

AUSGABE 11/2009

S. 549 - 690

4. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Aus Wissenschaft und Praxis – Das Urteil gegen Alberto Fujimori

Von Eichmann bis Fujimori – Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg 549

Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen 552

Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, München 565

Tatbereitschaft gegen Fungibilität

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Friedrich-Christian Schroeder, Regensburg 569

Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs 572

Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates

Von Prof. Dr. Rolf D. Herzberg, Bochum 576

Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal

De Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, Católica, Lima, Perú 581

La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados:

El caso de Alberto Fujimori Fujimori

De Prof. Dr. Percy García Caverro, Piura, Perú 596

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 603

La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori

De Prof. Dr. Raúl Pariona Arana, Lima, Perú 609

On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law. Some reflections sparked off by the Case against the former Peruvian president Alberto Fujimori

By Prof. Dr. Harmen van der Wilt, Amsterdam 615

ANHANG

Aus Wissenschaft und Praxis – Das Urteil gegen Alberto Fujimori

Corte Suprema de Justicia de la Republica del Peru (CSJ), Sala Penal Especial, Exp. No. AV 19-2001 v. 7.4.2009

(dt. Übersetzung) 622

(Originalfassung mit Ursprungspaginierung) 658

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

Schrittleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Von Eichmann bis Fujimori – Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg

I. Einführung

Vor wenigen Monaten ist der ehemalige Präsident Perus Alberto Fujimori vom Obersten Strafgerichtshof Perus als mittelbarer Täter kraft Willensherrschaft in einem organisatorischen Machtapparat verurteilt worden.¹ Damit findet eine Entwicklung ihren vorläufigen Höhepunkt, den auch der spiritus rector dieser Rechtsfigur, Claus Roxin, so nicht vorhersehen konnte.² Entwickelt in der Strafrechtsliteratur zu Beginn der 1960er Jahre, vom deutschen Bundesgerichtshof 30 Jahre später in eigener Manier in das Licht der Rechtswirklichkeit gestellt, von Teilen der deutschen Literatur zum Teil heftig und bis heute bekämpft, während ihr Siegeszug im ausländischen Schrifttum schon nicht mehr aufzuhalten war, hat nun also erneut ein ausländisches Oberstes Strafgericht der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft die Absolution erteilt. Fujimori, so die deutliche Aussage des Gerichts, ist auch juristisch Täter der und nicht nur Teilnehmer an von ihm politisch zu verantwortenden Straftaten, zu denen auch Mord und Totschlag gehören.

Es soll im Folgenden nicht darum gehen, die bereits andernorts³ geäußerten Bedenken an der dogmatischen Tragfähigkeit der Rechtsfigur zu erneuern. In der vorliegenden Sonderausgabe der ZIS 11/2009, die vollständig der Entscheidung des Obersten Strafgerichtshofes gewidmet ist, soll das Feld mit Beiträgen von Claus Roxin⁴, Friedrich-Christian Schroeder⁵, Günther Jakobs⁶ und Rolf Dietrich Herzberg⁷ vier der prominentesten inländischen Protagonisten der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion sowie mit Caro⁸, Garcia⁹, Meini¹⁰, Pariona¹¹ und van der Wilt¹² fünf profilierten ausländischen Kollegen überlassen werden, für deren spontane Bereitschaft zur Beteiligung ich auch an dieser Stelle nochmals herzlich danken möchte. Dank geht auch an Kai Ambos, ohne dessen unermüdlichen Einsatz im internationalen Sektor dieser Zeitschrift diese Sonderausgabe so nicht entstanden wäre und der zunächst einen instruktiven Überblick über die politischen und rechtlichen Hintergründe des Urteils gibt.¹³

An dieser Stelle soll es nur darum gehen, die Entwicklung der Organisationsherrschaft von ihrer literarischen Geburts-

stunde bis hin zum Fujimori-Urteil in einem knappen Überblick zusammenzufassen. Dabei beschränke ich mich auf die wesentlichen Entwicklungsstadien einer nun auch schon nahezu 50 Jahre währenden Diskussion in Literatur und Rechtsprechung. Denn die Geburt der Rechtsfigur liegt sage und schreibe bereits 46 Jahre zurück.

II. Ein halbes Jahrhundert mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft

1. Das Geburtsjahr der Organisationsherrschaft – die grundlegende Abfassung Roxins in GA 1963, 193

Der zwischen dem 11. April und 15. Dezember 1961 vor dem Jerusalemer Bezirksgericht durchgeführte Prozess gegen den Obersturmbannführer Adolf Eichmann war für Claus Roxin das Anwendungsbeispiel schlechthin für die von ihm entwickelte mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft.¹⁴ Es sei „die Struktur des unbekümmert um den Ausfall des einzelnen weiterarbeitenden Apparates, die das Verhalten der Hintermänner von der Anstiftung abhebt und zur Täterschaft macht.“¹⁵ Für Roxin war die Etablierung der Organisationsherrschaft also seit jeher eine Frage der Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung, die für ihn nur zugunsten der Täterschaft entschieden werden konnte. Der Verlust an Tatnähe des Beteiligten werde durch „das nach den leitenden Stellen des Apparates hin immer zunehmende Maß an organisatorischer Herrschaft kompensiert.“¹⁶ Das Bestreben, die „Hanswurst“¹⁷ Eichmann, gleichwohl der „größte Verbrecher jener Zeit“¹⁸, als „Schreibtischtäter“¹⁹ bestrafen zu können, war damit schon in ihrem Ursprung seiner politischen Verantwortlichkeit geschuldet.

Tatherrschaftsbegründendes Element ist nach Roxin die „Fungibilität“ des Ausführenden. Dem Hintermann steht zur Tatbegehung ein Apparat zur Verfügung, der unabhängig von seinen Mitgliedern – „gleichsam automatisch“ – funktioniert. Auf die individuelle Person des die Tat unmittelbar Ausführenden kommt es nicht an, er ist jederzeit ersetzbar, eben „fungibel“.²⁰ Weitere Voraussetzung war zunächst außerdem, dass der Apparat, dessen der Hintermann sich zur Tatbegehung bedient, außerhalb der Rechtsordnung stehen, „rechtsgelöst“ sein müsse.²¹

¹ Zu den Einzelheiten sowie den politischen und rechtlichen Hintergründen vgl. ausführlich Ambos, ZIS 2009, 552.

² Vgl. Roxin, JZ 1995, 49.

³ Zuletzt in Rotsch, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 316 ff., 372 ff., jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁴ Roxin, ZIS 2009, 565.

⁵ Schroeder, ZIS 2009, 569.

⁶ Jakobs, ZIS 2009, 572.

⁷ Herzberg, ZIS 2009, 576.

⁸ Caro, ZIS 2009, 581.

⁹ Garcia, ZIS 2009, 596.

¹⁰ Meini, ZIS 2009, 603.

¹¹ Pariona, ZIS 2009, 609.

¹² van der Wilt, ZIS 2009, 615.

¹³ Siehe bereits Fn. 1.

¹⁴ Roxin, GA 1963, 193 (201 f.). Es handelt sich um die schriftliche Fassung seiner Hamburger Antrittsvorlesung im Februar 1963.

¹⁵ Roxin, GA 1963, 201 f.

¹⁶ Roxin, GA 1963, 202.

¹⁷ Hannah Arendt, Eichmann in Jerusalem, 4. Aufl. 2009, S. 132.

¹⁸ Hannah Arendt (Fn. 17), S. 57.

¹⁹ Roxin, JZ 1995, 49.

²⁰ Roxin, GA 1963, 200. Vgl. auch Rotsch, ZStW 112 (2000), 518 (522).

²¹ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 249 ff.

2. Die Dissertation Schroeders aus dem Jahr 1965

Friedrich-Christian Schroeder hatte sich in seiner Dissertation aus dem Jahre 1965 unter Zugrundelegung des berühmten Dohna-Falles²² ebenfalls mit dem Täter hinter dem Täter beschäftigt, hielt aber nicht das Merkmal der „Fungibilität“, sondern dasjenige des „bedingten Tatentschlusses“ für tat herrschaftsbegründend.²³ Zwar stellte auch Schroeder auf den automatischen, regelhaften Ablauf des Geschehens ab. Das konstituierende Element dieser Regelhaftigkeit erblickte er aber entgegen Roxin nicht in der beliebigen Auswechselbarkeit der unmittelbar Handelnden, sondern in deren unabhängig von einer Einflussnahme des in Frage stehenden Hintermannes bereits bestehender Tatentschlossenheit. Entscheidend war für ihn damit das Fehlen von der Tatausführung entgegenstehenden Hemmungskräften beim Tatausführenden.²⁴

3. Die Grundsatzentscheidung des BGH in seinem Urteil vom 26.7.1994 – 5 StR 98/94 = BGHSt 40, 218

In seiner berühmten Entscheidung zur Strafbarkeit der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der ehemaligen DDR nimmt der 5. Senat – gegen die Vorinstanz²⁵ und entgegen der Ansicht der Revision der Staatsanwaltschaft²⁶ – mittelbare Täterschaft an. Dabei stellt er zwar – wie Roxin und Schroeder – auf das Auslösen regelhafter Abläufe ab.²⁷ Freilich hatte der BGH durch einen wenig systematischen Rückgriff sowohl auf Roxins Fungibilitäts-²⁸ wie auch auf Schroeders Tatentschlossenheitskriterium²⁹ die dogmatische Einordnung der Entscheidung nicht gerade erleichtert.³⁰ Erst eine freimütige Äußerung des an der Entscheidung beteiligten BGH-Richters Armin Nack hat insoweit Klarheit gebracht, wird in ihr doch ausdrücklich eingeräumt, dass es dem BGH zuvörderst um die Möglichkeit gegangen war, den Chef eines Wirtschaftsunternehmens für von ihm veranlasste Straftaten als (mittelbaren) Täter bestrafen zu können, und zwar unabhängig von einer möglicherweise schwierig zu beweisenden Gut- oder Bösgläubigkeit der weisungsgemäß handelnden Unternehmensmitarbeiter.³¹ Auch wenn in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur weiterhin darüber gestritten wird, ob die Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen übertragbar ist, muss festgestellt werden, dass der BGH sie originär zumindest auch gerade für diesen Bereich entwickelt hat. Dementsprechend hat die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft konkurrierende Modelle individueller Verantwort-

lichkeitsbegründung³² in der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes verdrängt; zum Teil wird gar davon gesprochen, der BGH habe eine eigenständige Form mittelbarer Täterschaft entwickelt.³³

4. Die weitere Rechtsprechung des BGH, insbesondere zum Wirtschaftsstrafrecht

Der BGH hat mittlerweile in einer Vielzahl weiterer Entscheidungen³⁴ seine Konstruktion mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft ausgebaut und von den Ansätzen Roxins wie Schroeders wegentwickelt. In der Sache geht es bei ihr um eine mittelbare Täterschaft durch „Schaffung und Ausnutzung“ von durch Organisationsstrukturen geschaffenen „Rahmenbedingungen“.³⁵ Diese Rechtsprechung zeichnet sich durch eine im Vergleich zu den unterschiedlichen literarischen Ansätzen deutlich größere Flexibilität aus, da sie nicht einseitig auf die Fungibilität oder die Tatentschlossenheit abstellt, sondern in der Lage ist, die auch von ihr insoweit für entscheidend gehaltene Tatherrschaft durch stets neue, aus den Besonderheiten des Einzelfalles herausdestillierte Umstände auszufüllen.

5. Literarische Gegenstimmen in Deutschland

In der deutschen strafrechtswissenschaftlichen Literatur sind – neben breiter Zustimmung³⁶ – unter den zahlreichen Kritikern der Rechtsfigur zwei Grundströmungen erkennbar. Einige lehnen die Konstruktion aus dogmatischen Gründen insgesamt ab,³⁷ während andere die Rechtsfigur zwar grundsätzlich für tragfähig halten, sich aber gegen ihre Übertragbarkeit auf Wirtschaftsunternehmen wenden.³⁸ Zum Teil wird Mittäterschaft³⁹, zum Teil Anstiftung⁴⁰ für einschlägig gehalten.

6. Die Rezeption im Ausland und im Völkerstrafrecht

In der ausländischen Rechtsprechung wurde die Organisationsherrschaft im Sinne Roxins schneller rezipiert als in Deutschland. Während in Deutschland ihre Anwendung insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht eine große Rolle spielt und sicher auch in Zukunft spielen wird, erstreckt sich ihr Anwendungsbereich im Ausland primär auf die Bewältigung

²² Siehe hierzu Rotsch, ZStW 112 (2000), 523 in Fn. 31.

²³ Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 152.

²⁴ Schroeder (Fn. 23), S. 222.

²⁵ Das Landgericht hatte die Angeklagten wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zum Totschlag verurteilt, vgl. BGHSt 40, 219.

²⁶ Die Staatsanwaltschaft vertrat mit der Sachrüge die Auffassung, die Angeklagten hätten in Mittäterschaft (mit den Grenzsoldaten) gehandelt, vgl. BGHSt 40, 230.

²⁷ BGHSt 40, 236.

²⁸ BGHSt 40, 234.

²⁹ BGHSt 40, 236.

