

# AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN: EL CASO FUJIMORI

*Felipe Villavicencio Terreros<sup>1</sup>*

**SUMILLA:** 1. Introducción. 2. Autoría mediata por dominio de organización. 3. Presupuestos de la tesis de Roxin. 4. Autoría mediata por dominio de organización en el contexto peruano. 5. Adopción de este criterio por parte de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema. 6. Una opinión personal.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el actual Derecho penal de las sociedades de riesgo<sup>2</sup>, un tema que ha despertado diversidad de opiniones es el actuar delictivo de manera colectiva a través de *grupos organizados de poder*, cuyas características de conformación y operatividad hacen difícil la tarea de determinar quiénes, dentro de ese aparato de poder, serán imputados como autores y como partícipes respectivamente.

Este debate no es extraño a nuestro Derecho penal en el que la figura de la autoría mediata por dominio de organización en aparatos organizados de poder, ha obtenido una singular importancia.

En el caso de los aparatos de poder organizado existe consenso solo en el punto de la responsabilidad del intermediario, que responde a título de autor material directo. Por tanto, el problema fundamental gira en torno a la responsabilidad del hombre de atrás o autor de escritorio, es decir: *¿cómo puede responder aquel sujeto que solo dirige el aparato de poder a través de órdenes o asumiendo la planificación del evento criminal, pero no lo ejecuta materialmente?*

El debate sobre la respuesta a esta interrogante ha sido revitalizada entre nosotros por la sentencia emitida el 7 de abril de 2009 por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú, contra el ex presidente Alberto Fujimori, en un fallo sin precedentes, que se caracteriza, en principio, por haber establecido dos puntos de vista en la atención pública internacional: por un lado, la aplicación del criterio de la autoría mediata por dominio de organización; y por el otro, por ser esta la primera vez que se condena penalmente a un ex presidente de la república por crímenes de lesa humanidad.

## 2. AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN

De las descripciones típicas relativas a la participación delictiva<sup>3</sup> contenidas en el Código Penal de 1991 se desprende que el sistema penal peruano adopta el criterio *diferenciador*, es decir, para determinar los grados de intervención delictiva se hace necesario diferenciar entre autores y partícipes. Para esta distinción, más allá de las críticas, en la

---

<sup>1</sup> Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Principal de Derecho penal y Criminología en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la maestría en Derecho penal y coordinador académico del Doctorado en la Universidad de San Martín de Porres. Miembro del Subcomité para la Prevención de la Tortura de Naciones Unidas (2010). Este trabajo ha sido posible gracias a la colaboración de Juan Elías Carrión Díaz.

<sup>2</sup> Un desarrollo de las actuales sociedades de riesgo, vid. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 2006.

<sup>3</sup> Artículo 23 (autoría y coautoría); artículo 24 (instigación); artículo 25 (complicidad primaria y secundaria).

doctrina y jurisprudencia nacionales todavía prevalece el criterio del *dominio del hecho*<sup>4</sup> como criterio fundamentador.

Fue ROXIN en 1963<sup>5</sup>, quien mediante una nueva propuesta de autoría mediata pronunciada en su clase inaugural de Hamburgo vino a generar amplio debate en la dogmática penal, a través de la denominada *autoría mediata por dominio de organización*, elaborada en el marco de los procesos seguido en Jerusalén contra el nazi Eichmann y contra el miembro del servicio secreto Staschynski.

Si bien la *autoría mediata* –en sentido clásico– como forma de autoría puede ser entendida como toda instrumentalización de un sujeto –intermediario– que actúa bajo influencia del error o coacción dirigida por el agente –autor de atrás– tendiente a la materialización del hecho delictivo. Siendo lo característico de esta figura, que solo responderá penalmente el hombre de atrás, y esto fundamentado en el dominio del hecho, entendido en este caso como dominio de voluntad que posee sobre el intermediario. Por el contrario, en la *autoría mediata por dominio de organización* lo que se instrumentaliza no es el sujeto que actúa como intermediario para la comisión del evento criminal, sino en un sentido macro el aparato de poder mismo, que funciona de manera automática. Es decir, en estos casos, el hombre de atrás ya no domina al intermediario que actúa como ejecutor material, sino al aparato de poder en toda su dimensión.

