

La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori Fujimori

De Prof. Dr. Percy García Caveró, Piura, Perú

I. Introducción

Tuvieron que pasar siete años para que se les diese la oportunidad a los tribunales penales nacionales de juzgar, gracias a la extradición concedida por Chile, al ex-Presidente Alberto Fujimori del Perú por la imputación de diversos delitos cometidos durante sus años de gobierno (1990-2000). De los trece casos presentados a las autoridades chilenas en la demanda de extradición (sin contar los otros delitos que posteriormente se le han ido sumando), ésta se concedió por siete de ellos. Conocida la decisión de la Corte Suprema chilena de dar luz verde a la entrega del ex-mandatario peruano, los medios de comunicación nacionales procedieron a clasificar en dos grupos los casos por los que se había concedido la extradición: Los referidos a derechos humanos y los referidos a actos de corrupción. Los casos englobados bajo la denominación de delitos contra los derechos humanos (a saber, el caso de La Cantuta, el caso de Barrios Altos y el caso de los sótanos del SIE) dieron lugar a un juzgamiento común contra el ex mandatario por los delitos de secuestro agravado, lesiones graves y asesinato. La Sala Penal Especial encargada de este juzgamiento condenó a Alberto Fujimori Fujimori, como autor mediato de estos tres delitos, a 25 años de pena privativa de libertad. El proceso penal se encuentra actualmente en segunda instancia en razón de la apelación de sentencia presentada por la defensa de Alberto Fujimori.

Son diversos los temas sobre los que la referida sentencia condenatoria ha generado discusión en la doctrina penal nacional e incluso en los propios medios de comunicación social. Si pudiese distinguirse entre los argumentos procesales y sustantivos de la sentencia, posiblemente el que mayor polémica ha despertado dentro del segundo tipo de argumentos es la utilización de la figura dogmática de la autoría mediata por el dominio de un aparato organizado de poder, planteamiento teórico formulado por el Prof. *Claus Roxin* en la década de los sesenta. Se trata de uno de esos casos en los que se ve con claridad la utilidad de los estudios doctrinales en el quehacer de los tribunales, pues los primeros ofrecen a los segundos los argumentos con los que sustentar una decisión que consideran justa. Pero la actitud de la dogmática ante una situación como ésta no puede quedarse en un “¡qué bien!”, sino que debe seguir teniendo un espíritu crítico, tanto en el plano del planteamiento teórico en sí, como en el análisis de si la teoría se ha aplicado correctamente en el caso concreto. En esta contribución, voy a ocuparme solamente de hacer este segundo tipo de análisis, esto es, si la teoría de la autoría mediata asumida por la Sala Penal Especial ha sido aplicada correctamente en la condena impuesta a Alberto Fujimori. Si bien guardo serias dudas sobre la necesidad teórica del planteamiento dogmático de *Roxin* sobre la autoría mediata en virtud del dominio de un aparato organizado de poder para imputar

responsabilidad penal al llamado hombre de atrás, de esta cuestión no me voy a ocupar, al menos, en este lugar.¹

II. La asunción de la teoría de los aparatos organizados de poder por la Sala Penal Especial

En el Capítulo II de la Parte III de la sentencia, que se encarga de desarrollar los fundamentos jurídicos de la sentencia, la Sala Penal Especial asume, siguiendo la tesis esbozada en la sentencia de extradición y desarrollada en la acusación fiscal, la figura de la autoría mediata por el dominio de la voluntad en un aparato organizado de poder. Con la ayuda de esta figura dogmática, la Sala Penal Especial sustenta la condena de Alberto Fujimori Fujimori como autor de los delitos de asesinato, lesiones graves y secuestro agravado por los hechos ocurridos en La Cantuta, en Barrios Altos y en los sótanos del SIE que fueron objeto de juzgamiento. En este punto cabe discutir ya un primer tema procesal muy importante, a saber: Si la asunción de la teoría de los aparatos organizados de poder era una exigencia procesal del tenor de la sentencia de extradición o, en todo caso, de los términos de la acusación fiscal. De lo que se trata es de determinar si la Sala Penal Especial estaba “obligada” procesalmente a asumir la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, en la medida que la sentencia de extradición y la acusación fiscal sustentaban la imputación penal contra Alberto Fujimori Fujimori en esta formulación dogmática. En otras palabras: ¿Estaba la Sala Penal Especial vinculada a la argumentación jurídica esbozada en la sentencia del proceso de extradición y alegada por el Ministerio Público en su acusación?

