

LA RESPUESTA A LAS GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS ENTRE DERECHO PENAL E INTERNACIONAL

Observaciones sobre el caso Fujimori

Elena Maculan

Investigadora en el Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Madrid

MACULAN, Elena. La respuesta a las graves violaciones de derechos humanos entre derecho penal e internacional. Observaciones sobre el caso Fujimori. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2012, núm. 14-05, p. 05:1-05:32. Disponible en internet:
<http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-05.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 14-05 (2012), 28 sep]

RESUMEN: El artículo analiza la sentencia con la que la Corte Suprema peruana ha condenado al antiguo Presidente Alberto Fujimori a veinticinco años de reclusión por algunos de los crímenes masivos cometidos bajo su mandato. Entre los muchos aspectos interesantes de esta sentencia, este trabajo se detiene en examinar las figuras aplicadas para tipificar los hechos que constituyen objeto del juicio y, sobre todo, en la calificación de Fujimori como “autor mediato por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados”, en aplicación de la conocida teoría elaborada por Roxin. Ambos aspectos destacan por la aplicación de categorías del derecho penal nacional a una manifestación criminal

que, debido a su naturaleza masiva y sistemática, puede entrañar un crimen internacional, y demuestran por ende las potencialidades de los instrumentos ya existentes y del método comparado para arraigar en sólidas bases dogmáticas las innovaciones impuestas por las exigencias de la realidad y por la especificidad de los crímenes internacionales. La sentencia de la Corte Suprema peruana, recuperando y readaptando categorías del derecho penal nacional en el marco de una compleja interacción entre fuentes y niveles normativos distintos, demuestra que es posible, gracias a un esfuerzo conjunto judicial y doctrinal, garantizar una respuesta sancionatoria adecuada a los crímenes internacionales en el respeto de los principios que fundamentan el Estado constitucional de derecho.

PALABRAS CLAVE: Autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, crímenes contra la humanidad, Fujimori, Perú, criminalidad de Estado, Barrios Altos, La Cantuta.

Fecha de publicación: 28 septiembre 2012

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Breves referencias al contexto histórico.* 3. *Vicisitudes procesales y pluralidad de actores.* 3.1. *La Comisión para la Verdad y la Reconciliación.* 3.2. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los casos Barrios Altos y La Cantuta.* 3.3. *La Corte Suprema chilena y el procedimiento de extradición.* 3.4. *La Corte Suprema peruana.* 4. *Análisis de la sentencia.* 5. *La calificación de los hechos como delitos comunes o crímenes internacionales.* 6. *Fujimori como autor mediato en virtud de dominio sobre un aparato de poder.* 6.1. *Los requisitos de la autoría mediata según la*

sentencia de la Corte Suprema peruana. 6.2. Críticas e interpretaciones alternativas. 6.3. Difusión de la teoría y aplicaciones judiciales. 6.4. La adopción de la teoría en la jurisprudencia penal internacional. 7. Consideraciones conclusivas.

Nota previa: Elena Maculan es doctora en Estudios Jurídicos Comparados y Europeos por la Universidad de Trento y doctora en Paz y Seguridad Internacional por la UNED de Madrid, en cotutela, así como Investigadora en el Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Madrid. La autora desea agradecer especialmente a Alicia Gil, Emanuela Fronza, Gabriele Fornasari, Matteo Costi y Salvador Herencia por sus comentarios y sugerencias.

1. Introducción

El 7 de abril de 2009 la Sala Penal Especial de la Corte Suprema peruana ha condenado en primera instancia al antiguo presidente Alberto Fujimori a veinticinco años de reclusión por el homicidio agravado de veinticinco personas, lesiones graves a otras cuatro y por el secuestro agravado de otras dos. Esta sentencia, junto con la sentencia del 30 de diciembre de 2009 de la 1ª Sala Transitoria de la Corte Suprema, que la confirmó en apelación¹, puede ser definida como un hito en la persecución de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos.

Por una parte, es la primera vez en el continente latinoamericano que un antiguo presidente es sometido a juicio, y condenado a una pena proporcionada y verosímilmente destinada a ser ejecutada², por las violaciones de derechos humanos cometidas sistemáticamente durante su mandato. Es posible considerar esta sentencia como un parteaguas en el derribo del generalizado contexto de impunidad que ha distinguido el área latinoamericana en las décadas pasadas³.

Por otra parte la sentencia, además de finalizar un proceso que destaca por el riguroso respeto de los principios del debido proceso, ofrece un aporte notable a la reconstrucción histórica de los acontecimientos de una época oscura de la historia peruana, colocándose de esta forma en el más amplio proyecto de transición democrática del país.

¹ Tras la condena impuesta con la sentencia que estamos comentando, la defensa de Fujimori había planteado un recurso por *habeas corpus* ante el Tribunal Constitucional, afirmando la vulneración de su derecho a la doble instancia y al debido proceso. El TC, sin embargo, resolvió declarar infundada la demanda (Tribunal Constitucional de Perú, exp. n.º 4235-2010-PHC/TC, Cesar Augusto Nakazaki Servigon a favor de Alberto Fujimori Fujimori, sentencia del 11.08.2011).

² Estas aclaraciones son necesarias: los miembros de las Juntas militares que gobernaron Argentina de 1976 hasta 1983 fueron efectivamente enjuiciados ya en 1984, pero fueron condenados a sanciones exiguas y luego indultados. Parece interesante mencionar ya que en esa sentencia se aplicó la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio de aparatos de poder organizados, que también es aplicada en la sentencia que aquí comentamos (véase *infra*).

³ A esta sentencia siguen, en países confinantes, pronunciamientos similares contra otros antiguos presidentes: el 9 de febrero de 2010 fue condenado el antiguo dictador uruguayo Juan Maria Bordaberry Arocena (para un comentario sobre esta sentencia, véase FORNASARI G., *Dittatori alla sbarra. Il. Caso Bordaberry come pietra miliare della giustizia di transizione in Uruguay*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2281-2305). El 20 de abril de 2010 ha sido condenado en primera instancia por el Tribunal Federal de San Martín Reynaldo Bignone, el último de los miembros de las juntas militares argentinas.

Pero la relevancia de esta sentencia desde un punto de vista jurídico-penal se debe especialmente a que, al aplicar al caso la teoría de la autoría mediata a través del dominio de un aparato de poder, elaborada por Roxin por primera vez, ella ha demostrado la importancia del papel de la doctrina y del diálogo entre esta última y la jurisprudencia, tanto dentro de las fronteras nacionales como fuera de ellas, en perspectiva comparada⁴, en aras de lograr el objetivo común de identificar a los responsables de los crímenes, someterlos a un juicio justo y castigarlos con una pena proporcionada.

El presente trabajo, sin embargo, pretende detenerse sobre todo en otro aspecto, que se manifiesta bien en la decisión de la Corte Suprema de declarar al imputado responsable como autor mediato, bien en la tipificación de los hechos por los que se juzga, para la cual se aplican figuras delictivas previstas por el código penal peruano⁵.

El hecho de que los jueces recurran, en ambos momentos, a categorías del derecho penal nacional, para aplicarlas a una manifestación criminal que, debido a su naturaleza masiva y sistemática, puede entrañar un crimen internacional, demuestra las potencialidades de los instrumentos ya existentes para enfrentarse a estas nuevas y peculiares formas delictivas. Ello no significa que el Supremo Tribunal peruano haya estado ciego ante la relevancia internacional de los delitos bajo juicio, sino que, todo lo contrario, los razonamientos jurídicos demuestran un buen conocimiento de los institutos del derecho penal internacional. Sin embargo, en la elección de las figuras jurídicas aplicables prevalecen categorías penales tradicionales – los delitos de homicidio, lesiones y secuestro, además de la autoría mediata desarrollada en el sistema alemán -, que el tribunal recobra y readapta a la criminalidad de estado. Todo ello manifiesta un interesante fenómeno de interacción entre categorías y principios diferentes y entre distintos niveles jurídicos.

2. Breves referencias al contexto histórico

Alberto Fujimori Fujimori accedió a la presidencia de Perú en 1990: en ese entonces, el país era el escenario de un sangriento conflicto interno entre grupos subversivos –*Sendero Luminoso* y el *Movimiento Revolucionario Tupac Amaru* –, que utilizaban como estrategia la comisión de actos terroristas, y las Fuerzas Arma-

⁴ Como afirma Roxin: “Se puede asignar a la sentencia una función ejemplar. Al mismo tiempo, ella muestra también la fertilidad de una dogmática penal internacional que valora ampliamente la jurisprudencia y ciencia del propio país, pero que también gana conocimiento teniendo en consideración cuidadosa a la literatura extranjera que es capaz de lograr consenso internacional más allá del propio país”: ROXIN C., *Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema de Perú en AMBOS K., MEINI I. (eds.), La autoría mediata. El caso Fujimori*, ARA editores, Lima, 2010, p. 102. Este volumen, dirigido por Ambos y Meini, que va a ser ampliamente citado en este trabajo, es la recopilación, traducida al español, de una serie de contribuciones publicadas en alemán en la revista *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (noviembre de 2009).

⁵ Aunque se acompañe a los cargos así formulados una declaración según la cual algunos de los hechos comprobados constituyen a la vez crímenes contra la humanidad.

das que trataban de reprimirlos. Durante los primeros años de su presidencia se intensificó la lucha contra los movimientos insurgentes y se lograron importantes resultados, como la detención del líder de *Sendero Luminoso*, Abimael Guzmán. Sin embargo, los métodos violentos utilizados por los militares y paramilitares que se encargaban de la represión pronto se convirtieron en una violación grave y masiva de los derechos humanos. A ello se acompañaba además una tendencia cada día más autoritaria del régimen, que desembocó en el *auto-golpe* de 1992⁶. La eliminación de los grupos subversivos era tarea del ejército y de los servicios de inteligencia⁷, que, bajo la supervisión del presidente, se ocupaban de la parte logística y de la selección de los objetivos, a la vez que la concreta ejecución de las “operaciones” quedaba en manos de un grupo paramilitar denominado *Grupo Colina*⁸. Éste fue responsable, entre otras cosas, de los atroces acontecimientos en *Barrios Altos* y en *La Cantuta*, que también son objeto del proceso contra Fujimori.

En aras de paralizar las investigaciones que unos tribunales nacionales empezaban a emprender sobre los numerosos delitos cometidos por el *Grupo Colina*, Fujimori logró que se aprobara, en 1995, una amnistía general que beneficiaba al personal militar, civil y policial “por hechos derivados de, o cometidos en ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo”⁹. Poco después, se aprobó una “ley de interpretación del alcance de la amnistía”¹⁰, que confirma la aplicación obligatoria de esa ley, estableciendo a la vez, curiosamente, que la amnistía ahí dispuesta no implicaba intromisión alguna en el ejercicio de la actividad judicial ni violación alguna de las obligaciones que el Estado peruano debe cumplir de acuerdo con el derecho internacional.

Con el transcurso de unos años, el malestar cada vez mayor de una parte relevante de la población hacia los métodos duros y autoritarios del gobierno y hacia las restricciones impuestas a la libertad de expresión¹¹, la corrupción generalizada en

⁶ El llamado *auto-golpe* del 6 de abril de 1992 fue realizado por Fujimori, que ya era presidente en ese entonces, para subvertir la Constitución y disolver el Congreso y la Corte Suprema, que intentaban poner frenos a la deriva autoritaria y violenta del régimen. Tras las duras críticas recibidas por la comunidad internacional, en 1993 fue aprobada una nueva Constitución – que permitió entre otras cosas su reelección –, pero el gobierno siguió manteniendo los mismos rasgos autoritarios.

⁷ Se trataba de la *Dirección de Inteligencia del Ejército* (DINTE) y del *Servicio de Inteligencia Nacional* (SIN), liderados *de facto* por Vladimiro Montesinos Torres, el poderoso colaborador más cercano al Presidente.

⁸ La práctica de llamar a grupos paramilitares para contrarrestar los movimientos subversivos no fue sin embargo un invento de Fujimori: ya bajo la presidencia de Alán Gracia Pérez (1985-1990) funcionaba el llamado *Comando Rodrigo Franco*.

⁹ Ley 26479 del 14 de junio de 1995, art. 1. La amnistía abarcaba los hechos cometidos a partir de mayo de 1980 y alcanzaba a todos los responsables que en ese entonces estaban siendo investigados o procesados, de acuerdo con el art. 6.

¹⁰ Ley 26492 del 21 de junio de 1995. La sanción de la ley quiso responder a una resolución de la jueza Antonia Saquicuray, que desaplicó la disposición de amnistía por inconstitucional y contraria a las obligaciones impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹ Merece la pena recordar, sin embargo, que al comienzo de su mandato y durante un largo tiempo Fujimori había contado con un fuerte apoyo de la opinión pública, exasperada por los atentados terrorísticos

las esferas políticas cercanas al presidente y las numerosas irregularidades en las elecciones de 2000 marcaron el ocaso de la presidencia de Fujimori¹², que huyó a Japón y desde allí renunció a su cargo por fax¹³. Con el gobierno provisorio de Valentín Paniagua comenzó la transición a la democracia en Perú¹⁴.

3. Vicisitudes procesales y pluralidad de actores

La sentencia de la Corte Suprema peruana que aquí se pretende analizar representa el epílogo de un procedimiento en el que han tomado parte diferentes actores, en el plano interno e internacional, en un dibujo hecho por varias manos que ha desembocado en la condena del antiguo presidente¹⁵.

