ejecución de persona alguna. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se refugió en la Argentina, país donde vivió con una identidad falsa, y en el que fue capturado por agentes de los servicios secretos israelíes, quienes lo trasladaron a ese país en el que fue condenado como autor de los homicidios cometidos. Al respecto léase: CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización*. En: AA.VV.: *Sistemas Penales Iberoamericanos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Enrique Bacigalupo en su sexagésimo quinto Aniversario, ARA Editores, Lima, 2003. página 626 [nota 181].

¹⁰⁶³ El agente “STASCHYNSKI”, por encargo de un servicio secreto extranjero, eliminó a tiros, en la vía pública, a dos altas personalidades políticas exiliadas. Fue condenado como cómplice en razón de que no obró por propio impulso, sino que cometió el delito en interés de su mandante. Ver: ROXIN, CLAUDIUS: *Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal*. En: AA.VV.: *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*. En Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, página 56.

¹⁰⁶⁴ ROXIN, CLAUDIUS: *El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. En: REJ. Revista de Estudios de la Justicia – N° 7 – Año 2006. página 15.

forma de autoría mediata no puede basarse, pues, en un dominio o control sobre la “*persona interpuesta*”, ya que ésta finalmente “*es una persona libre y responsable en la realización de sus propias acciones*”¹⁰⁶⁵. El dominio del autor mediato se ejerce, pues, sobre el aparato y su estructura, dentro de la cual está integrado y cohesionado el ejecutor¹⁰⁶⁶.

725°. RECEPCIÓN JUDICIAL DE LA TESIS DE ROXIN. La concepción de ROXIN fue invocada judicialmente por primera vez en mil novecientos ochenta y cinco y mil novecientos ochenta y seis, en las sentencias que pronunciaron los Tribunales argentinos que tuvieron a cargo el juzgamiento y la revisión de la condena de las Juntas Militares que gobernaron Argentina entre los años mil novecientos setenta y seis y mil novecientos ochenta y tres –sentencias de nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, y de treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y seis dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respectivamente–¹⁰⁶⁷. Los magistrados de la primera instancia llegaron a la conclusión que los mandos militares eran responsables penalmente en calidad de autores mediatos. Así, en el punto VII.6 de la sentencia de instancia, subtítulo “*El camino a seguir*”, se hizo hincapié en que los procesados habían mantenido siempre el dominio sobre los ejecutores y, por consiguiente, debían responder como autores mediatos de los delitos cometidos¹⁰⁶⁸. Dicha decisión fue luego debatida por la Corte Suprema de Justicia y en un fallo dividido la mayoría de sus integrantes aplicaron también la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización¹⁰⁶⁹.

Posteriormente, fue el Tribunal Supremo Federal alemán –en la sentencia del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cuatro (BGHSt, Tomo

¹⁰⁶⁵ PARIONA ARANA, RAÚL: *Autoría mediata por organización*, Editorial Grijley, Lima, 2009, página 59.

¹⁰⁶⁶ En este sentido se precisa en el AMICUS presentado por la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú –ver tercera conclusión– que “...las fuentes de responsabilidad son distintas tanto para el hombre de atrás como para el ejecutor u hombre de adelante. Mientras la atribución de responsabilidad al hombre de atrás es una imputación por injusto de organización, la atribución de responsabilidad al hombre de adelante (ejecutor) es una imputación por injusto individual” [página 30].

¹⁰⁶⁷ ROXIN, CLAUS: *La Autoría mediata por dominio en la organización*. En: Problemas Actuales de Dogmática Penal, ARA Editores, Lima, 2004, página 226. LASCANO, CARLOS JULIO: *Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales*. En: AA.VV.: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Marcos Lerner Editor, Córdoba, 2001, página 349 y ss.

¹⁰⁶⁸ Para mayor detalle sobre el tema, léase: BERTONI, EDUARDO ANDRÉS: *Autoría mediata por aparatos organizados de poder: Antecedentes y aplicación práctica*. En: Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos, IDEHPUCP, Lima, 2007, páginas 25 – 36.

¹⁰⁶⁹ LASCANO, CARLOS JULIO: *Obra citada*, pág. 368 y ss. Los votos de los Magistrados Supremos ENRIQUE S. PETRACHHI y JORGE A. BACQUÉ son claros al respecto –considerando Décimo Quinto–, al igual, según creemos, del Magistrado Supremo CARLOS S. FAYT –considerandos vigésimo primero y vigésimo segundo–. Los Magistrados Supremos JOSÉ S. CABALLERO y AUGUSTO C. BELLUSCIO expresamente, con mayor énfasis en la parte dispositiva de sus votos, optaron por la imputación a título de cooperador necesarios de los miembros de la Junta Militar Argentina –considerando vigésimo octavo respecto del primero, y considerando vigésimo sexto del segundo–.

cuarenta, páginas doscientos dieciocho/doscientos cuarenta)– quien recurrió a la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, para responsabilizar penalmente a los integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana, por los homicidios cometidos mediante disparos o a través de la colocación de minas con cargas explosivas mortales, en las inmediaciones del Muro de Berlín¹⁰⁷⁰. En esta ocasión se declaró autores mediatos de estas muertes a los tres integrantes del Consejo Nacional de Defensa. De esta manera se modificó la sentencia de primera instancia que sólo los había considerado instigadores de tales ilícitos¹⁰⁷¹.

En nuestra jurisprudencia también se ha atribuido tal modalidad de autoría mediata al líder del grupo terrorista Sendero Luminoso Abimael Guzmán Reynoso. Tanto la sentencia de la Sala Penal Nacional del trece de octubre de dos mil seis, como en la Ejecutoria de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema –voto de la mayoría de dicho Tribunal–, del catorce de diciembre de dos mil siete, lo responsabilizaron por los homicidios y atentados ejecutados por los niveles operativos de dicha organización ilegal. En estas decisiones de la judicatura nacional, a los ejecutores materiales se les consideró autores directos de tan execrables hechos, mientras que a Guzmán Reynoso se le imputaron tales delitos al haber tenido el dominio de la organización, por ejercer el control político y militar de Sendero Luminoso desde su posición y jerarquía en el Comité Central o Dirección Central.

Actualmente a la tercera modalidad de autoría mediata propuesta por ROXIN, se le han aportado desde la doctrina penal alterna o derivada nuevos enfoques y denominaciones, siendo las más utilizadas las siguientes: “*autoría a través del poder de mando*”, “*dominio de la organización*” o “*dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder*”¹⁰⁷².

La doctrina penal nacional también ha analizado la posibilidad de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados¹⁰⁷³, por lo que la discusión de sus alcances y aplicación en el presente caso es pertinente.

¹⁰⁷⁰ ROXIN, CLAUDIUS: *La Autoría mediata por dominio en la organización*, Obra citada, página 227. Cabe destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia STRELETZ, KESSLER y KRENZ vs. Alemania, del veintidós de marzo de dos mil uno, convalidó la condena que el Bundesgerichtshof –BGH– dictó contra los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la Ex República Democrática Alemana.

¹⁰⁷¹ BOLEA BARDÓN, CAROLINA: *Autoría mediata en Derecho Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 343.

¹⁰⁷² BOLEA BARDÓN, CAROLINA: *Obra citada*, pág. 341.

¹⁰⁷³ MENI MENDEZ, IVÁN: *El dominio de la organización en Derecho Penal*, obra citada. PARIONA ARANA, RAÚL: *Autoría mediata por organización*, obra citada, página 435 y ss. MONTAÑA VIVANCO, YVÁN: *La Autoría mediata por dominio de organización. Replanteamiento fáctico – normativo y requerimientos probatorios*. En: Revista Jurídica del Perú. Número ochenta y cuatro, Normas Legales, Lima, Febrero 2008, página 297 y ss. CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización*, obra citada, página 575 y ss.