1. La sentencia de extradición

El 21.9.2007 la Sala Penal de la Corte Suprema de Chile expidió en segunda y última instancia la sentencia extraditoria de Alberto Fujimori Fujimori. En relación a los casos de la Cantuta y Barrios Altos aceptó íntegramente la solicitud de extradición del Estado Peruano, mientras que en el caso de los sótanos del SIE lo hizo sólo parcialmente al limitarlo a los secuestros del periodista *Gustavo Gorriti* y del empresario *Samuel Dyer*. Dicha Sala Penal estimó que existían presunciones fundadas de que el encausado Alberto Fujimori intervino como autor mediato de los delitos de homicidio calificado (15 personas en el caso Barrios Altos y 10 personas en el caso La Cantuta), lesiones graves (cuatro personas en el caso

¹ Sostiene, por el contrario, el carácter imprescindible de la figura del dominio por organización para la fundamentación de la autoría mediata, *Ambos*, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones, trad. Cancio Meliá, *Themis* 37 (1998), p. 182.

de Barrios Altos) y secuestro agravado (dos personas en el caso de los sótanos del SIE).²

Como fundamento fáctico de su decisión, el máximo tribunal chileno concluyó que existían antecedentes probatorios que, si bien no demostraban la participación de Alberto Fujimori en la ejecución material de los hechos imputados, sí permitían afirmar el dominio de un sistema oculto de represión de presuntos terroristas. En concreto señaló que “hay indicios claros de que Alberto Fujimori Fujimori, habría tenido, después del autogolpe, la concentración de todos los poderes del Estado y el mando superior de las Fuerzas Armadas y Servicios de Inteligencia, propició la creación de un organismo especial dentro de las Fuerzas Armadas para realizar operaciones en contra de personas sospechosas de subversión o de enemigos ideológicos del régimen; estando el requerido en antecedentes de la existencia y finalidad del ‘Grupo Colina’ y de las acciones que se llevaban a cabo por el mismo grupo, lo que se demuestra por los premios, ascensos y condecoraciones otorgadas por Fujimori a los integrantes de este grupo y porque muchas personas lo vieron dar órdenes a Montesinos, quien a su vez las entregaba al mencionado Grupo Colina, con lo que habría tenido una participación de autor mediato” (fundamento nonagésimo quinto).

En cuanto a la fundamentación jurídica, el referido tribunal chileno puso sobre el tapete la llamada teoría de la autoría mediata por el dominio de aparatos organizados de poder con la que se podría dar relevancia penal a la actuación de Alberto Fujimori en los hechos por los que se solicitaba su extradición. En concreto, afirmó que “[...] en la autoría mediata el autor, obviamente, no realiza o ejecuta una conducta típica, ya que mantiene el dominio de la realización del hecho por un tercero a quien su voluntad se somete a sus propósitos. Según *Claus Roxin*, junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder”. [...] “De lo anterior, podemos concluir que será de vital importancia en materia de autoría mediata, la existencia de una estructura organizada de poder, ello por cuanto un superior conservará el dominio de la acción usando para tales fines dicha estructura. De esta manera, es claro que el autor mediato será aquél que tenga el poder de ordenar y conducir el sistema sobre una voluntad indeterminada, ya que cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá” (fundamento nonagésimo séptimo).

Los contenidos brevemente reseñados de la sentencia de extradición suscitan la cuestión de si el tribunal penal peruano encargado de juzgar a Alberto Fujimori debía, por un lado, centrar la valoración de la prueba en el hecho delimitado en

la sentencia de extradición, así como, por el otro, limitarse a determinar si, con la tesis de los aparatos organizados de poder delineada por la Sala Penal chilena, le asistía, desde su criterio, responsabilidad penal a Alberto Fujimori como autor mediato de los crímenes de La Cantuta, Barrios Altos y los sótanos del SIE. De lo que se trata es de determinar el alcance del llamado principio de especialidad que informa el proceso de extradición. Según este principio, “la persona entregada al Estado requirente sólo podrá ser enjuiciada o condenada por los mismos hechos por los que se solicitó y concedió la extradición, sin que el enjuiciamiento o condena pueda extenderse a hechos anteriores o distintos”.³ La pregunta es si la exigencia de este principio se restringe sólo al hecho delimitado fácticamente por la sentencia de extradición o si alcanza también a los argumentos jurídicos esbozados en dicha sentencia. En nuestra opinión, la especialidad de la extradición está referida únicamente a la base fáctica de la imputación penal, de manera que no incluye los argumentos jurídicos, aun cuando éstos hayan sido propuestos en la sentencia de extradición.⁴

Discutido es si cabe también variar la calificación típica de los hechos por los que se solicitó la extradición. El nuevo Código Procesal Penal ofrece puntos de apoyo legales para dar respuesta a este interrogante. El artículo 520.1 establece que el extraditado no podrá ser encausado por hechos anteriores y distintos a los que determinaron la concesión de la extradición. En cuanto a la variación de la calificación jurídica de los hechos por los que se concedió la extradición, el artículo 520.2 dispone que si se modifica la calificación del hecho delictivo que motivó la extradición, ésta deberá ser autorizada por el Perú (como país que concede la extradición). En consecuencia, es posible la variación de la calificación jurídica del hecho que motivó la extradición, pero para ello es necesaria la autorización del país que la concedió. Esta exigencia resulta razonable, pues permite un control sobre el requisito que limita la extradición solamente a un delito extraditable. De lo contrario, podría generarse un camino elusivo para conseguir la extradición por un delito por el que no sería procedente la extradición.

