

La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori. Comentario a la sentencia de fecha 7.4.2009 (Exp. a.v. 19 - 2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema

De Prof. Dr. Iván Meini, Lima, Perú

I. Introducción

La Sentencia que el 7.4.2009 emitiera la Sala Penal Especial de la Corte Suprema contra el ex-presidente Alberto Fujimori Fujimori (1990-2001), en la que se le condenó como autor mediato de los delitos de asesinato y secuestro agravado, ofrece la oportunidad de reflexionar sobre una serie de aspectos históricos, sociales, políticos y jurídicos que ahí se abordan. Que se haya condenado a 25 años de pena privativa de libertad a quien, ocupando la más alta jerarquía en el aparato estatal y valiéndose de un escuadrón de aniquilamiento (destacamento “Colina”), mató y secuestró a sospechosos de actos de terrorismo y/o opositores a su régimen, no es un hecho frecuente. Y menos que la sentencia haya sido emitida por un tribunal imparcial y altamente calificado del país al cual el condenado gobernó, primero como presidente elegido democráticamente y luego como dictador.

La primera sensación que queda después de repasar las 763 páginas de la sentencia es que no se ha escatimado espacio ni argumento para explicar la forma cómo se llevó el juicio, la decisión de condenar al procesado y el razonamiento que se ha seguido para llegar a dicha conclusión. Así, por ejemplo, se describe el contexto socio-político de la época que permite entender la cooptación del Estado por parte del condenado a tal punto que, con excepción de la Defensoría del Pueblo y de alguna otra institución, le permitió controlar toda la organización estatal; se analiza también su participación en la, así denominada, guerra de “baja intensidad”, que no es otra cosa que el recurso a métodos ilegales en la lucha contrasubversiva; de la mano de la prueba indicia se reconstituyen los asesinatos de Barrios Altos y La Cantuta y se acredita la intervención de Alberto Fujimori en dichos hechos; se hace un esfuerzo muy serio en lo que a la argumentación de hechos y actividad probatoria se refiere; las numerosas y modernas fuentes bibliográficas de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Internacional que se emplean difícilmente se encuentra en otra sentencia; y, se apuesta por la autoría mediata por dominio de la organización como criterio de imputación de responsabilidad penal. Como sentencia judicial es ejemplar, pues aun cuando no se comparta algunas concepciones teorías que en ella se utilizan, no se puede negar que supera con exceso el nivel que exige la garantía constitucional de motivación de las sentencias (art. 139.5 Const.).

La Sentencia, además, es un claro mensaje a la no impunidad por violaciones de derechos humanos, incluso cuando se cometen desde las esferas más altas del poder. Desde el punto de vista histórico ese es tal vez su valor más resaltante, y como tal es ya un modelo a seguir en la actividad jurisdiccional: es posible juzgar con las garantías propias del Estado de Derecho a quien lo prostituyó para servirse de él y delinquir desde él. A partir de aquí – y ahora desde el punto de vista socio-político – le compete a la sociedad peruana aprender del pasado y evitar la reincidencia. En este escenario, el

Derecho Penal, al ofrecer las herramientas dogmáticas que permiten la imputación de los delitos, ha cumplido su misión; difícilmente pueda hacer algo más. Sin embargo, ello es ya bastante, pues para que las teorías jurídico-penales puedan legitimar la imposición de una sanción han de ser racionales y deben estar en capacidad de ser sometidas continuamente a crítica.

En la Sentencia adquiere especial importancia la tesis de la autoría mediata por dominio de la organización. Su aplicación en el caso Fujimori viene a consolidar, al menos en el Perú, una corriente jurisprudencial que no solo ha propiciado un interesante debate académico, sino que además ha alcanzado un nivel de desarrollo que le permite ofrecer respuestas satisfactorias a casos reales.¹ Sin embargo, en la medida en que la aceptación de una teoría jurídica depende de la racionalidad de su explicación y no de su *nomen*, aun cuando la autoría mediata por dominio de la organización es aceptada por la doctrina mayoritaria como una forma de autoría mediata,² sigue siendo obligatorio someter a debate sus requisitos. No es dable, entonces, admitir cualquier *versión* de dominio de la organización.