¶ 2. El Presupuesto General: La existencia de la organización.

726°. ORGANIZACIÓN ESTRUCTURADA. CARACTERÍSTICAS. La tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados 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, pues, **(i)** la “*asignación de roles*”. Esta expresión resulta más ideográfica que aquellas que usa comúnmente la doctrina penal contemporánea¹⁰⁷⁴ para explicar la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones. Es más, tales referencias podrían confundir la autoría mediata con supuestos de coautoría. En este sentido, ROXIN ha precisado 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*”¹⁰⁷⁵.

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*”¹⁰⁷⁶, 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, pues, este “*funcionamiento automático del aparato*” lo que realmente garantice el cumplimiento de la orden¹⁰⁷⁷. 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

¹⁰⁷⁴ MEINI MENDEZ, IVÁN: *El dominio de la organización en Derecho Penal*, obra citada, páginas 18 – 19. FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, página 19.

¹⁰⁷⁵ ROXIN, CLAUDIUS: *La Autoría mediata por dominio en la organización*, obra citada, página 234.

¹⁰⁷⁶ ROXIN CLAUDIUS: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 402.

¹⁰⁷⁷ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: *La Autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Editorial Comares, Granada, 2006, página 12.

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 Käsemann¹⁰⁷⁸. Según ellos, los militares argentinos “*pudieron 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*”¹⁰⁷⁹.

¶ 3. Los Presupuestos Específicos y sus Requisitos.

727°. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS FUNCIONALES. La identificación de las organizaciones jerárquicas que constituyen los aparatos de poder organizado, que sirven de base a la forma de autoría mediata que se analiza, requiere también de la constatación de la presencia de lo que el Tribunal Supremo Federal Alemán ha denominado las “*condiciones marco*”¹⁰⁸⁰. Es decir, de presupuestos y requisitos funcionales. Estos son los siguientes: **1)** el poder de mando; **2)** la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; **3)** la fungibilidad del ejecutor inmediato; y **4)** la elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho.

Estas condiciones marco deben ser analizadas de manera conjunta. No obstante, ello no significa su adición aritmética para configurar como resultado el dominio de la organización. Sino, más bien, que su evaluación debe hacerse caso por caso, evitando así una visión parcial, sesgada o desnaturalizada de su estructura y de su funcionamiento.

728°. NIVELES. Para desarrollar un análisis adecuado y útil de estas condiciones marco, podemos examinarlas en dos niveles.

(A) Uno, de carácter objetivo que comprende **i)** el poder de mando y **ii)** la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder. El primero de estos requisitos resulta trascendental para materializar el dominio de la organización; mientras que, el segundo, le dará mayor solidez a este dominio. Por tanto, cabe calificar a ambos como el soporte básico que permitirá al nivel estratégico superior (autor mediato) edificar y consolidar su dominio sobre la totalidad de la estructura criminal.

¹⁰⁷⁸ AMBOS, KAI / GRAMMER, CHRISTOPH: *Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann*. Artículo publicado en: http://www.menschenrechte.org/Koalition/Espanol/dictamen_Kaesemann.pdf

¹⁰⁷⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, página 12 [nota 10].

¹⁰⁸⁰ Al respecto véase: MEINI MENDEZ, IVÁN: *El dominio de la organización en Derecho Penal*, obra citada, página 25. PARIONA ARANA, RAÚL: *La doctrina de la “disposición al hecho”*. ¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización? En: *JUS Doctrina & Práctica*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 44 [nota 32]. ROXIN, CLAUDIUS: *El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. En *REJ, Revista de Estudios de la Justicia* – número siete – Año 2006, páginas 15 – 20. AMBOS, KAI: *Dominio por organización. Estado de la discusión*. En: *AA.VV.: Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Editorial IDEMSA, Lima, 2007, páginas 82 – 83. Este mismo artículo también aparece publicado en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, Legis, Bogotá, 2007. página 28.

(B) El otro, de carácter subjetivo, donde estarían ubicadas **i)** la *fungibilidad del ejecutor directo* y **ii)** su *elevada disponibilidad hacia la realización del hecho*. Estos dos requisitos subjetivos son consecuencia del propio automatismo y derivan de lo que ROXIN denomina la “*palanca del poder*”¹⁰⁸¹. Ello es trascendente, pues permite inferir que la actuación del ejecutor directo dependerá finalmente de su propia voluntad a la realización del hecho. En cambio, la no ejecución por éste del evento criminal, conllevará a su *fungibilidad* o sustitución por la de otra persona interpuesta que tenga una mayor *predisposición a la realización del hecho típico*.

¶ 4. Los Presupuestos y Requisitos Objetivos.

* 4.1. El Poder de Mando.

729°. CONCEPTO. Como se ha señalado 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, como se detallará más adelante, 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*.

730°. FORMAS DEL PODER DE MANDO. En este ámbito, cabe distinguir entre el poder de mando que se ejerce en el nivel superior estratégico y el que se realiza en los niveles intermedios. Es, pues, 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, ya

¹⁰⁸¹ ROXIN, CLAUDIUS: *Sobre la Autoría y participación en el Derecho Penal*, 1970, página 63.

que no se pueden equiparar la forma y alcance con las cuales el nivel estratégico superior imparte 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, ya 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.

Esta visualización de la organización y de sus jerarquías funcionales, ha sido aplicada en la judicatura nacional 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*”, ya 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*, respectivamente¹⁰⁸².

731º. GRADOS DE RESPONSABILIDAD Y REPROCHABILIDAD.

1. El grado de responsabilidad penal también difiere para quien se encuentra en el escalón superior máximo y será mucho mayor que el que corresponde atribuir a quien se encuentra en un nivel intermedio. Este mayor nivel de responsabilidad fue puesto de relieve por el Tribunal de Jerusalén en el caso Eichmann. En esa ocasión se señaló que “*la medida de la responsabilidad crece siempre más cuanto más uno se aleje de aquellos que ponen las armas letales en acción con sus manos, alcanzado a los escalones más altos del mando,...*”¹⁰⁸³. Similar posición asumió la Sala Penal Nacional con relación a los líderes de Sendero Luminoso. Al respecto, se destacó que “*El poder fáctico de control, decreciente hacia arriba en la jerarquía de mando, es compensado en cierto modo con la mayor*

¹⁰⁸² Véase el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

¹⁰⁸³ ROXIN, CLAUS: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, Obra citada, 1985, página 404. Del mismo autor: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998, página 272.

responsabilidad de quienes están en las posiciones más altas”¹⁰⁸⁴. En ambos casos, pues, se verificó judicialmente lo que ROXIN refiere en torno a “... que la pérdida en proximidad a los hechos por parte de las esferas de conducción del aparato se ve compensada crecientemente en dominio organizativo”¹⁰⁸⁵. Lo que permite concluir que la responsabilidad se incrementará cuanto más se aleje de la comisión del hecho delictivo y se acerque más al nivel estratégico superior del aparato de poder organizado.

2. Cabe destacar, en este contexto, que el grado de reprochabilidad que ha de recaer sobre el titular del poder de mando será siempre más intenso cuando el origen del mismo parte de un marco de legitimidad formal. En estos casos, pues, corresponderá un mayor grado de desvalor, porque aquél abusando de su posición de dominio produce una doble afectación al sistema al crear y dirigir una estructura organizacional jerárquica y delincencial, a la vez que paralela y encubierta. Primero, por haberse alejado del orden legal establecido y que era la fuente del uso legítimo de su poder; y, luego, porque al ser conocedor del marco jurídico existente diseña y activa dicha estructura criminal de modo que resulta menos identificable a las autoridades encargadas de la prevención y control del delito.