A la pregunta de si la Sala Penal Especial podía apartarse, en la condena a Alberto Fujimori, de la tesis de la autoría mediata por el dominio a través de aparatos organizados de poder que esbozó la Sala Penal chilena, habrá que responder afirmativamente. La imputación penal podría haberse hecho, por ejemplo, con base en una coautoría por la distribución

² Como un salto cualitativo, califica *Lledó Vásquez*, Comentarios sobre la sentencia de Extradición de Alberto Fujimori Fujimori, www.anuariodch.uchile.cl, p. 115, esta decisión de la Corte Suprema en contraposición a la tesis de la coautoría que sostiene autorizada doctrina y jurisprudencia chilenas. Sobre esta ver también *J.L. Guzmán Dalbora*, El caso chileno, en: *K. Ambos* (ed.), Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, Bogotá (Temis), 2nd ed. 2009, pp. 71 y ss.

³ *San Martín Castro*, Derecho Procesal Penal, II, Grijley, Lima, 2ª ed. 2003, p. 1454. Sobre su reconocimiento legal en el Derecho positivo nacional, *Hurtado Pozo*, Manual de Derecho Penal, Parte General, I, Lima, 3ª ed. 2005, p. 278. En relación con el Nuevo Código Procesal Penal, *Villavicencio Terreros*, Derecho Penal, Parte General, Grijley, Lima, 2006, p. 208.

⁴ Entiende que el principio de especialidad se limita a los hechos, *San Martín Castro* (nota 3), p. 1455. De la misma opinión, por limitar la discusión de fondo en el proceso penal por los delitos que se concede la extradición, *Lledó Vásquez* (nota 2), p. 110.

funcional del hecho (decisión y ejecución) o por inducción si es que se entiende que el dominio estuvo únicamente en los ejecutores (el grupo Colina o los miembros de la Fuerzas Armadas o la Policía Nacional), habiendo el acusado solamente determinado a la comisión de los hechos delictivos. El desarrollo hecho por la Sala Penal de la Corte Suprema de Chile en relación con la figura de la autoría mediata en virtud del dominio de un aparato organizado de poder no tuvo ningún efecto vinculante para la Sala Penal Especial encargada de juzgar a Alberto Fujimori, la cual se pudo alejar completamente de esta argumentación sin afectar en lo absoluto las condiciones de la concesión de la extradición.

2. La acusación fiscal

La acusación formulada por el Ministerio Público recurrió igualmente a la teoría de la autoría mediata por el dominio de un aparato organizado de poder para sustentar la responsabilidad penal de Alberto Fujimori como autor de los delitos de asesinato, lesiones graves y secuestro agravado en los casos La Cantuta, Barrios Altos y los sótanos del SIE.⁵ Partió del hecho que el Alberto Fujimori instauró dos estrategias en la lucha antisubversiva: Una oficial, visible y convencional que se decía en sus discursos oficiales, mensajes y documentos públicos y que se correspondía con el marco legal y constitucional; y otra secreta, clandestina y desvinculada del Derecho que buscaba la eliminación física de los presuntos subversivos, en cuyo marco desarrolló sus actividades el grupo Colina. Este grupo contaba con el apoyo de los jefes militares y, como aparato organizado de poder, tenía en sus altos estamentos o centros de decisión al propio presidente de Alberto Fujimori.

El Ministerio Público sustentó fácticamente la acusación por el delito de asesinato en las muertes provocadas por el grupo Colina a los alumnos y el profesor de la Universidad La Cantuta y a los asistentes a la reunión social en Barrios Altos. El delito de lesiones graves se sustentó en las lesiones causadas por los miembros del grupo Colina a los sobrevivientes de la matanza de Barrios Altos. Como secuestro agravado se atribuyó a Alberto Fujimori la privación de la libertad hecha por miembros de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas al periodista *Gustavo Gorriti* y al empresario *Samuel Dyer*, quienes estuvieron reclusos en los calabozos acondicionados en los sótanos del SIE. La fundamentación jurídica que el Ministerio Público utilizó para atribuirle responsabilidad penal a Alberto Fujimori como autor de estos delitos, pese a no haberlos ejecutado directamente, fue la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio sobre un aparato organizado de poder. Esta teoría, como ya se dijo, fue asumida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, aunque con un matiz distinto en cuanto a los presupuestos para aplicarla. En todo caso, la utilización de la misma figura

⁵ *Pariona Arana*, Autoría mediata por organización, Lima, 2009, p. 75, sin embargo, precisó que, al poner la acusación fiscal la incidencia del dominio de la organización en la predisposición del ejecutor al hecho, se apartó de la formulación original de esta teoría, tal como lo había esbozado la sentencia de extradición.

dogmática nos lleva a plantear también aquí la cuestión procesal de si la Sala Penal podía desvincularse o no de este planteamiento jurídico utilizado por el Ministerio Público para sustentar la imputación de los delitos a Alberto Fujimori como autor mediato.