Lo que aquí pretendo es reflexionar sobre la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización en la versión empleada por la Sala Penal Especial en el caso Fujimori. Al hilo de ello, se valorará cada uno de los elementos del “dominio de la organización” y se intentará responder a las preguntas: a) en qué consiste el dominio de la organización, y b) si dicho dominio es propio de la autoría mediata o de alguna otra forma de imputación de responsabilidad.

II. De los hechos y el concepto de dominio de la organización en la Sentencia

En lo que aquí interesa, se imputó a Alberto Fujimori ser *autor mediato por dominio de la organización* de los delitos

¹ En la jurisprudencia peruana, la teoría del dominio de la organización como criterios de autoría mediata había sido utilizada anteriormente en dos oportunidades: en la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el 13.10.2006, Exp. acumulado N. 560-03, en la que se condenó al líder del grupo terrorista sendero luminoso, Abimael Guzmán a cadena perpétua (con comentarios, *Meini*, La Sentencia de la Sala Penal Nacional. La autoría mediata de Abimael Guzmán, Memoria, Revista sobre cultura, democracia y derechos humanos, Idehpucp, N°1, 2007, 49 ss.) y en la sentencia de emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 08 de abril de 2008, Exp. 03-2003-1 SPE/CSJL.

² Con amplia bibliografía, cfr. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 4ª ed. 2006, § 25 n. 105 y *Schünemann*, en: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (eds.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 2007, § 25 n. 125 ss.

de homicidio calificado en los casos conocidos como Barrios Altos y La Cantuta. Los hechos del caso Barrios Altos indican que el 3.11.1990 los miembros del Grupo Colina incursionaron sorpresivamente en un local del centro de Lima donde se realizaba una reunión popular y dispararon contra sus asistentes, presuntos terroristas, con el resultado de quince muertos y cuatro heridos graves.³ En el caso La Cantuta, el 18.7.1992 los miembros del Grupo Colina “irrumperon en la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle, identificaron a nueve alumnos y un profesor, les privaron de su libertad y los condujeron a un lugar desconocido. Con posterioridad, se estableció que los mataron y sus cuerpos fueron enterrados en la localidad de Huachipa (a las afueras de Lima) y, luego de desenterrarlos, los trasladaron a un paraje del distrito de Cieneguilla, donde volvieron a enterrarlos, previa incineración. Los estudiantes y el profesor no sólo fueron secuestrados, sino mantenidos en la calidad de desaparecidos durante un período indeterminado de tiempo”.⁴ En ambos casos la responsabilidad de Fujimori se habría dado por ordenar las ejecuciones.

La primera mención oficial al dominio de la organización de Fujimori en estos hechos se encuentra en la sentencia de la Corte Suprema de Chile que aprobó el pedido de extradición solicitado por el Perú. En efecto, si bien el 11.7.2007 la justicia chilena rechazó en primera instancia la extradición, la Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile, en sentencia del 21.9.2007 y actuando como segunda instancia, revocó el fallo de primera instancia y concedió parcialmente la extradición por siete de los quince cargos solicitados. De esos siete cargos, dos correspondieron a los casos Barrios Altos y La Cantuta. Sin embargo, en la sentencia de extradición no se profundizó ni explicó en qué consistiría el dominio de la organización; solo se hizo mención a ella. La acusación del Ministerio Público que dio lugar al juicio oral recogió la calificación de autor mediato por dominio de la organización, y lo hizo profundizando en su contenido, aunque en términos todavía generales de manera que sería en el juicio oral en donde se discutiría sobre ella en detalle.

Así, en la Sentencia, luego de acreditarse que la regulación vigente de autoría permite incluir en ella la autoría mediata cuando el ejecutor es un sujeto responsable,⁵ y de repasar su evolución histórica y estado actual de desarrollo,⁶ se señala que el dominio de la organización presupone la existencia de una organización jerárquica⁷ y, además, la concurrencia de cuatro condiciones marco: 1. Poder de mando; 2. La desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; 3. La fungibilidad del ejecutor material; y, 4. La elevada

disponibilidad del ejecutor hacia el hecho. De estas cuatro condiciones marco, las dos primeras la califica la Sala de condiciones objetivas, y a las dos últimas de condiciones subjetivas.⁸ El dominio de la organización sería posible entonces ahí donde se dieran estas condiciones, sin que eso signifique que la adición aritmética de las mismas de lugar al dominio.⁹ Esta concreta versión del dominio de la organización se sostendría en las últimas contribuciones de *Roxin*.¹⁰

III. La existencia de una organización jerárquica como presupuesto del dominio de la organización

En la Sentencia se asume que el presupuesto general de la autoría mediata por dominio de la organización es la existencia de una organización que, como característica esencial, esté estructurada de manera jerárquica. Dicha estructura jerárquica se expresaría, por un lado, en la asignación de roles de sus miembros, es decir, en el hecho que se pueda diferenciar entre quién emite la orden y quién la ejecuta; y, por otro lado, en el funcionamiento automático del aparato.¹¹ Así, según la Sentencia, solo en una organización de tales características sería posible valorar la existencia del dominio de la organización.