³⁰ Vgl. Roxin, JZ 1995, 49 einerseits, Schroeder, JR 1995, 179 andererseits. Zum Ganzen Rotsch (Fn. 3), S. 373 ff.

³¹ Nack, GA 2006, 342 (343 f.).

³² Vgl. BGHSt 37, 106.

³³ Rotsch (Fn. 3), S. 376 ff., 384 ff. Vgl. auch ders., ZIS 2008, 1 (3).

³⁴ Zum Überblick vgl. jüngst Rotsch (Fn. 3), S. 376 ff.

³⁵ Vgl. insbes. BGH JR 2004, 245 mit Anm. Rotsch, JR 2004, 248; BGHSt 45, 270 (296 ff.); 48, 331 (342).

³⁶ Vgl. die Nachweise bei Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 25 Rn. 108.

³⁷ Vgl. zunächst Rotsch, ZStW 112 (2000), 512; ders. (Fn. 3), S. 316 ff. m.w.N.

³⁸ Hierzu gehört auch Roxin selbst, vgl. ders. (Fn. 36), § 25 Rn. 129 ff. m.w.N.

³⁹ Vgl. etwa Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/103; ders., NSTZ 1995, 26.

⁴⁰ Herzberg, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 33; Rotsch, NSTZ 1998, 491; ders., ZStW 112 (2000), 518.

von im Rahmen staatlicher Unrechtssysteme begangenen Straftaten. So stellen bereits zwei Entscheidungen des argentinischen Berufungsgerichts bzw. des obersten Gerichtshofs aus den Jahren 1985 und 1986 im Zusammenhang mit der Aburteilung der argentinischen Militärjunta auf das Kriterium der Fungibilität ab.⁴¹ Auch ins ausländische Schrifttum und die Rechtsprechung des IStGH in Den Haag hat die Konstruktion Eingang gefunden.⁴²

7. Die Modifikation seiner ursprünglichen Auffassung durch Roxin im Jahr 2006

In Deutschland hat unterdessen eine erstaunliche Annäherung der beiden prominentesten literarischen Ansätze zur Begründung mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft stattgefunden. In der Festschrift für *Friedrich-Christian Schroeder* hatte *Roxin* nunmehr das von *Schroeder* seit jeher (allein) für entscheidungserheblich gehaltene Kriterium der Tatbereitschaft neben die Kriterien der Fungibilität und der Rechtsgelöstheit gestellt.⁴³ Derjenige, der in einem rechtsgelösten organisatorischen Machtapparat den letzten tatbestandserfüllenden Akt vollziehe, sei – anders als ein auf sich selbst gestellter Einzeltäter – zahlreichen organisationsspezifischen Einflüssen unterworfen, die zwar seine Verantwortlichkeit keineswegs ausschließen, die ihn aber doch „tatbereiter“ machten als andere potentielle Delinquenten und die insgesamt gesehen die Erfolgswahrscheinlichkeit einer Anweisung erhöhten und zur Tatherrschaft der Hintermänner beitrügen.⁴⁴

Es ist wenig erstaunlich, dass *Schroeder* selbst sich mit dieser Annäherung *Roxins* nicht zufrieden gibt.⁴⁵ Denn tatsächlich wird man einräumen müssen, dass einerseits *Roxin* sich damit von seinem originär organisationstheoretischen Ansatz entfernt hat,⁴⁶ andererseits und umgekehrt *Schroeders* Idee von der Ausnutzung bereits bestehender Tatentschlossenheit kein typisch organisationsbedingtes Merkmal darstellt. Die Sympathie des BGH für die mittelbare Täterschaft hinter dem Täter im Sinne *Schroeders* erklärt sich nicht zuletzt aus der gegenüber *Roxins* ursprünglich organisationsverhaftetem Ansatz wesentlich weitergehendem Konstrukt. Denn nicht umsonst stammt der von *Schroeder* für seine Auffassung ursprünglich zitierte Dohna-Fall⁴⁷ gerade nicht aus dem Dunstkreis kollektiver Makrokriminalität, sondern hat als ein klassisches Beispiel professoraler Lehrbuchdidaktik traditionelles mikrokriminelles Verhalten zum Gegenstand.⁴⁸

⁴¹ Vgl. hierzu *Ambos*, GA 1998, 238 f.

⁴² Siehe hierzu die Nachweise bei *Ambos*, ZIS 2009, 564 in Fn. 125 sowie bei *Schroeder*, ZIS 2009, 571 unter III.

⁴³ *Roxin*, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 387 (397 f.) = *ders.*, ZIS 2006, 293 (298 f.).

⁴⁴ *Roxin*, ZIS 2006, 298.

⁴⁵ *Schroeder*, ZIS 2009, 570.

⁴⁶ *Rotsch*, ZIS 2008, 3.

⁴⁷ Vgl. oben Fn. 22.

⁴⁸ So bereits *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (261).

8. Die Verurteilung Alberto Fujimoris durch den Obersten Strafgerichtshof Perus am 7.4.2009

Vor diesem Hintergrund ist nunmehr mit dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofes Perus eine Entscheidung von höchster politischer und rechtlicher Brisanz ergangen.⁴⁹ Eine tiefeschürfende Analyse soll hier unterbleiben.⁵⁰ Freilich wird man feststellen können, dass es unter strafrechtsdogmatischen Gesichtspunkten die bislang eindrucksvollste Anerkennung der – modifizierten – Ansicht *Roxins* zur Organisationsherrschaft darstellt, indem es neben das originäre Fungibilitätskriterium⁵¹ dasjenige der von *Schroeder* für konstitutiv gehaltenen Tatentschlossenheit stellt.⁵²

Die Entscheidung zeigt darüber hinaus deutlich, dass es ganz offensichtlich ein nicht spezifisch deutsches Bedürfnis darstellt, politische Entscheidungsträger nicht lediglich als Teilnehmer, sondern vielmehr als Täter zu bestrafen. Diese Strafbarkeit *Fujimoris* als mittelbarer Täter haben die Richter in einer Ausführlichkeit und in einer wissenschaftlichen Ansprüchen genügenden Auseinandersetzung mit dem nationalen wie internationalen Schrifttum begründet, wie man sie sich vom deutschen Bundesgerichtshof kaum mehr zu erhoffen wagt.⁵³

III. Fazit

Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft hat einen weiteren „Sprung aus der Theorie in die Praxis“⁵⁴ getan und sich somit wohl endgültig als praxistaugliches Instrument täterschaftlicher Verantwortlichkeitszuschreibung etabliert. Geht man einmal davon aus, dass der deutsche Bundesgerichtshof die Rechtsfigur weiterhin zur Begründung individueller Strafbarkeit in Wirtschaftsunternehmen heranziehen, im ausländischen und im Völkerstrafrecht hingegen die Bewältigung makrokrimineller, also „staatsverstärkter“ Kriminalität⁵⁵ im Mittelpunkt stehen wird, so erwächst die Konstruktion der Organisationsherrschaft zu einem schlagkräftigen Werkzeug der Bekämpfung moderner Kriminalitätsphänomene. Dass dieses Werkzeug auch dogmatisch überzeugt, ist damit nicht gesagt.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de la Republica del Peru (CSJ), Sala Penal Especial, Exp. No. AV 19-2001 v. 7.4.2009 = ZIS 2009, 622 ff. Ausführlich zu den Hintergründen *Ambos*, ZIS 2009, 552.

⁵⁰ Vgl. dazu eingehend die in Fn. 4-12 genannten Beiträge.

⁵¹ Die Fungibilität wird erstaunlicherweise als subjektive (!) Voraussetzung der mittelbaren Täterschaft bezeichnet, vgl. CSJ (Fn. 49), Rn. 737 = ZIS 2009, 643.

⁵² CSJ (Fn. 49), Rn. 737 ff. (739 ff.) = ZIS 2009, 643 ff. (646 ff.).

⁵³ Der hier interessierende Abschnitt des Urteils findet sich im Original und in der deutschen Übersetzung im Anhang der ZIS-Ausgabe 11/2009 (S. 622 ff.; 658 ff.).

⁵⁴ Vgl. den Titel der Besprechung von BGHSt 40, 218 durch *Schroeder* in JR 1995, 177.

⁵⁵ *Naucke*, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996.

Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen*

I. Einleitung

Am 7.4.2009 verurteilte die Sonderstrafkammer (Sala Penal Especial, im Folgenden die Kammer) des Obersten Strafgerichtshofs Perus (Corte Suprema de Justicia de la República, CSJ) den Ex-Präsidenten Alberto Fujimori Fujimori in erster Instanz zu einer Gefängnisstrafe von 25 Jahren.¹ Fujimori wurde wegen schweren Totschlags/Mordes (homicidio agravado/asesinato) in 25 Fällen und schwerer Körperverletzung in vier Fällen aufgrund der in den Fällen Barrios Altos (November 1991) und La Cantuta (Juli 1992) von peruanischen Sicherheitskräften begangenen Taten sowie wegen schwerer Entführung in zwei Fällen (April und Juli 1992) im Fall Sótanos SIE (Servicio de Inteligencia del Ejército, Armeegeheimdienst) für schuldig befunden.² Die Kammer gründete Fujimoris strafrechtliche Verantwortlichkeit auf seine Rolle als mittelbarer Täter kraft Willensherrschaft in einem organisatorischen Machtapparat.³ Fujimori hat gegen das Urteil ein Rechtsmittel (recurso de nulidad)⁴ eingelegt, über den die aus fünf Richtern bestehende erste Übergangsstrafkammer (Primera Sala Penal Transitoria)⁵ der CSJ zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Aufsatzes (1. November 2009) noch nicht entschieden hat.⁶

Für die vorliegende Sonderausgabe ist der die strafrechtliche Verantwortlichkeit Fujimoris als mittelbarer Täter betreffende Teil des Urteils ins Deutsche übersetzt worden;⁷ er bildet den Hauptgegenstand der Kommentare der deutschen, peruanischen und niederländischen Kollegen. In diesem Artikel sollen deshalb vorrangig die politischen und rechtlichen

Hintergründe des Urteils behandelt werden. Dabei wird zunächst auf die während der Präsidentschaft Fujimoris verbreitete Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen eingegangen (sub II.), sodann werden Bedeutung und Einfluss der peruanischen Wahrheits- und Versöhnungskommission (Comisión de la Verdad y la Reconciliación, CVR) und der inter-amerikanischen Rechtsprechung auf das Fujimori-Verfahren (III.) sowie das vorangegangene Auslieferungsverfahren zwischen Chile und Peru (IV.) dargestellt, um schließlich den Beitrag mit Anmerkungen zu dem hier gegenständlichen Urteil abzuschließen (V.).

II. Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen während der Präsidentschaft Fujimoris

Alberto Fujimori, Ingenieur und Mathematikprofessor⁸ mit peruanischer und japanischer Nationalität, wurde am 29. Juli 1990 als politischer Außenseiter zum Präsidenten Perus gewählt.⁹ Nach zweimaliger Wiederwahl (1995 und 2000) blieb er in seiner dritten Amtsperiode nur bis November 2000 im Amt, weil er infolge eines Korruptionsskandals das Land in Richtung Japan verlassen musste. Von dort aus erklärte er am 17. November mittels Fax seinen Rücktritt.¹⁰

Nach seiner Wahl zum Präsidenten im Jahr 1990 hatte Fujimori auf wirtschaftliche Reformen¹¹ und einen radikalen Kampf gegen die seit Beginn der 1980er Jahre operierenden

* Ich danke meinem Mitarbeiter und Doktoranden *Florian Huber* für seine große Hilfe bei der Abfassung dieses Beitrags.

¹ Corte Suprema de Justicia de la República del Peru (CSJ), *Sala Penal Especial*, Exp. No. AV 19-2001 (acumulado), 7.4.2009, Fälle Barrios Altos, La Cantuta und Sótanos SIE, zugänglich unter: <http://www.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=10410&opcion=detalle> (zuletzt besucht am 1.11.2009).

² CSJ (Fn. 1), Parte IV Decisión, Fallo, para. 821 ff.

³ CSJ (Fn. 1), Parte III Capítulo II, La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, para. 718-748.

⁴ Es handelt sich dabei um ein umfassendes, gegen erstinstanzliche Urteile gerichtetes Rechtsmittel, das hinsichtlich des Prüfungsumfangs des Rechtsmittelgerichts der deutschen Berufung ähnelt (vgl. Art. 292 ff. peruan. StPO, Código de Procedimiento Penal).

⁵ Die peruanische Corte Suprema hat drei Strafkammern, von denen zwei übergangsweise (transitoriamente) zur Bewältigung der aufgelaufenen Verfahren eingerichtet wurden

⁶ Die Verhandlung wird voraussichtlich Ende November (23.-25.) stattfinden; s. Fujimori to personally object 25-year sentence at appeal, <http://fujimoriontrial.org/> (zuletzt besucht am 31.10.2009).

⁷ ZIS 2009, 622 ff.