La exigencia de imparcialidad del juez penal en el sistema acusatorio ha llevado a separar en el proceso penal al órgano que acusa y al órgano que juzga.⁶ La cuestión a discutir es si la salvaguarda de esta imparcialidad impide al órgano juzgador decidir con una calificación jurídica que se ajusta mejor a los hechos probados en el proceso, pero que no ha sido alegada por el órgano acusador. La respuesta a esta cuestión se ha orientado a limitar cada vez más al órgano que juzga la posibilidad de desvincularse de la tesis de incriminación del órgano acusador, con el argumento de que, de no hacerlo, el juez se convertiría en acusador.⁷ Sin embargo, esta línea de pensamiento termina prácticamente identificando el principio acusatorio con el principio dispositivo, pues se le otorga a las partes un poder de configuración excesivo de la cuestión a decidir en el proceso penal. El principio acusatorio implica la vinculación del juzgador a la acusación, esto es, a los hechos acusados, pero no a la valoración jurídica de los hechos.⁸ En este sentido, el juez tiene la facultad de variar la calificación jurídica del hecho, condenar bajo un punto de vista jurídico distinto o con otros criterios de imputación.⁹ Sin embargo, debe darse al acusado la posibilidad de hacer alegaciones frente al cambio de la calificación jurídica del hecho, pero debe quedar claro que este requerimiento se hace por razones de derecho de audiencia y de contradicción y no, más bien, por mantener la imparcialidad del juez en el sistema acusatorio.¹⁰ Más discutido es si este derecho de defensa se tiene que hacer no sólo respecto de cambios de calificación, sino también en caso de uso de otras teorías dogmáticas para sustentar la imputación penal. Dado que la defensa se construye con la mirada puesta en la tesis de la acusación, resulta lógico que, para no limitar dicho derecho, se conceda también la posibilidad de hacer alegaciones frente a un cambio de la teoría dogmática que se pretende utilizar por el juez. Pero, tal como lo hemos indicado, esta exigencia no se debe a que se trate de una desvinculación (la vinculación del juez se limita a los hechos acusados), sino al mantenimiento del derecho de defensa.

En el caso de la acusación hecha contra Alberto Fujimori por los casos de La Cantuta, Barrios Altos y los sótanos del SIE, la Sala Penal Especial se mantuvo en los hechos, en la calificación jurídica y en la teoría dogmática utilizada por el Ministerio Público para sustentar la autoría mediata de Alberto Fujimori. Posiblemente la Sala quiso evitarse cualquier

⁶ Vid., *Armenta Deu*, Principio acusatorio y Derecho Penal, Barcelona, 1995, p. 56 ss.

⁷ Vid., *Armenta Deu* (nota 6), p. 63.

⁸ Vid., *Montero Aroca*, La garantía procesal penal y el principio acusatorio, La Ley, 1994, p. 5.

⁹ Igualmente *Roxin*, Derecho Procesal Penal, trad. Córdova/Pastor, Buenos Aires, 2000, p. 163 s., aunque respecto de lo definido en el auto de apertura.

¹⁰ En este sentido *Armenta Deu* (nota 6), p. 98.

cuestionamiento procesal por desligarse de los términos jurídicos de la acusación. Por ejemplo, la calificación hecha por el Ministerio Público respecto de las lesiones producidas contra los sobrevivientes de la matanza de Barrios Altos fue a todas luces incorrecta; una incorrección que se arrastra desde el antejuicio del Congreso, la solicitud de la extradición y la concesión de la extradición. Sin embargo, tal como lo reconoce la Sala Penal Especial en el punto 709 de la sentencia, este Tribunal no estimó necesario plantear la tesis desvinculatoria, lo que deja en el aire la razón por la que no se estimó necesario la desvinculación y permite especular sobre una razón puramente de conveniencia. Lo mismo podría sospecharse respecto de la tesis de la autoría mediata por el dominio de un aparato organizado de poder asumida por la sentencia de extradición y por la acusación fiscal. Sin embargo, hay que precisar que respecto de estos aspectos no hay propiamente una desvinculación como lo dice la Sala, pues la desvinculación solamente se plantea en el caso de una modificación del hecho acusado. Lo único necesario al respecto habría sido dar la oportunidad al acusado de defenderse frente al cambio de la calificación jurídica (tentativa de asesinato en lugar de lesiones graves consumadas o una forma de imputación de la autoría distinta a la teoría de la autoría mediata por el dominio de la organización).

III. Los contornos dogmáticos de la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio de un aparato organizado de poder asumida por la Sala Penal Especial

El desarrollo argumentativo de la Sala Penal Especial respecto a la autoría mediata por el dominio de un aparato organizado de poder, parte de reconocer que, en nuestro sistema penal, existe una concepción diferenciadora de la intervención delictiva que distingue entre autores y partícipes. La autoría mediata constituye, a su criterio, una forma de autoría principal que tiene lugar cuando el delito es realizado por el agente u hombre de atrás a través de un intermedio material o persona interpuesta (puntos 718 y 719). Según la Sala, existen tres formas de autoría mediata: Por dominio del error del ejecutor, por dominio de la coacción sobre la voluntad de ejecutor y por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder.¹¹ En relación con esta última forma de autoría mediata, la Sala Penal asume la tesis desarrollada por Roxin que centra el dominio no sobre la persona interpuesta que ejecuta el delito, sino sobre el aparato de poder dentro del cual está integrado y cohesionado el ejecutor. Pese a que esta teoría ha recibido diversas críticas y propuestas de corrección de sus presupuestos, la Sala Penal Especial se mantiene fiel al entendimiento que le dio, y le da actualmente, el profesor muniqués.