Sin embargo, no es del todo seguro que la autoría mediata por dominio de la organización deba presuponer, siempre y en todos los casos, una estructura organizada como la descrita. Pues la interrogante a responder debería ser, si y hasta qué punto la relación que aquí interesa (que es la que mantiene el autor mediato con el ejecutor, en la cual ciertamente tiene relevancia el entorno o organización), depende de una organización *jerarquizada*. Es probable que no sea así, pues la asignación *jerárquica* de roles y el funcionamiento automático del aparato, que no es otra cosa que *distribución jerárquica de roles para la comisión del delito y a partir de ahí funcionamiento automático de la ejecución del delito* se advierte también en una serie de supuestos distintos a los de las organizaciones jerárquicas. Tal es el caso del sicario,¹² por ejemplo, en donde quien paga por sus servicios ordena la comisión de un delito y quien ejecuta el delito obedece, sin que medie coacción o error.

Lo que interesa, como se ha dicho, más que la jerarquía al interior de la organización, es la jerarquía en la ejecución del delito. Es verdad que el escenario ideal para que exista dominio de la organización es una organización jerárquica, pero ello no significa que no pueda existir fuera de ella. Como se verá más adelante, el funcionamiento automático del aparato, más que presupuesto genérico del dominio de la organización, parece hacer referencia a la mal llamada fungibilidad de

³ Sentencia de 7.4.2009, Sala Penal Especial de la Corte Suprema contra Alberto Fujimori Fujimori (en adelante, Sentencia), considerando N. 33.

⁴ Sentencia, considerando N. 33.

⁵ Sentencia, considerandos N. 721 y 722. El artículo 23 del CP peruano define al autor como “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente”.

⁶ Sentencia, considerandos N. 723 a 725.

⁷ Sentencia, considerando N. 726.

⁸ Sentencia, considerando N. 727.

⁹ Sentencia, considerando N. 727.

¹⁰ *Roxin*, en: Hoyer et al. (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, pp. 397 s.

¹¹ Considerando N. 726.

¹² Cfr. *Meini*, *El dominio de la organización en Derecho Penal*, Lima, 2008, p. 73. Antes, *Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée*, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 2006, p. 405.

los ejecutores.¹³ Pues si fungibilidad significa que la organización dispone de suficientes ejecutores como para garantizar que la orden será puesta en marcha,¹⁴ termina equiparándose al concepto de “funcionamiento automático del aparato” y, si se logra descartar que la fungibilidad sea un elemento fundante del dominio, ella, o lo que es lo mismo, el funcionamiento automático del aparato, quedará como una característica del grupo pero no como un elemento constitutivo del dominio.

IV. Las condiciones marcos que permiten el dominio de la organización

1. El poder de mando como primera condición marco (objetiva) del dominio de la organización

“El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior – del hombre de atrás – de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar”.¹⁵ Esta definición de poder de mando que se plasma en la Sentencia es compartida por la doctrina y, en general, su admisión como elemento del dominio de la organización no genera controversias: si de lo que se trata en la autoría mediata por dominio de la organización es que la instrumentalización que el hombre de atrás hace del ejecutor no se erija sobre coacción, error, ni sobre una circunstancia de inimputabilidad o exculpación, sino sobre *otro* elemento que no impida que el ejecutor actúe libremente, parece lógico que el poder de mando sea ese otro elemento. Dicho con otras palabras, el poder de mando, jerarquía, superioridad o como quiera llamarse, hace referencia a la capacidad que tiene el superior de determinar el comportamiento del subordinado sin impedir que éste actúe libremente.