3. Es relevante precisar que quien actúa en línea periférica o colateral a una cadena de mando, sea como consejero o simple emisario de las disposiciones de los niveles estratégicos o intermediarios; o de quien sólo se limita a proporcionar los medios necesarios para la comisión del delito, sin posibilidad alguna de emitir órdenes, sólo podrá ser considerado como cómplice. Pero, para poder determinar este rol subsidiario a la cadena de mando será necesario reconocer la posición real que se ocupa dentro de la organización, así como el tipo de aporte que se realiza para la concreción de los hechos ilícitos. Por tanto, no resulta compatible con la configuración e intervención de este sector periférico o colateral la denominación de “mandos intermedios inferiores” que le asigna parte de la doctrina nacional¹⁰⁸⁶. Sobre todo, porque el término “mando” implicará siempre la capacidad de emitir una orden basándose en el grado de dominio que se ejerce sobre la estructura criminal. Por tanto, todo aquél que en atención a su jerarquía pone en funcionamiento la maquinaria del aparato de poder organizado, para la comisión del delito, deberá responder siempre como autor mediato.

4. Un caso particular que se ha de tomar en cuenta es el *poder de mando entre niveles intermedios* o lo que se podría denominar también la *posición de mando a mando*. Esta variante se presenta generalmente en aparatos de poder organizados complejos. Ahora bien, la presencia de una cadena de mandos intermedios no excluye la imputación de responsabilidad

¹⁰⁸⁴ Confróntese el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

¹⁰⁸⁵ ROXIN, CLAUDIUS: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 405.

¹⁰⁸⁶ CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder*, obra citada, página 635.

equivalente de unos y otros. En estos supuestos, es importante reiterarlo, todo aquél que se encuentra en una posición específica privilegiada con capacidad de impartir órdenes, responderá a título de autor mediato, pues sus disposiciones permitirán que la estructura criminal siga activa.

5. Por consiguiente, no se puede admitir entre estos niveles de mando intermedio o secuencial, como causa de exculpación, el hecho de que *"solamente se encargó de transmitir la orden"* proveniente de otro mando. Ello debido a que su disposición y mando determinan también que la conducta punible se realice. Tampoco cabe argüir como eximente, en estos casos, el argumento de que *"si no lo hubiera hecho otro se hubiera encargado de hacerlo"* pues el mando intermedio tiene cabal conocimiento, por su posición en una estructura jerárquica, que su intervención será parte activa en la concreción de las conductas criminales que realicen finalmente los ejecutores. Según ROXIN, esto también fue destacado por el Tribunal de Jerusalén para justificar la condición de autor de Eichmann, la cual no se veía afectada *"... aún cuando él esté en una relación de subordinación respecto del órgano, como un mero ejecutor. Porque la figura de la víctima sin sentido, por más importante que sea en la teoría del autor para sancionar la conducta del mandante, va más allá, en referencia al comportamiento personal del ejecutor, hasta el viejo y ya antes mencionado pretexto de la causalidad superadora..."*¹⁰⁸⁷. En consecuencia, pues, dicho autor destaca que *"quien comete un delito no se libera de su responsabilidad por la circunstancia de que si él no lo hace, otro habría consumado el hecho. Por otra parte, Eichmann no era sólo un ejecutor, sino que a la vista de sus subordinados era, al mismo tiempo, un mandante, de modo tal que los criterios que hacen de sus inspiradores autores mediatos también lo alcanzan a él"*¹⁰⁸⁸.

732º. PODER DE MANDO Y ÓRDENES. CLASIFICACIÓN.

1. Como se ha enunciado, la manifestación más característica del poder de mando es la orden. Esta debe entenderse 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. Puede ser verbal o escrita. Sin embargo, también puede expresarse a través de signos o gestos. Por tanto, respecto a las órdenes, se pueden distinguir dos planos. En un primer plano, cabe ubicar las *órdenes formales* que adquieren tal condición en función de *disposiciones, directivas y mandatos*. En cambio, en un segundo plano se encuentran las *órdenes por su efectividad material*, es decir, las *señales, expresiones, gesticulaciones, acciones concretas o expresiones afines de distinta índole*. Cabe precisar que el titular del poder de mando puede, según los casos y las circunstancias de su intervención, dar a sus órdenes cualesquiera de las dos expresiones que se han detallado.

¹⁰⁸⁷ ROXIN, CLAUS: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 404. Del mismo autor: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 1998, pág. 272.

¹⁰⁸⁸ ROXIN, CLAUS: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, Obra citada, 1985, página 404.

2. Las órdenes del primer plano son frecuentes en aquellas organizaciones que apartándose del régimen formal y legítimo que gobiernan su estructura, se desvían hacia la realización de fines delictivos. En estos casos, se busca aprovechar la base legal con la que se constituyeron para “disfrazar” la comisión de sus actos ilícitos. Así la utilización de órdenes del primer plano, llámense disposiciones, directivas, mandatos y/o normativas, etcétera, pueden coincidir o no con los procedimientos usuales del marco legal – formal. No obstante, esto último resulta irrelevante ya que el aparato de poder viene actuando al margen del Derecho y con la finalidad concreta de realizar conductas punibles. Es más, las experiencias conocidas judicialmente sobre estructuras de poder organizado de naturaleza u origen estatal muestran que lo común es que no se registre en una disposición o documento el mandato ilegal, pues lo que es importante es el poder concreto, efectivo y real que se ejerce por el nivel de mando dentro de la organización y que los subordinados reconocen como tal.

3. El caso de las Juntas Militares de gobierno argentinas, ha posibilitado evidenciar este tipo de proceder. Así lo refiere CASTILLO ALVA, citando a SANCINETTI: *“Todas las operaciones contra la subversión y el terrorismo, llevadas a cabo por las fuerzas armadas y por las fuerzas de seguridad, policiales y penitenciarias bajo el control operacional, en cumplimiento de lo dispuesto por los decretos 261/75, 2770/75, 2771/75 y 2772/75 fueron ejecutados conforme a los planes aprobados y supervisados por los mandos superiores orgánicos de las fuerzas armadas y por la junta militar a partir del momento de su constitución”*¹⁰⁸⁹.

4. Las órdenes del segundo plano se emplean, generalmente, por los aparatos de poder organizado que se han estructurado desde sus orígenes desvinculados totalmente del ordenamiento jurídico. Éste es el caso de las organizaciones terroristas que persiguen la toma violenta del poder político.

5. Según la jurisprudencia nacional, ello ocurrió al interior de la organización Sendero Luminoso mediante el poder de decisión que detentaba su Dirección Central. En efecto, conforme a lo establecido por la Sala Penal Nacional muchas de las órdenes que se emitían consistían en una serie de gestos y prácticas codificadas que sólo los integrantes de la organización, y en especial sus dirigentes, utilizaban e interpretaban. Así, era un procedimiento reglado por la cúpula que antes de la realización de un aniquilamiento, se tenía que “desenmascarar a la víctima”, sea un funcionario público o empresario. Esto último se llevaba a cabo a través del pegado de afiches, reparto de volantes, publicaciones en periódicos u otros medios de comunicación o por concretas críticas que hacía la Dirección a un determinado personaje en las sesiones del Comité Central u otros eventos en los que se proponían el asesinato de ciertas personas. Las mismas que al poco tiempo eran eliminadas y que, luego, la Dirección Central, de manera exprofesa, destacaba como un éxito de la

¹⁰⁸⁹ CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder*, obra citada, página 589.

organización¹⁰⁹⁰. Según la sentencia de la Sala Penal Nacional, tal procedimiento fue adoptado por Abimael Guzmán Reynoso contra el Vicealmirante en situación de retiro Gerónimo Cafferata Marazzi, durante la denominada IV Conferencia Nacional realizada en 1986¹⁰⁹¹.