3.1. *La Comisión para la Verdad y la Reconciliación*

Tras la renuncia al cargo de Fujimori y la constitución del gobierno de transición liderado por el presidente Valentín Paniagua, una de las primeras medidas¹⁶ tomadas por el gobierno democráticamente elegido fu la creación, en 2001, de una Comisión para la Verdad y Reconciliación (CVR)¹⁷. Este órgano, que estaba compuesto por doce comisarios independientes, fue encargado de aclarar todo lo sucedido entre mayo de 1980 y noviembre de 2000¹⁸, en el marco de la violencia terro-

de *Sendero Luminoso* y del MRTA y confiada en el compromiso del gobierno para eliminar esos grupos. El presidente fue efectivamene reelegido en 1995, mientras que las elecciones en 2000, que también ganó él, fueron contaminadas por comprobadas irregularidades. El juicio positivo de determinados sectores sociales sobre el antiguo presidente y su política no parece haber tramontado, como confirma el reciente éxito electoral (aunque éste no la llevó a obtener el cargo de Presidente) de su hija Keiko, candidata a las presidenciales del año pasado con un programa que aparentaba cierta continuidad con el paterno.

¹² Para una panorámica sobre los motivos del ocaso del régimen de Fujimori, véase, sintéticamente, BURT J-M., *Guilty as charged: the trial of former peruvian President Alberto Fujimori for human rights violations*, en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, 2009, pp. 387-8.

¹³ La renuncia ocurrió el 17 de noviembre de 2000.

¹⁴ Describe actores y mecanismos de la transición democrática en Perú CARO CORIA D.C., *Perù*, en AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Justicia de transición*, KAS, Berlín-Montevideo, 2009, pp. 357-390.

¹⁵ No se va a tratar en este trabajo del papel, sin duda esencial, de las asociaciones para la protección de los derechos humanos, muchas de las cuales están agrupadas desde 1985 en la *Coordinadora Nacional de Derechos Humanos*. Estas organizaciones han emprendido una gran tarea de recopilación de pruebas y documentos, tanto bajo la dictadura como después de su caída, y han emprendido campañas a nivel nacional e internacional para pedir la averiguación de los hechos y la persecución de sus responsables, ofreciendo además asistencia legal a las víctimas.

¹⁶ Otra medida importante fue la creación de una unidad especial dentro de la Procuración, la *Procuraduría Pública ad hoc*, que desempeña tareas de persecución de casos de corrupción y, desde un segundo momento, de graves violaciones de los derechos humanos.

¹⁷ La Comisión fue instituida con Decreto Supremo n° 065-2001-PCM de 2 de junio de 2001. Sobre esta comisión y para una comparación con otras Comisiones de la verdad y reconciliación véase HAYNER P., *Fifteen Truth Commissions 1974 to 1994*, en *Human Rights Quarterly*, volumen 16, n° 4, 1994, pp. 600-655; para un examen del papel constituyente de las Comisiones de la verdad (con un enfoque especial en la Truth and Reconciliation Commission sudafricana) véase LOLLINI A., *Constitutionalism and transitional justice in South Africa*, Berghahn books, Oxford, 2011.

¹⁸ El mandato de la Comisión alcanzaba por ende hechos ocurridos antes de la asunción de la Presidencia por parte de Fujimori.

rista y de la represión estatal. Asimismo, la Comisión estaba encargada de declarar las correspondientes responsabilidades, tanto de los grupos terroristas como de los agentes del Estado¹⁹, dedicando una atención especial a los delitos de asesinato, secuestro, desaparición forzada, tortura y lesiones graves, vulneración de los derechos de las comunidades indígenas y otros crímenes y graves violaciones de los derechos humanos²⁰.

El informe final de la Comisión, que fue presentado el 28 de agosto de 2003²¹, identifica unos responsables de las violaciones de los derechos humanos que habían sido comprobadas²², entre los cuales destaca el antiguo Presidente Fujimori. La Comisión declara poseer “indicios razonables para afirmar (...) su reponsabilidad penal en relación con los homicidios, las desapariciones forzadas y las masacres cometidos por el escuadrón de la muerte conocido como *Grupo Colina*”²³. Esta declaración representa por ende la primera afirmación de la responsabilidad del antiguo Presidente por los crímenes cometidos bajo su gobierno, a pesar de no tener consecuencias sancionatorias directas²⁴.

3.2. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los casos Barrios Altos y La Cantuta*

En el camino que ha conducido a la condena de Fujimori, la Corte Interamericana ha desempeñado un papel fundamental, tras haber sido recurrida en relación a un número importante de graves violaciones de derechos humanos atribuidas al Estado peruano²⁵. Especialmente dos sentencias, vinculadas con dos sucesos de violencia estatal que también se encuentran entre los cargos contra Fujimori – *Barrios Altos* y

¹⁹ Art. 1 del decreto mencionado.

²⁰ Art. 3 del mismo decreto. A la Comisión fue asignada también la tarea de emprender una investigación más bien histórica sobre las causas socio-políticas de la violencia terrorista, así como de elaborar propuestas de reparación y crear los correspondientes mecanismos ejecutivos (art. 2).

²¹ Disponible en <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php> (acceso el 07.02.2011). Este Informe, además de representar un importante documento para la comprensión de las causas profundas del estallido de la violencia terrorista, de las modalidades con las que actuaban los grupos subversivos y de la represión estatal, presenta los resultados de la investigación sobre 73 casos concretos y especialmente representativos de la criminalidad de Estado. Dentro de las recomendaciones conclusivas la Comisión invita además a la reapertura de las investigaciones penales sobre 47 casos y propone un programa de reparaciones.

²² El informe considera que las víctimas de la violencia política fueron alrededor de 69000, la mayoría de las cuales muertas por *Sendero Luminoso* o por las fuerzas de seguridad estatales.

²³ *Ivi*, conclusiones generales, párr. 101.

²⁴ Asimismo, el informe de la Comisión ha sido utilizado por la Corte Suprema peruana como elemento probatorio en el juicio contra Fujimori.

²⁵ Muchos de ellos ocurrieron bajo la presidencia Fujimori: véase Corte IDH: *Barrios Altos v. Perú*, sentencia del 14.03.2001, *La Cantuta v. Perú*, sentencia del 29.11.2006, *Castillo Páez v. Perú*, sentencia del 3.11.1997, *Loayza Tamayo v. Perú*, sentencia del 17.09.1997, *Castillo Petrucci y otros v. Perú*, sentencia del 30.05.1999, *Cantoral Benavides*, sentencia del 18.08.2000, *Tribunal Constitucional*, sentencia del 31.01.2001, *Hermanos Gómez Paquiyauri*, sentencia del 08.07.2004, *De La Cruz Flores*, sentencia del 18.11.2004, *Lori Berenson Mejía*, sentencia del 25.11.2001, *Huilca Tecse*, sentencia del 03.03.2005, *Gómez Palomino*, sentencia del 22.11.2005, *García Asto y Ramírez Rojas*, sentencia del 25.11.2005, *Baldeón García*, sentencia del 06.04.2006, *Penal Miguel Castro Castro*, sentencia del 25.11.2006, *Anzualdo Castro*, sentencia del 22.09.2009, todos en <http://www.corteidh.or.cr>.

La Cantuta -, han marcado algunos puntos esenciales para la persecución penal por crímenes de la dictadura.

El primer acontecimiento tuvo lugar el 3 de noviembre de 1991, cuando un comando de 6 hombres armados – que luego fueron identificados como miembros del *Grupo Colina* – irrumpió en un edificio en el barrio *Barrios Altos*, en Lima, durante una pollada organizada para recaudar fondos, obligó a los presentes a tumbarse al suelo y mató a once personas e hirió gravemente a otras cuatro. Las víctimas eran – equivocadamente – sospechadas de emprender actividades de soporte a los grupos terroristas.

El segundo caso ocurrió el 18 de julio de 1992 en ocasión de la operación conocida como *La Cantuta*, en la que unos estudiantes y un profesor de la Universidad Enrique Guzmán y Valle o “La Cantuta” fueron secuestrados por una patrulla compuesta por militares y miembros del *Grupo Colina*. Los hombres, armados y con las caras escondidas bajo una capucha, hicieron una redada en los dormitorios y se llevaron a nueve estudiantes, sospechosos de colaborar con *Sendero Luminoso*, para luego matarles en un sitio cerca de ahí. Los cuerpos de algunas de las víctimas desaparecidas fueron encontrados en fosas comunes, mientras que otras permanecen todavía desaparecidas.

Ambos acontecimientos fueron investigados por una Comisión en el Congreso, que no pudo sin embargo llevar a cabo su tarea²⁶, a la vez que investigaciones en el marco penal quedaron excluidas por efecto de las leyes de amnistía.

La Corte Interamericana, a la que se recurrió en relación con ambos casos, dictó dos sentencias que tuvieron una notable influencia en el desarrollo de la transición democrática no sólo en Perú, sino también en los demás países latinoamericanos²⁷. En la muy conocida sentencia *Barrios Altos*²⁸, efectivamente, la Corte afirmó por primera vez la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía, de la prescripción y de la previsión de cualquier causa de exclusión de la responsabilidad en relación a graves violaciones a los derechos humanos como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas. Como consecuencia, declaró la nulidad de las leyes de auto-amnistía dictadas por el gobierno peruano debido a su incompati-

²⁶ La primera debido a la disolución del Congreso a través del *auto-golpe* de 1992, la segunda en ocasión de la sanción de las leyes de amnistía.

²⁷ Por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de *Punto Final* y *Obediencia Debida* argentinas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Simón* (Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad*, caso n° 17.768, 14.06.2005) hizo hincapié en la inadmisibilidad de las amnistías por graves violaciones de los derechos humanos afirmada en la sentencia de la Corte IDH en el caso *Barrios Altos*. Sobre la influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los procesos ante tribunales nacionales, véanse AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, KAS, Berlín-Montevideo, 2010 y el volumen II de 2011.

²⁸ Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú*, (fondo), sentencia del 14.03.2001.

bilidad con la Convención Americana (CADH)²⁹. Una declaración muy similar aparece en la siguiente sentencia sobre el caso *La Cantuta*³⁰, en la que la Corte describió la estructura y el *modus operandi* de los grupos que se ocupaban de la represión de los opositores políticos y su estrecha vinculación con los más altos niveles del poder estatal³¹.

La intervención de la Corte IDH marcó un avance fundamental en la averiguación de la responsabilidad penal de Fujimori: por un lado, permitió la superación del obstáculo de las leyes de amnistía³², por el otro, condenó expresamente al Estado peruano – sometiénolo de esta forma a una obligación internacional – a emprender toda actividad procesal y de investigación necesaria para determinar la responsabilidad penal de todos los autores de los hechos cometidos en ocasión de los casos comprobados y para aplicar, en su caso, el correspondiente castigo³³. Por último la Corte, al describir el funcionamiento y los rasgos de la actividad de represión ilegal emprendida por el gobierno Fujimori, ha proveído un válido soporte probatorio en el proceso contra éste último.

3.3. *La Corte Suprema chilena y el procedimiento de extradición*

El tercer fundamental actor en la historia del proceso contra Fujimori fue la Corte Suprema chilena, que tuvo que decidir sobre el pedido de extradición del ex-Presidente presentado por el Estado peruano. Fujimori efectivamente, tras una inicial estadía en Japón, se había trasladado a Chile³⁴ y allí había sido detenido en ejecución de una orden de captura internacional emitida por Perú. El pedido de extradición, basado en un tratado entre los dos países, tenía como objeto diez casos de corrupción³⁵ y tres casos de graves violaciones a los derechos humanos: *Barrios Altos*, *La Cantuta*, *Sótanos SIE* y “otros casos de desaparición forzada”. Tras un

²⁹ *Ivi*, párrs. 41-42. La Corte declaró la violación de los arts. 1.1, 2, 8.1 y 25 de la CADH, que prevén la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos establecidos en la Convención, el deber de tomar toda medida legislativa necesaria para hacer efectivos esos derechos (y, paralelamente, a no introducir disposiciones que comprometan su ejercicio), el derecho de los ciudadanos a ser oídos por un juez con el fin de determinar sus derechos y a un recurso efectivo ante los tribunales competentes.

³⁰ Corte IDH, *La Cantuta v. Perú*, (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 29.11.2006, párr. 152.

³¹ *Íbidem*, párr. 236 ss.

³² Tras las decisiones de la Corte IDH, el *Tribunal Constitucional* (TC) peruano a su vez declaró nulas las leyes de amnistía y como consecuencia las resoluciones judiciales dirigidas a garantizar la impunidad a los responsables de las violaciones de los derechos humanos: véase TC, sentencias del 29.11.2005 (exp. N. 4587-2004-AA/TC) y del 2.3.2007 (exp. N. 679-2005-PA/TC).

³³ Véase punto 9 de la parte dispositiva de la sentencia *La Cantuta* y punto 5 de la parte dispositiva en la sentencia *Barrios Altos*. La Corte IDH ha venido aclarando además, en la sentencia *Almonacid Arellano v. Chile* (del 26.09.2006) que una Comisión por la Verdad no puede sustituir “la obligación estatal de averiguar la verdad por medio del proceso judicial” (párr. 150).