La admisión del poder de mando como elemento del dominio de la organización es, entonces, gravitante para entender su naturaleza. No solo porque dibuja con suficiente claridad la relación que existe entre quien detenta dicho poder y quien se encuentra sujeto a él, sino, fundamentalmente, porque a partir del poder de mando se debe admitir que el ejecutor, que actúa lo suficientemente libre como para ser autor directo del delito, actúa voluntariamente. Dicho con otras palabras, el dominio del que aquí se habla no puede ser un dominio *sobre la voluntad* del ejecutor. Por lo mismo, descartado que el poder de mando influya en la voluntad del ejecutor y, a consecuencia de ello, que el dominio del autor

mediato recaiga sobre la voluntad del ejecutor, *otro* debe ser el objeto del dominio sobre el que influye el poder de mando. Más allá de lo dicho en los párrafos anteriores, resulta interesante que en la Sentencia se afirme que la autoría mediata por dominio de la organización puede recaer también en eslabones intermedios, y no solo en el superior jerárquico, siempre que tengan bajo su autoridad una parte del aparato.¹⁶ Esta afirmación guarda relación con aquel dato admitido unánimemente por la doctrina, de que en una organización jerárquica la mayor responsabilidad le cabe a quien se ubica más alto en el escalafón jerárquico.

En todo caso, el estudio del poder de mando no puede realizarse si no se postula un concepto de orden. Pues el superior – y esto con independencia del nivel jerárquico en donde se ubique el sujeto ya que lo importante es que tenga alguien por debajo de él – deberá expresar su mando mediante órdenes. Aquí se asume que una orden es expresión de autoridad, y que dicha autoridad puede deberse a muchos factores, como subordinación, experiencia, respeto, miedo, relación laboral privada o pública, etc.¹⁷ Y, en tal sentido, así como una orden puede plasmarse en un papel, una directiva, o una instrucción clara y directa, lo puede hacer también en un gesto omisivo (el silencio, en determinados casos, también expresa autoridad), en clave o con alguna señal cuyo significado solo sea conocido por quienes forman parte de la organización. Esta observación, que obliga a asignarle un sentido al comportamiento del superior de conformidad con los usos y costumbres que rigen el accionar de la organización, es de suma utilidad, sobre todo tratándose de delitos en los que el autor procurará no dejar rastro que le comprometa.

2. El apartamiento del Derecho como segunda condición marco (objetiva) del dominio de la organización

El elemento “apartamiento del Derecho o desvinculación” ha sido definido en la Sentencia a partir del concepto de Derecho: “un sistema u ordenamiento jurídico representado por un conjunto coordinado de normas generales y positivas que regulan la vida social. El Estado, como comunidad, define un orden normativo. Este orden normativo sólo puede ser un orden jurídico, aquel que comúnmente se relaciona como el “Derecho del Estado” o el “Derecho nacional”. Sin embargo, este Derecho nacional se encuentra estrechamente vinculado e integrado con el Derecho internacional constituyendo una unidad. Por tanto, el Derecho internacional forma parte del orden jurídico nacional en tanto que las normas producidas en el contexto internacional se incorporan al Derecho del Estado nacional. En consecuencia, el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional”.¹⁸

Así definido, no se logra superar la crítica que desde algunos años se ha formulado en doctrina contra la ajenidad al

¹³ Pues “fungibilidad”, si bien es la traducción del término *fungibilität* que se utiliza en la doctrina alemana, significa que se consume con el uso, y esa cualidad no es compatible con la intervención del ejecutor ni con su condición de persona. Es preferible, por ello, hablar de “sustituibilidad” o “intercambiabilidad”.

¹⁴ Por todos, *Roxin* (nota 2), § 25 n. 107.

¹⁵ Considerando N. 729

¹⁶ Considerando N. 731.

¹⁷ *Meini*, Imputación penal y responsabilidad, Lima, 2009, pp. 107 s.

¹⁸ Considerando N. 733.

derecho por parte del aparato de poder.¹⁹ En efecto, si de lo que se trata es que la organización opere al margen del sistema que conforman las normas de convivencia propias del Derecho Penal Internacional, en realidad, todo delito, con independencia de si se ha cometido en el marco de un aparato de poder o si ha sido perpetrado por una sola persona, se opone a dicho concepto de Derecho. Incluso una infracción administrativa es contraria a dicho concepto de Derecho. La razón no es otra que todo delito y toda infracción, por definición, son comportamientos antijurídicos y, como tales, contrarios al estándar pacífico de convivencia. Que un determinado delito no logre afectar los bienes jurídicos que se protegen en Derecho Penal Internacional no altera en nada lo dicho, ya que la diferencia, en todo caso, es cualitativa. Pero, por lo mismo, no se advierte qué beneficios aporta al dominio de la organización el hecho que el aparato opera desligado del derecho. Expresado en otros términos y en tono de pregunta: ¿acaso un delito cometido en un aparato de poder que opera dentro del ordenamiento jurídico no puede ser imputado a quien lo ordena por la tesis del dominio de la organización?