* 4.2. El Apartamiento del Derecho. Modalidades y Características.

733º. DEFINICIÓN. Otro presupuesto objetivo para la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados es la “desvinculación” o “apartamiento” del Derecho. Identificando a este último como un sistema u ordenamiento jurídico representado por un conjunto coordinado de normas¹⁰⁹² generales y positivas que regulan la vida social¹⁰⁹³. 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”¹⁰⁹⁴. Sin embargo, este Derecho nacional se encuentra estrechamente vinculado e integrado con el Derecho internacional constituyendo una unidad¹⁰⁹⁵. 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.

734º. ALCANCE DEL APARTAMIENTO DEL DERECHO. SUPUESTOS. Como advierte ROXIN, en estos casos, “el aparato funciona como una totalidad por fuera del orden jurídico”¹⁰⁹⁶. 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. Para ROXIN, pues, el apartamiento del Derecho no se refiere únicamente al ordenamiento

¹⁰⁹⁰ Al respecto, véase el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

¹⁰⁹¹ A ello se refiere la nota 19 que aparece en el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado N° 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

¹⁰⁹² BOBBIO, NORBERTO: *Teoría General del Derecho*, Editorial Themis. Bogotá, 1999, página 141.

¹⁰⁹³ RADBRUCH, GUSTAV: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Novena Reimpresión, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2005, página 46.

¹⁰⁹⁴ Kelsen, HANS: *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Editorial Grijley, Lima, 2001, página 55.

¹⁰⁹⁵ Para una breve referencia entre las construcciones “monistas” y “dualistas” de la relación existente entre el Derecho nacional e internacional, léase: Kelsen, HANS: *Obra citada*, páginas 83 y 84.

¹⁰⁹⁶ ROXIN, CLAUS: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 407.

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”*¹⁰⁹⁷. En esa misma dirección, FARALDO CABANA hace referencia a un *“derecho suprapositivo”* que estaría representado por el orden jurídico internacional: *“explicar como un Estado totalitario puede actuar como un todo fuera del marco del Ordenamiento jurídico, al ser ese marco no el proporcionado por el Derecho estatal sino otro más amplio, llámesele internacional, suprapositivo, supralegal o natural”*¹⁰⁹⁸.

Otro supuesto de autoría mediata, por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, que reconoce ROXIN, 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”*¹⁰⁹⁹.

En suma, para ROXIN 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”*¹¹⁰⁰. Únicamente se debería excluir a los casos de criminalidad empresarial. En consecuencia, pues, toda visualización y comprensión de la desvinculación o apartamiento del Derecho deben 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.

735°. AUTORÍA MEDIATA Y CRIMINALIDAD ESTATAL. Por las características y contenidos de la imputación en el caso *sub judice*, es relevante evaluar las expresiones y manifestaciones concretas de la autoría mediata que se gesta y opera como criminalidad estatal.

1. Al respecto, cabe destacar que ROXIN considera a la criminalidad de los aparatos de poder organizado estatal, como el *“prototipo de criminalidad organizada”*¹¹⁰¹. Es más, como refiere ZAFFARONI¹¹⁰², la criminología y la

¹⁰⁹⁷ ROXIN, CLAUS: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 408.

¹⁰⁹⁸ FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 208.

¹⁰⁹⁹ ROXIN, CLAUS: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, páginas 408 – 409.

¹¹⁰⁰ ROXIN, CLAUS: *La Autoría mediata por dominio en la organización*. En *Problemas Actuales de Dogmática Penal* [Traducción de Manuel Abanto Vásquez], ARA Editores, Lima, 2004, página 238.

¹¹⁰¹ ROXIN, CLAUS: *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*. En: *Revista Penal* número dos, Editorial Praxis, Barcelona, Julio 2008, página 61.

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 internacional¹¹⁰³. Esta forma de criminalidad atenta, pues, 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, pues, 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”*¹¹⁰⁴. Esto último es trascendente, ya que 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 alternativo* 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

¹¹⁰² ZAFFARONI, RAÚL; *El Crimen de Estado como objeto de la criminología*. En: Panorama internacional sobre Justicia Penal, Universidad Nacional Autónoma de México, serie Doctrina Jurídica número 394, México, 2007, página 25.

¹¹⁰³ En este sentido, FARALDO CABANA quien sigue a VEST y precisa que la actuación como órgano del Estado es un requisito fundamental para poder hablar de responsabilidad internacional del Estado [Ver nota 420]. Véase: FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, páginas. 200 - 201.

¹¹⁰⁴ BOLEA BARDÓN, CAROLINA: *Autoría mediata en Derecho Penal*, obra citada, página 370.

promovidos desde el mismo Estado, y por quien detenta la máxima autoridad, no pueden ser tolerados por los regímenes democráticos. Por consiguiente, pues, 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.

736°. GOBIERNOS DE FACTO Y APARTAMIENTO DEL DERECHO. En este contexto, es relevante, particularmente para el caso *sub judice*, evaluar la condición de los denominados gobiernos de *facto por razón de su ejercicio*. Es decir, aquellos que fueron instituidos con las formalidades estipuladas en la Constitución, pero que luego se van expresando, manifestando y conduciendo fuera de ella o contra lo previsto por ella¹¹⁰⁵.

1. GARCÍA TOMA precisa que los gobiernos de *facto* se constituyen a raíz de “...hechos que contradicen las normas constitucionales y legales que proveen el modo de constituir un gobierno o el ejercicio mismo del poder político”. En estos casos, refiere el citado autor, el poder de mando de tales regímenes se encuentra viciado por el “síndrome de la irregularidad jurídica”, lo cual conlleva a “la ruptura total o parcial del ordenamiento constitucional vigente, mediante una acción súbita y violenta”¹¹⁰⁶. La experiencia latinoamericana ha denunciado que estos regímenes de *facto*, sobre todo aquellos que surgen de golpes de Estado, paulatinamente se van apartando del derecho y auspician un sistema jurídico paralelo dentro del cual la criminalidad de Estado es siempre un efecto latente o manifiesto como se evidenció en varios países de la región en las tres últimas décadas¹¹⁰⁷.

2. Con respecto a esto último el Tribunal Constitucional ha señalado en la STC número 0014–2003–AI/TC, del diez de diciembre de dos mil tres, sexto Fundamento Jurídico, que “Uno de los criterios para medir el grado de legitimidad de una institución, tiene que ver con lo que el mismo KARL DEUTSCH denomina “legitimidad por procedimiento”. Mediante éste, por ejemplo, se analiza la forma cómo alguien llega al poder, se hace del poder [o, agregamos nosotros], se crea una institución. Este usufructo del poder [o el proceso de creación de una institución] “se dice a menudo legítima, cuando se llega al mismo mediante un procedimiento ‘legítimo’, es decir, un procedimiento que los gobernados consideran compatible con la configuración de sus propios valores. Según este punto de vista, su posesión del cargo [o la creación de una institución] es legítima por la forma en que la obtuvo [o se crea], no en virtud de lo que [se] haga en el mismo” [Política y Gobierno, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 28]. En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional comparte el alegato de los

¹¹⁰⁵ GARCÍA TOMA, VÍCTOR: *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Primera Edición, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, 1999, página 389.

¹¹⁰⁶ GARCÍA TOMA, VÍCTOR: *Teoría del Estado y Derecho constitucional*, obra citada, página 386.