³⁴ Hay quien dice que decidió desplazarse tras la decisión del nuevo gobierno peruano de denunciar a Japón ante la Corte Internacional de Justicia; según otros pretendía preparar desde Chile su campaña para presentarse a las elecciones de 2006.

³⁵ Los cargos incluían el soborno de congresistas, la interceptación ilegal de opositores políticos, el desfalco y malversación de los fondos públicos en la financiación de las operaciones del servicio secreto y el enriquecimiento personal.

primer rechazo motivado en la insuficiencia de indicios³⁶, la Sala Penal de la Corte Suprema chilena accedió al pedido de extradición³⁷ para siete de los casos presentados, entre ellos *Barrios Altos*, *La Cantuta* y *Sótanos SIE*³⁸.

La sentencia de la Corte Suprema chilena que decidió extraditar a Fujimori es especialmente relevante, en primer lugar, porque califica los hechos que constituyen el objeto del pedido como homicidio y lesiones agravadas, mientras que no admite la imputación por desaparición forzada. La razón es que éste delito no estaba previsto en el sistema chileno en el momento de los hechos, por lo que su aplicación hubiera producido una violación del principio de la doble incriminación a efectos de la extradición. Esta solución, sin duda acertada en relación al respeto del principio de legalidad y de los criterios normativos para la extradición, por otra parte ha determinado una limitación del objeto procesal³⁹, que ha sido ulteriormente acompañado por la supresión en el caso *Sótanos del SIE* de algunos supuestos considerados no suficientemente comprobados⁴⁰.

Además, la Corte Suprema chilena identifica como forma de atribución de responsabilidad, como luego hará la sentencia peruana, la “autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados”⁴¹.

3.4. *La Corte Suprema peruana*

Tras el procedimiento de extradición, se han abierto tres juicios contra Fujimori ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema⁴², el primero de los cuales por casos

³⁶ Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Instancia, 11.07.2007 (rol n° 5646-2005). El tribunal monocrático (Ministro Orlando Álvarez) consideró que no había pruebas suficientes.

³⁷ Corte Suprema de Justicia de Chile, Segunda Instancia, 21.09.2007, rol n° 3744-07.

³⁸ El caso llamado *Sótanos del SIE* agrupaba varios casos de detención ilegal y arbitraria, muchas veces acompañados por malos tratos, ocurridos en los sótanos de la sede del SIE, contra personas consideradas sospechosas - a menudo equivocadamente - de cooperación con los subversivos y de espionaje.

³⁹ Como destaca Kai Ambos, el Estado peruano está preparando una ampliación del pedido de extradición en aras de incluir otras graves violaciones de los derechos humanos cometidas, especialmente, contra los detenidos en la cárcel Miguel Castro Castro en Lima: véase AMBOS K., *Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori*, en AMBOS K., MEINI I. (eds.), op. cit., p. 61.

⁴⁰ Este caso fue efectivamente limitado a los secuestros del periodista Gustavo Gorriti Ellebongen (raptado de su vivienda el 6 de abril de 1992 y encerrado en los sótanos del SIE) y del emprendedor Samuel Dyer (detenido en el aeropuerto y llevado a los sótanos del SIE, donde permaneció hasta el 5 de agosto).

⁴¹ Véase *infra*. Correctamente García Caveró se plantea el problema de averiguar si el principio de especialidad que se aplica al procedimiento de extradición se aplica al solo *hecho* que forma objeto de la sentencia de extradición o si alcanza también los fundamentos jurídicos allá desarrollados, específicamente, en este caso, la identificación del modelo de responsabilidad aplicada por la Corte Suprema chilena. El autor declara inclinarse por la primera solución. Véase GARCÍA CAVERO P., *La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori*, en AMBOS K., MEINI I. (eds.), op. cit., pp. 187-209.

⁴² Este órgano, compuesto por tres jueces de la Corte Suprema (en el presente caso, César San Martín Castro, Víctor Prado Saldarriaga y Hugo Príncipe Trujillo), tiene competencia para juzgar los altos funcionarios públicos por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con los arts. 100 de la Constitución, 34.4 del *Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial* y 17 del Código de Procedimientos penales.

de graves violaciones a los derechos humanos y los demás por corrupción. En el marco de este trabajo sólo se quiere analizar el primero de esos juicios, que terminó con la sentencia del 7 de abril de 2009, - luego confirmada en apelación ante la Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema⁴³ -, con la condena a veinticinco años de prisión y a pagar sumas importantes como reparación para las víctimas.

4. Análisis de la sentencia

En las 708 páginas de la sentencia, tras haber relatado el procedimiento de extradición, el desarrollo del proceso penal y los resultados de las pruebas adquiridas, se describe el contexto histórico y político en el que ocurrieron los hechos, con especial atención al plan estatal de lucha contra el terrorismo, al papel y a la organización de las Fuerzas Armadas, de los Servicios de Inteligencia y del conocido *Grupo Colina*. La sentencia relata además los atentados cometidos en *Barrios Altos* y *La Cantuta*, los secuestros de Gustavo Gorriti y Samuel Dyer y los demás delitos perpetrados por el *Grupo Colina*, valiéndose como pruebas de testimonios, documentos, evaluaciones de expertos, así como del Informe de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación.

Un problema crucial para la Corte Suprema es la definición y comprobación del alcance y de la modalidad de intervención del acusado en la comisión de los crímenes por los que se le juzga. Ante la inexistencia de pruebas que confirmen que dió órdenes específicas para la realización de las “operaciones” criminales del *Grupo Colina*⁴⁴ y/o que participó en ellas, la Corte hace recurso a las pruebas indiciarias. Ninguna de ellas sería suficiente de por sí para fundamentar una acusación; sin embargo la valoración del conjunto de estos indicios, junto a su fiabilidad de acuerdo con máximas de experiencia y a la inexistencia o insuficiencia de indicios que apunten hacia la conclusión contraria, puede ofrecer una base confiable de la que inferir, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad del imputado. Lo que hace la Corte es construir una “cadena” probatoria – que coincide esencialmente con la jerarquía en la que se estructuraba el régimen -, para remontar de los hechos concretos y de los ejecutores directos hasta la aportación brindada por quién estaba en la cúspide del aparato militar⁴⁵. La relajación del vínculo entre la conduc-

⁴³ Formada por cinco jueces, tiene competencia como tribunal de segunda instancia para los procesos sentenciados por la Sala Penal Especial.

⁴⁴ Esta circunstancia, como reconoce la misma Corte, es típica de organizaciones criminales de este tipo, que actúan y se mantienen en una dimensión clandestina.

⁴⁵ La Corte considera probado que los crímenes fueron cometidos, bajo el mandato presidencial de Fujimori, por agentes públicos que formaban parte de los servicios de inteligencia y de las fuerzas militares; que Montesinos Torres, el jefe del SIN – el órgano que planeaba y controlaba la ejecución de las operaciones del Grupo Colina – respondía directamente y únicamente ante el Jefe del Estado, y lo mantenía al tanto de las actividades de ese organismo; que la realización de las operaciones criminales requería un despliegue de medios logísticos y de fuerzas que el Presidente no podía desconocer, en su calidad de comandante supremo del ejército. A estos elementos, indicios de que Fujimori conocía y compartía los planes criminales, se acompañaba su constante tarea de ocultación de los hechos tras las denuncias presentadas por las víctimas y

ta del imputado y la concreta comisión de los crímenes, y la consecuente dificultad en comprobar su participación directa, da paso a la prueba indiciaria, de la que se infiere la lógica y unívoca conclusión que “por su posición de poder, por los hechos acontecidos, por la protección que dispensó a los personajes más comprometidos: Montesinos Torres y Hermoza Ríos, y por el ataque personal a quienes objetaron lo ocurrido, cabe inferir razonablemente que participó centralmente en su comisión”⁴⁶.

Más allá de la técnica de evaluación de las pruebas que acabamos de describir, dos aspectos de la sentencia suscitan un especial interés: la tipificación de los hechos y la definición del grado de responsabilidad del imputado a través de la aplicación de la teoría de la “autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados”.

5. La calificación de los hechos como delitos comunes o crímenes internacionales

Los jueces de la Corte Suprema peruana, al calificar los hechos por los que se juzga, adoptan una solución, por así decirlo, cumulativa: la subsunción en los tipos penales de secuestro agravado, homicidio agravado y lesiones graves, de acuerdo con el código penal peruano, se acompaña con la calificación de los ilícitos cometidos en los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta* como crímenes contra la humanidad.

El arresto y la detención arbitraria de Gustavo Gorriti y de Samuel Dyer son tipificados como delitos de secuestro agravados según el art. 152 inciso 2 del código penal, en la versión de la disposición vigente en ese entonces, debido a que no se le puede aplicar la versión actual, que importa modificaciones *in pejus* en relación con el tratamiento sancionatorio. La agravación de la pena depende de la comprobada crueldad con la que los delitos fueron cometidos, no por que se aplicara una violencia particularmente intensa sobre las víctimas, sino por que se las sometió a una condición de miedo o fundado temor para la propia vida debido “no sólo a la ilegitimidad de la privación de libertad (...) sino también a las circunstancias en las que se produjo”⁴⁷. Los hechos ocurridos en *Barrios Altos* y *La Cantuta* son subsumidos en los tipos de homicidio agravado por alevosía *ex art.* 108 c.p. y de lesiones graves *ex art.* 121 c.p.⁴⁸, pero al mismo tiempo la Corte afirma que constituyen “crímenes contra la humanidad de acuerdo con el derecho internacional penal”⁴⁹. Según la

los familiares, y la adopción una serie de medidas – entre las cuales las conocidas leyes de amnistía – dirigidas a garantizar la impunidad de los responsables de los ilícitos.

⁴⁶ Párr. 663, 5º apartado.

⁴⁷ Circunstancias que incluyen “las modalidades del traslado de las víctimas al lugar de detención, las condiciones de detención, el aislamiento al que fueron inicialmente sometidos, las amenazas, la indefinidez de su situación jurídica”, y que otorgaban a su detención una dimensión abusiva o arbitraria.

⁴⁸ En ocasión del ataque ocurrido en *Barrios Altos* habían sido gravemente heridas cuatro personas.

⁴⁹ Véase parte dispositiva, punto II y párr. 710 ss. de los fundamentos jurídicos penales.

Corte, de hecho, los delitos cometidos en los dos casos mencionados “transcenden el ámbito estrictamente individual o común”, al presentar los requisitos propios de los crímenes contra la humanidad: se afirma que formaron parte de una “política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de supuestos miembros de los grupos subversivos”, planeada y controlada por las más altas esferas del Estado, que afectó a un notable número de personas indefensas de la población civil⁵⁰.

Al respecto hay que poner de manifiesto que esta calificación no implica consecuencia alguna desde el punto de vista sancionatorio ni sobre la disciplina jurídica de los hechos por los que se juzga: la medición del castigo, de hecho, se basa en los límites de pena previstos por el código penal peruano para los delitos comunes de homicidio, lesiones y secuestro, además de las circunstancias agravantes especiales que ya se han mencionado. Ninguna referencia se hace en cambio, en la determinación del *quantum* de pena, a los crímenes contra la humanidad⁵¹.

Asimismo, la subsunción de las conductas en esta categoría de crímenes internacionales habría conllevado una violación del principio de legalidad, pues en el momento de los hechos el ordenamiento peruano no las preveía expresamente como tipo delictivo⁵². En realidad los órganos judiciales de muchos países cercanos, a la hora de juzgar los graves delitos cometidos en el marco de los pasados regímenes dictatoriales, han recurrido a menudo al derecho internacional, y a veces incluso a la costumbre internacional, como fuente directa de criminalización, en aras de obviar las excepciones de prescripción y las disposiciones de amnistía, aunque ello implicara forzar los principios de legalidad e irretroactividad⁵³. La calificación de los hechos como crímenes internacionales permite efectivamente aplicar a los hechos el régimen especial que se atribuye a esta categoría delictiva, y

⁵⁰ Sobre la definición de los crímenes contra la humanidad, véase, también para referencias ulteriores: AMATI E., MACULAN E., entrada *Crimini contro l'umanità*, en *Digesto delle Discipline Penalistiche. Aggiornamento*, UTET, Torino, 2011, pp. 141-158.

⁵¹ La sentencia, en el momento de la conmisuración, menciona sólo, genéricamente, “los rasgos de ejecución del hecho, su lógica planificada” (párr. 766).

⁵² Los delitos de lesa humanidad fueron insertados en el c.p. (título XIV-A) a través de la ley 26926 de 1998, que derogó el capítulo V del título I, libro II, rubricado “Genocidio”. En la actual formulación, los delitos de lesa humanidad incluyen genocidio, desaparición forzada, tortura, discriminación y manipulación genética; Falta sin embargo, en la descripción de los tipos, el elemento contextual típico de los crímenes contra la humanidad, según el que los actos deben enmarcarse en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil (sobre la definición y las funciones del elemento contextual o *chapeau* véase AMATI E., COSTI M., FRONZA E., *Introduzione*, en AMATI E., CACCAMO V., COSTI M., FRONZA E., VALLINI A., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2010, pp. 2-3). Esta peculiaridad depende de que la norma ha sido introducida para cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente por las Convenciones interamericanas relevantes, que no prevén el elemento contextual constitutivo de los crímenes internacionales.