Parece que vale la pena recobrar el argumento original de *Roxin*,²⁰ en el sentido de que la marginalidad del aparato del Derecho se justificaría en razones que tienen que ver con la motivación, o mejor dicho, con la falta de motivación del ejecutor. En efecto, sostiene *Roxin* que mientras que en una empresa de curso legal el trabajador podrá resistir la orden ilícita de su empleador porque por encima de él y de dicha orden se encuentra el Derecho que se lo impide al motivarlo en sentido contrario, en el caso de un aparato de poder que opera al margen del Derecho el subordinado no estará sometido a una motivación conforme a Derecho porque, precisamente, el aparato en el cual se integra, se ha desligado del Derecho. Sin embargo, si fuera así, seguiría siendo discutible que el apartamiento del Derecho sea una condición marco, pues el hecho que una persona forme parte de un grupo que ha renegado del conjunto de valores que inspira a las sociedades democráticas no significa que dichos valores, normativamente hablando, ya no le resulten aplicables.²¹ En efecto, si los miembros de un aparato de poder que opera desligado del Derecho ya no estuvieran sometidos a la normatividad de la cual, se dice, se han apartado, no se les podría imputar el delito porque tendrían un déficit de motivación que neutralizaría la vigencia de la norma penal.

En todo caso, el argumento de la desvinculación del Derecho es un aspecto que podría tener relevancia para analizar la

responsabilidad del ejecutor, pues es él quien está sometido a la orden ilícita de su superior. Por lo mismo, de cara al análisis del comportamiento de aquel a quien se le imputa el delito como autor mediato por dominio de la organización, es algo que carece de sentido, pues éste no tiene que “elegir” entre obedecer una orden ilícita y el Derecho.

Con todo, en la Sentencia se opta por admitir el apartamiento del Derecho como elemento del dominio de la organización y, a partir de ahí, se asume que los casos de criminalidad organizada estatal y en particular la que puede presentarse en gobiernos *de facto por razón de su ejercicio*,²² se corresponden con el apartamiento del Derecho: “La desvinculación del ordenamiento jurídico en la criminalidad estatal puede darse de dos maneras. Primero, cuando el nivel superior estratégico del Estado decide apartarse por completo del Derecho y crear un sistema normativo totalmente diferente que no es reconocido ni aceptado por el Derecho internacional, en tanto expresa o encubre la comisión de delitos graves. Segundo, cuando el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico. Esto es, inicialmente sólo para la realización de determinados hechos punibles, pero, luego, con actos sistemáticos cada vez más frecuentes, así como a través de acciones tendientes a anular, desnaturalizar o sustituir distorsionadamente los diferentes ámbitos y competencias que configuran los estamentos oficiales, legales y de control del Estado. Esta modalidad resulta ser la más grave porque se cubre de una aparente legitimidad. Sin embargo, subrepticamente intenta crear un sistema normativo alterno al legalmente vigente, aprovechando, justamente, sus formas y estructuras para la comisión de delitos graves”.²³

Si bien el aparato estatal es el modelo más perfecto de aparato de poder, pues en él poder de mando y asignación de roles coexisten de manera perfectamente reglada, y por lo tanto cuando dicha estructura es utilizada por quien la domina para perpetrar delitos, es perfectamente posible admitir la autoría mediata. Sin embargo, que el aparato estatal, o cualquier otra organización, actúe al margen del Derecho, se inserte en él o se encuentre por momentos fuera y por momentos dentro, es algo que, por lo que se ha dicho, no repercute en el dominio de la organización.