⁸ Ich hatte die Gelegenheit Fujimori in seiner Funktion als Rektor der Agraruniversität La Molina in Lima im Jahre 1988 persönlich kennen zu lernen. Fujimori moderierte damals eine ziemlich populäre politische Sendung im peruanischen Fernsehen und bat mich zu einem Gespräch in seine Universität, um mir für die am Abend stattfindende Sendung zur (deutschen) Terrorismusgesetzgebung (die ich damals im Auftrag der Nichtregierungsorganisation „Comisión Andina de Juristas“ untersuchte, vgl. *Ambos*, *Terrorismo y Ley*, 1989) einige Fragen zu stellen. Dieses Gespräch ist mir in lebhafter Erinnerung geblieben, weil schon damals Fujimoris autoritäre Züge zum Vorschein kamen: Das Gespräch verlief eher als „peinliche Befragung“ denn Dialog und nachdem ich alle Fragen beantwortet hatte, komplementierte mich Fujimori relativ schnell heraus, ohne auch nur zu fragen, wie ich denn wieder zu meinem Limenser Domizil zurückkommen würde.

⁹ Fujimori's Controversial Career, BBC News, 25.6.2001, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/705482.stm> (zuletzt besucht am 1.11.2009).

¹⁰ Fujimori: Decline and Fall, BBC NEWS, 18.9.2000, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/1031752.stm> (zuletzt besucht am 1.11.2009).

¹¹ Siehe dazu *Kay*, „Fujipopulism“ and the Liberal State in Peru, 1990-1995, *Journal of Interamerican Studies and World Affairs* 38 (1996), 55-68; *Stokes*, Democratic Accountability and Policy Change: Economic Policy in Fujimori's Peru, *Comparative Politics* 29 (1997), 209-226.

Aufstandsbewegungen Sendero Luminoso (SL, Leuchtender Pfad) und Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA, Revolutionäre Bewegung Túpac Amaru)¹² gesetzt.¹³ Einer seiner größten Erfolge war die Festnahme von Abimael Guzmán („Presidente Gonzalo“), dem legendären Führer von SL, am 12. September 1992; sie führte zu einer erheblichen Schwächung der Organisation.¹⁴ Trotz dieses Erfolgs setzte die Fujimori-Regierung in den folgenden Jahren ihre autoritäre und repressive Politik im Kampf gegen den „Terrorismus“ fort¹⁵ und es kam dabei zu systematischen Menschenrechtsverletzungen.¹⁶ Das zunehmend korrupte und geheimdienstlich unterwanderte Regime nahm den Staat und seine Institutionen immer mehr unter seine Kontrolle.¹⁷ Fujimori konzentrierte in seiner Person die politische Macht und übte auch direkt – als oberster Befehlshaber der Streitkräfte, Geheimdienste und Polizei – militärische Kontrolle über die staatlichen Institutionen aus.¹⁸ Die Leitung der geheimdienstlichen Operationen übernahm die oberste zentrale Geheimdienstbehörde SIN (Servicio de Inteligencia Nacional, Nationaler Geheimdienst) unter der faktischen Leitung Vladimiro Montesinos, eines engen Beraters Fujimoris. Im Jahre 1991 gründete diese Behörde, unter Mitwirkung des Präsidenten, das

berühmte paramilitärische Sonderkommando Colina,¹⁹ dessen Hauptaufgabe in der physischen Eliminierung angeblicher SL-Mitglieder bestand.²⁰ Es führte u.a. die Operationen in den Fällen Barrios Altos und La Cantuta durch; in jenem kam es zur Tötung angeblicher SL-Mitglieder, in diesem wurden 14 Personen in der Universität La Cantuta entführt und später hingerichtet.²¹

Nach zunehmenden Spannungen mit dem Parlament, das sich einer Reihe von Maßnahmen der Regierung zum „Kampf gegen den Terrorismus“ widersetzt hatte, führte die Fujimori-Regierung in der Nacht vom 5. zum 6. April 1992 mit Unterstützung der Streitkräfte und eines Großteils der Bevölkerung²² einen Staatsstreich (sog. *auto-golpe*) durch, um die Verfassung außer Kraft zu setzen, das Parlament, den Obersten Gerichtshof und andere staatliche Organe aufzulösen und eine Notstandsregierung einzusetzen.²³ Nach heftiger internationaler Kritik wurde 1993 eine neue Verfassung verabschiedet, die allerdings zur Wiederherstellung der Demo-

¹² Council on Foreign Relations, *Shining Path, Túpac Amaru* (Peru, leftists), 27.8.2009, <http://www.cfr.org/publication/9276/> („Both organizations operated most forcefully in the 1980s and early 1990s, when Peru’s government fought a costly war against both insurgencies, but disproportionately the Shining Path.“; zuletzt besucht am 1.11.2009); insgesamt fielen dem Konflikt zwischen 1980 und 2000 69.200 Personen zum Opfer, wobei SL in 46 % und staatliche Institutionen in 30 % der Fälle verantwortlich gewesen sein sollen, siehe Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), Informe Final, Anexo 2, Estimación total del número de víctimas, <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/Tomo%20-%20ANEXOS/ANEXO%202.pdf> (zuletzt besucht am 1.11.2009).

¹³ Siehe dazu Inter-American Commission of Human Rights (IACHR), Annual Report 1993, OEA/Ser.L/V.85 Doc. 9 rev., 11.2.1994, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/93eng/chap.4-d.htm> (zuletzt besucht am 1.11.2009).

¹⁴ Fingscheidt, *Der Krieg im anderen Land, Perus Aufarbeitung von zwanzig Jahren Gewalt und Menschenrechtsverletzungen*, S. 12; <http://www.menschenrechte.org/beitraege/latein-amerika/PERUDerKriegImAnderenLand.pdf> (zuletzt besucht am 1.11.2009).

¹⁵ Hamilton, *The Fall of Fujimori: A Diplomat’s perspective*, Fletcher Foreign. World Affairs 30 (2006), 191-212 (192).

¹⁶ Amnesty International, *Peru/Japan: Alberto Fujimori ex-president of Peru must be brought to justice*, 21.10.2001, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR46/017/2001/en/f68b86d0-d8cc-11dd-ad8c-f3d4445c118e/amr460172001en.pdf> (zuletzt besucht am 27.10.2009).

¹⁷ Human Rights Watch, *Probable Cause – Evidence Implicating Fujimori*, Vol. 17, No. 6 (B), Dezember 2005, S. 4.

¹⁸ CSJ (Fn. 1), Parte II Capítulo III, para. 207 ff. und para. 745.

¹⁹ CSJ (Fn. 1), Parte II Capítulo VII (El Destacamiento Especial de Inteligencia Colina), para. 324 ff. Die Gruppe Colina war in den SIE integriert, der wiederum dem Armeergeheimdienst DINTE (Dirección de Inteligencia del Ejército) untergeordnet war; dieser wiederum unterstand formell dem Armeegeneralstab (Jefatura del Estado Mayor del Ejército, JEMGE), aber erstattete dem von Montesinos geleiteten SIN, der alle Geheimdiensttätigkeiten koordinierte, Bericht. Unter der Leitung des SIN leistete der SIE Colina logistische Unterstützung, während die DINTE für die operativen Pläne und die Finanzierung von Colina zuständig war; siehe zu Struktur und Funktionen der Geheimdienst- und Sicherheitsbehörden, CSJ (Fn. 1), Parte II Capítulo V (El Servicio de Inteligencia Nacional), para. 275 ff. und Capítulo VI (La Dirección Nacional de Inteligencia y el Servicio de Inteligencia del Ejército), para. 301 ff.

²⁰ CSJ (Fn. 1), para. 663 („Ello determinó un contexto institucional y político que posibilitó una estrategia, en un sector concreto de la lucha contra la subversión terrorista, de eliminación física de presuntos terroristas – que es el caso de los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta [...]“) und para. 745 („La estrategia específica acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas.“).

²¹ Brandes, *Who’s Afraid of Universal Jurisdiction? The Fujimori Case*, Southwestern Journal of International Law 15 (2008-2009), 123-140 (124); zur Verantwortung der Gruppe Colina für weitere Taten, siehe CSJ (Fn. 1), Parte II Capítulo XIII (Otros Delitos del Destacamiento Especial de Inteligencia Colina), para. 575 ff.

²² Siehe González Cueva, *The Peruvian Truth and Reconciliation Commission and the challenge of impunity*, in: Roht-Arriaza/Mariezcurrena (Hrsg.), *Transitional justice in the twenty-first century: beyond truth versus justice*, 2006, S. 70-93 (S. 72: „with the assent of most of the population“).

²³ Siehe dazu McFarland Sanchez-Moreno, *When a Constitution is a Constitution: Focus on Peru*, NYU Journal of International Law and Politics 33 (2000-2001), 561-616 (564 ff.).

kratie mit den notwendigen rechtsstaatlichen Garantien als unzureichend angesehen wurde.²⁴

Nachdem infolge des Staatsstreichs im April 1992 der mit den Untersuchungen im Fall Barrios Altos betraute parlamentarische Untersuchungsausschuss seine Arbeit abbrechen musste, nahm die Justiz später neue Ermittlungen in den Fällen La Cantuta und Barrios Altos auf.²⁵ Als Reaktion darauf wurden zunächst mit Gesetz Nr. 26291 vom 10. Februar 1994 (auch als La Cantuta Gesetz bekannt) die notwendigen Abstimmungsmehrheiten bei Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen ordentlicher und Militärgerichtsbarkeit geändert, um auf diese Weise die Ermittlungen im Fall La Cantuta den Militärgerichten zuweisen zu können.²⁶ Als Reaktion darauf wurden im Fall Barrios Altos begonnen, wurde vom Kongress am 15. Juni 1995 das Gesetz Nr. 26479²⁷ verabschiedet, um eine Generalamnestie für Angehörige der Armee und Polizei für im Zusammenhang mit dem Kampf gegen den Terrorismus begangene Straftaten zu bewilligen. Art. 1 des Gesetzes sieht vor:

„[...] eine allgemeine Amnestie zugunsten des militärischen, polizeilichen oder zivilen Personals, wie auch immer seine [...] Situation sei, [und] das wegen *allgemeiner* oder militärischer Delikte vor *ordentlichen* oder Militärgerichten angezeigt, untersucht, angeklagt, abgeurteilt oder verurteilt worden sei, bezüglich *aller* Taten, die *gelegentlich* oder als Folge des Kampfes gegen den Terrorismus entstanden und in individueller Form oder als Gruppe zwischen *Mai 1980* und dem Zeitpunkt der *Verkündung* des Gesetzes begangen worden sein könnten“.²⁸

²⁴ McFarland Sanchez-Moreno (When a Constitution is a Constitution: Focus on Peru, NYU Journal of International Law and Politics 33 [2000-2001], 561-616 [579]) spricht insoweit von einer „Democracia“; vgl. auch de Velaúnde López de Romaña, Diez Temas Fundamentales sobre la Administración de Justicia, in: Comisión Andina de Juristas (Hrsg.), Reforma del Estado. Reforma de la Constitución, 2005, S. 77 (S. 78: „La Constitución regía solamente aparentemente.“).

²⁵ Siehe dazu LaPlante, Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes, Virginia Journal of International Law 49 (2008-2009), 915-984 (947, 952).

²⁶ McFarland Sanchez-Moreno, When a Constitution is a Constitution: Focus on Peru, NYU Journal of International Law and Politics 33 (2000-2001), 561-616 (594).

²⁷ Siehe „Normas Legales“, Diario Oficial El Peruano, Lima, 15.6.1995.

²⁸ Deutsche Übersetzung (mit Herv., leicht modifiziert) nach Ambos, Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen – Zur „impunidad“ in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht, 1997, S. 95. Dort (S. 209 ff.) findet sich auch eine völker- und verfassungsrechtliche Analyse dieses u.a. Amnestiegesetzes der Region.

Als die mit dem Fall Barrios Altos betraute Richterin die Verfassungsmäßigkeit der Generalamnestie in Frage stellte,²⁹ wurde per Gesetz Nr. 26492 vom 2. Juli 1995³⁰ angeordnet (sic!), dass die Amnestievorschriften mit völkerrechtlichen Verpflichtungen vereinbar seien, die Justiz dem Amnestiegesetz zwingend Folge zu leisten habe und dessen Gültigkeit nicht mit Rechtsmitteln in Frage gestellt werden könne.³¹ Damit endeten alle Ermittlungen bis zum Rücktritt Fujimoris.

III. Bedeutung und Einfluss der peruanischen Wahrheitskommission und der interamerikanischen Rechtsprechung auf das Strafverfahren gegen Fujimori

Nachdem Fujimori das Land verlassen hatte, wurde eine Übergangsregierung unter Interimspräsident Valentín Paniagua eingesetzt, die mit Unterstützung einer demokratischen Oppositionsmehrheit im Kongress die Rückkehr Perus zur Demokratie mittels Neuwahlen für Juli 2001 vorbereitete. Unter der Regierung Paniaguas wurde am 2. Juni 2001 die peruanische Wahrheits- und Versöhnungskommission (CVR) gegründet.³² Die aus 12 Kommissaren (Comisionados)³³ bestehende Kommission hatte die Funktion

„[...] den Verlauf, die Taten der und die Verantwortlichkeiten für die terroristischen Gewalt- und Menschenrechtsverletzungen, die sich zwischen Mai 1980 bis November 2000 ereigneten und sowohl den terroristischen Organisationen als auch staatlichen Funktionären zuzurechnen sind, aufzuklären, sowie Initiativen vorzuschlagen, die der Stärkung des Friedens und der Einigkeit zwischen den Peruanern dienen.“³⁴

Daneben hatte die Kommission den Auftrag, die politischen, sozialen und kulturellen Ursachen der Gewalt zu untersuchen, die Aufklärung der Verbrechen durch juristische Institutionen zu unterstützen, Vorschläge für Reparationsleistungen zu erarbeiten und entsprechende Umsetzungsmecha-

²⁹ Kuwali/Pérez-Leon Acevedo, Smokescreen – A Survey of the Evolving Trends in Amnesty Laws in African and Latin America, Malawi Law Journal 2 (2008), 115-134 (128).