¹¹⁰⁷ Al respecto léase: BRUERA, MATILDE: *Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder*. En: AA.VV.: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*. Homenaje al Profesor Claus Roxin, Marcos Lerner Editor, Córdoba, 2001, página 263.

recurrentes según el cual, quien impulsó la creación de la Constitución de 1993, carecía de legitimidad de origen o legitimidad por el procedimiento. Como se ha sostenido en la demanda, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura, la cual para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido y revestir de legalidad al ejercicio del poder, convocó a un Congreso Constituyente Democrático, al que atribuyó competencia para dictar la Constitución Política del Perú de 1993. Dicho acto, conforme a lo que establecía el artículo 81° de la Constitución de 1979, concordante con lo previsto en el artículo 346° del Código Penal vigente, constituyó un ilícito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, puesto que hubo un alzamiento en armas para variar la forma de gobierno y modificar el régimen constitucional.”¹¹⁰⁸

¶ 5. Los Presupuestos y Requisitos Subjetivos.

* 1. La Fungibilidad. Clases

737°. CONCEPTO. La fungibilidad constituye el primer presupuesto de carácter subjetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Se le ha entendido, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso. En tal sentido, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, parafraseando la posición de JOECKS, señala que un elemento central de esta forma del dominio de la voluntad lo constituye el poder de sustitución de que tiene el hombre de atrás¹¹⁰⁹. Esta jurista, además, da constancia que en la actual doctrina española y sudamericana, se concede a la fungibilidad igual condición¹¹¹⁰.

Pero, si bien se representa a la fungibilidad como una facultad de absoluto control del nivel estratégico superior, ella se cimienta, en realidad, en la propia configuración que tienen los niveles intermedios y ejecutores que se integran en la estructura criminal de poder que aquél controla totalmente. En tal sentido, como destaca FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, la fungibilidad no depende, entonces, del modo de comisión del hecho punible que realiza el ejecutor, sino de su particular integración en la estructura criminal: “La disposición del aparato convierte al ejecutor en un instrumento arbitrariamente intercambiable... Es fungible desde el momento en que el hombre de atrás puede contar con su sustituibilidad... Desde luego que el

¹¹⁰⁸ En Internet: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-AI.html>

¹¹⁰⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, páginas 130 – 131.

¹¹¹⁰ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, páginas 128 – 132.

*ejecutor es sustituible, por mucho que no haya sido sustituido en el hecho concreto*¹¹¹¹.

De allí que ROXIN, al exponer las características de la fungibilidad, resalte, continuamente, que tal condición garantiza al hombre de atrás la realización del evento criminal y le permite, a su vez, el dominio del hecho. El ejecutor es, pues, simplemente una *“ruedita cambiabile en la máquina del poder”*¹¹¹², un *“engranaje”*¹¹¹³ sustituible en cualquier momento pero que ocupará un lugar central en la materialización de los acontecimientos ilícitos. Ahora bien, desde ese enfoque la fungibilidad incide, justamente, en la mayor probabilidad de concreción del resultado delictivo ya que el aparato criminal contará siempre con un grupo indeterminado de ejecutores potenciales, con lo cual en ningún momento el cumplimiento de la orden estará, siquiera mediatamente, en riesgo.

En suma, como reconoce la doctrina extranjera y nacional, *“La fungibilidad debe indudablemente existir durante la ejecución del delito, pero será difícil imaginar un supuesto en el que ésta no existiera también previamente”*¹¹¹⁴. De allí que: *“la posibilidad y capacidad de intercambiar a los ejecutores del hecho delictivo acaecido en el seno de una maquinaria de poder organizado no puede prescindir de un análisis ex ante”*¹¹¹⁵.

738°. CLASES DE FUNGIBILIDAD. En función de lo antes expuesto se pueden identificar dos clases de fungibilidad: *la negativa y la positiva*.

1. *La fungibilidad negativa.* Corresponde al concepto tradicional que le otorga ROXIN y que implica, sobretudo, que: *“El agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible”*¹¹¹⁶. Es decir, en términos operativos, ello supone en relación a los potenciales ejecutores, que: *“Si uno fracasa, otro le va suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de atrás”*¹¹¹⁷. Esta fungibilidad negativa significa, pues, 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. Ello, porque el incumplimiento de la orden por el primer ejecutor determinará, por la propia estructura del aparato de poder, que un segundo ejecutor tome inmediatamente su lugar, no afectándose en nada la concreción de la conducta punible. Sin embargo, tal como lo señala Bolea Bardón, la exigencia de una reserva de ejecutores

¹¹¹¹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, páginas 126 – 127.

¹¹¹² ROXIN, CLAUS: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 403.

¹¹¹³ ROXIN, CLAUS: *La Autoría mediata por dominio en la organización*, 2004, pág. 224.

¹¹¹⁴ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: *La Autoría mediata en aparatos Organizados de poder*, obra citada, páginas 126 – 127.

¹¹¹⁵ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: *La Autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, página 127 [nota 24].

¹¹¹⁶ ROXIN, CLAUS: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 1998, página 271.

¹¹¹⁷ ROXIN, CLAUS: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 1998, página 273.

no supone que el número de estos tenga que ser ilimitado¹¹¹⁸. En ese mismo sentido, FARALDO CABANA sostiene que basta contar con un número de integrantes que resulte suficiente para posibilitar el intercambio oportuno de la persona interpuesta que se niega a la realización de la orden dispuesta por el nivel estratégico superior¹¹¹⁹. La doctrina nacional también participa de esta referencia cuantitativa a la fungibilidad negativa. Así, MEINI MÉNDEZ requiere únicamente que la cantidad de ejecutores potenciales sea idónea para asegurar el éxito del plan delictivo¹¹²⁰.

2. Para graficar esta modalidad fungible, ROXIN aludía a los argumentos planteados por la defensa de Eichmann ante el Tribunal de Jerusalén. Según él, carecía de relevancia que el funcionario nazi no cumpliera con la orden de ejecución de los judíos, ya que ésta, aún en tal supuesto, se hubiera llevado a cabo. De esta manera quedaba en evidencia que el delito no era obra de una persona individual, sino del propio Estado¹¹²¹. En la jurisprudencia nacional también se ha aludido a esta posición de fungibilidad negativa. Efectivamente, la Sala Penal Nacional en su sentencia al líder senderista Abimael Guzmán Reynoso, sostuvo: *“el hombre de atrás no dominaba la voluntad del ejecutor de modo directo, sino sólo indirecto a través del aparato criminal”*. Ello, en función de la concurrencia de dos factores interdependientes: primero por lo decisivo de la conducción del aparato; y, luego, por la vinculación, la pertenencia y subordinación por parte del ejecutor a la jerarquía de este aparato¹¹²².

3. La *fungibilidad positiva*. Surge y se aprecia, justamente, a partir de la concurrencia de una pluralidad de ejecutores potenciales en la estructura del aparato de poder. Esto último otorga al nivel estratégico superior mayor garantía para el cumplimiento de su orden, en función a las necesidades particulares que la ejecución que esta demande. Por tanto, aquél conoce que no tendrá, necesariamente, que utilizar siempre a los mismos ejecutores en la concreción de un hecho punible, sino que podrá intercambiarlos atendiendo a las circunstancias y magnitud de cada evento criminal, para lo cual evaluará, entre otros factores, las especialidades, capacidades y habilidades que estos tengan. En consecuencia, la fungibilidad en sentido positivo otorga al nivel estratégico superior la posibilidad de elegir, para la comisión del hecho punible, la mejor opción entre todos los ejecutores que tiene a disposición el aparato de poder. Por tanto, como explica FARALDO CABANA, *“...el criterio de fungibilidad no se determina atendiendo únicamente al momento de la ejecución, sino observando si existen en el momento de dar la orden sujetos dispuestos a cumplir las órdenes dictadas*

¹¹¹⁸ BOLEA BARDÓN, CAROLINA: *Autoría mediata en Derecho Penal*, obra citada, página 396.

¹¹¹⁹ FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 89.