3. La fungibilidad del ejecutor como tercera condición marco (subjettiva) del dominio de la organización

La fungibilidad se ha definido en la Sentencia como “el primer presupuesto de carácter subjetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Se le ha entendido, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la en la operativización y realización de su designio delictuoso”.²⁴ Luego se diferencia entre fungibilidad negativa y fungibilidad positiva. La fungibilidad negativa “corresponde al concepto tradicional que le otorga *Roxin* y que implica, so-

¹⁹ Vid, *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Berlin, 2002/2004, pp. 106 ss.; *Herzberg*, en: Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung, p. 58 ss.; *Bolea Bardón*, Autoría mediata en Derecho penal, Valencia, 2000, pp. 337 s.; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 535 ss.

²⁰ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. Göttingen, 2006, p. 716; *el mismo*, en: Samson et al. (eds.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, p. 556. De la misma opinión, recientemente, *Schünemann* (nota 2), § 25 n. 123.

²¹ *Meini* (nota 12), pp. 51 ss

²² Argumentos N. 735 y 736.

²³ Argumento N. 735.4.

²⁴ Argumento N. 737.

bretodo, que: *El agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituable*, Es decir, en términos operativos, ello supone en relación a los potenciales ejecutores, que *si uno fracasa, otro le va suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de atrás*.²⁵ La fungibilidad positiva, por su lado, “se aprecia, justamente, a partir de la concurrencia de una pluralidad de ejecutores potenciales en la estructura del aparato de poder. Esto último otorga al nivel estratégico superior mayor garantía para el cumplimiento de su orden, en función a las necesidades particulares que la ejecución que esta demande. Por tanto, aquél conoce que no tendrá, necesariamente, que utilizar siempre a los mismos ejecutores en la concreción de un hecho punible, sino que podrá intercambiarlos atendiendo a las circunstancias y magnitud de cada evento criminal, para lo cual evaluará, entre otros factores, las especialidades, capacidades y habilidades que estos tengan. En consecuencia, la fungibilidad en sentido positivo otorga al nivel estratégico superior la posibilidad de elegir, para la comisión del hecho punible, la mejor opción entre todos los ejecutores que tiene a disposición el aparato de poder”.²⁶

Así vista, la fungibilidad sería un elemento fundamente del dominio. Sin embargo, como se sabe, el debate en doctrina sobre este elemento es intenso. Un gran sector rechaza que la fungibilidad del ejecutor sea una condición marco del dominio de la organización. Aquí se rescatará las razones más importantes de dicha postura.

En primer lugar, la fungibilidad, por donde se le mire, se refiere a la posibilidad que tiene el superior jerárquico de reemplazar a los ejecutores en caso uno de ellos decida desobedecer o, simplemente, cuando al superior se le antoje. Pero, como ello no sucede en la vida real, ya que en el caso en concreto al ejecutor no se le reemplaza, a tal punto que es él quien lleva a cabo la orden y por eso el delito se le imputa a título de autor directo, lo más que se puede sostener es que la fungibilidad es lo que, a partir de la forma cómo se encuentra organizado el aparato de poder, aparece como probable de ocurrir en caso sea necesario: la fungibilidad es, en definitiva, una expectativa de comportamiento criminal.²⁷

En efecto, si el elemento de la fungibilidad indica que es probable que antes la negativa del ejecutor original otro(s) le reemplazará y, seguramente será así, debe admitirse que al ser *ese* un dato que no concurre en el caso, no se puede probar y menos construir un supuesto de responsabilidad penal sobre la base de él. Cuestión distinta es que la fungibilidad se refiera a la *confianza* que tiene el superior de que su orden será siempre obedecida sin importar quién la ejecute. Pero también frente a este supuesto cabe objetar que la confianza, o incluso certeza que pueda tener el sujeto, es un dato subjetivo. Y su admisión como elemento fundante del dominio de la organización haría depender la autoría mediata de circuns-

tancias que el superior asume pero que no necesariamente existen en la realidad, por el simple hecho que en la vida real no ha sido necesario que la maquinaria reemplace al ejecutor que ha cometido el delito. Lo anterior puede analizarse desde la perspectiva del ejecutor. Supóngase que el ejecutor originalmente encargado de llevar a cabo la orden no lo hace y otro ejecutor le reemplaza. Aquí la “fungibilidad” sigue siendo un dato irrelevante, pues al ejecutor original, por haberse desistido de ejecutar el delito, no se le imputa delito alguno,²⁸ y el reemplazante sí se le imputa, pero no porque él haya ocupado el lugar de otro, o porque otro pueda ocupar el suyo, sino por el comportamiento que él, y no otro, lleva a cabo. Visto así, la admisión del criterio de la fungibilidad colisionaría contra el principio de la responsabilidad penal por el propio hecho.