³⁰ Siehe „Normas Legales“, Diario Oficial El Peruano, Lima, 2.7.1995.

³¹ Salmón G., Reflections on international humanitarian law and transitional justice: lessons to be learnt from the Latin American experience, International Review of the Red Cross 88 (2006), 327-353 (334).

³² Decreto Supremo N°. 065-2001-PCM vom 2.6.2001, <http://www.planintegraldereparaciones.gob.pe/pdf/DS%20065-2001-PCM.pdf> (zuletzt besucht am 1.11.2009).

³³ Art. 4 Decreto Supremo N°. 065-2001-PCM, modifiziert durch den Artikel 2 des Decreto Supremo No. 101-2001-PCM vom 4.9.2001 (Fn. 32).

³⁴ Art. 1 Decreto Supremo N°. 065-2001-PCM (Fn. 32): „Créase la Comisión de la Verdad encargada de esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado, así como proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y la concordia entre los peruanos.“ (Übers. des Verf.).

nismen zu schaffen.³⁵ Hinsichtlich der begangenen Taten sollten Tötungen, Entführungen, erzwungenes Verschwindenlassen, Folter, Verletzungen der Kollektivrechte indigener Gruppen und andere schwere Verbrechen untersucht werden.³⁶

Nach zwei Jahren, am 28. August 2003, legte die Kommission ihren Abschlussbericht der Öffentlichkeit vor.³⁷ Darin beschreibt sie Kontext, Ursachen, Gründe und Auswirkungen des internen Konflikts, die Rolle der bewaffneten Akteure, der politischen Parteien und der Institutionen, repräsentative Fälle gewalttätiger Vorkommnisse und die Art und Weise der systematischen Begehung schwerer Menschenrechtsverletzungen sowie die dadurch verursachten physischen und psychischen Schäden für die Opfer.³⁸ Schließlich macht sie Vorschläge für institutionelle Reformen und die Vorbereitung eines Reparationsprogramms. Im Hinblick auf die strafrechtliche Verfolgung schwerer Menschenrechtsverletzungen führte die Kommission Ermittlungen zur Aufklärung von 73 konkreten und repräsentativen Fällen durch und empfahl den Strafverfolgungsbehörden, in 47 Fällen strafrechtliche Ermittlungen aufzunehmen und die „Täter“ zu bestrafen.³⁹ Außerdem benannte die Kommission die nach ihrer Ansicht verantwortlichen Personen.⁴⁰ So kam sie bezüglich der Verantwortung Fujimoris zu dem Schluss, dass sie:

„[...] begründete Hinweise dafür [besitzt], um zu behaupten, dass Präsident Alberto Fujimori, sein Berater Vladimiro Montesinos und hochrangige Funktionäre des SIE für die Tötungen, das erzwungene Verschwindenlassen und die Massaker, die von der paramilitärischen Gruppe ‚Colina‘ begangen wurden, strafrechtlich verantwortlich sind.“⁴¹

³⁵ Art. 2 Decreto Supremo N°. 065-2001-PCM (Fn. 32).

³⁶ Art. 3 Decreto Supremo N°. 065-2001-PCM (Fn. 32): „La Comisión de la Verdad enfocará su trabajo sobre los siguientes hechos, siempre y cuando sean imputables a las organizaciones terroristas, a los agentes del Estado o a grupos paramilitares: a) Asesinatos y secuestros; b) Desapariciones forzadas; c) Torturas y otras lesiones graves; d) Violaciones a los derechos colectivos de las comunidades andinas y nativas del país; e) Otros crímenes y graves violaciones contra los derechos de las personas.“

³⁷ CVR (Fn. 12), Informe Final, <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php> (zuletzt besucht am 1.11.2009).

³⁸ Zur Arbeit der Kommission, siehe *Ciurlizza/González*, Verdad y justicia desde la óptica de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, in: Magarrell/Filippini (Hrsg.), El legado de la verdad, La justicia penal en la transición peruana, 2006, S. 85 ff.

³⁹ *Vega Luna*, La responsabilidad penal de los agentes del Estado, in: Magarrell/Filippini (Fn. 38), S. 105.

⁴⁰ Zu den Anforderungen und Voraussetzungen zur Benennung von Verantwortlichen im Abschlussbericht einer Wahrheitskommission, siehe *Freeman*, Truth Commissions and Procedural Fairness, 2006, S. 268 ff.

⁴¹ CVR (Fn. 12), Informe Final, Tomo VIII, Conclusiones Generales, „La CVR posee indicios razonables para afirmar que el presidente Alberto Fujimori, su asesor Vladimiro Montesinos y altos funcionarios del SIN tienen responsabili-

Vor allem die Amnestiegesetze Nr. 26479 und 26492 von 1995 sind von nationalen und internationalen (staatlichen und nichtstaatlichen) Menschenrechtsorganisationen heftig kritisiert worden.⁴² Außerdem waren bis zum Jahr 2000 etwa 300 Fälle im interamerikanischen Menschenrechtssystem, das einen entscheidenden Einfluss auf Perus Transitionsprozess und das Strafverfahren gegen Fujimori haben sollte⁴³, anhängig.⁴⁴ Deshalb wollte die Fujimori Regierung dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR) am 9. Juli 1999 seine Gerichtsbarkeit über Peru entziehen,⁴⁵ doch setzte dies nach Ansicht des IAGMR eine – von Peru nicht vorgenommene – vorherige Kündigung der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK) voraus.⁴⁶ Zwischen 1995 und 2007 entschied der IAGMR über 22 Fälle von AMRK-Verletzungen durch Peru, von denen sich alleine 18 während der Präsidentschaft Fujimoris ereignet hatten. Nachdem die IAMRK die Fälle Barrios Altos und La Cantuta für zulässig erklärt und dem IAGMR vorgelegt hatte, entschied dieser in Barrios Altos im März 2001, sechs Monate nach Ende des Fujimori-Regimes und drei Monate vor der Einsetzung der Wahrheitskommission, dass Peru für die streitgegenständlichen Ereignisse verantwortlich sei. Außerdem stellte das Gericht fest, dass:

„[...] all amnesty provisions, provisions on prescription and the establishment of measures designed to eliminate responsibility are inadmissible, because they are intended to prevent the investigation and punishment of those responsible for serious human rights violations such as torture, extrajudicial, summary or arbitrary execution and forced disappearance, all of them prohibited because they violate non-

dad penal por los asesinatos, desapariciones forzadas y masacres perpetradas por el escuadrón de la muerte denominado ‚Colina‘.“ para. 101, <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20VIII/CONCLUSIONES%20GENERALES.pdf> (zuletzt besucht am 29.9.2009).

⁴² Amnesty International, Amnesty laws consolidate impunity for human rights violations, 23.2.1996; Interamerikanische Menschenrechtskommission (IAMRK), Annual Report 1996, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev., 14.3.1997, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/chap.5c.htm> (zuletzt besucht am 29.9.2009).

⁴³ Dazu ausführlich *Sandoval*, The Challenge of Impunity in Peru: The Significance of the Inter-American Court of Human Rights, Essex Human Rights Review 5 (2008), <http://www.ehrr.org/> (zuletzt besucht am 1.11.2009).

⁴⁴ *González Cueva* (Fn. 22), S. 91.

⁴⁵ IAMRK, Pressemitteilung Nr. 21/99 vom 9.7.1999, <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/English/1999/21-99.htm> (zuletzt besucht am 1.11.2009); siehe dazu auch *Cavallaro/Brewer*, Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court, American Journal of International Law 102 (2008), 768-827 (789).

⁴⁶ IAGMR, Case of Ivcher-Bronstein v. Peru. Competence. Judgment of September 24, 1999. Series C No. 54, para. 56; Case of the Constitutional Court v. Peru. Competence. Judgment of September 24, 1999. Series C No. 55, para. 55.

derogable rights recognized by international human rights law. [...] The Court, in accordance with the arguments put forward by the Commission and not contested by the State, considers that the amnesty laws adopted by Peru prevented the victims' next of kin and the surviving victims in this case from being heard by a judge, as established in Article 8 (1) of the Convention; they violated the right to judicial protection embodied in Article 25 of the Convention; they prevented the investigation, capture, prosecution and conviction of those responsible for the events that occurred in Barrios Altos, thus failing to comply with Article 1 (1) of the Convention, and they obstructed clarification of the facts of this case. Finally, the adoption of self-amnesty laws that are incompatible with the Convention meant that Peru failed to comply with the obligation to adapt internal legislation that is embodied in Article 2 of the Convention.⁴⁷

Bezüglich der Rechtsfolgen der damit erfolgten Unwirksamkeitserklärung der peruanischen Selbstamnestie stellte der IAGMR klar:

„[...] Owing to the manifest incompatibility of self-amnesty laws and the American Convention on Human Rights, the said laws lack legal effect and may not continue to obstruct the investigation of the grounds on which this case is based or the identification and punishment of those responsible, nor can they have the same or a similar impact with regard to other cases that have occurred in Peru, where the rights established in the American Convention have been violated.“⁴⁸

Am 29. November 2006 – parallel zum peruanisch-chilenischen Auslieferungsverfahren gegen Fujimori (dazu sogleich III.) – verurteilte der IAGMR den peruanischen Staat im Fall La Cantuta für die von der Gruppe Colina begangenen Entführungen und Tötungen. Das Gericht stellte fest, dass Colina:

„[...] was a group related to the *Servicio de Inteligencia Nacional* (National Intelligence Service) whose operations were known by the President of the Republic and the Commander General of the Army. It had a hierarchical structure and its personnel received, besides their compensations as officials and sub-officials of the Army, money to cover their operative expenses and personal pecuniary compensations under the form of bonuses. The *Colina Group* carried out a State policy consisting in the identification, control and elimination of those persons suspected of belonging to insurgent groups or who opposed to the government of former President Alberto Fujimori. It operated through the implementation of systematic indiscriminate extra-legal executions, selective killings, forced disappearances and tortures.“⁴⁹

⁴⁷ IAGMR, Case of Barrios Altos v. Peru. Merits. Judgment March 14, 2001. Series C No. 75, para. 41-42; siehe auch IAGMR, Case of La Cantuta v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 29, 2006. Series C No. 162, para. 152. Zur Völkerrechtswidrigkeit solcher Selbstamnestien mit besonderer Berücksichtigung der südamerikanischen s. schon Ambos (Fn. 28) S. 236 ff.

⁴⁸ IAGMR, Barrios Altos (Fn. 47), para. 44.

⁴⁹ IAGMR, La Cantuta (Fn. 47), para. 80 (18).

Außerdem leitete der IAGMR aus Art. 8 Abs. 1 und 25 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 AMRK eine völkerrechtliche Pflicht zur zwischenstaatlichen Kooperation bei der Strafverfolgung und Auslieferung wegen schwerer Menschenrechtsverletzungen ab.⁵⁰ Nach Ansicht des Gerichts führt die Notwendigkeit, Strafflosigkeit für systematische Menschenrechtsverletzungen zu verhindern, zu Kooperationspflichten innerhalb der internationalen Staatengemeinschaft; das Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz („access to justice“) impliziere eine *erga omnes*-Pflicht der Staaten, alle notwendigen Maßnahmen zur (eigenen) Aburteilung oder Auslieferung (aut dedere aut judicare)⁵¹ der Verantwortlichen zu ergreifen.⁵² Im Hinblick auf das Verhältnis zwischen einer Wahrheitskommission und normaler staatlicher Strafverfolgung hat der IAGMR schließlich im September 2006 im Fall Almonacid Arellano entschieden, dass jene diese nicht ersetzen könne.⁵³

IV. Das Auslieferungsverfahren gegen Fujimori

Nach Fujimoris Ankunft in Japan im November 2000 ersuchte Peru um seine Auslieferung; dies wurde von Japan unter Verweis auf Fujimoris japanische Staatsangehörigkeit abge-

⁵⁰ IAGMR, La Cantuta (Fn. 47), para. 158-160.

⁵¹ Zu diesem Prinzip statt vieler Bassiouni/Wise, Aut Dedere Aut Judicare, The Duty to Extradite or Prosecute in International Law, 1995.