¹¹²⁰ Citado por: FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: *La Autoría mediata en aparatos organizados de Poder*, obra citada, página 138.

¹¹²¹ ROXIN, CLAUS: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, páginas 403 – 406. Del mismo autor: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 1988, páginas. 271 – 273.

¹¹²² Confróntese el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

por los superiores jerárquicos, con independencia de que al final sean sólo unos pocos los que las ejecuten”¹¹²³.

739º. FUNGIBILIDAD Y DISCUSIÓN DOGMÁTICA. Un sector minoritario de la doctrina ha cuestionado la condición de presupuesto esencial, que tendría la fungibilidad para la configuración de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.

1. Según sus principales exponentes, lo verdaderamente importante sería la elevada disposición del ejecutor hacia la realización del delito ordenado. Al respecto PARIONA ARANA, precisa que SCHROEDER, desde mil novecientos sesenta y cinco, sostuvo que en la fundamentación de una autoría mediata en aparatos de poder organizados no sería decisiva la fungibilidad de la persona interpuesta, ya que en el caso de que los ejecutores directos no sean reemplazables, en nada se afectaría la responsabilidad de los sujetos que intervinieron en la comisión del hecho punible. Para este último autor, lo determinante para el dominio del hecho por el nivel superior estratégico de una estructura de poder, sólo podría fundamentarse asociando a la fungibilidad la disposición, en todo momento, de los ejecutores a realizar el hecho ilícito. En consecuencia, la fungibilidad sólo sería un medio para lograr el dominio, pero no su razón determinante¹¹²⁴.

2. En la doctrina y en la jurisprudencia nacional, la tesis de SCHROEDER ha sido seguida por MEINI MÉNDEZ y por la Sala Penal Nacional en la sentencia del caso Guzmán Reynoso. Para el primero, la posibilidad de sustitución es una expectativa de comportamiento delictivo y se convierte en un simple dato estadístico sobre la probabilidad del éxito del plan criminal, por lo que resulta innecesario hacer mención a la posibilidad de sustituir al ejecutor como un elemento decisivo del dominio de la organización¹¹²⁵. Para la segunda, el dominio radica en el “*aprovechamiento de la predisposición del ejecutor*” para realizar la orden. La posibilidad de sustituir a los ejecutores constituye únicamente la existencia de mayores probabilidades de que la conducta delictiva se materialice, pero no fundamenta dominio alguno¹¹²⁶.

3. Ahora bien, otro sector de la doctrina ha considerado en cambio que los cuestionamientos formulados a la fungibilidad no son sólidos. Ellos, funcionalmente, sólo expresan dos opciones de enfoque o de perspectiva sobre los roles y niveles de responsabilidad que corresponderán a quienes interactúan en la dinámica estratégica u operativa de la criminalidad al interior de una estructura de poder organizado. En consecuencia, pues, de ellos no emergen posiciones que se contrapongan o subordinen realmente

¹¹²³ FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 230.

¹¹²⁴ Véase: PARIONA ARANA, RAÚL: *Autoría mediata por organización*, obra citada, páginas 54-55.

¹¹²⁵ MEINI MÉNDEZ, IVÁN: *El dominio de la organización en Derecho Penal*, obra citada, páginas 64 y 65.

¹¹²⁶ Confróntese el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

a las de ROXIN, sobretodo en lo atinente al significado dogmático que concede a la fungibilidad para la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder de naturaleza y origen estatal. Al respecto, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ ha esclarecido que si bien es correcto el argumento esgrimido por SCHROEDER y sus seguidores, pues, desde el punto de vista del ejecutor inmediato, su grado de responsabilidad será siempre el de autor directo, en tanto este sea fungible o no, se omite valorar que *“la afirmación de tal fungibilidad no está siendo aquí utilizada como fundamento del dominio de la acción del hombre de delante, sino como fundamento del dominio de la voluntad del hombre de atrás”*¹¹²⁷. De igual modo, FARALDO CABANA refiere que lo que *“...la fungibilidad de los ejecutores aporta a la teoría de la autoría mediata con aparatos organizados de poder no es la explicación de cómo el ejecutor se convierte en un instrumento en manos del hombre de atrás, sino la razón que justifica el traslado de la posición central del suceso del hombre de delante al hombre de atrás”*¹¹²⁸. Por tanto, esta autora concluye sosteniendo que si no es posible acreditar la fungibilidad del ejecutor o persona interpuesta, la posibilidad de afirmar una autoría mediata por dominio de la organización se extinguiría. Frente a lo cual sólo cabría *“considerar la posible imputación del hombre de atrás como partícipe, pero ello en nada cambia que el autor inmediato seguiría respondiendo como autor por el delito cometido”*¹¹²⁹.

4. Sin embargo, como se advierte de las últimas publicaciones de ROXIN, la fungibilidad y la elevada disposición hacia la realización del hecho no deben ser apreciadas como presupuestos excluyentes ni mucho menos incompatibles entre sí. Es más, la mayor o menor preponderancia en la atribución de dominio del nivel superior estratégico que aporte una u otra dependerá, casi siempre, de las condiciones concretas que se den en el momento de la emisión de la orden y de su ejecución. Ambas, pues, son fundamentales para que ese nivel superior estratégico pueda ser objeto de atribución de responsabilidad como autor mediato.

5. Por lo demás, esta última posición, que denominamos “integradora”, resulta en el presente la predominante. Por ejemplo, EBERT acepta, sin excluir ni restar relevancia a la fungibilidad, que la disposición al hecho del ejecutor es un presupuesto más que se ha de cumplir para la configuración del dominio de la organización por parte del hombre de atrás¹¹³⁰. Lo mismo ha sostenido FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, al destacar que muestra absoluta coincidencia con ROXIN para considerar también al criterio de la *“disposición incondicional”* de la ejecución del hecho propuesto por Schroeder, como un presupuesto más en la construcción, verificación y atribución de casos

¹¹²⁷ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, páginas 135 – 136.

¹¹²⁸ FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 91.

¹¹²⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, página 136.

¹¹³⁰ Citado por FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, página 213.

de autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados¹¹³¹.

*** 2. La predisposición a la realización del hecho ilícito.**

740°. NECESIDAD DE SU INCLUSIÓN. Los tres presupuestos hasta ahora analizados: poder de mando, apartamiento del derecho y fungibilidad, constituyeron por mucho tiempo los tres pilares básicos sobre los cuales ROXIN apoyó su tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, este autor en sus últimos estudios¹¹³² ha considerado la inclusión e integración de un cuarto presupuesto denominado: *disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho*¹¹³³.

Como ya se señaló, 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"*)¹¹³⁴ desde mediados de los años sesenta y que, luego, también fuera desarrollado por HEINRICH (*"inclinación típicamente organizativa al hecho"*)¹¹³⁵.

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"*¹¹³⁶.

741°. DEFINICIÓN. 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

¹¹³¹ FERNÁNDEZ IBAÑEZ, EVA: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, página 236.

¹¹³² ROXIN, CLAUS: *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, 2006, pág. 19. Del mismo autor: *Dominio de la organización y resolución al hecho*. En: *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*. Editorial Grijley, Lima, 2006, página 530.

¹¹³³ ROXIN, CLAUS: *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, 2006, pág. 19. Así también lo reconoce: MEINI MENDEZ, IVÁN: *Obra citada*, página 61.

¹¹³⁴ Citado por ROXIN, CLAUS: *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, 2006, página 19.

¹¹³⁵ Citado por ROXIN, CLAUS: *Dominio de la organización y resolución al hecho*, 2006, página 530.

¹¹³⁶ ROXIN, CLAUS: *La autoría mediata por dominio en la organización*, 2004, página 240.

con el proceso de una motivación justificativa, los que podían transformar a “*millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos*”¹¹³⁷.