En segundo lugar, la fungibilidad confronta con la especialización que se requiere en la criminalidad organizada.²⁹ Saber detonar una bomba, tener sangre fría para ejecutar a la víctima, optar por vivir en la clandestinidad, etc., son requisitos que no cualquiera puede cumplir. El alto nivel de especialidad que se requiere – y esto es clarísimo en los escuadrones de la muerte, grupos paramilitares o destacamentos como el grupo Colina- indica que el número de posibles ejecutores dificultaría hablar de fungibilidad entre ellos.

En tercer lugar, y a consecuencia de lo anterior, la fungibilidad termina siendo un dato estadístico que expresa mayores o menores probabilidades de éxito en la comisión del delito.³⁰

4. La predisposición del ejecutor a obedecer órdenes ilícitas como cuarta condición (subjetiva) del dominio de la organización

Con respecto a la predisposición del ejecutor a obedecer órdenes ilícitas, en la sentencia se lee: “En términos concretos, esta categoría alude a una predisposición psicológica del

²⁸ Salvo el delito de pertenencia a una agrupación ilícita, si fuera el caso.

²⁹ Entre otros, Entre otros, *Schroeder*, *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin, 1965, p. 168; *el mismo*, JR 1995, 179; *Jakobs*, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. *Cuello Contreras/Serrano González de Murillo*, Madrid, 1995, §21 n. 103; *el mismo*, NStZ 1995, 27; *Muñoz Conde*, en: Ferré/Anarte (eds.), *Delincuencia organizada*, Huelva, 1999, p. 155; *Freund*, *Allgemeiner Teil*, § 10 n. 92; *Gropp*, JuS 1996, 16; *Hernández Placencia*, *La autoría mediata en Derecho penal*, Granada, 1996, pp. 274 ss.; *Hilgers*, *Verantwortlichkeit von Führungskräften Unternehmen für ihrer Mitarbeiter*, Freiburg i. Br., 2000, pp. 109, 114 s; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 529 ss.; *el mismo*, NStZ 2005, 14; *Joecks*, en: *Joecks/Miebach* (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2003, § 25 n. 129 s.; *Murmann*, GA 1996, 27. Antes, *Korn*, NJW 1965, 1208 s. Recientemente, en relación del llamado caso de los disparos en el muro, *Herzberg* (nota 19), pp. 37 s.

³⁰ *Jakobs*, NStZ 1995, 27. Próximos, *Otto*, Jura 2001, 755 (757) y *Radtko*, GA 2006, 350-356. En detalle, *Meini* (nota 12), pp. 45 s.

²⁵ Argumento N. 738.1.

²⁶ Argumento N. 738.3.

²⁷ *Murmann*, GA 1996, 274; *Otto*, Jura 2001, 755 y *Meini* (nota 12), p. 39.

ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Se trata, entonces, de factores eminentemente subjetivos [...] El carácter incondicional o condicional de tal predisposición no se ha alcanzado todavía consenso en la doctrina y en la jurisprudencia (Sentencia de la Sala Penal Nacional de 13.10.2006, Exp. acumulado N. 560-03, caso Abimael Guzmán). Es verdad, como se indica en la sentencia, que no se ha alcanzado, todavía, consenso sobre si la predisposición al hecho es o no un elemento del dominio de la organización. Sin embargo, sí se puede afirmar que la predisposición al hecho está ligada a la posición e integración que tenga el ejecutor en el aparato de poder con sus órganos de dirección y con los objetivos que ambos representan y desarrollan. “Su fundamento, entonces, radica en que el ejecutor que realiza la conducta delictiva desde una estructura de poder jerarquizada de naturaleza u origen estatal, pero apartada del Derecho, actúa con una motivación distinta de aquél otro autor que pueda intervenir en la comisión particular de cualquier delito”.³¹ Siguiendo la postura de *Roxin*, la predisposición del ejecutor al hecho fue admitida por la Sala Especial de la Corte Suprema como complemento de la fungibilidad del ejecutor.³²