Por ello, para ROXIN la autoría mediata se desarrolla a través de tres variantes: por coacción, por error y por dominio de organización.

### 3. PRESUPUESTOS DE LA TESIS DE ROXIN

El punto fundamental en el que se desarrolla esta teoría es el criterio del dominio del hecho, concebido en estos casos como *dominio de organización*. Criterio que le permite al hombre de atrás o autor de escritorio dominar a voluntad las actuaciones del aparato de poder. Pero *¿cómo se llega a establecer dicho dominio de organización?*

ROXIN en un primer momento propuso 3 presupuestos a través de los cuales se establecería dicho dominio: *poder de mando, fungibilidad, funcionamiento al margen de la legalidad*. Actualmente, debido a nuevas formulaciones de su teoría ha adoptado un criterio más: “elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho”.

En este sentido, la sentencia de la Sala Penal Especial ha sostenido que: “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”<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> El dominio del hecho nace como producto de las teorías antecesoras (teorías subjetivas, formal-objetivas), por eso, la doctrina mayoritaria la entiende como una mixtura objetivo-subjetiva. Aunque para algunos autores como Gimbernat, el dominio del hecho es un criterio superador de sus antecesores, por lo que se basa plenamente en un criterio objetivo (GIMBERNAT, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2006, p. 105).

<sup>5</sup> Roxin publicó esta teoría originariamente en la revista *Goltdammer's Archiv* (1963) para luego plasmarla en su magno trabajo *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*.

<sup>6</sup> Sentencia, p. 634 (Numeral 727).

En primer lugar, para estos casos se debe contar con una organización jerárquica<sup>7</sup>, estructurada de manera vertical, siendo factores determinantes para que las órdenes del hombre de atrás –*que ostenta el poder de mando*– sean cumplidas de manera automática. Siendo en este punto necesario determinar que lo que aquí interesa no es tanto “el grado de subordinación (dato fáctico-psicológico) como la clase de subordinación (vinculada a una determinada estructura)”<sup>8</sup>. Cabe indicar, que este criterio de imputación no solo está dirigido al jerarca principal de la organización, sino a todo aquel que tenga poder de decisión en dicho aparato, por más que no se encuentre en la cúspide del poder. Siendo posible una autoría mediata en cadena.

En esta línea de pensamiento, la sentencia de la Corte Suprema peruana ha definido el poder de mando como “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”<sup>9</sup>.

Así, una organización desarrolla una vida independiente de la identidad variable de sus miembros, funcionando automáticamente<sup>10</sup>.

Un punto de gran importancia, que ha sido establecido por la sentencia de la Corte Suprema, es lo relacionado a la orden como la característica más resaltante del poder de mando, y entiende que esta: “*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*”.

Esto brinda nuevas pautas para el tema probatorio, porque en muchos casos los autores de escritorio sostienen que nunca dieron tales órdenes. Por tanto, la característica más resaltante en grupos organizados de poder es que se manejan generalmente por *órdenes no escritas*.

Otro elemento es la *fungibilidad* del ejecutor, que en sus inicios era el fundamento principal de la tesis de ROXIN. Actualmente, debido a las críticas recibidas ha ido variando, creyendo aconsejable no apoyar la autoría mediata exclusivamente en este criterio<sup>11</sup>. En este mismo sentido, para Bolea Bardón<sup>12</sup> el criterio de la fungibilidad constituye solo un requisito más y no, un criterio fundamentador del dominio de organización –al que le reconoce un valor fáctico–. También, Fernández Ibáñez<sup>13</sup> admite el carácter esencial de la

---

<sup>7</sup> En estos casos, para Meini lo importante, más allá de la jerarquía al interior de la organización, es la jerarquía en la ejecución del delito, aunque generalmente, si bien, lo ideal es el establecimiento de una organización jerárquica para determinar el dominio de organización, es posible también su establecimiento fuera de ella (Cfr. MEINI, Iván, “El dominio de la organización de Fujimori. Comentario a la sentencia de 7 de abril de 2009 (Exp. a.v. 19 – 2001)”, en AMBOS y MEINI (editores), *La autoría mediata*, Ara Editores, 2010, pp. 217-218.

<sup>8</sup> BOLEA BARDÓN, Carolina, *La Autoría Mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 396.

<sup>9</sup> Sentencia, p. 635 (Numeral 729º).