⁵² IAGMR, La Cantuta (Fn. 47), para. 160: „As pointed out repeatedly, the acts involved in the instant case have violated peremptory norms of international law (*jus cogens*). Under Article 1(1) of the American Convention, the States have the duty to investigate human rights violations and to prosecute and punish those responsible. In view of the nature and seriousness of the events, all the more since the context of this case is one of systematic violation of human rights, the need to eradicate impunity reveals itself to the international community as a duty of cooperation among states for such purpose. Access to justice constitutes a peremptory norm of International Law and, as such, it gives rise to the States' *erga omnes* obligation to adopt all such measures as are necessary to prevent such violations from going unpunished, whether exercising their judicial power to apply their domestic law and International Law to judge and eventually punish those responsible for such events, or collaborating with other States aiming in that direction. The Court points out that, under the collective guarantee mechanism set out in the American Convention, and the regional and universal international obligations in this regard, the States Parties to the Convention must collaborate with one another towards that end.“

⁵³ IAGMR, Case of Almonacid-Arellano et al. v. Chile. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 26, 2006. Series C No. 154, para. 150. Zum komplexen Verhältnis zwischen Wahrheitskommissionen und normaler Strafverfolgung s. auch Ambos, The legal framework of transitional justice: A systematic study with a special focus on the role of the ICC, in: Ders./Large/Wierda (Hrsg.), Building a future on peace and justice: studies on transitional justice, peace and development, 2009, S. 19 (S. 43 f., para. 14).

lehnt⁵⁴. Als Fujimori jedoch am 7. November 2005 Japan verließ und überraschend nach Chile einreiste,⁵⁵ wurde er kurz darauf aufgrund eines internationalisierten peruanischen Haftbefehls festgenommen.⁵⁶ Am 3. Januar 2005 ersuchte Peru Chile um die Auslieferung Fujimoris auf Grundlage eines zwischen beiden Ländern bestehenden Auslieferungsvertrags von 1932.⁵⁷ Das Auslieferungsersuchen umfasste 13 Fälle, davon betrafen zehn Korruptionsvorwürfe und drei schwere Menschenrechtsverletzungen.⁵⁸ Jene handeln u.a. von der Bestechung von Kongressangehörigen, dem illegalen Abhören politischer Gegner sowie der Unterschlagung und Veruntreuung öffentlicher Steuergelder zur Finanzierung geheimdienstlicher Operationen und zur persönlichen Bereicherung.⁵⁹ Die Menschenrechtsverletzungen betreffen die schon erwähnten Fälle Barrios Altos und La Cantuta (zu einem Fall zusammengefasst), Sótanos SIE und (weitere) Fälle von Verschwindenlassen (zusammengefasst als „ampliación por desapariciones forzadas“).

Nachdem das Auslieferungsersuchen Perus am 11. Juli 2007 in erster Instanz von einem Richter der chilenischen Corte Suprema mangels ausreichenden Tatverdachts⁶⁰ abgewiesen worden war⁶¹, bewilligte deren dreiköpfige Straf-

kammer in zweiter Instanz am 21. September 2007 die Auslieferung Fujimoris für sieben der genannten 13 Fälle.⁶² Darunter waren zwei der Menschenrechtsfälle (Barrios Altos/La Cantuta und Sótanos SIE) und fünf der Korruptionsfälle.⁶³ Im Gegensatz zur erstinstanzlichen Entscheidung entschied die Strafkammer, dass in den besagten sieben Fällen neben den formalrechtlichen Voraussetzungen⁶⁴ auch ein die Auslieferung rechtfertigender Anfangsverdacht⁶⁵ gegeben sei.⁶⁶ Allerdings beschränkte die Strafkammer die Auslieferung in doppelter Hinsicht: einerseits bezüglich des Falls La Cantuta

⁵⁴ Ausführlich dazu *Anderson*, An Asian Pinochet? – Not Likely: The Unfulfilled International Law Promise in Japan's Treatment of Former Peruvian President Alberto Fujimori, *Stanford Journal of International Law* 38 (2002), 177-206.

⁵⁵ Zu den Gründen für die Reise nach Chile, siehe *Noboa*, Former Peruvian President Albert Fujimori's Extradition Process, *Law and Business Review of the Americas* 14 (2008), 621-630 (625).

⁵⁶ Fujimori arrested on Chile visit, BBC News, 7.9.2001, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/4413176.stm> (zuletzt besucht am 1.11.2009). Bereits am 27.8.2001 hatte der peruanische Kongress Fujimoris Immunität aufgehoben; siehe dazu *Human Rights Watch*, Peru: Fujimori Immunity Vote Hailed, 30.8.2001, <http://www.hrw.org/en/news/2001/08/30/peru-fujimori-immunity-vote-ailed> (zuletzt besucht am 1.11.2009).

⁵⁷ Auslieferungsvertrag vom 5.11.1932 zwischen Chile und Peru, http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/traites/sp_traites-ext-chl-per.pdf (zuletzt besucht am 29.9.2009).

⁵⁸ Für eine Übersicht und kurze Zusammenfassung dieser Fälle, siehe <http://www.minjus.gob.pe/extradiciones/CasoFujimori/cuadernillos03.asp> (zuletzt besucht am 29.9.2009).

⁵⁹ Es handelt sich um folgende Fälle: Congresistas transfugas, Allanamiento, Medios de comunicación, Interceptación telefónica, 15 Millones, Sunat Borobio, Faisal-APRODEV, Medicinas chinas, Desvío de Fondos und Decretos de Urgencia (ebd.; siehe auch *Human Rights Watch* (Fn. 17), S. 12-20).

⁶⁰ Zu dem erforderlichen Verdachtsgrad s.u. Fn. 65.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Instancia, 11.7.2007, Rol. N°. 5646-2005, para. 112, 115, 122, <http://www.emol.com/noticias/documentos/pdfs/FalloMinalvarezFujimori.pdf> (zuletzt besucht am 1.11.2009). Vgl. auch Poder Judicial de la República de Chile, Noticias, 11.7.2007, Ministro Orlando Álvarez rechaza solicitud de extradición de Alberto Fujimori, <http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina=noticias.php?cod=1009> (zuletzt besucht am 1.11.2009).

⁶² Poder Judicial de la República de Chile, Noticias, 21.9.2007, Corte Suprema dictamina extradición de Alberto Fujimori, <http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina=noticias.php?cod=1111> (zuletzt besucht am 1.11.2009); die Entscheidung ist abrufbar unter: Corte Suprema de Justicia de Chile, Segunda Instancia, 21.9.2007, Rol. N°. 3744-07, <http://www.andina.com.pe/edpespeciales/especiales/fallofujimori.pdf> (zuletzt besucht am 29.9.2009).

⁶³ Congresistas transfugas, Allanamiento, Medios de comunicación, Interceptación telefónica und 15 Millones; zusammenfassend <http://www.minjus.gob.pe/extradiciones/CasoFujimori/procesosjudiciales01.asp> (zuletzt besucht am 1.11.2009).

⁶⁴ Nach dem Auslieferungsvertrag zwischen Peru und Chile (Fn. 57) muss das um Auslieferung ersuchende Land Gerichtsbarkeit über das Delikt besitzen (Art. 1), dieses muss mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr im ersuchten Land vorgesehen sein (Art. 2), es darf sich nicht um ein politisches Delikt handeln (Art. 3) und es darf nicht bereits bestraft worden oder verjährt sein (Art. 5). Zusätzlich sind allgemeine Grundsätze zur Auslieferung wie der Grundsatz beiderseitiger Strafbarkeit sowie Art. 647 chil. StPO a.F., der für Auslieferungsanträge für vor dem 16.6.2005 begangene Taten gilt, zu beachten; vgl. http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/chl/sp_chl-ext-gen-proc.html (zuletzt besucht am 18.10.2009).

⁶⁵ Gem. Art. 647 Nr. 3 chil. StPO a.F. muss das über das Ersuchen befindende Gericht entscheiden, ob die Person die Verbrechen begangen hat („acreditar si el sindicado como reo ha cometido o no el delito que se le atribuye.“), wobei zu beachten ist, dass diese Anforderung bereits mit Feststellung des Bestehens eines Anfangsverdachts gem. Art. 274 chil. StPO a.F. („[...] contra quien aparecen fundadas sospechas de ser responsable de un delito“) erfüllt ist (so CSJ, Segunda Instancia [Fn. 60], „Consideraciones general, Primero“). Im Gegensatz dazu hatte der chilenische Richter erster Instanz Art. 647 Nr. 3 chil. StPO a.F. dahingehend interpretiert, dass die von Peru vorgelegten Beweise für eine Verurteilung Fujimoris ausreichend sein müssten (siehe Fn. 61, para. 122). Diese strenge Ansicht ist auf erhebliche Kritik gestoßen (vgl. ausführlich *Haas*, Fujimori Extraditable!. Chilean Supreme Court Sets International Precedent for Human Rights Violations, *University of Miami Inter-American Law Review* 39 [2007-2008], 373-408 [389 ff.]).

⁶⁶ *Haas*, Fujimori Extraditable!. Chilean Supreme Court Sets International Precedent for Human Rights Violations, *University of Miami Inter-American Law Review* 39 (2007-2008), 373-408 (393 ff.).

auf die Delikte des schweren Totschlags und schwerer Körperverletzung, weil Chile (anders als Peru)⁶⁷ – Grundsatz beiderseitiger Strafbarkeit⁶⁸ – bisher den Tatbestand des „erzwungenen Verschwindenlassens“ noch nicht im innerstaatlichen Recht kodifiziert hat; andererseits in Sótanos SIE auf die Entführungsfälle des Journalisten Gustavo Gorriti und des Unternehmers Samuel Dyer. Im Ergebnis wurde damit zwar zum ersten Mal ein ehemaliger Präsident an sein Heimatland zur Aburteilung schwerer Menschenrechtsverletzungen ausgeliefert,⁶⁹ doch verhindert der auslieferungsrechtliche Grundsatz der Spezialität⁷⁰ die Verfolgung zahlreicher Menschenrechtsverletzungen und erweist sich damit – einmal mehr – als Ursache von Straflosigkeit. So verwundert es nicht, dass Peru nun eine Erweiterung des ursprünglichen Auslieferungssuchens um zwei weitere Fälle, die Waffenschmuggel und die Misshandlung von Gefangenen in dem Limenser Gefängnis Castro Castro betreffen, vorbereitet.⁷¹

⁶⁷ Das erzwungene Verschwindenlassen (*desaparición forzada*) wurde in Peru erstmals 1991 in Art. 323 peruan. StGB tatbestandlich erfasst. Nach Aufhebung dieses Artikels durch Decreto Ley N°. 25475 vom 5.5.1992 wurde der Tatbestand am 26.6.1992 durch Decreto Ley N°. 25592 wieder in das peruan. StGB aufgenommen. Heute stellt Art. 320 peruan. StGB das erzwungene Verschwindenlassen unter Strafe; ausführlich dazu *Vélez Fernández*, *La Desaparición Forzada de las Personas y su tipificación en el Código Penal peruano 2004*; *Meini*, Capítulo V – Perú, in: Ambos (Hrsg.), *Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional*, 2009, S. 107 ff.; zur peruanischen Rechtsprechung *Vega Luna* (Fn. 39), S. 124 ff.; zur chilenischen Rechtslage s. *Guzmán D.*, Capítulo III-Chile, in: Ambos (a.a.O.), S. 55 ff.

⁶⁸ Der Grundsatz beiderseitiger Strafbarkeit ist zwar nicht im Auslieferungsvertrag von 1932 erwähnt, wurde aber in den Auslieferungsentscheidungen der chil. CSJ gem. Art. 647 Nr. 2 chil. StPO a.F. i.V.m. der Inter-American Convention on Extradition (Montevideo Convention) vom 26.12.1933 und Art. 344-381 der Convention on Private International Law (Bustamante Code), vom 20.2.1928 angewendet (vgl. CSJ, Primera Instancia [Fn. 61], para. 7 und Segunda Instancia [Fn. 62], *Consideraciones Generales*, Quinto). Siehe allgemein zur Bedeutung dieses Grundsatzes, *Gilbert*, *Responding to International Crime*, 2006, S. 101 ff.

⁶⁹ *Noboa*, Former Peruvian President Albert Fujimori's Extradition Process, *Law and Business Review of the Americas* 14 (2008), 621-630 (629). Der bolivianische Diktator Luis García Meza (1980-1981) wurde 1993 in Abwesenheit verurteilt und zwei Jahre später von Brasilien zur Strafvollstreckung ausgeliefert.

⁷⁰ Hier anwendbar aufgrund Art. 8 Abs. 1 S. 2 des Auslieferungsvertrags von 1932 (Fn. 57), wonach ein Strafverfahren wegen anderer als der im Auslieferungsantrag erwähnten Fälle grundsätzlich nur mit Zustimmung des ersuchten Staates zulässig ist. Es handelt sich im Übrigen um einen allg. Grundsatz des Auslieferungsrechts, vgl. *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 77 m.w.N.