⁵³ Se trata de una tendencia muy difundida en la jurisprudencia latinoamericana más reciente, como destacan los estudios recopilados en AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional: con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, KAS, Berlín-Montevideo, KAS, 2008; véase también, en la doctrina italiana, FORNASARI G., FRONZA E. (eds.), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, 2011.

que prevé especialmente la imprescriptibilidad y la inadmisibilidad de amnistías e indultos⁵⁴. La Corte Suprema peruana parece en cambio alejarse de esta tendencia dominante, al optar por subsumir los hechos en los tipos penales previstos por el ordenamiento interno. Cabe aclarar que esta calificación de los hechos ha sido impuesta por los límites del procedimiento de extradición: el principio de doble incriminación, efectivamente, imposibilitaba la subsunción de los hechos en la categoría de los crímenes contra la humanidad, pues, como dijimos, Chile, país extraditante, no los preveía en su propio ordenamiento. La tipificación de los hechos como delitos comunes puede ser considerada una elección obligada, que la Corte Suprema peruana parece haber intentado de alguna manera compensar con la declaración según la cual se trata de crímenes contra la humanidad.

Se puede legítimamente sospechar que la Corte Suprema peruana no haya profundizado el tema de las consecuencias que derivan de la calificación de los hechos como crímenes internacionales simplemente por que no le hacía falta: los hechos por los que se juzga ocurrieron en la década entre 1990 y 2000; por lo tanto no plantean los problemas de prescripción que sí se manifiestan con respecto a los delitos cometidos bajo las dictaduras de los demás países latinoamericanos en los años '70-'80 del siglo pasado. Con respecto a las leyes de amnistía, ya se ha mencionado que la Corte IDH y el Tribunal Constitucional después habían previamente declarado su invalidez por ser contrarias a la CADH y a la Constitución, abriendo paso de esta forma a las investigaciones y acciones penales que habían sido paralizadas por efecto de esas leyes.

Cabe preguntarse, a esta altura, qué sentido y utilidad tiene la declaración de la Corte, que se explica en los fundamentos jurídicos y se repite en la parte dispositiva, de que los delitos cometidos en *Barrios Altos* y *La Cantuta* son crímenes contra la humanidad. De acuerdo con una primera visión, esta declaración sería asimilable a la llamada “doble subsunción”, un procedimiento interpretativo adoptado por la jurisprudencia – especialmente – argentina, que se realiza subsumiendo el hecho por el que se juzga tanto en un tipo penal común – respecto de la definición de los elementos típicos y de los límites de pena aplicables – como en un crimen internacional – para permitir la aplicabilidad del régimen especial vinculado con esta calificación⁵⁵. En el caso que estamos analizando, sin embargo, no se aplica en mi opinión una verdadera subsunción de los hechos en la categoría penal internacional: la declaración por la que los hechos se pueden calificar como crímenes contra la humanidad está desprovista de consecuencias prácticas.

⁵⁴El régimen especial de los crímenes internacionales ha sido expresamente reconocido también en la jurisprudencia peruana: véase al respecto CARO CORIA D., *Perù*, en AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana*, cit., pp. 271 ss. (especialmente a pp. 295-6).

⁵⁵Sobre el procedimiento de doble subsunción véanse: PARENTI P., *Informe sobre Argentina*, en AMBOS K., MALARINO E., ELSNER G. (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana*, cit., pp. 21 ss. y MALARINO E., *Argentina (cap. I)*, en AMBOS K. (ed.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, Bogotá, 2009.

Surge por ende la sospecha de que tenga un valor *simbólico*, para subrayar la extrema gravedad de los delitos imputados a Fujimori y su inserción en un peculiar marco de violencia sistemática y masiva, dirigida a la ilegítima eliminación de los movimientos subversivos y terroristas. La declaración de la Corte, por ende, pretende más que nada afirmar el especial desvalor de los hechos por los que se juzga, que los tipos penales ordinarios no permiten reflejar, y de esta manera ofrecer cierta contribución a la efectiva implementación del “derecho a la verdad”⁵⁶.

La solución adoptada por la Corte Suprema permite llegar de todas maneras a una condena contra el imputado, y a la imposición de una pena muy alta y por lo tanto proporcionada a la gravedad de los hechos. Ello puede ser interpretado como una demostración de las potencialidades que las figuras delictivas tradicionalmente previstas en el ordenamiento nacional pueden desplegar ante manifestaciones criminales que, por su estructura y dimensiones, adquieren relevancia internacional. Aunque admitiendo que la tipificación elegida por la Corte dependa de los límites impuestos por la extradición y por la ausencia de problemas vinculados con la superación de la prescripción y de disposiciones de amnistía, y sea por ende el fruto más bien de circunstancias contingentes que de una consciente opción interpretativa, el resultado final ha permitido de todas formas mantener un estricto respeto del principio de legalidad penal. Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional peruano parece confirmar esta visión, en tanto que, al referirse al principio de legalidad previsto en el art. 2 inciso 24 letra D) de la Constitución⁵⁷, afirma: “Nuestros jueces penales —a diferencia de lo ocurrido en otras latitudes (y cita dos sentencias alemanas por los disparos ante el muro de Berlín) — nunca han encontrado motivos para relativizar la aplicación de esta regla esencial del Estado Constitucional”⁵⁸.

6. Fujimori como autor mediato en virtud de dominio sobre un aparato de poder

En la línea de esta recuperación de categorías del derecho penal interno y de su interacción con figuras delictivas que tienen origen y relevancia internacional se coloca también la atribución de la responsabilidad a Fujimori como autor mediato

⁵⁶ Sugieren esta conclusión SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L.I., CHINCHÓN ÁLVAREZ J., *Algunas consideraciones jurídico-internacionales acerca de la sentencia de la sala Especial de la Corte Suprema de la República del Perú contra Alberto Kenya Fujimori Fujimori*, en *Revista de Estudios Jurídicos*, n° 10, 2010 (<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/535>), p. 16. Estos autores, al revés de lo que se afirma en este trabajo, critican la tipificación de los hechos adoptada por la Corte peruana, sosteniendo que ella “abrazo mansamente la rígida interpretación del principio de legalidad penal” (p. 14) y que su subsunción en la categoría de los crímenes contra la humanidad habría implicado una aplicación de la norma penal no retroactiva sino retrospectiva, y por ende admisible.

⁵⁷ La disposición establece: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con una pena no prevista en la ley”.

⁵⁸ Tribunal Constitucional de Perú, Pleno Jurisdiccional, exp. N. 0024-2010-PI/TC, *Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo n. 1097*, sentencia del 21.03.2011, considerando 55.

en virtud de dominio de la voluntad dentro de aparatos de poder organizados.

La difícil tarea de identificar una forma de intervención que sepa, por un lado, tomar en cuenta su ajenidad a la concreta ejecución de los delitos y, por el otro, reflejar la importancia de su aportación a la realización del ilícito – que sin duda llegó mucho más allá de la contribución aportada por un simple partícipe -, hubiera podido llevar la Corte a aplicar una de las figuras creadas por la jurisprudencia penal internacional para solucionar estos problemas, es decir, la *joint criminal enterprise* o la *command responsibility*⁵⁹.

La Corte Suprema, en cambio, ha tomado la opción de condenar a Fujimori como autor mediato⁶⁰, de acuerdo con lo establecido por el art. 23 del código penal peruano⁶¹. Se ha interpretado la norma de forma extensiva, con base en la teoría elaborada por Roxin en 1963⁶². Esta teoría, como es sabido, representa el desarrollo ulterior de la figura de autor mediato que desde hace tiempo la doctrina alemana reconocía, y que hasta ese entonces solamente alcanzaba casos en los que el ejecutor material del crimen no era punible por haber actuado en condición de sujeción absoluta al autor “de atrás”⁶³. Al lado de este supuesto tradicional, Roxin planteó otro que pudiera regular los casos en los que el ejecutor material es punible - al haber actuado con conciencia y voluntad y en una situación de plena imputabilidad⁶⁴, pero en los que parece oportuno sancionar como autor *también* al que, actuando

⁵⁹ Para un análisis de estas figuras, véase, ex plurimis y para ulteriores referencias: OLÁSOLO H., *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishing, Portland, 2009; WERLE G., *Principles of international criminal law*, 2nd ed., TMC Asser Press, 2009, pp. 171 ss.; AMBOS K., «*Joint criminal enterprise*» y *responsabilidad del superior*, en *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, 2º Época, nº 19 (2007), pp. 39-78; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ M., *La doctrina de la "empresa criminal conjunta" en las resoluciones del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia*, en MUÑOZ CONDE F.J. (coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 1089-1110; OLÁSOLO ALONSO H., *Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional*, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 3, 2009; AMBOS K., *La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional en Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, pp. 527-594. En la doctrina italiana: AMATI E., COSTI M., *Autoria e forme di compartecipazione criminosa*, en AMATI E., CACCAMO V., COSTI M., FRONZA E., VALLINI A., *Introduzione*, cit., pp. 109 ss.; MANACORDA S., *Imputazione collettiva e responsabilità personale: uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁶⁰ La Corte aclara: “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” (párr. 742 de la sentencia).

⁶¹ Art. 23 c.p.: “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción” (cursiva añadida).

⁶² ROXIN C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, Cram de Gruyter & Co., 1963.

⁶³ La coartación de la voluntad se manifiesta en estos casos, como es sabido, a través de la coacción, lograda gracias a la amenaza o a la intimidación, o bien a través de la inducción al error por medio de engaño.

⁶⁴ Para ese fin hay que admitir previamente que la condición de “instrumento” del ejecutor material no necesariamente coincide con su irresponsabilidad penal, sino que, al revés, se le puede atribuir una responsabilidad plena o atenuada: véase FERNÁNDEZ IBAÑEZ E., *La autoría mediata en aparatos*

“tras los bastidores”, ha planeado y ordenado el ilícito y ha mantenido sobre ello un control constante. El elemento en el que se arraiga la responsabilidad de este sujeto que permanece “detrás del escritorio” (*Schreibtischtäter*), en la propuesta de Roxin, es el dominio que él ejerce sobre un aparato de poder, dentro del cual actúa el ejecutor material como simple ruedecilla intercambiable de una máquina mucho más amplia y compleja⁶⁵. El escaso poder *factual* para controlar el ilícito – que disminuye a medida de que se sube en la jerarquía – es compensado, o mejor dicho corregido por vía *normativa*, con la mayor responsabilidad atribuida a los que ocupan las cúspides de la organización, y que gozan de un mayor *dominio funcional sobre el hecho*⁶⁶.

La Corte Suprema peruana ha reconocido, por ende, que la formulación “El que realiza (...) por medio de otro el hecho punible” en el art. 23 c.p. puede alcanzar casos en los que el “instrumento” del que el autor mediato se sirve sea punible, de acuerdo con la teoría de Roxin.

6.1. Los requisitos de la autoría mediata según la sentencia de la Corte Suprema peruana

A la calificación de Fujimori como autor mediato en virtud de dominio de un aparato de poder organizado se acompaña, en la sentencia que aquí se analiza, un examen profundizado de los orígenes de esta figura y de los requisitos que condicionan su manifestación. Tras haber recordado rápidamente los antecedentes en los que se ha aplicado esta teoría⁶⁷, la sentencia se detiene a analizar sus elementos constitutivos, ajustándose esencialmente a lo que hoy en día⁶⁸ Roxin afirma sobre esta figura de autor.

En primer lugar, identifica como requisito general la existencia de una organización, caracterizada por una estructura jerárquica y rígida y por una asignación vertical de roles, en la que la transmisión prácticamente automática de las órdenes

organizados de poder, Comares, Granada, 2006, pp. 46-7. Por otra parte, “la incriminación como autor es independiente de la previa calificación de otros concurrentes en el delito como autores o partícipes, y dependerá exclusivamente del hecho de que de la emergencia factual se desprenda su dominio sobre el hecho” (*ibidem*, p. 120).

⁶⁵ Ambos afirma que la teoría del dominio a través de una organización puede ser concebida como un *entrelazamiento* (*Verflechtung*) de elementos normativos y factuales: éstos últimos, junto con el criterio del dominio a través del control, permiten determinar la figura central del hecho; los elementos normativos en cambio permiten atribuir en vía excepcional ese papel también al autor detrás del autor (AMBOS K., *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, traducción por E. Malarino, KAS, Berlín-Montevideo, 2005, p. 227).

⁶⁶ Un resumen de los argumentos a favor y en contra de la teoría de ROXIN y de las variantes elaboradas por otros autores puede verse en FARALDO CABANA P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, y con mayor detalle en la obra de FERNÁNDEZ IBÁÑEZ E., *La autoría mediata*, cit., y en BOLEA BARDÓN C., *Autoría mediata en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 (parte III, capítulo IV).

⁶⁷ Véase *infra*.

⁶⁸ El Autor ha venido modificando su teoría durante los años: véase *infra*.

garantiza un funcionamiento autónomo del aparato mismo⁶⁹. Luego, la Corte separa los demás requisitos de aplicación en objetivos y subjetivos: entre los primeros coloca el poder de mando y el apartamiento de la organización del ordenamiento jurídico, entre los segundos, en cambio, pone la fungibilidad del ejecutor y la predisposición de éste al ilícito.