<sup>10</sup> ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, p. 272.

<sup>11</sup> ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, 2007, p. 527.

<sup>12</sup> BOLEA BARDÓN, p. 370.

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, 2006, p. 142.

fungibilidad para fundamentar el dominio del hecho (dominio de organización), pero dicha esencialidad no está determinada solo a este criterio, sino al conjunto de todos los requisitos. Desde una posición más crítica, para Hernández Plasencia<sup>14</sup> la fungibilidad es un criterio que perjudica la construcción de la autoría mediata, porque acepta la plena libertad del ejecutor, y si este se niega, tendremos que tal influencia del autor de escritorio a través del aparato no es suficiente, por lo que, este autor en estos casos se inclina por la solución de la complicidad.

La fungibilidad permite al hombre de atrás tener la seguridad que su orden se va a cumplir de todas maneras, porque para ello cuenta con un gran número de ejecutores sustituibles, no llegando a peligrar la materialización del plan delictivo. Desde esta perspectiva, el ejecutor material se caracteriza esencialmente por la sustituibilidad y el anonimato.

Para la sentencia de la Corte Suprema: *“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”*<sup>15</sup>.

Entiende este criterio desde dos perspectivas. La primera, *la fungibilidad negativa*. Corresponde al concepto tradicional que le otorga ROXIN y que implica, sobretodo, que: “El agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible”<sup>16</sup>. En segundo término, *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 de las necesidades particulares que la ejecución que esta demande. Por tanto, aquel 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”<sup>17</sup>.

Un tercer requisito es la actuación del aparato de poder *al margen de la legalidad o apartada del derecho*. Alcanza su importancia central cuando se ve, en primer lugar, no al último de la cadena de ejecutores, sino al aparato mismo (es decir, su estructura personal) como garante del resultado<sup>18</sup>. Últimamente, debido a las críticas a este criterio, ROXIN ha variado su posición, exigiendo ahora solo una desvinculación parcial. El funcionamiento en la ilegalidad de toda la organización le posibilita cumplir mejor sus objetivos.

La sentencia de la Corte Suprema ha establecido que: *“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 normas generales y positivas que regulan la vida social. El Estado, como comunidad, define un orden normativo. Este orden normativo solo puede ser un orden jurídico, aquel que comúnmente se relaciona*

---

<sup>14</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, José, *La autoría mediata en Derecho penal*, 1996, p. 275.

<sup>15</sup> Sentencia, p. 644 (numeral 737).

<sup>16</sup> Sentencia, p. 645 (numeral 738).

<sup>17</sup> Sentencia, p. 646 (numeral 738).

<sup>18</sup> ROXIN, Claus, 2007, pp. 530-531.

como el «Derecho del Estado» o el «Derecho nacional». Sin embargo, este Derecho nacional se encuentra estrechamente vinculado e integrado con el Derecho internacional constituyendo una unidad. Por tanto, el Derecho internacional forma parte del orden jurídico nacional en tanto que las normas producidas en el contexto internacional se incorporan al Derecho del Estado nacional<sup>19</sup>. Por ende, “el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional”<sup>20</sup>.

ROXIN ha creído últimamente necesario agregar un presupuesto más para complementar su fundamentación: “La disponibilidad hacia el hecho”; en ese sentido, distingue características específicas que hacen que el ejecutor esté más dispuesto al hecho que cualquier asesino a sueldo o grupos de delincuentes menos complejos, aumentando las posibilidades de que la orden se va a cumplir. Estas características pueden ser, los deseos de sobresalir, el fanatismo ideológico, los celos que siempre existen en las organizaciones, o que el ejecutor creyera que podría perder su puesto si se desistiese a la orden, dichas características se presentan en muchos casos conjuntamente<sup>21</sup>.

La sentencia de la Corte Suprema entiende que: “esta categoría alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Se trata, entonces, de factores eminentemente subjetivos y a los que algunos autores identificaron con el proceso de una motivación justificativa, los que podían transformar a millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos”<sup>22</sup>.