⁷¹ „Nuevo paquete de extradición de Fujimori“, <http://www.la-republica.pe/archive/all/la-republica/20090411/3/node/186772/>

In den fünf Korruptionsfällen wurde Fujimori am 12. Dezember 2007 zu sechs Jahren Haft (Fall *Allanamiento*)⁷², am 20. Juli 2009 zu siebeneinhalb Jahren Haft (Fall *15 Millones*)⁷³ und schließlich am 30. September 2009 zu sechs Jahren Haft (Fälle *Congresistas transfugas*, *Medios de comunicación*, *Intercepción telefónica*) verurteilt.⁷⁴ Nach dem zum Tatzeitpunkt geltenden peruan. StGB (*Código Penal*) konsumiert die schwerste Strafe die anderen Strafen.⁷⁵

V. Das Strafverfahren wegen der Fälle Barrios Altos/La Cantuta und Sótanos SIE

Das Strafverfahren begann am 10. Dezember 2007 und endete am 7. April 2009 mit der Verurteilung zu 25 Jahren Haft.

1. Inhalt des Urteils

Das mit 708 Seiten sehr umfangreiche Urteil gliedert sich in vier Teile. Der erste Teil behandelt den Gang des Verfahrens (Kapitel I), den Anklagevorwurf (Kapitel II) und das Verteidigungsvorbringen Fujimoris (Kapitel III). Der umfang-

[todos/15](http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/..%5C..%5C/CorteSuprema%5Cspe%5CDocumentos%5CSentencia_exp_0013-2003_111207.pdf) (zuletzt besucht am 29.9.2009); für die Ereignisse im Zusammenhang mit der Behandlung Gefangener des Gefängnisses Miguel Castro Castro wurde Peru am 25.11.2006 vom IAGMR verurteilt, *IAGMR, Case of the Miguel Castro-Castro Prison v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2006. Series C No. 160.*

⁷² CSJ, Primera Sala Penal Transitoria, Exp. No. AV 13-2003, zugänglich unter:

http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/..%5C..%5C/CorteSuprema%5Cspe%5CDocumentos%5CSentencia_exp_0013-2003_111207.pdf (zuletzt besucht am 18.10.2009);

Fujimori, condenado a seis años de cárcel por el allanamiento del domicilio de Montesinos,

<http://www.elmundo.es/elmundo/2007/12/12/internacional/1197419973.html> (zuletzt besucht am 29.9.2009). Der Fall bezieht sich auf Fujimoris rechtswidrige Anordnung aus dem Jahr 2000, die Wohnung von Montesinos Ehefrau heimlich durchsuchen zu lassen.

⁷³ CSJ, Sala Penal Especial, Exp. No. AV 23-2001, 20.7.2009, zugänglich unter: <http://www.aprodeh.org.pe/documentos/sentenciacts.pdf> (zuletzt besucht am 18.10.2009). Der Fall behandelt die Unterschlagung von öffentlichen Geldern i.H.v. 15 Millionen US-\$, die Fujimori heimlich zur Zahlung einer Abfindung an Montesinos verwendete.

⁷⁴ CSJ, Sala Penal Especial, Exp. No. AV 33-2003, 30.9.2009, zugänglich unter: <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/documentos/ParteI300909.pdf> (zuletzt besucht am 18.10.2009). Die Fälle betreffen die Bestechung von Kongressabgeordneten, den rechtswidrigen Erwerb eines TV-Senders und einer Tageszeitung sowie das rechtswidrige Abhören politischer Gegner.

⁷⁵ Der damalige Art. 50 lautete: „Cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el Juez tener en cuenta los otros, de conformidad con el artículo 48“. Nach dem geltenden Art. 50 wird die schwerste Strafe verschärft (*Asperationsprinzip*).

reichste zweite Teil legt in 15 Kapiteln die tatsächlichen Feststellungen (fundamentos de hechos) dar, unter anderem – nach Vorbemerkungen zum Beweisrecht – die Wahl Fujimoris zum Präsidenten und die allgemeinen Politiken seiner Regierung, seine Rolle und die der Streitkräfte, der Geheimdienste und der Gruppe Colina im Kampf gegen den Terrorismus, die Tatumstände der Tötungen und Körperverletzungen in den Fällen Barrios Altos und La Cantuta und der Entführungen im Fall Sótanos SIE. Ferner werden andere von Colina begangene Taten, die Ereignisse nach den Verbrechen und vor allem die Rolle Fujimoris bei der Begehung der verfahrensgegenständlichen Verbrechen dargestellt. Der dritte Teil enthält Ausführungen zur rechtlichen Würdigung (fundamentos jurídico penales), insbesondere die strafrechtliche Subsumtion der begangenen Taten, zu Fujimoris Verantwortlichkeit als mittelbarer Täter kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten,⁷⁶ zur Strafzumessung und zur Entschädigung zugunsten der Opfer. Der vierte Teil enthält den Urteilsspruch.

2. Die strafrechtliche Einordnung der festgestellten Geschehnisse

Die Kammer sah es im Fall Barrios Altos als erwiesen an, dass Colina am 3. November 1991 in dem Stadtviertel Barrios Altos in Lima eine militärische Geheimoperation gegen angebliche SL-Mitglieder ausführte und dabei 15 unbewaffnete Zivilisten tötete und vier weitere schwer verletzte. Ferner seien am 21. Juni 1992 Mitglieder von Colina in die Universität Eduardo Guzmán y Valle („La Cantuta“) eingedrungen, um neun Studenten und einen Dozenten zu entführen und diese später an einem geheimen Ort zu töten.⁷⁷ Bei beiden Taten handele es sich um Staatsverbrechen (crímenes de Estado) und Verbrechen gegen die Menschlichkeit (crímenes de lesa humanidad), die mittels eines außerhalb der Rechtsordnung operierenden organisatorischen Machtapparats begangen wurden.⁷⁸ Hinsichtlich der Tötungen in den Fällen Barrios Altos und La Cantuta nahm die Kammer einen (schweren) Totschlag mit Hinterlist an (Art. 108 peruan. StGB).⁷⁹ Außerdem qualifizierte sie die Handlungen hinsicht-

lich der verletzten Personen im Fall Barrios Altos als schwere Körperverletzung gemäß Art. 121 peruan. StGB.⁸⁰

Bei der Entführung des Journalisten Gorriti am 6. April 1992 handelte es sich nach Ansicht der Kammer um eine Operation Fujimoris, politische Gegner im Zuge des Staatsstreichts verhaften zu lassen. Gorriti wurde aufgrund internationaler Proteste am folgenden Tag wieder freigelassen, nachdem er zunächst vom SIE festgehalten wurde.⁸¹ Am 27. Juli 1992 wurde der Unternehmer Dyer auf Anordnung des SIN ohne richterlichen Haftbefehl auf dem Flughafen Lima verhaftet und bis zum 5. August 1992 im Gebäude des SIE festgehalten. Nach Ansicht der Kammer hatte Fujimori die Sicherheitsbehörden zu dieser Verhaftung ermächtigt. Es habe sich dabei um eine Entführung gehandelt, die von einem autoritären Regime unter Verstoß gegen die Verfassung begangen wurde und deshalb (zugleich) ein Staatsverbrechen darstelle.⁸² Die Kammer nahm im Ergebnis in beiden Fällen eine schwere Form der Entführung (secuestro agravado) aufgrund grausamer und erniedrigender Behandlung an (Art. 152 Abs. 1 peruan. StGB).⁸³

3. Die Rolle Fujimoris bei der Begehung der festgestellten Taten

In komplex organisierten Machtapparaten, die im Geheimen und weitestgehend informell agieren, fallen die Rekonstruktion der Abläufe innerhalb des Machtapparats und die Zurechnung dieser Abläufe zu bestimmten Personen, naturgemäß schwer.⁸⁴ Dies zeigt sich auch im Fall Fujimori. Nach über 100 Verhandlungsterminen und der Anhörung zahlreicher Zeugen konnte die Kammer keine direkten Beweise für die strafrechtliche Verantwortung Fujimoris in den Fällen Barrios Altos und La Cantuta präsentieren,⁸⁵ sondern musste sich im Wesentlichen auf Indizien (prueba indiciaria) stützen.

a) Die Bedeutung des Indizienbeweises

Nach Ansicht der Kammer handelt es sich beim Indizienbeweis um eine Beweisform, die dazu dient, einen nicht direkt bewiesenen Umstand aus einem anderen Umstand, der als bekannt vorausgesetzt werden kann oder im Verfahren bewiesen wurde, abzuleiten, wobei insoweit auf die Kriterien des logischen Schlusses und der Erfahrung zurückgegriffen

⁷⁶ Siehe dazu die Übersetzung, ZIS 2009, 622 ff.

⁷⁷ Ausführlich zu den Geschehnissen in diesen Fällen, CSJ (Fn. 1), para. 447-535.

⁷⁸ Ebd., para. 717 („Los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta son también delitos contra la humanidad. Fundamentalmente, porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos.“); so auch schon der IAGMR, La Cantuta (Fn. 47), para. 225 („[...] the acts committed in La Cantuta to the detriment of the victims of extra-legal execution or forced disappearance, are crimes against humanity.“).

⁷⁹ CSJ (Fn. 1), para. 697-701 (para. 701 a.E.: „En consecuencia, se admite el homicidio por alevosía y se rechaza el homicidio por ferocidad.“).

⁸⁰ Ebd., para. 702-709 (para. 709 a.E.: „En tal virtud, es de concluir que el dolo [...] fue el de lesionarlos gravemente.“).

⁸¹ Ebd., Parte II Capítulo XII, XI, para. 536-557.

⁸² Ebd., Parte II Capítulo XIII, XII, para. 558-574.

⁸³ Ebd., para. 678.

⁸⁴ Vgl. aus völkerstrafrechtlicher Sicht Olásolo, The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes, 2009, S. 2.

⁸⁵ Der CSJ stellte fest, dass nur drei Umstände mittels direkter Beweise nachgewiesen waren: das enge Verhältnis zwischen Fujimori und Montesinos, die Verbindungen zwischen Montesinos und Colina und die Befehle des Führers von Colina zur Begehung der Verbrechen in den Fällen Barrios Altos und La Cantuta, s. CSJ (Fn. 1), para. 662.

werde.⁸⁶ Die Corte Suprema habe sich schon früher des Indizienbeweises bedient.⁸⁷ Er sei weder unsicherer als der direkte Beweis noch subsidiär gegenüber diesem.⁸⁸ Im Übrigen kann sich die Kammer auf völkerstrafrechtliche und menschenrechtliche Praxis berufen. So hat etwa der IAGMR festgestellt:

„[...] The practice of international and domestic courts shows that direct evidence, whether testimonial or documentary, is not the only type of evidence that may be legitimately considered in reaching a decision. Circumstantial evidence, indicia, and presumptions may be considered, so long as they lead to conclusions consistent with the facts. [...] Circumstantial or presumptive evidence is especially important in allegations of disappearances, because this type of repression is characterized by an attempt to suppress all information about the kidnapping or the whereabouts and fate of the victim.“⁸⁹

Der Indizienbeweis unterliege jedoch formalen und materiellen Voraussetzungen: erstens erfordere er als Grundregel das Bestehen einer Vielzahl von Indizien, die gemäß den Anforderungen des Beweisrechts nachgewiesen sind und in einem sachlichen Zusammenhang mit dem nachzuweisenden Umstand stehen. Zweitens muss auf Grundlage vernunftori-

entierter und logischer Folgerungen eine natürliche und logische Kausalverbindung zwischen den Indizien und dem nachzuweisenden strafbaren Verhalten bestehen, so dass dem logischen Schluss von den Indizien auf die Tat keine begründeten Zweifel entgegenstehen.⁹⁰ Daher müssten die Indizien nach den Grundsätzen der Glaubwürdigkeit und Sachdienlichkeit festgestellt werden, um auf ihrer Grundlage unter Berücksichtigung von Erfahrungssätzen, Logik und wissenschaftlichen Erkenntnissen auf das strafbare Verhalten schließen zu können.⁹¹ Drittens müsse die Bewertung der Indizien unter Berücksichtigung einer Gesamtbetrachtung erfolgen.⁹² Es dürften insbesondere keine Gegenindizien vorliegen, die eine andere Schlussfolgerung stützen würden; der Indizienchluss dürfe außerdem nicht im Widerspruch zu anderen im Rahmen des Prozesses bewiesenen Umständen stehen.⁹³

b) Beweiswürdigung der Indizien zur Feststellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit Fujimoris

Die Feststellungen des IAGMR und der CVR zu Fujimoris strafrechtlicher Verantwortlichkeit für die in Barrios Altos und La Cantuta begangenen Verbrechen entfalten natürlich keine Bindungswirkung für die Kammer.⁹⁴ Bezüglich des

⁸⁶ Ebd., para. 658 („[...] las conclusiones fácticas se sustentan en PRUEBA INDICIARIA – que sirve para establecer como sucedido un hecho no directamente probado, a partir de otro hecho, conocido y probado en el proceso, utilizando para ese paso los criterios de la lógica o de la experiencia.“); siehe zum Indizienbeweis im peruanischen Strafprozessrecht auch *San Martín Castro*, *Derecho Procesal Penal II*, 2. Aufl. 2003, S. 851-865. Der Autor war einer der Richter im Verfahren, hat aber darauf verzichtet, sein eigenes Werk zu zitieren.

⁸⁷ CSJ (Fn. 1), para. 658 („[...] esta modalidad de prueba [es] plenamente aceptada por la Corte Suprema de Justicia...“); so auch *San Martín Castro* (Fn. 86), S. 853 („La prueba directa y la indiciaria [...] tienen pleno reconocimiento judicial.“).