La predisposición a obedecer órdenes ilícita ha sido conceptualizada en la Sentencia como una condición marco *subjetiva*.³³ Con ello se le ha dado la razón a los detractores de este elemento que sostienen que sería una intención o motivación que no se realiza en el caso en concreto porque permanece en la psique del sujeto. Sin embargo, es posible entenderla de otra manera.³⁴

En efecto, en *primer lugar*, desde el momento en que el sujeto se incorpora voluntariamente a una organización, su sola pertenencia a ella expresa ya que se encuentra dispuesto a ejecutar aquellas órdenes que formen parte del accionar regular del aparato. Es así porque precisamente para ello se inserta en el aparato. Esta situación se advierte con igual nitidez en organizaciones de curso legal, como empresas, que en organizaciones delictivas. De manera que así como cuando el gerente le indica al contador de la empresa que le prepare un reporte sobre la situación financiera de la organización y éste lo hace, de la misma manera cuando en una banda de secuestradores el superior dispone que se lleve a cabo un secuestro, quienes los ejecutan, también miembros de la banda, se limi-

tarán a ejecutar un acto frente al cual se encuentran conformes pues forma parte de aquello a lo que regularmente la organización se dedica. La diferencia radica en las actividades que regularmente la organización realiza. En los casos de organizaciones ilícitas, es obvio, se trata de comportamientos ilícitos.

En *segundo lugar*, esta predisposición a ejecutar las órdenes ilícitas es solo frente a las actividades regulares del aparato (dato que ha sido dejado de lado por la Sentencia). Pues la pertenencia del sujeto al grupo expresa solo eso. En caso se le ordene llevar a cabo un acto distinto, que no forma parte de las actividades regulares del aparato de poder, la imputación de autoría mediata por dominio de la organización será poco probable, habida cuenta que la razón por la cual el ejecutor ha actuado ya no tendrá que ver con las relaciones de subordinación *propias del aparato*.

En *tercer lugar*, la predisposición a ejecutar las órdenes ilícitas que formen parte de la actividad regular del aparato, a diferencia de la fungibilidad que sí es un elemento subjetivo, es un dato objetivo y, como tal, perfectamente constatable en la realidad. Si, como se ha dicho, la predisposición que aquí interesa se expresa con la pertenencia del sujeto a la organización (delictiva), ese es un dato objetivo y no una expectativa de comportamiento futuro. Si bien la *predisposición* del sujeto indica que está dispuesto a realizar, en el futuro, un acto que le sea ordenado por su superior, lo que aquí interesa no es la predisposición de los subordinados que no ejecutan la orden (la de aquellos a quienes la fungibilidad tiene en cuenta), sino la del sujeto que en el caso en concreto ejecuta el delito. Aquí radica una de las bondades de la tesis de la predisposición al hecho como elemento fundante del dominio: se centra en la relación que existe entre el autor mediato y el concreto ejecutor y no en la que pudiera existir entre el autor mediato y personas que probablemente hubieran podido ejecutar el delito pero en el caso concreto no intervienen.

Y, en *cuarto lugar*, de conformidad con el argumento de la predisposición – no incondicional – a ejecutar el hecho, la autoría mediata por dominio de la organización se construye sobre la *instrumentalización* que hace el hombre de atrás del subordinado en el contexto de la organización. Esta instrumentalización, precisamente, consiste en el aprovechamiento de su predisposición a ejecutar las actividades que formen parte de las actividades regulares de la organización. No es pues una instrumentalización por error, por coacción o una instrumentalización de la inimputabilidad de un tercero, sino la de una predisposición libre, autónoma y voluntaria pero que, en la medida en que viene condicionada por el poder de mando del superior y éste se vale del poder de mando para encausarla hacia el cumplimiento de sus designios, resulta suficiente para imputarle el dominio de la organización al hombre de atrás.

³¹ Argumento N. 741.

³² Argumento N. 739.5.

³³ *Pariona Arana*, El dominio por organización, Lima, 2009, pp. 70 s., *el mismo*, “El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana”, *Gaceta Pena*, Julio 2009, p. 70

³⁴ Cfr. solo los trabajos de *Schroeder*, *Der Täter hinter dem Täter*, *passim*, en *JR* 1995. También mis aproximaciones (nota 12), pp. 61 ss y 111 ss. y en *Imputación y Responsabilidad Penal*, p. 167. También la admisión de este criterio en la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el 13.10.2006, Exp. acumulado N. 560-03, caso Abimael Guzmán (nota 1).