Para poder afirmar la existencia de un dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder, la Sala Penal Especial considera necesaria, en concordancia con la tesis de *Roxin*, la presencia de ciertos presupuestos. El presupuesto general es la existencia previa de una organización estructurada con asignación de roles que tiene una vida fun-

cional independiente de la de sus integrantes (punto 726). Los presupuestos específicos pueden ser examinados en dos niveles. En un nivel de carácter objetivo se encuentran i) el poder de mando y ii) la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder. En un nivel subjetivo se ubican i) la fungibilidad del ejecutor directo y ii) su elevada disponibilidad a la realización del hecho. Sobre los requisitos específicos conviene realizar algunas precisiones hechas en la sentencia.

1. El poder de mando

En cuanto al poder de mando, la sentencia entiende este presupuesto como la capacidad del nivel estratégico superior del aparato de poder, de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada, lo cual será cumplido automáticamente por la propia constitución funcional del aparato. Hace una diferenciación entre mando superior y mando intermedio, lo cual si bien puede repercutir en el grado de responsabilidad no afecta la imputación de los hechos delictivos como autores mediatos.¹² El poder de mando debe manifestarse en una orden que dispone que el subordinado realice un hecho o cumpla una misión.¹³ Esta orden puede tener una expresión formal (en la que puede encontrarse todavía cierta apariencia de legalidad) o una efectividad material (que tiene lugar en el caso de organizaciones al margen del Derecho desde sus orígenes). Un aspecto importante que destaca la Sala Penal Especial en el caso de las órdenes formales es que no resulta necesario que ésta se registre o se plasme en un documento.

2. El apartamiento del Derecho

La desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional. El aparato funciona como una totalidad por fuera del orden jurídico. Si bien esta desvinculación se ha presentado por lo general en delitos cometidos por aparatos de poder estatal, es perfectamente posible que tenga lugar también en organizaciones criminales no estatales (criminalidad organizada u organizaciones terroristas).¹⁴ La desvinculación del Derecho en la criminalidad estatal puede darse de dos maneras. En primer lugar, cuando el nivel estratégico superior del Estado decide apartarse por completo del Derecho y crear un sistema normativo totalmente diferente que no se condice con el Derecho Internacional, pues expresa o encubre la comisión de delitos graves. En segundo

¹² Críticamente, *Castillo Alva*, en: Jaén Vallejo et al. (eds.), *Sistemas Penales Iberoamericanos*, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario, Lima, 2003, p. 635.

¹³ Una orden que no tiene que ser específica, sino que puede ser general, pero que incluye evidentemente la realización de ilícitos penales. Vid., en esta línea de desarrollo, *Ambos/Grammer*, *Dominio del hecho por organización*. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann, *Revista Penal* 12 (2003), p. 27 ss.

¹⁴ Anteriormente, *Ambos*, *Themis* 37 (1998), p. 184; *Castillo Alva* (nota 12), p. 626.

¹¹ En sintonía con la propuesta de *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6. ed. 1994, p. 653 s.

lugar, cuando el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico, inicialmente sólo para la realización de determinados delitos, luego con actos sistemáticos más frecuentes.

3. La fungibilidad de los ejecutores

La fungibilidad del ejecutor es la característica de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización de las órdenes delictivas. De lo que se trata es de una potencialidad, no de un acto de sustitución. Este requisito expresa el dominio del superior, en la medida que el cumplimiento de la orden no está en ningún momento en riesgo. La determinación de este requisito debe hacerse desde una perspectiva *ex ante*. La fungibilidad puede ser de dos clases: negativa y positiva. La negativa tiene lugar cuando la abstención de la persona interpuesta para realizar el delito ordenado por el superior en la organización no impide su ejecución, pues otro ejecutor tomará inmediatamente su lugar. La positiva se presenta cuando el nivel superior estratégico tiene la posibilidad de elegir, para la comisión del delito, la mejor opción entre diversos ejecutores que tiene a disposición en el aparato de poder. Pese a la actitud crítica de la doctrina y cierta jurisprudencia nacional ante el requisito de la fungibilidad, la Sala Penal Especial considera que es fundamental para sustentar el dominio del nivel superior estratégico.

4. La predisposición a la realización del hecho ilícito

Con este requisito se alude a la disposición interna del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Se trata de un factor eminentemente psicológico que provoca una mayor cohesión e identificación del autor con el aparato de poder. Esta identificación interna del ejecutor con los fines de la organización aumenta el dominio del hecho del nivel superior estratégico del aparato organizado de poder respecto de la ejecución de los hechos delictivos, lo que permite que se le imputen los delitos cometidos a título de autor (mediato). Para algunos autores, este requisito en realidad no es un cuarto elemento o presupuesto de la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, sino que constituye el verdadero fundamento de la autoría por dominio de la organización¹⁵.

IV. La determinación de los presupuestos de la teoría de la autoría mediata en virtud de un aparato organizado de poder en la sentencia

La Sala Penal Especial llegó a la conclusión que los elementos fácticos y jurídicos que, como presupuestos y requisitos, posibilitan la imputación de los delitos como autor mediato se cumplen definitivamente en el caso de Alberto Fujimori (punto 745). En este apartado, vamos a someter a un análisis crítico el desarrollo argumentativo de esta parte de la sentencia con la finalidad de determinar si la condena contra Alber-

to Fujimori está correctamente sustentada en este punto. El orden de la exposición no va a ser necesariamente igual al hecho por la sentencia.