⁸⁸ CSJ (Fn. 1), para. 658 („La corrección de esta modalidad de prueba – o, más específicamente, modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditados en el proceso – [...], que no es más insegura ni subsidiaria que la prueba directa, [...]“); ebenso *San Martín Castro* (Fn. 86), S. 853 („La prueba directa y la indiciaria, ambas en el mismo nivel, son aptas para formar la convicción judicial, sin que sea dable sostener que la convicción resultante de la segunda sea inferior a la resultante de la prueba directa.“); für die deutsche Ansicht siehe statt vieler *Eisenberg*, *Beweisrecht der StPO*, 6. Aufl. 2008, para. 9 („Ein Indizienbeweis kann, insbesondere wenn er mit sachlichen Beweismitteln geführt wird, durchaus verlässlicher sein als ein unmittelbarer Beweis.“).

⁸⁹ IAGMR, *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Merits, Judgment of July 29, 1988, Series C No. 4, para. 130-131; *Case of Godínez-Cruz v. Honduras*, Merits, Judgment of January 20, 1989, Series C No. 5, para. 136-137. Zur Bedeutung des Indizienbeweises im Rahmen völkerstrafrechtlicher Verfahren vor dem ICTY und ICTR, siehe *Zahar/Sluiter*, *International Criminal Law*, 2008, S. 417 ff.

⁹⁰ CSJ (Fn. 1), para. 658 („[...] esta modalidad de prueba [...] pasa por el cumplimiento de un conjunto de requisitos materiales y formales. Destaca, de un lado, (i) la existencia, como regla general, de una pluralidad de hechos–base, hechos indiciantes o indicios, debidamente acreditados conforme a las exigencias del derecho probatorio [...] y, de otro lado, (ii) la racionalidad de la inferencia obtenida –entre el hecho indiciario o indiciante y el hecho consecuencia o delictivo ha de existir una conexión natural, o enlace lógico o causal, una absoluta armonía, que permita efectuar la inferencia sin ninguna otra posibilidad alternativa razonable–.“).

⁹¹ Ebd.; siehe zu den Kriterien der Erfahrungssätze und Logik auch IAGMR, *Case of Servellón-García et al. v. Honduras*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of September 21, 2006, Series C No. 152, para. 35; *Case of Ximenes-Lopes v. Brazil*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of July 4, 2006, Series C No. 149, para. 44; *Case of Baldeón-García v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of April 06, 2006, Series C No. 147, para. 62.

⁹² Ebd.; zum Erfordernis einer umfassenden Gesamtbetrachtung und -würdigung der Indizien, siehe auch *Ambos* (Fn. 70), § 8 Rn. 39.

⁹³ CSJ (Fn. 1), para. 659 („[...] no deben existir máximas de experiencia aplicables igualmente fundadas, esto es, que no sea posible alcanzar conclusiones alternativas que gocen de un mismo grado de probabilidad; [...] la conclusión del razonamiento indiciario no debe entrar en contradicción con otros hechos declarados probados.“).

⁹⁴ CSJ (Fn. 1), para. 106, 123; Zum Beweiswert der Urteile des IAGMR und des Abschlussberichts der CVR, siehe auch *International Center for Transitional Justice*, *Consideraciones técnicas a partir del derecho internacional y el derecho comparado sobre el valor probatorio de algunas pruebas documentales en procesos penales*, 12.1.2009, zugänglich unter:

IAGMR ergibt sich das schon daraus, dass er lediglich über eine vertragsstaatliche Verletzung der sich aus der AMRK ergebenden Pflichten, nicht aber die Verantwortlichkeit *natürlicher* Personen oder gar deren Schuld zu entscheiden hat.⁹⁵ Der IAGMR selbst hat diesen Unterschied zwischen kollektiver Staatenverantwortlichkeit und individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit mehrfach betont:

„[...] Since the Court is an international tribunal, it has its own specialized procedures. All the elements of domestic legal procedures are therefore not automatically applicable. [...] The international protection of human rights should not be confused with criminal justice. States do not appear before the Court as defendants in a criminal action. The objective of international human rights law is not to punish those individuals who are guilty of violations, but rather to protect the victims and to provide for the reparation of damages resulting from the acts of the States responsible. [...] In contrast to domestic criminal law, in proceedings to determine human rights violations the State cannot rely on the defense that the complainant has failed to present evidence when it cannot be obtained without the State's cooperation.“⁹⁶

Die Erkenntnisse solch menschenrechtlicher Kontrollorgane sind damit aber nicht völlig bedeutungslos für Strafverfahren über Makrokriminalität. Vielmehr können die menschenrechtlichen Feststellungen zum besseren Verständnis des makrokriminellen Kontexts beitragen, *in casu* der kontextbezogenen Einordnung der Ereignisse in Barrios Altos und La Cantuta mit Blick auf die zwischen 1990 und 1993 existierende systematische und weitverbreitete Praxis extralegalen Hinrichtungen und des Verschwindenlassens von Personen.⁹⁷ Als Indizien für die Annahme strafrechtlicher Verantwortlichkeit Fujimoris für die in den Fällen Barrios

Altos, La Cantuta und Sótanos SIE begangenen Verbrechen wertete die Kammer folgende Umstände:⁹⁸ (i) die Taten ereigneten sich während der Präsidentschaft Fujimoris und wurden von Angehörigen des peruanischen Geheimdienstes gegen angebliche SL-Mitglieder bzw. politische Gegner begangen;⁹⁹ (ii) die Aktionen wurden vom SIN geplant, der vom Präsidentschaftsberater Montesinos geleitet wurde;¹⁰⁰ (iii) dieser wiederum unterstand direkt Fujimori und erstattete diesem regelmäßig Bericht über die Geheimdienstaktivitäten;¹⁰¹ (iv) Colina entstand auf Anweisung des SIN und war in die DINTE und den SIE integriert;¹⁰² (v) die Aktionen von Colina erforderten umfangreiche logistische, finanzielle und personelle Ressourcen;¹⁰³ (vi) jeglicher Versuch der Aufdeckung dieser Aktivitäten, sei es aufgrund von Anzeigen, journalistischen oder gerichtlichen Ermittlungen, wurde von der Fujimori-Regierung mit einer Verschleierungstaktik beantwortet, die in der Leugnung der Taten, der Diskreditierung von Zeugen und der Verfolgung von Anzeigerstattern bestand;¹⁰⁴ (vii) Fujimori hatte nicht nur enge Vertraute in

⁹⁸ Siehe ausführlich dazu CSJ (Fn. 1), para. 660-664.

⁹⁹ Ebd., para. 660 („Los cuatro hechos objeto de acusación ocurrieron durante el ejercicio del cargo de presidente de la República del imputado, fueron ejecutados materialmente por agentes públicos integrantes de los organismos de inteligencia o de los servicios secretos del Estado, y las víctimas eran, en un caso, ciudadanos sindicados como objetivos de inteligencia porque se les atribuyó abusivamente vinculación con la organización terrorista PCP-SL – a quienes se les ejecutó arbitrariamente o se les secuestró y ejecutó extrajudicialmente –, y en otro caso, un periodista y un empresario a los que se secuestró arbitrariamente como consecuencia de sus actividades sociales.“).

¹⁰⁰ Ebd. („Un dato común, amén de la ejecución delictiva a cargo de agentes de inteligencia, fue la actividad directiva del SIN, encargada por el imputado, como jefe de Estado y de Gobierno a Vladimiro Montesinos Torres.“).

¹⁰¹ Ebd. („La rígida centralización de las actividades de inteligencia y de control del orden público y seguridad pública no sólo se concentraron en el SIN, sino que se residenció en una persona: Vladimiro Montesinos Torres. Éste sólo rendía cuenta al acusado, y lo hacía regular y constantemente.“).

¹⁰² Ebd. („El Destacamento Especial de Inteligencia Colina nació por disposición del SIN y en los marcos institucionales de la DINTE y del SIE, con la intervención activa de los altos oficiales que integraban sus órganos de dirección, quienes seguían los dictados de Montesinos Torres. Como paso previo se dispuso la creación del Grupo de Análisis – alguno de cuyos integrantes, incluso, fueron felicitados por el acusado Fujimori Fujimori [...]“).

¹⁰³ Ebd. („La ejecución de las operaciones especiales de inteligencia referidas a Barrios Altos y La Cantuta [...] importó un despliegue de recursos logísticos y personales de dimensión apreciable [...]“).

¹⁰⁴ Ebd. („Frente a cada denuncia pública, revelación periodística o actividad de investigación que sugería razonablemente una intervención delictiva de agentes y personajes de inteligencia en los hechos de Barrios Altos y La Cantuta, la

<http://www.ictj.org/images/content/1/2/1207.pdf> (zuletzt besucht am 1.11.2009).

⁹⁵ IAGMR, Case of the 19 Tradesmen v. Colombia. Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 5, 2004. Series C No. 109, para. 141 („In order to establish that a violation of the rights embodied in the Convention has occurred, it is not necessary to determine, as it is under domestic criminal law, the guilt of the perpetrators or their intention, nor is it necessary to identify individually the agents to whom the violations are attributed.“); Case of the “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala. Merits. Judgment of November 19, 1999. Series C No. 63, para. 75 („[u]like domestic criminal law, it is not necessary to determine the perpetrators' culpability or intentionality in order to establish that the rights enshrined in the Convention have been violated, nor is it essential to identify individually the agents to whom the acts of violation are attributed.“).

⁹⁶ IAGMR, Velásquez-Rodríguez (Fn. 89), para. 132, 134, 135; Godínez-Cruz, (Fn. 89), para. 138, 140, 141.

⁹⁷ CSJ (Fn. 1), para. 124 („[...] a partir del Informe Final de la CVR, puede afirmarse con certeza que las numerosas desapariciones forzadas y ejecuciones arbitrarias perpetradas durante los años mil novecientos noventa – mil novecientos noventa y tres, aquellas atribuidas a agentes del Estado, configuraron una práctica sistemática y generalizada [...]“).

höchsten Positionen des Sicherheitsapparates eingesetzt, sondern verteidigte in amtlicher Funktion ihre Verdienste im Kampf gegen den Terrorismus;¹⁰⁵ (viii) schließlich war es Fujimori, der sich für den Erlass von ermittlungshindernden Gesetzen, wie etwa den genannten Amnestiegesetzen, einsetzte.¹⁰⁶

c) Strafrechtliche Würdigung des Verhaltens Fujimoris als mittelbarer Täter kraft Willensherrschaft in einem organisatorischen Machtapparat

Vor diesem Hintergrund folgte die Kammer, dass auf Grundlage allgemeiner Erfahrungssätze angenommen werden kann, dass Fujimori eine zentrale Rolle bei der Begehung der Verbrechen spielte: Er hatte das höchste Staatsamt inne und verfügte über einen von ihm geschaffenen kriminellen Machtapparat, mit dessen Hilfe er eine Strategie der physischen Eliminierung von angeblichen Terroristen verfolgte; er konzentrierte die Leitung der Geheimdienste in der Person seines engen Beraters Montesinos und wurde von diesem direkt über die Geheimdiensttätigkeiten informiert; er hatte Befehls- und Leitungsgewalt, die nicht nur symbolischer Art war, sondern auch die Ausarbeitung spezifischer Anordnungen beinhaltete.¹⁰⁷ Fujimori sei deshalb als mittelbarer Täter

respuesta desde el Estado, bajo la conducción del SIN, fue un elaborado mecanismo de encubrimiento, que incluyó la negación de las fuentes, el descrédito de los denunciantes, la persecución de los disidentes y, frente a la rotundidad de las evidencias, el acotamiento de la responsabilidad a un sector de los ejecutores materiales, su aislamiento y exclusión de la intervención del conjunto de autores de mayor nivel o jerarquía militar o institucional.“).

¹⁰⁵ Ebd. („El acusado Fujimori no sólo impuso en los cargos más relevantes a personajes de su confianza, sino que, en los casos destacadísimos de Montesinos Torres y Hermoza Ríos, de decisiva intervención superior o calificada en los delitos objeto de juzgamiento, los defendió públicamente ante los cuestionamientos que surgían en su contra.“).

¹⁰⁶ Ebd. („Fue el acusado Fujimori quien promulgó las leyes más cuestionadas, no sólo para consolidar la competencia de la jurisdicción castrense en delitos de lesa humanidad sino para amnistiar a los ejecutores materiales que habían sido condenados[...]“).