Sobre el carácter incondicional o condicional de tal predisposición no se ha alcanzado todavía consenso en la doctrina y en la jurisprudencia¹¹³⁸. 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, pues, 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 sintiera ni actuara, pues, 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 subordinado¹¹³⁹. Esto tiene una explicación psicosocial, la cual se basa, 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 delincuencial. 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 mediatos¹¹⁴⁰. 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. De esta manera, como interpreta PARIONA ARANA, el hombre de atrás habrá alcanzado el

¹¹³⁷ Citado por FERNÁNDEZ IBAÑEZ, EVA: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, página 136.

¹¹³⁸ ROXIN, CLAUDIUS: *Dominio de la organización y resolución al hecho*, 2006, página 516.

¹¹³⁹ Véase el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

¹¹⁴⁰ ROXIN, CLAUDIUS: *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, 2006, página 20.

dominio de la persona interpuesta “a través del comportamiento preexistente a la comisión del hecho”¹¹⁴¹.

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

742. ANTECEDENTES. 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, para atribuir responsabilidad penal a niveles estratégicos de 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 Tokio¹¹⁴². 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”¹¹⁴³. Posteriormente, hacia mediados de los años noventa, el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia también utilizó tal teoría para condenar a los mandos militares del ejército de la República de Serbia, Bosnia y Herzegovina que 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 delictivas¹¹⁴⁴.

743°. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR. Ahora bien, la *Responsabilidad del Superior* es interpretada por la doctrina, y regulada en el Derecho Penal Internacional, como un comportamiento omisivo que genera una responsabilidad de quien ejerce mando sobre el autor directo del delito¹¹⁴⁵. Generalmente, se alude a que el superior, en tales casos,

¹¹⁴¹ Citado por PARIONA ARANA, RAÚL: *La doctrina de la “disposición al hecho”*. ¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización, 2008, página 42.

¹¹⁴² BERTONI, EDUARDO: *Autoría mediata por aparatos organizados de poder: Antecedentes y Aplicación Práctica*. En: AA.VV.: *Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos*, IDEHPUCP, Lima, 2007, página 4.

¹¹⁴³ BERTONI, EDUARDO: *Autoría mediata por aparatos organizados de poder: Antecedentes y aplicación práctica*, obra citada, página 29.

¹¹⁴⁴ Es importante la aclaración de MIREILLE DELMAS – MARTY en torno a que si bien el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia [a diferencia de su similar del Tribunal Penal Internacional de Ruanda], parecía exigir la existencia de un conflicto armado para la comisión de crímenes contra la humanidad, “en la práctica, sin embargo, la autonomía del TPIY se fortaleció con el fallo *Tadic*, en el cual la Cámara de Apelaciones consideró que el derecho consuetudinario internacional ya no requería como condición la existencia de un lazo entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado internacional. En otras palabras, resulta claro que un crimen contra la humanidad puede cometerse en tiempos de paz”. En: ¿Pueden los crímenes internacionales contribuir al debate entre universalismo y relativismo de los valores? *Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales*, Editorial Norma, Bogotá, 2004, página 83.

¹¹⁴⁵ Ha mencionado AMBOS, KAI que esta doctrina presupone que el autor ostente una determinada posición de poder militar o político. Está, además, íntimamente relacionada

incumple su deber de prevención, supervisión y sanción de todo delito que pueda o sea cometido por sus subalternos. Ello denota, pues, una obligación jurídica de actuar del Superior y que éste omite. Según AMBOS, *“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...”*¹¹⁴⁶.

744°. DESLINDE. 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 interpuesta¹¹⁴⁷.

con una punibilidad por omisión. La posición de mando del autor lo coloca en una posición de garante, la cual tiene por consecuencia el surgimiento de determinados deberes de control, de protección o de vigilancia (deberes del garante), cuyo incumplimiento lo hace punible por omisión [La Parte General del Derecho Penal Internacional, Konrad Adenauer Stiftung -Temis, Montevideo, 2005, página79].

¹¹⁴⁶ AMBOS, KAI: *El Nuevo Derecho Penal Internacional*, ARA Editores, Lima, 2004, página 375. La figura de la “responsabilidad del superior” tiene un doble carácter: es un delito propio de omisión y un delito de peligro. El superior es sancionado, desde la perspectiva objetiva, por el incumplimiento de supervisión de los subordinados y por no “prevenir” o “reprimir” la comisión de sus atrocidades –los crímenes cometidos por los subordinados no son un elemento del tipo ni una simple condición objetiva de la punibilidad del superior, son sólo el punto de referencia del incumplimiento de supervisión del superior–; y, desde la perspectiva subjetiva, el dolo del superior no se limita únicamente al incumplimiento de supervisar, el cual crea el riesgo o el peligro de que los subordinados cometan crímenes, sino también a los mismos crímenes derivados [AMBOS, KAI: *La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional*. En: AA.VV.: *La nueva justicia penal supranacional*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, páginas 159, 197 y 198].

¹¹⁴⁷ Destaca las diferencias, WERLE, GERHARD: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 217/218 y 225/226. Señala el autor **(1)** que la autoría mediata se reconoce en los grandes sistemas jurídicos del mundo, sin embargo antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma ni estaba regulada en el derecho internacional ni había sido aplicada por la jurisprudencia; **(2)** que en el derecho penal internacional la autoría mediata es relevante, ante todo, en la forma del dominio de una organización; **(3)** que la regulación del Estatuto de Roma, en orden a la punibilidad del autor mediato es independiente si el autor inmediato es, de por sí, responsable penalmente: lo dispuesto en el artículo 25°.3, a) tiene un efecto aclaratorio en dos sentidos [se destaca uno], en cuya virtud la figura del “autor detrás del autor” pasa a tener una base en derecho penal internacional, pues no se excluye expresamente la responsabilidad del sujeto que actúa como autor directo o inmediato. Por otro lado, sobre la figura de la *responsabilidad del superior*, destaca **(4)** que es una creación jurídica del Derecho Penal Internacional, bajo cuya égida puede

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 25° 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")¹¹⁴⁸. 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...")¹¹⁴⁹.

§ 5. La condición de autor mediato del acusado Fujimori Fujimori.

745°. La autoría mediata del imputado en los hechos acusados, conforme al Capítulo II de la Parte III y a lo expuesto en los parágrafos anteriores de este Capítulo, está suficientemente acreditada. 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 contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país desde inicios de la década de los ochenta.

2. Desde su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil

hacerse responsable al dirigente militar o superior civil por crímenes de derecho internacional cometidos por los subordinados, cuando lesione de forma reprochable los deberes de control que le son propios; y, **(5)** que desde el punto de vista dogmático esta figura se puede situar entre la responsabilidad por omisión y la teoría de la intervención delictiva, lo que plantea complicados problemas de delimitación y de concurso con los principios generales de la teoría de la intervención.

¹¹⁴⁸ Esta formulación, enfatiza CARO CORIA, DINO CARLOS, incorpora el modelo de ROXIN de autoría mediata a través de "estructuras de poder organizadas" [La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: En: AAVV La corte Penal Internacional y las medidas de su implementación en el Perú – SALMÓN, ELIZABETH (coordinadora), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, página 145].

¹¹⁴⁹ En este sentido se pronuncia, asimismo, el AMICUS de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos "ALLARD K. LOWENSTEIN" de la Escuela de Leyes de Yale. Dice lo siguiente: "...De esta forma, a diferencia de la autoría mediata o coautoría, la responsabilidad del superior atribuye responsabilidad a los superiores por sus omisiones –esto es, su inacción a la hora de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o para castigar los crímenes cometidos por sus subordinados-. En comparación, la autoría mediata y la coautoría generalmente presumen que los autores realizan algún acto positivo para poner en marcha los sucesos que llevan al crimen..." [página 27].

novecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando.