Este criterio –planteado por SCHROEDER– fue establecido para constituir de forma autónoma el fundamento del autor tras el autor, que hacía frente a la propuesta de la fungibilidad propuesta por ROXIN. A nivel nacional, esta postura es adoptada por MEINI<sup>23</sup>, para quien la disposición incondicional al hecho no es un presupuesto más para establecer el dominio de la organización, sino que por el contrario, constituye el verdadero fundamento de la autoría mediata por dominio de organización. Así, una de las mayores bondades que brinda este criterio se centra en la relación que existe entre el autor mediato y el concreto ejecutor y no en la que pudiera existir entre el autor mediato y personas que probablemente hubieran podido ejecutar el delito, pero en el caso concreto no intervienen<sup>24</sup>.

#### **4. AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN EN EL CONTEXTO PERUANO**

---

<sup>19</sup> Sentencia, p. 640 (numeral 733).

<sup>20</sup> Sentencia, p. 640 (numeral 733).

<sup>21</sup> Cfr. ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, p. 531.

<sup>22</sup> Sentencia, pp. 649-650 (numeral 741).

<sup>23</sup> MEINI, Iván, *El dominio de la organización en el Derecho penal*, Lima, 2008, p. 66 y ss.

<sup>24</sup> MEINI, Iván, *El dominio de la organización de Fujimori*. Comentario a la sentencia de 7 de abril de 2009 (Exp. a.v. 19 – 2001) en AMBOS y MEINI (Editores), *La autoría mediata*, Ara Editores, 2010, p. 229.

Este criterio si bien no resulta tan novedoso en nuestro medio, se puede considerar en la actualidad dominante en la doctrina<sup>25</sup> y la jurisprudencia<sup>26</sup> penal nacional.

Como se sabe, esta posición no resulta ajena al ámbito internacional, pues ha sido recogida por primera vez en la sentencia del 9 diciembre de 1985 de la Cámara Federal argentina en el “juicio a los ex comandantes”<sup>27</sup>. Teniendo como primera aplicación en Alemania, siendo asumida por su Corte Suprema en la sentencia llevada a cabo contra el Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática de Alemania, en el caso referido a los disparos del muro de Berlín<sup>28</sup>. Asimismo, ha sido adoptada, pero de manera crítica en la sentencia de primera instancia dictada por el ministro instructor de la Corte Suprema chilena, el 12 de noviembre de 1993<sup>29</sup>.

## 5. ADOPCIÓN DE ESTE CRITERIO POR PARTE DE LA SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA

Es evidente que la Sala Penal de la Corte Suprema del Perú no se apartó de la posición ya adoptada en la sentencia de extradición al ex presidente Fujimori emitida por la Corte Suprema chilena<sup>30</sup>; y también de lo expuesto en la acusación fiscal, la que concluye que: “...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”<sup>31</sup>.

Por eso, de la fundamentación realizada por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema se desprende una amplia adopción de los postulados de ROXIN. Estableciendo que desde el punto de vista general: “*La tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en*

---

<sup>25</sup> Vid. MEINI, Iván, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, 2003; PARIANA ARANA, Raúl, *Autoría mediata por organización*, Lima, 2009; MONTROYA VIVANCO, *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal*, Lima-Friburgo, 2009, pp. 61 y ss.; CASTILLO ALVA, José, *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*, Lima, 2003, p. 576 y ss.

<sup>26</sup> “Es necesario mencionar que contra la tradicional concepción de la autoría mediata, que definía al ejecutante directo del delito como mero instrumento desprovisto de voluntad y en consecuencia no pasible de responsabilidad penal frente al resultado producido, está la posición doctrinal que concibe esta forma de autoría sin excluir a posibilidad de sancionar penalmente al ejecutor directo del delito; ello se explica a través de la teoría del dominio, según la cual el hombre de atrás –en términos de Roxin– es quien controla el resultado típico, aun cuando ni siquiera se asome a la escena del crimen; este tipo de autoría tiene lugar en el marco de estructuras organizadas, en las que el fin único de las conductas confluye en la realización del resultado típico” (Ejecutoria Suprema del 16 de marzo de 2000, Expediente N° 5049-99-San Román-Juliaca). Vid. también la Sentencia Abimael Guzmán Reynoso y otros. Sala Penal Nacional, Expediente acumulado N° 560-03, que se inclina por la imputación por autoría mediata por dominio de organización. (fundamento décimo tercero).

<sup>27</sup> MALARINO, Ezequiel, *El caso argentino*, pp. 58-59, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente (un estudio comparado)*, Temis, 2008.