El poder de mando, que está estrechamente vinculado a la posición que el sujeto ocupa dentro de la organización, se manifiesta en su capacidad para impartir órdenes o asignar roles y tareas, ya sea implícita o explícitamente, tomando en cuenta que el grado de responsabilidad es directamente proporcional al poder que el sujeto tiene⁷⁰. Asimismo, aclara la Corte, el hecho de que el origen del poder se dé en un contexto de legitimidad formal determina a su vez un mayor desvalor de la conducta, debido a que el abuso de la posición de dominio vulnera la fuente del poder mismo y que “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”⁷¹.

El apartamiento del ordenamiento jurídico, que constituye el segundo requisito objetivo, debe referirse, según la Corte, al aparato de poder en su conjunto⁷², que se pone en contra del conjunto normativo vigente en ese estado. Este elemento puede ser bien un rasgo originario del aparato de poder, bien un elemento que sobreviene en un momento sucesivo a la creación del aparato, cuando una institución estatal se aparta del contexto legal en la que está insertada. Dentro de esta segunda hipótesis se pueden diferenciar dos casos: 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” y cuando en cambio “el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico”, intentando crear subrepticamente un “sistema normativo alterno”, que aprovecha las estructuras del sistema legal para cometer delitos⁷³.

Entre las posibles maneras en las que puede darse la desvinculación del ordenamiento jurídico cabe el llamado “gobierno de facto por razón de su ejercicio”, ello es, un gobierno que, pese a haber sido instituido con las formalidades dictadas por la Constitución, luego ejerce su mandato fuera de ella y en su contra: el auto-golpe realizado por Fujimori en 1992 es un ejemplo emblemático de esta segunda modalidad. La – fundada – objeción de que existen muchos aparatos de poder que realizan sistemáticamente conductas criminales sin desvincularse del derecho positivo vigente en ese Estado – piénsese, por ejemplo, al régimen nazi, basado en normas injustas pero formalmente legítimas -, puede superarse considerando que el orde-

⁶⁹ Párr. 726.

⁷⁰ Párrs. 729-732.

⁷¹ Párr. 731.2.

⁷² Párrs. 733-736.

⁷³ Párr. 735.4.

namiento jurídico incluye también el derecho internacional y los derechos humanos fundamentales, y que las leyes nacionales deben ajustarse a ellos⁷⁴.

La Corte define la fungibilidad del ejecutor como un requisito de carácter subjetivo, que expresa la posibilidad, por el autor detrás del escritorio, de sustituir libremente al autor material del ilícito, que es nada más que una ruedecilla dentro de la máquina criminal. La sentencia, recalando la teoría de Roxin, distingue entre una fungibilidad negativa, que depende de que el rechazo por parte de un ejecutor de cometer el delito no impide su realización, y otra positiva, que se percibe desde la perspectiva del autor mediato, y que le permite contar con un número de ejecutores materiales suficiente para garantizar, de una forma u otra, el logro del resultado típico⁷⁵.

Por último, la Corte Suprema identifica el requisito de la predisposición del ejecutor al hecho ilícito, que Roxin añadió entre los elementos de su teoría en un momento posterior a la elaboración originaria⁷⁶, siguiendo a una propuesta de Schroeder⁷⁷ y Heinrich⁷⁸. Esta predisposición se vincula al peculiar carácter jerárquico y vertical de la estructura de poder, que genera una psicología colectiva por la que el ejecutor material se identifica con los planes ilegítimos y con los objetivos del aparato de poder y demuestra una “motivación especial” hacia la comisión de delitos y, a la vez, la conciencia de que el hecho que comete pertenece, más que a él mismo, a la organización de la que es miembro⁷⁹.

El concurso de todos estos elementos engendra una responsabilidad por autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el paso siguiente de la Corte es comprobar que esos elementos se dan en los ilícitos que se le atribuyen a Fujimori. Éste, como cúspide del Estado y del sistema de defensa nacional, con toda evidencia tenía el poder de mando sobre los órganos militares y paramilitares que desempeñaban la lucha contra los grupos insurgentes. Esta lucha, cuyos rasgos esenciales eran la clandestinidad y la ilegalidad, pronto se convirtió en una “criminalidad estatal contra los derechos humanos con evidente apartamiento e infracción continua del derecho nacional e internacional”⁸⁰. Además, afirma la Corte, “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,

⁷⁴ Párr. 734.

⁷⁵ Párr. 737-9.

⁷⁶ ROXIN C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 7º ed., 2000.

⁷⁷ En su tesis doctoral, titulada *Der Täter hinter dem Täter*, de 1965, Schroeder identificó como fundamento del dominio del hecho por parte del “autor detrás del autor” la llamada “resolución condicionada (del ejecutor material) a cometer el hecho”, rechazando en cambio el elemento de la “fungibilidad”, que, en su opinión, suele ser ajeno al personal de confianza que se ocupaba de la comisión de los crímenes. La Corte peruana aún en cambio ambos elementos al enumerar los requisitos de la autoría mediata, ajustándose a una visión, por así decirlo, integradora.

⁷⁸ HEINRICH M., *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, München, 2002.

⁷⁹ Párrs. 740-1.

⁸⁰ Párr. 746.

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”⁸¹.

6.2. *Críticas e interpretaciones alternativas*

La solución interpretativa adoptada por la Corte Suprema, si bien ha sido acogida favorablemente por muchos autores⁸², no ha podido escapar a críticas, algunas de ellas dirigidas a la teoría de Roxin en sí misma, y otras, más limitadamente, a su aplicabilidad en este caso.

Entre estas últimas es llamativa la postura asumida por García Cavero, según el cual el órgano judicial peruano, pese a haberse detenido en la reconstrucción de la teoría del “autor detrás del autor” y de sus requisitos, ofrece argumentos insuficientes a la hora de evaluar la presencia de esos elementos en el caso concreto, especialmente por lo que se refiere a la fungibilidad de los ejecutores y a su predisposición a la realización del hecho⁸³. La intercambiabilidad de los miembros del *Grupo Colina*, al revés, parece retada por el elevado grado de especialización logrado en la ejecución de las operaciones ilícitas, y a la vez por el hecho de que, al tratarse de pocas decenas de hombres, con toda probabilidad cada uno de ellos estaba destinado a tareas específicas en la ejecución de las órdenes.

Muchos autores, en cambio, aunque admitan la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, reprenden los requisitos estructurales que la Corte Suprema peruana establece siguiendo a la elaboración de Roxin. En la doctrina peruana específicamente, Meini y Pariona Arana niegan la relevancia de la fungibilidad del ejecutor material, que representa, en su opinión, nada más que una expectativa hacia la actuación ilícita de una tercera persona. Su valoración a fines de atribuir la responsabilidad al hombre de atrás vulneraría el principio de personalidad de la responsabilidad penal⁸⁴ y sería de todas formas innecesaria. Asimismo se pone de manifiesto que, como dato de la realidad, los ejecutores materiales suelen ser especializados y entrenados, y por ende para nada o difícilmente intercambiables⁸⁵. Por último, se objeta que la fungibilidad, al representar la posibilidad de sustituir a los ejecutores, debería ser considerada, en su

⁸¹ Párr. 745.8.

⁸² Por ejemplo por AMBOS K., *The Fujimori Judgment. A President's Responsibility for Crimes against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus*, en JICJ, vol. 9, 2011, pp. 137-158.

⁸³ GARCÍA CAVERO P., *La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori Fujimori*, en AMBOS K., MEINI I. (eds.), op. cit., pp. 202-209.

⁸⁴ Così MEINI, I., *El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 7 de abril de 2009*, en AMBOS K., MEINI I. (eds.), op. cit., p. 226.

⁸⁵ *Íbidem*, p. 226. A esto se contesta que generalmente el número de personas especializadas es suficiente para garantizar la posibilidad de cambiar rápidamente un ejecutor que rechaza cometer el hecho (AMBOS K., *La parte general*, p. 222).

caso, un requisito más bien objetivo⁸⁶. Ciertos autores, inspirándose en la propuesta de Schroeder, ponen en duda la utilidad del requisito de la fungibilidad, otorgándole la función de medio para lograr el dominio sobre el hecho, y no de fundamento⁸⁷, y reconocen como verdadero elemento constitutivo de esta forma de autoría la “predisposición del ejecutor al hecho”⁸⁸. Sin embargo, este último elemento ha sido a su vez criticado, bajo el argumento de que el entrar a formar parte voluntariamente de una organización manifiesta de por sí una disposición a ejecutar sus órdenes, y siempre limitadamente a las actividades regulares de la estructura⁸⁹. Asimismo, se ha dicho, “el éxito del plan criminal radica (...) en el dominio que el hombre de atrás ejerce sobre la organización, pues sólo así el éxito está asegurado, independientemente de la existencia o inexistencia de la disposición al hecho de los ejecutores”⁹⁰.

Las críticas ni tan siquiera han obviado el requisito de la desvinculación del ordenamiento jurídico por parte del aparato de poder: como se ha correctamente puesto de manifiesto⁹¹, todo delito expresa un apartamiento del derecho, con independencia de que se cometa en el marco de una estructura de poder⁹². El mismo Meini plantea además una crítica fundada a lo que la Corte Suprema define como el presupuesto esencial de la autoría mediata, es decir, la existencia de una estructura jerárquicamente organizada, pues “dicho funcionamiento automático en la ejecución del delito se advierte también en una serie de supuestos distintos a los de las organizaciones jerárquicas”⁹³.

Por último, se ha afirmado que no es adecuado, al referirse a esta modalidad de comisión del ilícito, hablar de dominio sobre la *voluntad* de los ejecutores materia-

⁸⁶ PARIONA ARANA R., *La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori*, en AMBOS K., MEINI I. (eds.), op. cit., p. 244-5. Meini identifica además en el funcionamiento automático del aparato un presupuesto de la fungibilidad de los ejecutores, con la consecuencia de que, al negar la necesidad de ésta última como elemento constitutivo de la noción de autor mediato, el primero tiene relevancia únicamente como rasgo – no esencial – del grupo (véase MEINI I., *El caso peruano*, en AMBOS K. (ed.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, 2010, p. 160).

⁸⁷ SCHROEDER F.-C., *Disposición al hecho versus fungibilidad*, en AMBOS K., MEINI I. (eds.), op. cit., p. 118. Pariona Arana, semejantemente, la define como un posible rasgo de la autoría mediata, pero no lo admite como requisito (PARIONA ARANA R., cit., p. 245). Al revés, en opinión de Ambos, “la fuerza persuasiva de la teoría del dominio sobre una organización reside en la *validez del criterio de la fungibilidad*”, respecto de la cual los argumentos esgrimidos por Roxin serían más que persuasivos (AMBOS K., *La parte general*, p. 221).

⁸⁸ Así GARCÍA CAVERO P., cit., p. 201.

⁸⁹ MEINI I., *El dominio...*, cit., p. 228.

⁹⁰ PARIONA ARANA R., cit., p. 246.

⁹¹ MEINI, *El dominio...*, cit., p. 221. Coincide con él AMBOS (*La parte general*, cit., p. 234).

⁹² Meini agrega que este elemento podría tener relevancia como mucho en la evaluación de la responsabilidad del ejecutor, más que del autor mediato, pues el primero está sometido al orden ilícito del superior (*ibidem*).

⁹³ MEINI, *El dominio...*, cit., p. 218. Lo que importa, según el autor, es, “más que la jerarquía interna de la organización, la jerarquía en la ejecución del delito” (*ibidem*). Coincide en negar que este elemento sea esencial FERNÁNDEZ IBÁÑEZ E., cit., p. 121 ss.

les, pues, a diferencia de las dos hipótesis clásicas de autoría mediata, el autor mediato en este caso no tiene dominio sobre la voluntad de los subordinados, que permanece en su totalidad⁹⁴.

Otras observaciones críticas se han dirigido hacia el alcance de esta figura de autor mediato: en primer lugar, a partir del juicio contra Eichmann – que Roxin utilizó como “test” de aplicación de su teoría –, se debate sobre su aplicabilidad a aquellos que ocupan un eslabón intermedio en la jerarquía, y que son destinatarios y productores de órdenes a la vez (las llamadas “posiciones de mando a mando”)⁹⁵. Además, una pregunta que también ha surgido en la jurisprudencia peruana es la posibilidad de ampliar esta teoría a aparatos de poder no estatales⁹⁶ y hasta a empresas⁹⁷. Sin embargo, estos debates no tienen relevancia en el caso que estamos analizando, pues el imputado, que era Presidente del país en la época de los hechos, ocupaba sin duda alguna la cúspide de la organización estatal.

Dentro de este heterogéneo abanico de opiniones destaca otra orientación doctrinal, liderada por Jakobs, que lisa y llanamente rechaza la figura del “autor detrás del autor”, al estimar intrínsecamente contradictoria la doble consideración del autor material, como sujeto responsable y a la vez como instrumento o ruedecilla de una estructura de poder⁹⁸. Herzberg, por su parte, afirma que casos parecidos al que estamos examinando plantean más bien un problema de dolo, que la teoría de Roxin no llega a resolver⁹⁹. La propuesta de esta corriente doctrinal es la de aplicar en estos casos la figura del coautor, más conocida y menos controvertida, que

⁹⁴ *Íbidem*, p. 219.