3. En ese ámbito el encausado Fujimori 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 su 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, particularmente de los núcleos que habían comenzado a operar en las áreas urbanas del país, sobretudo en la Capital de la República y zonas aledañas.

4. En este dominio, 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, plenamente compatibles con los esquemas informales o paraformales 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, 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.

746°. Ahora bien, la actividad y operaciones delictivas de Barrios Altos y La Cantuta, y en los sótanos del SIE, realizadas por el aparato de poder organizado que construyó y dinamizó el acusado desde el SINA, cuyo núcleo ejecutor básico en el ámbito del control de las organizaciones subversivas terroristas fue el Destacamento Especial de Inteligencia Colina, constituyeron una expresión de criminalidad estatal contra los derechos humanos con evidente apartamiento e infracción continua del derecho nacional e internacional. Como señala FARALDO CABANA: *“Los objetivos de estas organizaciones estatales que empiezan a actuar de forma criminal coinciden con los del Estado, pero los medios empleados permanecen autónomos y diferenciados en relación a los previstos por el ordenamiento jurídico, pues tienen carácter delictivo. Por tanto, puede afirmarse que el aparato organizado de poder, que no es ya el Estado en su conjunto sino una concreta organización estatal (piénsese en las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, en las Fuerzas Armadas, en los servicios de inteligencia) actúa fuera del marco del Ordenamiento Jurídico, requisito necesario, como sabemos, para aplicar la tesis del dominio de la organización”*¹¹⁵⁰.

747°. Cabe anotar, por lo demás, que en la Criminología y Criminalística actuales no hay incompatibilidad material entre las categorías de *Estado Criminal* y *Guerra Sucia llevada a cabo por organizaciones estatales* como acotó la defensa en su alegato oral. Es más, esta ha pretendido construir una falacia en torno a las opciones expuestas por FARALDO CABANA cuya clasificación al respecto es una mera opción criminológica que no es ni la única ni la predominante entre los enfoques contemporáneos de la materia. Incluso se puede percibir una tergiversación de la opinión de dicha autora por la defensa del acusado, ya que en ningún apartado de su aludida monografía la citada jurista afirma que los Estados Criminales utilicen todo el aparato estatal para actos de exterminio de personas.

Por el contrario, hay consenso en reconocer que ambas manifestaciones criminales y categorías criminológicas parten de una misma matriz etiológica: la Criminalidad de Estado. Esto es, un proceder criminal generado, ejecutado, avalado, tolerado o justificado por las más altas instancias del poder estatal. Son, pues, parte de formas de criminalidad que, como entiende HASSEMER, se materializan sólo con apoyo del Estado¹¹⁵¹, y cuyas características criminológicas y de neutralización o impunidad, en un sentido macro o micro, son las mismas, y han sido resumidas con precisión por ZAFFARONI. Este autor destaca como tales la *negación de la responsabilidad*, la *negación de la lesión* y la *negación de las víctimas*, siendo esta última *“...la técnica de neutralización más usual en los crímenes de Estado. Las víctimas eran terroristas, traidores a la nación,*

¹¹⁵⁰ FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 234.

¹¹⁵¹ HASSEMER, WINFRIED: *Por qué y con qué fin se aplican las penas*. En: *Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal* número 1, Editorial Grijley, Lima, 2000, página 114.

fueron los verdaderos agresores, el crimen de Estado no fue tal sino la legítima defensa necesaria, etcétera"¹¹⁵².

Tampoco en el plano de la dogmática penal más caracterizada sobre la materia, ni de la política criminal internacional de protección de los derechos humanos, se formulan diferencias cualitativas entre una y otra manifestación delictiva de los órganos del poder estatal, como también ha postulado la defensa del acusado. Por el contrario, se les aplica iguales conceptos, caracterizaciones y estrategias de prevención y control.

A lo sumo se han sostenido, con sentido estrictamente pedagógico y no material o funcional, algunas variantes de grado, por tanto ambas manifestaciones: *Estado Criminal* y *Guerra Sucia llevada a cabo por organizaciones estatales*, pueden ser consideradas como modalidades cuantitativas del mismo modelo de acción o *modus operandi* para la realización de iguales objetivos y políticas de lesión de los derechos humanos mediante el asesinato, el secuestro o la desaparición de grupos de la población civil indefensa. Así, en la primera, la generalización de las acciones delictivas recorre distintas esferas del Estado. En la segunda, en cambio, predomina la actividad delictiva sectorial y selectiva de órganos estratégicos y operativos especializados¹¹⁵³. No obstante, la clandestinidad y antijuricidad de los planes, el secreto de los ejecutores, el control encubierto de las operaciones, la crueldad de los procedimientos, la tolerancia de los supervisores, la justificación de los medios y el uso oficial de mecanismos de impunidad, para la formación de políticas y para la comunicación o ejecución de las decisiones y órdenes delictivas, se comparten y son comunes a las dos formas de criminalidad estatal. Por ello, la responsabilidad penal se imputa para ellas desde el plano del derecho nacional como del derecho penal internacional. FARALDO CABANA, en este sentido, apunta "*...estas actuaciones de órganos del Estado que suponen la utilización perversa del aparato estatal para su puesta al servicio de la violación sistemática y organizada de derechos humanos son también objeto de Derecho internacional y del Derecho penal internacional cuando pueden encuadrarse entre los crímenes contra la humanidad. Eso sucede en el momento en que la realización de delitos contra bienes jurídicos individuales básicos como la vida, la libertad, la dignidad o la integridad física de las personas, se añade el propósito de destruir de forma organizada y sistemática a un grupo identificable de la población con la tolerancia o participación del poder político de iure o de facto*"¹¹⁵⁴.

748°. Por tanto, si los asesinatos de Barrios Altos y La Cantuta, así como los secuestros en los sótanos del SIE, se ejecutaron dominando la voluntad del mismo aparato de poder organizado y con un *modus operandi* propio, cuando menos, de la segunda de aquellas expresiones de criminalidad estatal descritas, la autoría mediata por tales hechos le alcanza

¹¹⁵² ZAFFARONI, RAÚL: *El crimen de Estado como objeto de la criminología*, obra citada, página 27 y ss.

¹¹⁵³ REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES: *Derecho Penal - Parte General*, obra citada, página 395.

¹¹⁵⁴ FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 238.



plenamente al acusado Fujimori Fujimori. Ya que como reconoce la propia opción de doctrina invocada por la defensa, esto es, FARALDO CABANA: *"También es admisible la autoría mediata por dominio de la organización en los casos en que ciertas organizaciones estatales, siguiendo instrucciones provenientes de las más altas instituciones del Estado, empiezan a utilizar medios delictivos para el logro de objetivos políticos perseguidos por el Estado en su conjunto o por el grupo (político, militar) que en ese momento lo domina, como la eliminación de movimientos guerrilleros terroristas o de la disidencia política"*¹¹⁵⁵. Además, según la misma fuente teórica, la experiencia internacional, particularmente en Latinoamérica, da cuenta que: *"Son características del funcionamiento de las organizaciones estatales que emprenden la vía de la guerra sucia el disimulo y la ocultación de sus métodos delictivos frente a terceros. Hemos visto como los Tribunales argentinos ponían de relieve la existencia de una actuación esquizofrénica del Estado durante la dictadura militar argentina, pues si una parte de sus organizaciones había empezado a actuar de forma delictiva, conduciendo una guerra sucia contra la disidencia política, el resto seguía comportándose de forma normal y respetuosa con la ley. Lo mismo ocurrió en Chile durante la dictadura militar"*¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁵ FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 230.

¹¹⁵⁶ FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 234.