<sup>28</sup> Vid. AMBOS, Kai, *El caso alemán*, pp. 15-31, ibídem.

<sup>29</sup> Vid. GUZMÁN, José, *El caso chileno*, p. 74, ibídem.

<sup>30</sup> Resolución de la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de Chile, respecto a la extradición de ex presidente Alberto Fujimori, emitida el 21 de setiembre de 2007 en <http://www.pj.gob.pe/transparencia/documentos/extradicion21092007.pdf>.

<sup>31</sup> Sentencia, p. 625 (acusación fiscal-numeral 718).

*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”<sup>32</sup>.*

Siendo característica general de estas estructuras de poder “*la asignación de roles*”<sup>33</sup> y que a su vez “*desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes*”<sup>34</sup>. El hombre de atrás a través de este automatismo confía que su orden va a ser cumplida, hasta con más seguridad que otras organizaciones o grupos criminales pequeños.

Dentro de los presupuestos específicos y requisitos adoptados por la sentencia de la Corte Suprema nacional para la imputación por autoría mediata, estos son los siguientes: “1) *el poder de mando*; 2) *la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico*; 3) *la fungibilidad del ejecutor inmediato*; 4) *la elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho*, las cuales deben ser analizadas de manera conjunta”<sup>35</sup>.

Para el desarrollo adecuado de estos criterios, al entender de la Sala Suprema, deben establecerse dos niveles: Uno de carácter objetivo, en el que se encontraría *el poder de mando y la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder*. En este sentido, “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”. Y dentro del carácter subjetivo ubica la *fungibilidad del ejecutor directo y su elevada disponibilidad hacia la realización del hecho*<sup>36</sup>.

Este sustento dogmático le permite a la Sala Suprema concluir en la responsabilidad penal del ex presidente Fujimori, llegando a concluir que:

- *“El acusado ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país desde inicios de la década de los ochenta”<sup>37</sup>.*
- *“Desde su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como 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 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”<sup>38</sup>.*

---

<sup>32</sup> Sentencia, p. 633 (numeral 726).

<sup>33</sup> Sentencia, p. 633 (numeral 726).

<sup>34</sup> Sentencia, p. 633 (numeral 726).

<sup>35</sup> Sentencia, p. 634 (numeral 727).

<sup>36</sup> Sentencia, p. 635 (numeral 728).

<sup>37</sup> Sentencia, p. 653 (numeral 745).

<sup>38</sup> Sentencia, pp. 653-654 (numeral 745).

- *“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 sus estructuras, y por el secreto y la paraclandestinidad de sus agentes y acciones, fue delineando, a la vez que definiendo, objetivos y estrategias especiales de enfrentamiento de la subversión terrorista, 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”<sup>39</sup>.*
- *“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”<sup>40</sup>.*
- *“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”<sup>41</sup>.*
- *“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 aparta plenamente o lo subordinan sistemáticamente”<sup>42</sup>.*
- *“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”<sup>43</sup>.*
- *“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”<sup>44</sup>.*

---

<sup>39</sup> Sentencia, p. 654 (numeral 745).

<sup>40</sup> Sentencia, p. 654 (numeral 745).

<sup>41</sup> Sentencia, p. 654 (numeral 745).

<sup>42</sup> Sentencia, p. 654 (numeral 745).

<sup>43</sup> Sentencia, p. 654 (numeral 745).

<sup>44</sup> Sentencia, p. 654 (numeral 745).



## 6. Una opinión personal

Independientemente de si se está de acuerdo o no con los fundamentos de la tesis del profesor ROXIN adoptada por la sentencia de la Sala Especial de la Corte Suprema del Perú en el caso Fujimori<sup>45</sup>, no se puede desconocer el gran desarrollo teórico realizado sobre el tema por la sentencia antes aludida y en un tipo de proceso que no tenía precedente alguno.

No cabe duda, como ya se sostuvo, que la Sala Suprema adopta expresamente todos los postulados de la tesis de ROXIN, basados en sus cuatro requisitos: *poder de mando, actuación al margen de la legalidad, fungibilidad, y la disposición incondicional al hecho*. Pero de manera contraria a los niveles de interpretación establecidos por la Corte Suprema, entendemos que *la fungibilidad es un criterio objetivo y no subjetivo*<sup>46</sup>.