⁹⁵ La misma Corte Suprema peruana menciona este aspecto, inclinándose por la solución afirmativa, a la luz de que esos sujetos también gozan de un dominio sobre la organización y sobre los hechos ilícitos por lo que se refiere a la organización que está por debajo de ellos (párrs. 731.4 y 5). Una postura diferente toma Ambos, en cuya opinión solamente quien ocupa la cúspide del aparato de poder puede ejercer un dominio absoluto *a través de y sobre* este aparato, mientras que los sujetos colocados en un nivel intermedio podrían ser condenados como coautores, con base en una división funcional de las tareas (AMBOS K., *La parte general*, p. 232 y ID., *Trasfondos políticos e jurídicos...*, cit., p. 78).

⁹⁶ Esta cuestión surgió en el juicio contra Abimael Guzmán, líder de *Sendero Luminoso*, en el que por primera vez en Perú fue expresamente aplicada la figura del autor mediato en virtud de dominio de un aparato de poder. Véase *infra*.

⁹⁷ El BGH alemán, efectivamente, ha aplicado esta figura de autor mediato a sujetos que ocupaban puestos en la cúspide de empresas comerciales (véase ROTSCH T., “*Einheitstäterschaft*” statt *Tatherrschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, a pp. 376 ss.); hay que aclarar sin embargo que Roxin rechaza esta ampliación del alcance de su teoría.

⁹⁸ “Pero si un mundo contrario se ha convertido en un mundo jurídicamente constituido y considerablemente estable, de manera que ya no depende de la juridicidad de los sujetos obligados para los ejecutores, el desenfreno fáctico de los ejecutores se convierte en equivalente funcional del defecto de imputación de un instrumento”: JAKOBS G., *Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori*, en AMBOS K., MEINI I. (eds.), op. cit., p. 107.

⁹⁹ HERZBERG R.D., *Disposición al hecho versus fungibilidad*, en AMBOS K., MEINI I. (eds.), op. cit., p.125 ss. El autor critica además la necesidad de fundar esta forma de atribución de la responsabilidad en la certidumbre del resultado, al considerarla un *escamotage* que busca compensar la ausencia de una *cercanía normativa* (del autor al hecho), por medio de la afirmación de una *cercanía factual* (*íbidem*, p. 134).

refleja igual de bien las dinámicas propias de estas manifestaciones criminales¹⁰⁰. Efectivamente esta alternativa me parece acertada: si se acepta el concepto, elaborado por Welzel, de *dominio (funcional) del hecho* como criterio distintivo de los casos de autoría, y si se acepta el presupuesto de que el autor material también es plenamente responsable, hay que concluir que él comparte con el autor mediato el dominio sobre el hecho, al menos hasta cierto punto. No importa que la relación entre ellos sea estructurada verticalmente o bien se desarrolle en un nivel horizontal: ambos tienen – aunque con diferentes proporciones – cierto grado de control sobre el hecho ilícito¹⁰¹.

Asimismo, la teoría de Roxin suele ser rechazada por aquellos ordenamientos – muy pocos, la verdad¹⁰² – en los que se adopta un modelo unitario de autoría y participación. La doctrina italiana mayoritaria, por ejemplo, no admite la figura de autor mediato *tout court* dentro de su sistema penal, pues afirma que ella ha sido desarrollada en el sistema alemán “para llenar lagunas de punibilidad generadas por la coexistencia entre una concepción restrictiva de autoría y la teoría de la accesoriedad extrema”¹⁰³. En realidad, el problema que la teoría de Roxin pretende solucionar no depende de la modalidad de accesoriedad que se adopte¹⁰⁴, sino de la ausencia, en el ordenamiento alemán, de una norma que permita castigar al partícipe con la misma pena que al autor, como hace la figura del cooperador necesario en el sistema español¹⁰⁵. En el ordenamiento italiano, en cambio, las pretensiones punitivas que abrieron paso a esta teoría ya encuentran una satisfacción adecuada en el sistema de circunstancias agravantes y atenuantes regulado por los arts. 111 y 112 c.p., que valoran las diferentes aportaciones de cada concurrente, en el marco de un modelo unitario de concurso de personas. Es más: se ha puesto de manifiesto que la aplicación de la teoría del autor mediato en ese ordenamiento en concreto terminaría provocando el resultado contrario de otorgar al hombre de atrás una sanción más leve¹⁰⁶.

Una reflexión similar puede hacerse respecto de la concreta *utilidad* de diferenciar entre las varias formas de intervención en el delito dentro del ordenamiento peruano. El código penal peruano, de hecho, prevé la misma pena para el autor

¹⁰⁰ En opinión de Roxin, sin embargo, en casos como el que se imputa a Fujimori faltarían los presupuestos esenciales de la coautoría: un plan criminal común y una ejecución en cierta forma común o compartida de este plan (ROXIN, *Apuntes...*, cit., p. 97).

¹⁰¹ Se pueden recordar al respecto los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema peruana con respecto a los sujetos colocados en posiciones intermedias en la jerarquía, con el fin de defender su posible condena como autores mediatos de acuerdo con la noción de Roxin: véase *supra*, nota 94.

¹⁰² Se trata de Italia, Austria y Brasil.

¹⁰³ ROMANO M., GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2005, p. 151.

¹⁰⁴ La accesoriedad tiene relevancia sólo para los casos en los que el autor actúa atípicamente o justificadamente, pero no es eso el supuesto de la autoría mediante dominio de aparatos de poder organizados.

¹⁰⁵ Art. 28.2 aptdo b).

¹⁰⁶ *ibidem*, p. 153.

directo, el autor mediato y el coautor¹⁰⁷: ello significa que calificar al imputado como coautor conllevaría la aplicación de la misma pena que aquélla obtenida a través de la teoría de la autoría mediata en su versión roxiniana. Lo mismo puede decirse con respecto a la alternativa de calificar al sujeto de instigador. El código penal peruano, efectivamente, aunque tipifique por separado las distintas figuras de autor y participe en un hecho ilícito, prevé la misma pena para el autor y para el instigador¹⁰⁸; por lo tanto, condenar a Fujimori como instigador en lugar de autor mediato no hubiera llevado a la aplicación de una pena más benigna¹⁰⁹.

Por otra parte, también es cierto que semejante solución, aunque no perjudique los resultados punitivos, no refleja de forma adecuada la importancia de la aportación del imputado a la comisión de los delitos: mientras que el instigador permanece en una posición secundaria respecto de la ejecución del hecho, aquél que domina el aparato organizado es la figura central del hecho ilícito¹¹⁰. Además, y más concretamente, ha sido puesto de manifiesto que la tentativa de cometer un delito como autor mediato sería punible, pero la tentativa de instigar a su comisión no¹¹¹. Así mismo, ambas soluciones interpretativas plantean ciertos problemas dogmáticos. Por una parte, castigar al hombre de atrás como coautor implica asumir que puede ser calificado como tal también el actúe solamente en la fase preparatoria¹¹², sin que se le exija – como en cambio hace la doctrina española mayoritaria – el actuar en la fase *ejecutiva* con una contribución esencial, o al menos el actualizar durante la fase ejecutiva su aportación brindada en la fase preparatoria¹¹³. Esta extensión de la calificación de (co)autor a los que intervengan únicamente en la fase preparatoria ha sido sin embargo tachada de “excesiva (porque) lleva a borrar la distinción entre

¹⁰⁷ Art. 23 c.p.

¹⁰⁸ Art. 24 c.p.

¹⁰⁹ Algo parecido observa Weigend, que destaca que en muchísimos ordenamientos penales el instigador es sancionado con la misma pena prevista para el autor del reato, y concluye que la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio de aparatos de poder organizados no responde a ninguna exigencia doctrinal: “It is likely that the concept of “domination through an organization” owes its existence more to policy considerations than to stric theoretical consistency” (p. 11). Véase WEIGEND T., *Perpetration through an organization. The unexpected career of a German legal concept*, en *JICJ*, n. 9, 2011, pp. 1-21.

¹¹⁰ ROXIN, *Apuntes...*, cit., p. 97.

¹¹¹ AMBOS K., *La parte general...*, cit., p. 220.

¹¹² Esta interpretación es apoyada, por ejemplo, por MUÑOZ CONDE F.J., *Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la dlincuencia organizada y empresarial?*, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 518; FERRÉ OLIVÉ J.C., *Blanqueo de capitales y criminalidad organizada*, en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, pp. 96 ss.; MARÍN DE ESPINOSA E.B., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 140 ss., pero puede considerarse minoritaria en la doctrina española: para una exhaustiva explicación véase GIL GIL A., *El caso español*, en AMBOS K. (coord.), *Imputación de los crímenes*, cit., pp. 111 ss.

¹¹³ Así por ejemplo CEREZO MIR J., *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española*, en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 176-7. GÓMEZ BENÍTEZ, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, en *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2000, pp. 120 y 135-6. Véase GIL GIL A., *El caso español*, cit., pp. 108 ss.

autor y partícipe”¹¹⁴. Por otra parte, la solución de castigar al hombre de atrás como inductor, aunque haya sido defendida por muchos autores, ha sido criticada por que implicaría sancionar una “inducción en cadena”, en ausencia de una relación directa entre el primer inductor (el hombre de atrás) y el autor material del hecho. A ello se ha contestado, sin embargo, que el ejecutor actúa no porque el mando intermedio le transmite la orden, sino porque sabe que esa orden llega de la cúpula de la jerarquía¹¹⁵. Otros autores, más acertadamente, han considerado que una inducción directa no implica necesariamente una relación inmediata entre inducido e inductor¹¹⁶ y que, la peculiaridad de este tipo de supuestos es que, sencillamente, “el inductor ha elegido un mecanismo complejo para hacer llegar la orden”¹¹⁷, utilizando para ello “la cadena de mando de la organización (...) como un mecanismo semiautomático en la transmisión de la orden”¹¹⁸.

Por último, en la doctrina española hay quienes han propuesto castigar al hombre de atrás como cooperador necesario¹¹⁹, pero esta solución, como ya se ha mencionado, está subordinada a que el concreto ordenamiento prevea esta figura especial u otra parecida que permita aplicar al cómplice la misma pena – o incluso una más elevada – que aquélla prevista para el autor. Para volver al ordenamiento peruano en el que se enmarca la sentencia que aquí se comenta, esta solución en ese sistema sería efectivamente viable, pues el art. 25.1 c.p. expresamente castiga al cooperador necesario con la misma pena que para el autor¹²⁰. Sin embargo, como hemos visto, la Corte Suprema peruana ha preferido calificar al hombre de atrás como autor mediato, a través de la concepción amplia de esta figura de acuerdo con la teoría de Roxin, y no como cooperador necesario, pese a que las consecuencias punitivas hubieran sido las mismas. Con toda probabilidad, y al igual de lo que se ha dicho con respecto a la solución de la inducción, tampoco la figura del cooperador necesario ha sido considerada adecuada para reflejar la verdadera dinámica de los hechos y la relevancia del aporte del hombre de atrás.

La Corte Suprema también ha aclarado las razones por las que ha excluido la aplicación al caso de la teoría de la *responsabilidad de mando* (*superior responsibility*), desarrollada por los tribunales penales internacionales desde Núremberg y Tokio y hoy en día reglamentada por el art. 28 del Estatuto de la Corte Penal Inter-

¹¹⁴ GIL GIL A., *El caso español*, cit., p. 116.

¹¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1966, p. 192.

¹¹⁶ OLMEDO CARDENETE M., *La inducción como forma de participación*, Edersa, Madrid, 1999, p. 282.

¹¹⁷ GIL GIL A., *El caso español*, cit., p. 122.

¹¹⁸ GIL GIL A., *El caso español*, cit., p. 121.

¹¹⁹ HERNÁNDEZ PLASENCIA J.U., *La autoría mediata en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1996, p. 276.

¹²⁰ Artículo 25: “El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor”.

nacional (ECPI)¹²¹. Esta forma de atribución de la responsabilidad¹²², como es sabido, sanciona una conducta de carácter omisivo, que ocurre cuando el superior infringe su deber de prevenir y/o sancionar la comisión de crímenes por parte de sus subordinados. Su aplicación en la sentencia que estamos analizando, dice la Corte, habría reflejado solo parcialmente el papel de Fujimori en la realización de los delitos, que fue mucho más allá de la simple omisión, y que se manifestó en una aportación activa de planificación, control y ocultamiento de las operaciones ilícitas del *Grupo Colina*.

6.3. *Difusión de la teoría y aplicaciones judiciales*

A pesar de los aspectos problemáticos de la teoría del “autor detrás del autor” que acabamos de mencionar, no puede negarse que mucha parte de la doctrina la comparte y sostenga¹²³, ni que ella haya demostrado ser especialmente adecuada en unos importantes casos judiciales en los que se sancionó a las cúspides de una organización que habían planificado y controlado desde arriba la realización sistemática de delitos por parte de sus subordinados¹²⁴.

Más allá de una serie de juicios ante el *Bundesgerichtshof* contra algunas autoridades de la antigua República Democrática Alemana¹²⁵, la teoría ha encontrado un campo fértil de aplicación en el continente latinoamericano, donde, como es sabido, a partir de los años '70 se desarrollaron varios fenómenos de criminalidad de Estado, en el marco de regímenes dictatoriales cuyo objetivo era la eliminación de los disidentes políticos. Como recuerda la sentencia contra Fujimori, la noción de “autor detrás del autor” (*Täter hinter dem Täter*) apareció por primera vez en este continente en la sentencia de primera instancia que en 1985 condenó a los miem-

¹²¹ Párrs. 742-744 de la sentencia.