1. ¿Existió un aparato organizado de poder?

Como se dijo, el presupuesto general de la teoría de la autoría mediata por el dominio a través de un aparato de poder organizado, es la existencia de un aparato organizado de poder en cuyo marco se realiza el hecho delictivo. Se trata de un requisito que debe tener indudablemente una base fáctica debidamente probada en el proceso penal. A este respecto, la Sala Penal Especial señaló que estaba probado que el acusado Alberto Fujimori estructuró y ejecutó una estrategia político-militar paralela a la que pregonaba públicamente, cuyo objetivo era la eliminación de los terroristas, decisión que se articulaba por medio de su asesor Montesinos Torres y del aparato de poder organizado que formó (cuestión de hecho número 244).

En la sentencia se precisa que el aparato de poder fue formado por Alberto Fujimori desde su rol formal de órgano central de gobierno conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del Gral EP Hermoza Ríos. Este aparato de poder se organizó con base en las unidades centrales y derivadas del SINA (Sistema de Inteligencia Nacional). Mediante el Decreto Legislativo 746 se colocó al SIN (Servicio de Inteligencia Nacional) a la cabeza del SINA (cuestión de hecho 71), a partir del cual Vladimiro Montesinos, como jefe real de ese organismo (cuestión de hecho 69) reestructuró el área del aparato de poder estatal referido a la comunidad de inteligencia y a los sectores de seguridad pública. Al SIN le correspondía el más alto nivel de planeamiento y decisión de las operaciones especiales de inteligencia, mientras que la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE) era el órgano central o patrocinador y el Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) el órgano ejecutivo. Para la ejecución de operaciones de eliminación de presuntos terroristas se constituyó el destacamento especial de inteligencia Colina como núcleo ejecutor básico.

Con el apoyo de una cita de Faraldo Cabana, la sentencia de la Sala Penal Especial parte de entender que el aparato organizado de poder creado por Alberto Fujimori no era ya el Estado en su conjunto, sino una concreta organización estatal, a saber, el formado a partir de las unidades centrales y derivadas del SINA. No obstante, debe precisarse en cada uno de los hechos juzgados si la intervención de los órganos de inteligencia se hizo como parte del aparato de poder organizado por Alberto Fujimori o no. En los casos de La Cantuta y de Barrios Altos, se consideró probado que las operaciones especiales de inteligencia (OEI) de Barrios Altos y La Cantuta ejecutadas por el Destacamento Especial de Inteligencia Colina, a partir de la intervención directa de los estamentos de mayor jerarquía del Ejército y el SIN (Servicio Nacional de Inteligencia), significó la intervención de un aparato organizado de poder que se colocó al margen del Derecho (cuestión de hecho número 158). Al respecto no parece haber mayor duda sobre la intervención del aparato de poder formado a partir de las unidades centrales y derivadas del SINA, cuyo destacamento básico de ejecución fue el grupo Colina.

¹⁵ Así, *Meini Méndez*, El dominio de la organización en Derecho penal, Lima, 2008, p. 66 ss. Críticamente, *Pariona Arana* (nota 5), p. 47 ss.

Respecto de la privación de la libertad de *Samuel Dyer Ampudia* (una de las privaciones de libertad llevadas a cabo en los llamados sótanos del SIE), la Sala Penal Especial consideró igualmente probado que la privación ilegal de libertad del agraviado *Dyer Ampudia* se produjo en el contexto de un gobierno autoritario, al margen de la Constitución y que se trató de un crimen de Estado a través del aparato organizado de poder constituido desde el SIN (cuestión de hecho número 180). Se partió de la existencia del aparato institucional que desde el SIN, con el concurso de los organismos de inteligencia castrense, específicamente del ejército, funcionó en esa ocasión para detener ilegalmente a *Samuel Dyer* (punto 572), siendo la decisión de detenerlo tomada por Alberto Fujimori como integrante de la cúspide del aparato organizado de poder. Con independencia de que se pueda compartir o no la valoración de la prueba hecha por la Sala respecto de este hecho, ésta resulta plausible y, por tanto, no es posible afirmar arbitrariedad alguna en esta conclusión probatoria.