Si bien este criterio es de gran aceptación tanto en la doctrina nacional como en la internacional<sup>47</sup>, también es objeto de numerosas críticas.

La principal de ellas está orientada en razón del *principio de responsabilidad*, mediante el cual cada sujeto debe responder penalmente por su propio hecho (derecho penal de los actos propios) y no por los cometidos por personas ajenas a ella. Con base en ello ¿cómo podría responder penalmente el intermediario que actúa dentro de un aparato de poder si su actuación es libre? Los seguidores de la tesis del dominio de organización han respondido de dos formas: la primera, sostiene que la autoría mediata en aparatos de poder es un figura que por su constitución es considerada una excepción al principio de responsabilidad; otra postura, sostiene que no existe ninguna violación al principio de responsabilidad, toda vez, que aun en los aparatos de poder la responsabilidad sigue siendo personal, cada uno responderá por su propio injusto, así, al hombre de atrás se le hará responsable por el manejo del aparato de poder a través del dominio de organización, mientras que al ejecutor, por la comisión material del evento delictivo, basado en el dominio de la acción.

Otro de los puntos críticos está dirigido a sus criterios fundadores, como la estructura jerárquica misma, no queda claro a qué organizaciones se refiere ROXIN. Además, el criterio de la fungibilidad es inseguro para fundamentar alguna responsabilidad penal, porque se circunscribe solo en un dato fáctico.

Por su parte, el funcionamiento del aparato *al margen de la legalidad* no llega a fundamentar un dominio por organización, esto, en el sentido que los ejecutores cumplen libre y responsablemente las instrucciones de sus superiores independientemente de que

---

<sup>45</sup> "(...) con la incorporación jurisprudencial de los presupuestos de atribución de responsabilidad penal, a título de autor mediato en organizaciones criminales que se originan desde el Estado, se avanza notablemente en la sistematización de esta figura en la dogmática penal. Lo cual permite establecer, con mayor claridad, los límites de punición en un Estado Social y Democrático de Derecho" (CARO CORIA, Carlos, "Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal", en AMBOS y MEINI (editores), *La autoría mediata*, 2010, p. 140).

<sup>46</sup> Del mismo parecer, PARIONA, Raúl, "La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori", en AMBOS y MEINI (editores), *La autoría mediata*, 2010, pp. 244-245.

<sup>47</sup> AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Universidad Externado de Colombia, 1998; BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, 2000; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, 2006; FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, 2004.

el aparato se encuentra o no al margen del Derecho<sup>48</sup>; así, la fungibilidad, la jerarquía y el consecuente automatismo no desaparecen por el conocimiento de que las actuaciones se llevan a cabo en un aparente marco de legalidad<sup>49</sup>. Además, no queda clara la naturaleza jurídica de la desvinculación, es decir, si se trata de un Derecho positivo o suprapositivo.

En lo relacionado a la disposición incondicional al hecho, el ejecutor, podrá estar inclinado a la comisión de determinados hechos, pero desde luego no estará decidido a la ejecución concreta del delito que comete solo una vez recibida la orden a la cual condiciona su conducta<sup>50</sup>. La mera decisión de realización de un delito, sin existencia de acto preparatorio alguno, no tiene relevancia jurídico-penal<sup>51</sup>. En este aspecto, para GARCÍA CAVERO<sup>52</sup> faltó una mayor argumentación por parte de la Corte Suprema, en especial en los criterios de fungibilidad y disposición incondicional al hecho, porque a su entender, a diferencia, este último indica una base de carácter psicológico, por tanto, un estado interno.

La actuación de la figura de autoría mediata debe ser limitada, pues en casos que el intermediario actúa dolosa y plenamente responsable, el dominio del hecho le pertenece y se excluye la posibilidad de una autoría mediata<sup>53</sup>.

Debido a esto, han surgido en la doctrina otras posibilidades de fundamentar la responsabilidad penal del hombre de atrás, así, para algunos autores este debe responder como autoría intelectual<sup>54</sup>, inducción<sup>55</sup>, coautoría<sup>56</sup> o autoría de infracción de deber<sup>57</sup>.