¹²² Para una análisis de esta noción, véanse, *ex plurimis*: AMBOS K., *La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional en Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, pp. 527-594; AMATI E., COSTI M., *Autoria e forme di compartecipazione criminosa*, en AMATI E., CACCAMO V., COSTI M., FRONZA E., VALLINI A., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 2º ed., Giuffrè, Milano, 2010, pp. 155-174; AMBOS K., *La parte general...*, cit., pp. 295-334; WERLE G., *Principles of international criminal law*, 2nd ed., TMC Asser Press, The Hague, 2009, pp. 178-180; MELONI C., *Command Responsibility in International Criminal Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2010; MAUGERI A.M., *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007; MANACORDA S., *Imputazione collettiva e responsabilità personale: uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2008.

¹²³ Para una rápida panorámica sobre los partidarios y opositores de la teoría de Roxin, y sobre sus argumentos, véase AMBOS K., *La parte general*, cit., pp. 216 ss.

¹²⁴ En opinión de Ambos, “la convicción intuitiva de que los organizadores intelectualmente responsables de tales crímenes son autores y no meros inductores no puede ser dejada de lado sin más” (AMBOS K., *La parte general*, cit., p. 219).

¹²⁵ El antiguo Ministro y el viceministro de defensa y los miembros del *Nationaler Verteidigungsrat* de la DDR fueron enjuiciados por los homicidios cometidos bajo sus órdenes por los guardias ante la frontera. El *Bundesgerichtshof*, con sentencia del 26.07.1994 (StR 98/94), confirmó la condena impuesta en primera instancia, calificándolos de autores mediatos. Para un comentario véase, entre otros: AMBOS K., *El caso alemán*, en IDEM (ed.), *Imputación de los crímenes internacionales...*, cit., pp. 25 ss. La noción fue utilizada también en otras sentencias sobre hechos semejantes.

bros de las Juntas militares argentinas¹²⁶. En esa ocasión, el tribunal reconoció que los imputados, que ocupaban la cúspide de las Fuerzas Armadas que gobernaban el país en el momento de los hechos, habían tenido sin duda alguna el dominio sobre los hechos, pues controlaban la organización que los cometió. Según el tribunal, la herramienta de la que se sirve el *hombre de atrás* es el sistema mismo, que él manipula a su discreción, y que está compuesto por hombres fungibles en función del objetivo. “El dominio no se ejerce por tanto sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada; cualquiera sea el ejecutor, el hecho va a ser realizado”¹²⁷. Esta interpretación, que evidentemente aplica la teoría de Roxin – efectivamente la cita expresamente –, no fue acogida, sin embargo, por la Corte Suprema, que se pronunció en apelación sobre el mismo caso. Esa Corte decidió condenar a los imputados como partícipes necesarios en el delito de acuerdo con el art. 45 c.p., debido a que consideraba que la noción de autor detrás del autor no era lo suficientemente precisa y no gozaba de un reconocimiento suficiente en la jurisprudencia y doctrina argentinas en ese entonces¹²⁸.

Asimismo, la teoría del “autor detrás del escritorio” ya había sido aplicada, antes del juicio contra Fujimori, en el mismo ordenamiento peruano, en la sentencia que condenó al líder de *Sendero Luminoso* Abimael Guzmán Reynoso. Curiosamente, la misma forma de atribución de la responsabilidad penal ha sido utilizada para condenar a las cúspides de ambas facciones opuestas del conflicto peruano. En el juicio contra Guzmán Reynoso, la sentencia de primera instancia¹²⁹ aplicó la teoría de la autoría mediata, al haber detectado en el grupo *Sendero Luminoso* los rasgos compartidos por todo aparato de poder criminal¹³⁰, a saber, la estructura altamente jerarquizada y la autonomía con respecto a las partes que la componen. El tribunal afirmó que Guzmán dominaba desde la cúspide la organización terrorista en su conjunto, emitiendo las directivas y las consignas para la realización de los delitos y ejerciendo un control riguroso sobre la estructura. La fungibilidad de los miem-

¹²⁶ Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital de Buenos Aires, causa n° 13/84, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 9.12.1985, párr. 7, punto 5. Para un comentario, véase MALARINO E., *El caso argentino*, en AMBOS K. (eds.), *Imputación de crímenes ...*, cit., pp. 45.

¹²⁷ *Ibidem*, considerando VII, párr. 6 (“*El camino a seguir*”).

¹²⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, causa n° 13/84, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, 30.12.1986. Sin embargo, en muchas sentencias sucesivas sobre crímenes cometidos bajo la dictadura militar se aplicó la teoría del dominio de una organización para sustentar la imputación como autor mediato: véase por ejemplo la condena de Etchecolatz, calificado de autor mediato de algunos de los delitos que se le imputan (“... resulta de aplicación la concepción del dominio del hecho como elemento idóneo para caracterizar como autor mediato de los [delitos] a Etchecolatz”: Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 1 di La Plata, *Causa Etchecolatz, Miguel Osvaldo, fundamentos de la sentencia*, 19.09.2006, considerando IV – calificación legal).

¹²⁹ Sala Penal Nacional, exp. N° 560-03, sentencia del 13.10.2006.

¹³⁰ La sentencia los define “sistemas de injusto” (considerando 11).

bros del aparato organizado, en cambio, no es considerada un requisito esencial de la autoría mediata, sino un simple rasgo que expresa una mayor probabilidad de que el hecho se realice; además, la Sala Penal admite que los miembros de Sendero Luminoso no eran fácilmente intercambiables. La Corte Suprema, al pronunciarse sobre un recurso de apelación sobre el caso, confirmó la sentencia y la aplicación de la teoría de la autoría mediata por dominio de un aparato de poder¹³¹, aclarando que esta teoría es compatible con los tipos de autor previstos por el código penal vigente en el momento de los hechos y que puede aplicarse también cuando el ejecutor directo sea plenamente responsable. Asimismo, la Corte Suprema se detuvo en justificar la aplicación de esta noción de autor mediato a aparatos de poder de carácter no estatal, como a una organización terrorista: de acuerdo con esta visión, lo que importa es que el aparato presente los rasgos estructurales de jerarquía, fungibilidad de los miembros, verticalidad y centralización. Hay que destacar que a la sentencia se acompaña un voto particular del juez Villa Stein, en cuya opinión sería más acertada una condena como coautor, tomando en cuenta la estructura del grupo *Sendero Luminoso*, formado por una pluralidad de células que ejecutaban de manera autónoma las directivas que llegaban de la cúpula decisional¹³², y a la vez la existencia de un codominio sobre los hechos por parte de todos los miembros del aparato¹³³.

Una segunda ocasión en la que se aplicó la teoría del autor detrás del escritorio fue el juicio contra Salazar Monroe ante la Corte Superior de Justicia de Lima¹³⁴: el imputado, comandante *de jure* del SIN, fue condenado como autor mediato de las desapariciones forzadas cometidas durante los sucesos de La Cantuta¹³⁵. La misma sentencia condenó como coautores a algunos sujetos que ocupaban posiciones de nivel intermedio en la jerarquía, bajo la idea de que solamente pueden actuar como autores mediatos aquéllos que ocupan las posiciones más altas.

Como ha sido puesto de manifiesto¹³⁶, los tribunales peruanos que han aplicado

¹³¹ Corte Suprema de Justicia de la República, *recurso de nulidad n° 5385-2006*, sentencia del 14.12.2007.

¹³² Según el juez, faltaría en la organización el elemento de fungibilidad de los ejecutores que, pese a no haber sido considerado esencial en la sentencia de primera instancia, la Corte Suprema ha incluido entre los requisitos estructurales de esta figura de autoría.

¹³³ En este sentido, “el mayor o menor dominio del plan en su conjunto no explica el tipo de autoría, sino únicamente su mayor o menor participación” (voto concordante del juez Villa Stein). Para un análisis de las sentencias contra Abimael Guzmán, véase MEINI I., *El caso peruano*, en AMBOS K. (ed.), *Imputación de crímenes...*, cit., pp. 139 ss., y CARO CORIA D.C., *Prosecuting International Crimes in Peru*, en ICLR, vol. 10, 2010, pp. 598-9. Este autor defiende que habría sido más correcta la calificación de los miembros de *Sendero Luminoso* como coautores, pues estaban desprovistos de aquel “control sobre la voluntad” del ejecutor que constituye la base de la autoría mediata.

¹³⁴ Corte Superior de Lima, Primera Sala Penal Especial, exp. N° 03-2003-1° SPE/CSJLI, 08.08.2008.

¹³⁵ Los delitos cometidos en La Cantuta fueron así calificados de acuerdo con el art. 320 c.p., a diferencia de la subsunción aplicada en el juicio contra Fujimori – en el que, como hemos visto, no era posible aplicar el delito de desaparición forzada debido a la falta de su tipificación en el ordenamiento chileno, país extraditante.

¹³⁶ Véase MEINI K., *El caso peruano*, cit., p. 158.

la teoría de la autoría mediata por dominio de aparatos de poder organizados no han enumerado los mismos requisitos para su configuración: mientras que en el juicio contra Abimael Guzmán el dominio de la organización se arraiga en el poder de mando del superior y en la predisposición del subordinado a la ejecución de la orden ilícita – y, solamente según la Corte Suprema, en la fungibilidad de los miembros –, en aquél contra Salazar Monroe (y otros) se incluye entre los requisitos necesarios también la desvinculación del aparato del ordenamiento jurídico¹³⁷. Por último, en la sentencia contra Fujimori, como hemos visto, se amplían más aun los presupuestos para la aplicación de la noción, en consonancia con la evolución que la teoría ha experimentado en los estudios de su creador Roxin¹³⁸. El caso Fujimori demuestra por lo tanto como el diálogo entre doctrina y jurisprudencia pueda ser fructífero para la evolución y el perfeccionamiento de conceptos y categorías dirigidos a garantizar una correcta aplicación de la justicia penal¹³⁹.

6.4. *La adopción de la teoría en la jurisprudencia penal internacional*

Recientemente la teoría de la autoría mediata por dominio de una organización ha sido acogida también por las jurisdicciones penales internacionales¹⁴⁰. El ECPI prevé expresamente en su art. 25.3 apartado a), entre los sujetos que pueden ser condenados por crímenes que caben en la competencia de la Corte, “quien cometa ese crimen (...) por conducto de otro¹⁴¹, sea éste o no penalmente responsable”. Esta formulación, que abarca explícitamente los casos en los que el ejecutor material es penalmente responsable, parece aceptar la versión “extendida” del concepto de autoría mediata desarrollada por Roxin.

La adopción de esta teoría, y de la noción de *dominio sobre el hecho* (*control over the fact*) como criterio distintivo entre las formas de autoría y aquéllas de participación en un delito¹⁴², coloca a la CPI en una posición de parcial disconti-

¹³⁷ Y no, en cambio, la predisposición de los subordinados al hecho.

¹³⁸ Ambos comenta que a la teoría que estamos comentando ha hecho referencia también un reciente pronunciamiento de la *Corte Suprema de Justicia* colombiana, al decidir investigar sobre la responsabilidad del antiguo gobernador del departamento de Sucre por los crímenes cometidos por los paramilitares en esa zona, a la luz de su probable relación jerárquica con ese grupo criminal: véase AMBOS K., *Trasfondos políticos y jurídicos...*, cit., p. 88, nota 165.

¹³⁹ Sobre los complejos fenómenos de interacción y circulación de teorías, argumentos y parámetros interpretativos véanse, también para ulteriores referencias bibliográficas, A. LOLLINI, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extrasistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, en *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, n. 1, pp. 479-523 y, respecto de la materia penal internacional, COSTI M., FRONZA E., *Le fonti*, en AMATI E., CACCAMO V., COSTI M., FRONZA E., VALLINI A., *Introduzione*, cit., pp. 77 ss.

¹⁴⁰ Véanse AMATI E., COSTI M., cit., especialmente a pp. 116 ss. y OLÁSOLO H., *The Criminal Responsibility*, cit., pp. 116 ss.

¹⁴¹ “Through another person”, “par l’intermédiaire d’une autre personne”.

¹⁴² La adopción de la noción de *control over the crime*, como criterio distintivo entre las formas de autoría y las de participación, y como elemento que fundamenta la coautoría a pesar de la ausencia de una directa y material intervención en la ejecución del delito, es confirmado en la decisión sobre el mandato de captura contra Thomas Lubanga Dyilo (PTC I, *Decision on the confirmation of charges v. Thomas Lubanga*

nidad respecto de la jurisprudencia hasta ahora prevalente en los tribunales *ad hoc*, que hacía recurso a la teoría de la *empresa criminal común* (*joint criminal enterprise*) para describir manifestaciones criminales en las que una pluralidad de sujetos comparten un plan criminal común¹⁴³.

La CPI, probablemente consciente de las muchas objeciones formuladas a esta noción elaborada a nivel jurisprudencial¹⁴⁴, opta por una aproximación diferente, que valora el criterio interpretativo del *dominio sobre el hecho* y la figura del “autor detrás del escritorio” para atribuir la responsabilidad a los llamados *high-level perpetrators*.