En el caso del secuestro de *Gustavo Gorriti* la intervención del aparato organizado de poder no se muestra tan clara, pues en la votación de las cuestiones de hecho referidas a este punto se señala que este secuestro fue ordenado, en el contexto del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, por Fujimori como jefe de Estado y jefe supremo de las FFAA y PNP, y ejecutado por los organismos de inteligencia y las fuerzas armadas. No obstante, en el punto 748 de la sentencia se hace la afirmación general de que los secuestros en los sótanos del SIE se ejecutaron dominando la voluntad del mismo aparato de poder organizado. Sin embargo, parece que este punto de la sentencia no está suficientemente determinado en el plano fáctico como para poder sostener que el secuestro de *Gustavo Gorriti* (sin negar la existencia de un delito) fue la ejecución de una orden emanada del aparato organizado de poder identificado en la sentencia de la Sala Penal Especial, o si se trató, más bien, de la comisión de un delito mediante el aprovechamiento de una relación de subordinación jerárquica de los miembros de la Fuerzas Armadas o Policía Nacional respecto del Presidente de la República. Al parecer, la base fáctica solamente permitiría llegar al aprovechamiento de las estructuras jerárquicas del Estado para la realización del delito, por lo que la imputación del delito de secuestro a Alberto Fujimori como autor mediato solamente habría podido sostenerse bajo el supuesto del dominio sobre un instrumento que actuó en error, coacción o en una situación de justificación. Por el contrario, si se hubiese entendido que no se dio ninguna de estas circunstancias, entonces todos los ejecutores de la privación de la libertad de *Gustavo Gorriti* debieron haber sido igualmente procesados y condenados, siendo Alberto Fujimori un inductor del delito (en una cadena de inducción).

2. ¿El aparato de poder se desvinculó del Derecho?

La Sala Penal consideró probado que el aparato organizado de poder formado por Alberto Fujimori se colocó al margen del Derecho (cuestión de hecho 158). Respecto de los hechos de La Cantuta y Barrios Altos, la sentencia indica que las operaciones especiales de inteligencia que se dieron en estos casos son de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacio-

nal del cual se apartan plenamente o lo subordinan sistemáticamente (punto 745.6). En el caso de los secuestros a *Dyer* y *Gorriti*, la Sala señala que constituyó una expresión del control ilícito de la disidencia o crítica políticas al régimen de facto de Fujimori, practicado por la fuerza y en notorio desconocimiento de garantías y derechos fundamentales (punto 745.7). Estas afirmaciones no permiten constatar, aunque parezca lo contrario, la desvinculación del Derecho del aparato organizado de poder, sino la ilegalidad propia de los delitos cometidos a través del aparato organizado de poder. En este sentido, no resultan pertinentes para sostener la existencia del requisito de la desvinculación del Derecho.

La Sala Penal Especial debió desarrollar en el punto referido a la condición de autor mediato de Alberto Fujimori que el aparato de poder que formó y dirigió fue paulatinamente apartándose del Derecho, algo que la sentencia admite en el planteamiento teórico de la figura de los aparatos de poder. En este sentido, debió indicar primero que se utilizó el aparato de poder para asegurar incluso con métodos o medios ilegales la consecución de los objetivos del gobierno de facto, pasando luego a controlar igualmente por medios ilegales la disidencia para terminar formando una unidad dedicada a ejecutar extrajudicialmente a los elementos subversivos detectados por el servicio de inteligencia. La desvinculación del Derecho que se exige para la afirmación de una autoría mediata por dominio en virtud de un aparato organizado de poder no está referida a los actos ejecutados por la organización (los cuales deben ser ilegales), sino a los objetivos, métodos y medios de la organización. Desde el momento en que el aparato de poder se direccionó a asegurar el gobierno de facto con métodos ilegales, comenzó el apartamiento del Derecho que terminó en la conformación de un grupo clandestino de exterminio de personas calificadas de terroristas.

3. Poder de mando: ¿Dio la orden Alberto Fujimori?

El poder de mando del autor mediato no debe quedarse en una sola potencialidad, sino que, como lo precisa la Sala Penal Especial, debe manifestarse en una orden que dispone que el subordinado realice un hecho o cumpla una misión. En los cuatro hechos juzgados, se determinó que estaba probada la orden expedida por Alberto Fujimori para su ejecución. Respecto de las operaciones especiales de inteligencia que se llevaron a cabo en el caso de La Cantuta y Barrios Altos, la Sala Penal tuvo por probado que el acusado Alberto Fujimori es responsable de dichas operaciones porque las ordenó a partir de su dominio del aparato organizado de poder que instituyó desde el SIN (cuestión de hecho número 246). El método de eliminación física de personas vinculadas con la subversión fue selectivo y constituyó una actividad dispuesta por quienes dominaban el régimen estatal. En el caso del secuestro de *Gustavo Gorriti*, la Sala concluye igualmente que Fujimori decidió desde el momento en que organizó el golpe de Estado la privación de determinados hombres de prensa, dentro de quienes estaba el periodista *Gustavo Gorriti*. En el caso del secuestro de *Samuel Dyer* también llegó a la conclusión por prueba indirecta de que el ex mandatario autorizó su privación de libertad, así como el desarrollo de una actividad persecutoria contra el referido

empresario. Puede decirse, en suma, que este requisito de la autoría mediata por el dominio de un aparato organizado de poder se desarrolló suficientemente en la sentencia, tanto en su base fáctica como en su estimación jurídica, posiblemente porque uno de los puntos más discutidos por la defensa de Fujimori fue la falta de prueba de una orden del ex mandatario para ejecutar las operaciones especiales de inteligencia.

4. ¿Eran los ejecutores fungibles?