A nuestro entender, la fundamentación de la responsabilidad penal en aparatos de poder recae en la figura de la coautoría. El hombre de atrás tiene el codominio del hecho, dándose el carácter común de la decisión delictiva por el hecho de la pertenencia a la organización<sup>58 59</sup>.

Parte de la doctrina influenciada por ROXIN critica la adopción de la coautoría en aparatos de poder, por no darse una actuación conjunta con división de trabajo, pues aquí no se

---

<sup>48</sup> FERNANDEZ IBÁÑEZ, p. 201.

<sup>49</sup> Ídem.

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, p. 211.

<sup>51</sup> Ídem.

<sup>52</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, "La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori Fujimori", en AMBOS y MEINI (editores), *La autoría mediata*, 2010, p. 207.

<sup>53</sup> Cfr. JESCHECK y WEIGEND, 2002, p. 722.

<sup>54</sup> CURY, 1985, pp. 245 y ss.

<sup>55</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2006.

<sup>56</sup> En la experiencia peruana con anterioridad a la sentencia del caso Abimael Guzmán, se decantaba por la figura de la coautoría, Vid. Informe de la Comisión de la Verdad, Lima, 2004, T I, p. 235.

<sup>57</sup> JAKOBS, Günther, "Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori", en AMBOS/MEINI (editores), *La Autoría Mediata*, El Caso Fujimori, Ara editores, Lima 2010, p. 114. Precisa lo siguiente: "Las figuras jurídicas de la coautoría o de la utilización de un aparato de poder desvinculado del derecho no son necesarios para el enjuiciamiento de su conducta; más aún: se desvían de sus lesiones al deber funcional, de manera que ni siquiera nos sirven de ayuda" (ídem).

<sup>58</sup> JESCHECK y WEIGEND, 2002, p. 722; SAMSON, Otto también defiende la tesis de la coautoría (CHOCLÁN MONTALVO, José, "Criminalidad organizada. Concepto, la asociación ilícita, problemas de autoría y participación" en *La Criminalidad Organizada*, Madrid, 2001, p. 266).

<sup>59</sup> MONTAÑA, Yván, *Judicialización de violaciones de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales*, Idehpucp, Lima 2010, p. 87, sostiene que "cuando se trata individuos que ocupan una posición elevada en la cadena de mando caben, en principio, dos posibilidades de imputación, o la autoría mediata por dominio de organización, o la figura de la coautoría. La selección de algunas de estas figuras depende de si la estructura de poder que está detrás tiene una relación más horizontal o vertical. La verticalidad es la característica que denota la particularidad de la autoría mediata por dominio de organización".

presenta, porque el hombre con la palanca de poder no quiere ensuciarse las manos y deja que otros hagan el trabajo sucio<sup>60</sup>. Pero la coautoría no se ve afectada por estas críticas, porque el aspecto subjetivo de la *decisión común* se ve materializada con la pertenencia de los sujetos a la organización, y en relación al aspecto objetivo de la *ejecución común* puede darse de manera total o parcial, no afectando el codominio del hecho de los intervinientes, pues el plan da sentido al comportamiento de los otros autores. De esta manera, se ha pronunciado la jurisprudencia nacional:

“La coautoría no solo es la ejecutiva, directa y parcial, sea que todos los autores realicen todos los actos ejecutivos o que entre ellos se produzca un reparto de las tareas ejecutivas, sino la no ejecutiva, que se da en los casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes al momento de su ejecución, que es el caso del co-dominio funcional del hecho en base al reparto funcional de roles, en el que además del acuerdo previo en la realización del delito se requiere una contribución material en él, no necesariamente con actos ejecutivos”<sup>61</sup>.

En esta misma línea de ideas, MUÑOZ CONDE<sup>62</sup> sostiene que la mejor solución en los casos de intervención criminal cuando el sujeto principal o dirigente no está presente en la ejecución es la figura de la coautoría. Esto debido a que la coautoría no requiere necesariamente de la presencia física, esta puede o no estar presente al momento de la comisión delictiva y la importancia que la determina está en función del grado de contribución al evento criminal.

---

<sup>60</sup> ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, p. 520.

<sup>61</sup> Ejecutoria Suprema del 29 de diciembre de 2004. R. N. Nº 2220-2004–Ayacucho (FJ 6).

<sup>62</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLA (editores), *Delincuencia Organizada*, 1999, p. 155.