Esta nueva orientación es evidente en la decisión sobre la confirmación de cargos contra *Katanga*¹⁴⁵ y en la decisión sobre la orden de captura en el caso *Al Bashir*¹⁴⁶. En la primera, la Sala Preliminar ha argumentado la responsabilidad del imputado con base en su *dominio sobre la organización* que realizaba los delitos¹⁴⁷, y ha enumerado sus requisitos estructurales: la existencia de una relación jerárquica dentro de la organización, el poder de mando y control que ejerce el superior y,

Dyilo, ICC-01/04-01/06-803, 29.01.2007, parr. 326-339). Para un comentario – que se cierra con una observación crítica, de que la Sala hubiera tenido que aplicar al caso la noción de Roxin de “autor detrás del autor” – véase, entre otros: MODOLELL GONZÁLEZ J.L., *Problemas de autoría en la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI (confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo)*, en AMBOS K., DE HOYO M. (eds.), *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Comares, Granada, 2008, pp. 91-109.

¹⁴³ En realidad, ya en algunas sentencias del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia había sido aplicada la teoría de la autoría mediata: véase ICTY, TC, *Prosecutor v. Stakic* (Judgment, ICTY-97-24-T), 31.07.2003, que había combinado el modelo horizontal de la coautoría con base en el *joint control over the crime* y el vertical de la *indirect perpetration* roxiniana arraigada en la noción de fungibilidad (expresamente citando a Roxin). Esta solución fue parcialmente modificada por la Sala de Apelaciones, que rechazó el modelo horizontal sustituyéndolo con la teoría de la *joint criminal enterprise*, pero sí manteniendo el modelo vertical. Véase también ICTR, AC, *Gacumbitsi v. Prosecutor* (Judgment, *Separate Opinion of Judge Schomburg on the Criminal Responsibility of the Appellant for Committing Genocide*, ICTR-2001-64-A), 07.07.2006, párr. 30.

¹⁴⁴ MELONI y MANACORDA enumeran los principales argumentos en pos del apartamiento de la teoría de la *joint criminal enterprise* en el sistema de la CPI: el hecho de que ella incluye una pluralidad de criterios diferentes, algunos difícilmente compatibles con el concepto de autoría y con el principio de legalidad; la existencia de diferentes interpretaciones jurisprudenciales de las tres formas de *joint criminal enterprise*, vulnerando así el principio de determinación; la diferencia entre las fuentes que utilizan los tribunales *ad hoc* y aquéllas previstas por el ECPI y, por último, la sospecha de que la teoría en cuestión introduzca subrepticamente una forma de responsabilidad *colectiva* contraria al principio de responsabilidad penal personal. Según los autores estamos ante el paso del *Milosevic approach*, que aplicaba esta teoría, al *Al Bashir approach*, actualmente seguido de la CPI y basado en la teoría de Roxin (MANACORDA S., MELONI C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, en *JICJ*, vol. 9, 2011, pp. 1-20).

¹⁴⁵ ICC, Pre-Trial Chamber (PTC) I, *Decision on the confirmation of charges v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo-Chui*, ICC-01/04-01/07-717, 30.09.2008. Describe el paulatino abandono de la teoría de la *joint criminal enterprise* – y la paralela adopción del criterio del *dominio sobre el hecho* – también AMBOS K., *Il diritto penale internazionale ad un punto di svolta: dai Tribunali ad hoc istituiti con atto autoritativo ad un sistema universale su base consensuale*, en *Scritti in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2169 ss.

¹⁴⁶ ICC, PTC I, *Decision on the Prosecutor’s application for a Warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (ICC-02/05-01/09), 4.03.2009. Véase OLÁSULO H., *The Criminal Responsibility*, cit., pp. 265 ss.

¹⁴⁷ Los cargos incluyen varias conductas constitutivas de crímenes de guerra y contra la humanidad.

sobre todo, la garantía de que las órdenes serán ejecutadas de forma prácticamente automática y de que los delitos serán por ende realizados¹⁴⁸. Precisamente esta última representaría el fundamento de la responsabilidad del superior como autor y no como simple partícipe¹⁴⁹.

En la segunda resolución que hemos mencionado, la Sala Preliminar ha afirmado que existían bases suficientes (*reasonable grounds*) para atribuir a Omar Al Bashir, en su calidad de Presidente de Sudan *de jure* y *de facto* y de comandante en jefe de las fuerzas armadas, la responsabilidad por los crímenes que formaban objeto del proceso¹⁵⁰, como autor mediato o alternativamente como coautor mediato¹⁵¹. Según la Sala el imputado desempeñó un papel esencial en la coordinación del plan criminal y en su implementación¹⁵², y mantuvo por ende aquel *dominio sobre el hecho* (*control over the crime*) que constituye el fundamento de la responsabilidad como autor mediato y como coautor. No se puede prever de momento el resultado final del juicio contra el presidente sudanés – ni, la verdad, si este juicio va a ser realmente emprendido¹⁵³ –, ni si se optará por su condena como autor mediato de acuerdo con la teoría del dominio sobre la organización. Sin embargo, puede destacarse una creciente atención de la jurisprudencia de la Corte hacia esta forma de atribución de la responsabilidad¹⁵⁴. Además, el hecho de que la Sala Preliminar la proponga deja entrever un posible desarrollo ulterior de la teoría de la autoría mediata: es decir, la noción de “coautoría indirecta” (*indirect co-perpetration*)¹⁵⁵,

¹⁴⁸ *Decision on the confirmation of charges v. Germain Katanga*, cit., párrs. 511 ss.

¹⁴⁹ “The leader's ability to secure this automatic compliance with his orders is the basis for his principal — rather than accessorial — liability. The highest authority does not merely order the commission of a crime, but through his control over the organisation, essentially decides whether and how the crime would be committed” (párr. 518 de la decisión).

¹⁵⁰ Los cargos incluyen varias conductas constitutivas de crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos en el marco de la campaña de represión de los movimientos insurgentes y de los ataques contra la población civil de Darfur, sospechados de apoyar a esos movimientos.

¹⁵¹ Párr. 223.

¹⁵² Párr. 221.

¹⁵³ Hasta hoy el mandato de captura no ha sido ejecutado, sino que al revés ha sido criticado, al ser dirigido contra un jefe de estado que todavía está en su cargo y al ofrecer potencialmente nuevos motivos de inestabilidad dentro de un país que ya está puesto a prueba por los conflictos internos.

¹⁵⁴ Sobre esta creciente difusión, OLÁSULO ALONSO H., *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata: del Caso Stakic contra el Presidente de la Región de Prijedor ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia a los casos Kananga, Ngudjolo y Bemba contra los Comandantes en Jefe de las Milicias FRPI y FNI y el Ex Vicepresidente de la República Democrática del Congo ante la Corte Penal Internacional*, en *Revista española de derecho militar*, nº 91, 2008, pp. 43-84 e IDEM, *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*, en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, nº. 27, 2009, pp. 71-122.

¹⁵⁵ Del recurso cada día más difundido a este concepto, arraigado en la idea de joint control over the crime, hablan MUÑOZ CONDE F., OLÁSULO H., *Criminal liability of political leaders and military commanders for crimes committed by subordinates within organized structures of power: from the Argentinean Military Juntas Trial to the case against Sudanese President Omar Al Bashir*, en *JICJ*, vol. 9, 2011, pp. 113-135, publicado también en España con el título *La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo*, en *Revista penal*, Nº 27, 2011.

arraigada en un “control compartido sobre el delito” (*joint control over the crime*). La aplicación combinada de estas dos formas de autoría – la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder y la coautoría basada en el control compartido sobre el ilícito – parece sugerir una nueva etapa en la evolución de las formas de atribución de la responsabilidad penal.

Sin pretender en este momento evaluar la validez y la exactitud desde una perspectiva jurídica de esta nueva variante de la noción de autor¹⁵⁶, lo que importa destacar es que la CPI, frente a la necesidad de sancionar crímenes cometidos por una pluralidad de sujetos dentro de organizaciones estructuradas, y de evaluar las diferentes aportaciones ofrecidas por cada uno de ellos, ha rechazado la – criticada – teoría elaborada por la antecedente jurisprudencia penal internacional para enfrentarse a casos semejantes - la *joint criminal enterprise* -, y ha mirado hacia los ordenamientos penales nacionales para encontrar soluciones interpretativas alternativas. Se puede por lo tanto hablar, con respecto a la figura del autor mediato por dominio de la voluntad en un aparato de poder, de un movimiento *ascendente* que va desde los ordenamientos nacionales hacia el internacional, el que adopta y desarrolla ulteriormente su elaboración teórica¹⁵⁷.

7. Consideraciones conclusivas

La sentencia que condena a Fujimori representa un caso de estudio muy interesante para analizar la aplicación de la teoría de la “autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados”. Situándose en la misma línea que una serie de sentencias, dictadas por tribunales penales peruanos pero también en otros países, ella demuestra como esta noción permite llegar a condenar como autor a un imputado que, aunque sin “mancharse las manos”, ofreció una contribución significativa – de planificación y dirección – a la realización de los delitos, aprove-

¹⁵⁶ MUÑOZ CONDE F., OLÁSULO H., cit., la describen con comentarios positivos, así como OLÁSULO H., *The criminal responsibility...*, cit., pp. 329-330), mientras que MANACORDA S., MELONI C., cit., en el marco de una evaluación favorable en su conjunto de esta interpretación, expresan su preocupación ante la posibilidad de que ella provoque una excesiva ampliación de los límites de la autoría (p. 17). WEIGEND la considera en cambio no una nueva teoría, sino simplemente “una coincidencia en el plano factual de dos formas de autoría ya reconocidas” (WEIGEND T., cit., p. 20). Werle y Burghardt, en cambio, afirman, en mi opinión acertadamente, que bajo la noción de “indirect co-perpetration” caben dos modelos de responsabilidad distintos: la “co-autoría mediata, que puede ser entendida como una forma modificada de la co-autoría, y que abarca casos en los que a lo menos un co-autor realiza la contribución al hecho que tiene planificada, a través de un instrumento que él domina”, y la “autoría mediata en co-autoría, que, entendida como una ampliación de la autoría mediata por medio de la incorporación de elementos de la co-autoría, cubre casos en los que el dominio del hecho a través del instrumento se ejerce por varias personas conjuntamente” (WERLE G., BURGHARDT B., *Co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico-penal alemana en el derecho penal internacional?*, en *Revista Penal*, n.º 28, 2011, p. 206).

¹⁵⁷ Sobre los procesos de fertilización cruzada o hibridación horizontales y verticales, ascendentes y descendientes, véase DELMAS-MARTY M., *Interacciones entre el derecho comparado y el derecho penal internacional*, accesible en:

http://portal.veracruz.gob.mx/pls/portal/docs/PAGE/COLVER/DIFUSION/REVISTA_CONCIENCIA/REVISTANO.8/8.-MIREILLE%20DELMAS.PDF. Acceso el 13.06.2011.

chándose de su posición de poder dentro de una organización. Pese a ser una teoría consolidada, sigue siendo muy debatida en la doctrina y sigue siendo entendida según formas diferentes. Por otra parte, el hecho de que la CPI la haya expresamente acogido demuestra su utilidad, o por lo menos el creciente consentimiento de la comunidad internacional sobre su reconocimiento en el marco de una persecución penal que sigue manteniendo un carácter de selectividad¹⁵⁸.

Más allá de las discrepancias y de las críticas sobre esta teoría, parece inevitable que, frente a manifestaciones de criminalidad masiva susceptibles de ser atribuidas a estructuras jerárquicamente organizadas, los normales parámetros penales, aptos para los delitos comunes, sean subvertidos, y que deban buscarse nuevos y diferentes paradigmas para atribuir la responsabilidad. En casos semejantes, recuperar y ampliar categorías tradicionales del derecho penal, readaptándolas a la luz de los nuevos fenómenos criminales, puede ofrecer una válida solución, que arraiga en sólidas bases dogmáticas las innovaciones impuestas por las exigencias de la realidad.

Al mismo tiempo, la conciencia de la complejidad de la respuesta penal a violaciones sistemáticas de los derechos humanos se manifiesta en la decisión de combinar la subsunción de los hechos en tipos penales comunes, previstos por el código penal peruano, con una declaración que los califica de crímenes contra la humanidad.

Ambos momentos, cruciales para atribuir la responsabilidad, ofrecen un ejemplo paradigmático de como el encuentro entre los crímenes internacionales y el sistema penal nacional muchas veces genera fricciones entre las modalidades fenomenológicas de los primeros y los principios de legalidad y de personalidad de la responsabilidad penal sobre los que se funda el segundo. La sentencia de la Corte Suprema peruana, recuperando y readaptando categorías del derecho penal nacional en el marco de una compleja interacción entre fuentes y niveles normativos distintos, demuestra que es posible, gracias a un esfuerzo conjunto judicial y doctrinal, reconciliar estas fricciones y garantizar una respuesta sancionatoria adecuada a los crímenes internacionales en el respeto de los principios que fundamentan el Estado constitucional de derecho.

¹⁵⁸ El caso *Fujimori* al fin y al cabo parece “demostrar una vez mas que (la teoría del dominio sobre el hecho y aquélla, que en esa se basa, del autor detrás del escritorio) tienen que ser seriamente tomadas en cuenta como válido instrumento para la persecución de criminales de nivel elevado”: AMBOS K., *The Fujimori Judgment*, cit., p. 158 (traducción nuestra).