La fungibilidad del ejecutor significa que éste no opera como persona individual, sino como engranaje mecánico. Esta fungibilidad tiene, como se dijo, una expresión negativa y otra positiva. La primera significa que si el ejecutor se niega a actuar, el mando superior puede disponer de otro ejecutor igualmente eficaz, mientras que la segunda está referida a la posibilidad de elegir entre varios ejecutores en la organización. Debe quedar claro que no se trata de un aspecto o circunstancia fáctica del hecho juzgado, sino de un juicio de valoración (hipotético)¹⁶. Esta situación explica que en las votaciones de hecho no se haga ninguna afirmación sobre si estuvo probada la fungibilidad de los ejecutores, pues al ser una cuestión valorativa y no fáctica, no constituye objeto de prueba. La verificación de este presupuesto de la autoría mediata por el dominio de la organización se encuentra, más bien, en la parte jurídica que se ocupa de la calidad de su autor mediato. En concreto, se dice en el punto 745.8. textualmente lo siguiente: “Por lo demás, en todos los delitos sub judice la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios”.

Como puede verse, el desarrollo argumentativo de la sentencia respecto del presupuesto de la fungibilidad del ejecutor es bastante conciso. Se dice que, en todos los delitos imputados a Fujimori, los ejecutores tuvieron la condición de fungibles. En qué se basa esta afirmación en el caso concreto, no se encuentra suficientemente explicitado. No se entra a determinar en los hechos juzgados lo afirmado de manera general sobre los aspectos negativo y positivo de la fungibilidad, es decir, si Alberto Fujimori tuvo a disposición en todos los delitos a otros ejecutores que hubiesen ejecutado los delitos en caso que los que los ejecutaron hubiesen decidido finalmente no hacerlo o si la organización al margen del Derecho tenía a disposición a otros miembros igualmente capaces de ejecutar el hecho¹⁷. En este punto, se echa en falta la pulcritud argumentativa que se ve en otros puntos de la sentencia,

¹⁶ En el mismo sentido, *Meini Méndez* (nota 15), p. 38, por lo que cuestiona su carácter legitimante como elemento del dominio de la organización. Igualmente crítico *Castillo Alva* (nota 12), p. 620 s.

¹⁷ Por ello, *Meini Méndez* (nota 15), p. 45, señala que en casos como éstos que no hay fungibilidad de los ejecutores, pero no niega el dominio de la organización, sino la necesidad de este elemento de la autoría mediata por el dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder.

cerrando la cuestión con una afirmación sin mayor motivación en el caso concreto y sin entrar a un análisis del delito por delito. La pregunta que cabe hacerse es si en los secuestros de los sótanos del SIE, si en la matanza de Barrios Altos o en la ejecución extrajudicial de los alumnos y el Profesor de La Cantuta, Alberto Fujimori, como el mando superior del aparato de poder que dio la orden de privar de la libertad o matar, tenía a su disposición otros ejecutores incorporados a la organización con los que poder ejecutar los hechos si es que los que los ejecutaron se hubiesen negado a hacerlo. A mi entender, existen serias dudas para afirmar esto en cada caso de manera tan rotunda que no merezca un análisis más detenido y en cada caso.

5. ¿Tenían los ejecutores la predisposición interna de realizar el hecho ilícito?

El presupuesto de la predisposición a la realización del hecho ilícito es afirmado igualmente de manera escueta por la Sala Penal Especial, por lo que cabe hacerle el mismo reproche de falta de mayor argumentación y de análisis en cada caso. Incluso habría que indicar que este presupuesto sí requiere, a diferencia del anterior, una base fáctica de carácter psicológico, pues la predisposición de una persona es un estado interno que debe probarse de manera indirecta por las circunstancias externas del hecho (por ejemplo, el aseguramiento de impunidad, recompensas como ascensos, bonificaciones, etc.¹⁸). Este trabajo no se ha hecho en la sentencia de la Sala Penal Especial, sino que se ha dado por cumplido este requisito con su sola exposición teórica y su afirmación en el caso concreto. En este aspecto, la sentencia resulta, en contraposición a otros puntos, en buena medida cuestionable.

V. Conclusión

La sentencia de la Sala Penal Especial que condena a Alberto Fujimori como autor mediato de los delitos de secuestro, lesiones graves y asesinato se apoya en la tesis de la autoría mediata por el dominio a través de un aparato organizado de poder. La sentencia sigue estrictamente los requisitos previstos y desarrollados por *Claus Roxin*. La exposición teórica que hace la sentencia sobre esta teoría es completa y bien articulada. Sin embargo, al momento de precisar cada uno de los requisitos en el caso concreto, la sentencia hace gala de una extrema concisión que puede llegar a considerarse incluso como un supuesto de motivación defectuosa o insuficiente. No se trata solamente de presentar la exposición abstracta de la teoría a aplicar en el caso concreto, sino de determinar en el caso concreto cada uno de los requisitos en atención a sus elementos fácticos y valorativos. De manera especial esta insuficiencia en la motivación se aprecia en los requisitos de la fungibilidad y la predisposición del ejecutor.

¹⁸ Así, *Meini Méndez* (nota 15), p. 180. Por su carácter eminentemente interno, *Pariona Arana* (nota 5), p. 90 s., considera que este criterio no es un criterio seguro para delimitar autoría e inducción.