¹⁰⁷ Ebd., para. 664 („Ello es así, primero, porque el citado imputado ostentaba el máximo cargo o nivel jerárquico dentro del Estado y que, en un contexto progresivamente autoritario, a partir de lo anterior, decidió constituir un aparato organizado de poder desde el SIN y definir una política específica, en los marcos de la lucha contra la subversión terrorista, para eliminar físicamente a presuntos terroristas; segundo, porque centralizó la inteligencia del Estado en el SIN y en la persona de Montesinos Torres, así como porque integrantes de los servicios secretos fueron los que material o directamente perpetraron los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta, y los secuestros de Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia; tercero, porque Montesinos Torres le rendía cuenta de lo sucedido y, a partir de la extensión de las actividades del SIN y su fortalecimiento institucional, lo mantenía informado

kraft Willensherrschaft aufgrund der Leitung eines organisatorischen Machtapparats strafrechtlich verantwortlich, da die für diese Zurechnungsfigur erforderlichen Voraussetzungen (Bestehen eines Machtapparats, Befehlsgewalt des Hintermanns, Abkehr des Machtapparats von der Rechtsordnung, Ersetzbarkeit und Tatgeneigtheit der Ausführungstäter)¹⁰⁸ erfüllt seien:¹⁰⁹ so habe Fujimori als Präsident nicht nur politische Macht besessen, sondern übe als Oberbefehlshaber der Streitkräfte, der Geheimdienste und der Polizei direkt Befehlsgewalt über die staatlichen Sicherheitsbehörden aus. Er nutzte seine Stellung, um gemeinsam mit anderen hochrangigen Funktionären des Geheimdienstes und der Armee einen Machtapparat zu schaffen und zu leiten, der sich allmählich dadurch von der Rechtsordnung löste, dass er eine Politik der selektiven, aber gezielten Eliminierung von angeblichen Terroristen verfolgte.¹¹⁰ Dabei handelte es sich um einen allmählich voranschreitenden Prozess.¹¹¹ Die Kammer stellt klar, dass es sich bei dem jenseits der Rechtsordnung handelnden organisatorischen Machtapparat nicht um den Staatsapparat in seiner Gesamtheit handeln muss, sondern auch ein Teil davon (etwa die Sicherheitskräfte, die Armee oder der Geheimdienst) ausreiche; der Einsatz staatlicher Sicherheitsbehörden zur systematischen Begehung von schweren Menschenrechtsverletzungen gegen angebliche Terroristen oder politische Gegner genüge für die Annahme einer Abkehr des staatlichen Machtapparats von der Rechtsordnung, da es sich bei diesen Taten dann einerseits nicht um bloße, von der Führungsebene missbilligte Einzelaktionen handele¹¹², und andererseits ein ausreichender Teil des Staatsapparats für kriminelle Absichten missbraucht werde, selbst wenn er nach außen hin unter dem Deckmantel formaler staatlicher Legalität handele.¹¹³ Bei der Fungibilität (fungibilidad) unterschei-

de todo lo ocurrido; y, cuarto, porque sus potestades de mando y dirección no fueron simbólicas, ni mediatizadas por una previa actuación de órganos colectivos, sino efectivas y directas, de suerte que las ejerció cotidianamente: él era el único que, en esas condiciones, podía hacerlo, y lo hizo.“).

¹⁰⁸ Ebd., para. 726-741; zu diesen Kriterien als Voraussetzungen mittelbarer Täterschaft im Fall Fujimori, siehe *Meini*, ZIS 2009, 603 ff.

¹⁰⁹ CSJ (Fn. 1), Parte III, Capítulo II, § 5. La condición de autor mediato del acusado Fujimori Fujimori, para. 745.

¹¹⁰ Ebd., para. 745.

¹¹¹ Ebd., para. 735. („[...] el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico.“).

¹¹² Zu diesem Kriterium siehe auch *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 249.

¹¹³ CSJ (Fn. 1), para. 746 unter Bezugnahme auf *Faraldo Cabana*, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, 2003, S. 234 („[...] puede afirmarse que el aparato organizado de poder, que no es ya el Estado en su conjunto sino una concreta organización estatal (piénsese en las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, en las Fuerzas Armadas, en los servicios de inteligencia) actúa fuera del marco del Ordenamiento Jurídico, requisito necesario, como sabemos, para aplicar la tesis del dominio de la organización.“); siehe auch *Meini*, El dominio de la organización en el Derecho Penal, 2008, S. 47 ff.

det die Kammer zwei Formen: Während negative Fungibilität bedeute, dass im Falle des (eventuellen) Versagens eines Ausführungstäters sofort ein weiterer zur Verfügung steht, sodass die Tatbegehung auf jeden Fall gewährleistet ist,¹¹⁴ beziehe sich die positive Fungibilität auf eine Situation, bei der der Hintermann zuvor zwischen verschiedenen potentiellen Ausführungstätern je nach den Umständen und Anforderungen des konkreten Falls die für die Tat geeignetsten Personen auswählen kann.¹¹⁵ Diese Situation bestand bezüglich der Gruppe Colina, handelte es sich dabei doch um eine kleine, aus etwa 38 Mitgliedern bestehende gut ausgebildete Sondereinheit des Armeegeheimdiensts zur Durchführung geheimdienstlicher Sonderoperationen (sog. *operaciones especiales de inteligencia*); mit ihr wurde gleichsam ein Reservoir fungibler und erhöht tatgeneigter¹¹⁶ Ausführungstäter zur Liquidierung angeblicher Terroristen und politischer Gegner vorgehalten.¹¹⁷ Auf die konkrete Fungibilität kommt es damit nicht mehr entscheidend an.¹¹⁸

¹¹⁴ CSJ (Fn. 1), para. 738 („Esta fungibilidad negativa significa, pues, que una posible abstención de la persona interpuesta para realizar los designios delictivos del plan criminal de la organización que le fueron asignados, no impedirá que aquellos sean materializados. Ello, porque el incumplimiento de la orden por el primer ejecutor determinará, por la propia estructura del aparato de poder, que un segundo ejecutor tome inmediatamente su lugar, no afectándose en nada la concreción de la conducta punible.“).

¹¹⁵ Ebd., para. 738 („[L]a 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.“).

¹¹⁶ Zur erhöhten Tatgeneigtheit als entscheidendes Kriterium wieder *Schroeder*, ZIS 2009, 569 ff. m.w.N.; auch *Roxin*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christan Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 387 (S. 397).

¹¹⁷ Zur Struktur von Colina siehe CSJ (Fn. 1), para. 337; <http://www.agenciaperu.com/investigacion/2001/MAY/COLINA.HTM> (zuletzt besucht am 23.10.2009); Nach Ansicht von *Herzberg*, ZIS 2009, 576 ff. reicht die Größe von Colina und die Zahl der von ihr begangenen Taten nicht aus, um von einem organisatorischen Machtapparat zu sprechen; auch fehle es hinsichtlich konkreter Taten und Opfer trotz des Einsatzes eines Machtapparat an der Garantie des Erfolgseintritts.

¹¹⁸ Vgl. auch *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. Aufl. 2004, S. 597 ff., 615; *ders.* (Fn. 70), § 7 Rn. 26, wonach Fungibilität nicht rein empirisch (naturalistisch) verstanden werden kann und (damit) das gelegentliche Fehlen konkreter Fungibilität kein grundsätzliches Hindernis für die Tatherrschaft des Hintermanns darstellt; siehe nun auch *Osiel*, Making Sense of Mass Atrocity, 2009, S. 102 („In assessing the superior misconduct, the capacity to switch subordinates between positions may not be the most relevant type of control, [...]“). *Pariona*, ZIS 2009, 609 ff. hält die Fungibilität sowie die erhöhte Tatgeneigtheit nicht für Voraussetzungen (*presupuestos*), sondern nur Erscheinungs-

d) Die Abgrenzung zu anderen strafrechtlichen Beteiligungsformen

Die Kammer lehnt die Anwendung der Figur der Vorgesetztenverantwortlichkeit ab, da es sich dabei um eine Unterlassungsverantwortlichkeit handele,¹¹⁹ Fujimori aber aktiv die Schaffung des besagten organisatorischen Machtapparats betrieben und diesen mit Blick auf die konkrete Verbrechensbegehung geleitet habe.¹²⁰ Die Kammer setzt sich allerdings in diesem Zusammenhang nicht mit der gerade in der deutschen Strafrechtswissenschaft vertretenen Ansicht auseinander, wonach dem Regierungschef als Amtsträger eine Sonderverantwortlichkeit (Garantenstellung) zukomme, aufgrund derer er die Bevölkerung vor der Begehung von Verbrechen durch den staatlichen Machtapparat zu schützen habe, weshalb die (aktive oder passive) Nichterfüllung dieser (Sonder-) Pflicht seine täterschaftliche Verantwortlichkeit begründen könne.¹²¹

Hinsichtlich der Zurechnungsform der Mittäterschaft verweist die Kammer auf das von *Roxin* vorgebrachte Argument, dass es zwischen dem unmittelbaren (Ausführungs-) Täter und dem hochrangigen Führungstäter, der den organisatorischen Machtapparat kontrolliere, an einem gemeinsam vereinbarten Tatplan und dem arbeitsteiligen Zusammenwirken i.S. der erforderlichen Horizontalität fehle.¹²² Stattdessen

merkmale (*características*) der Organisationsherrschaft. Für eine Relativierung der Fungibilität nun auch der IstGH: „Attributes of the organisation – other than the replaceability of subordinates – may also enable automatic compliance with the senior authority’s orders. An alternative means by which a leader secures automatic compliance via his control of the apparatus may be through intensive, strict, and violent training regimes.“ (Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, Decision on the Confirmation of Charges, 30.9.2008 (ICC-01/04-01/07-717), para. 518; Herv. d. Verf.). Ausdrücklich anders *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 326 ff.; *ders.*, ZStW 112 (2000), 526 ff.

¹¹⁹ CSJ (Fn. 1), para. 743 („[...] la Responsabilidad del Superior es interpretada por la doctrina, y regulada en el Derecho Penal Internacional, como un comportamiento omisivo.“).

¹²⁰ Ebd., para. 744 („[...] la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados [...], en esencia, siempre será un comportamiento de comisión pero que se traslada desde la dación de la orden por el nivel estratégico superior hacia la ejecución concreta de la misma por la persona interpuesta.“).

¹²¹ Dezidiert zum Fall Fujimori siehe *Jakobs*, ZIS 2009, 572 ff.; allg. *Murmann*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, § 25 Rn. 28; zur normativen Korrektur eines rein naturalistisch verstandenen Fungibilitätskriteriums durch Rückgriff auf die Struktur der Pflichtdelikte auch *Ambos* (Fn. 118), S. 599 ff.; eher ablehnend aber *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, S. 54 mit Fn. 165 („Ob eine solche Konstruktion im Rahmen der Organisationsherrschaft notwendig ist, erscheint mir zweifelhaft.“).

¹²² CSJ (Fn. 1), para. 726 („[La] expresión [„asignación de roles“] resulta más ideográfica que aquellas que usa comúnmente la doctrina penal contemporánea para explicar la rela-

erteile der Führungstäter, im Sinne einer vertikalen Struktur, Befehle, die auf unterster Ebene vom Ausführungstäter vollstreckt werden. Die Organisationsspitze des Machtapparats könne dabei darauf vertrauen, dass aufgrund des selbständigen Funktionierens des Machtapparates und der Tatbereitschaft des unmittelbaren Täters die Tat begangen werde.¹²³ Schließlich lehnt die Kammer auch die Annahme einer Anstiftung ab, da diese Fujimoris Rolle als Zentralfigur des Machtapparats verkenne.¹²⁴

VI. Fazit

Das Urteil gegen Alberto Fujimori kann aus mehreren Gründen als historisch bezeichnet werden. Mit Fujimori wurde zum ersten Mal ein ehemaliger Präsident zur Aburteilung schwerer Menschenrechtsverletzungen an sein Heimatland ausgeliefert, dort wurde ihm ein fairer Prozess gemacht. Was die Begründung persönlicher Verantwortlichkeit Fujimoris angeht, so bestätigt das Urteil – erneut¹²⁵ – die Leistungsfä-

ción entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones. Es más, tales referencias podrían confundir la autoría mediata con supuestos de coautoría.“) unter Verweis auf *Roxin*, Problemas Actuales de Dogmática Penal, 2004, S. 234; dagegen nimmt *Jakobs*, ZIS 2009, 572 ff. an, dass auch in solchen Fällen von einem arbeitsteiligen Zusammenwirken und einem gemeinsamen Tatentschluss gesprochen werden kann, so dass die Annahme von Mittäterschaft die rechtliche Gleichheit der Beteiligten und ihr gegenseitiges aufeinander Angewiesen- sein besser trifft.

¹²³ CSJ (Fn. 1), para. 726 („El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el ‚mecanismo funcional del aparato‘, esto es, su ‚automatismo‘ o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo. En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato.“).

¹²⁴ CSJ (Fn. 1), para. 720 („Es importante destacar que en torno a esta modalidad de autoría mediata, subsisten algunas posiciones discrepantes entre los autores nacionales y extranjeros que la confunden con supuestos de coautoría, instigación o complicidad, pese a no darse en ella la horizontalidad, o la relación directa o periférica que caracteriza a aquéllas.“); krit. insoweit *Herzberg*, ZIS 2009, 576 ff.

¹²⁵ Neben den bekannten Fällen des Verfahrens gegen die argentinische Militärjunta (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital 9.12.1985, Fallos CSJ, Bd. 309-I/II, 33 sowie CSJ 30.12.1986, Fallos CSJ, Bd. 309-II, 1689) und die DDR-Funkionseliten (BGHSt 40, 218) ist die Organisationsherrschaftslehre auch schon zweimal in Peru, nämlich gegen den SL-Führer Abimael Guzman (Sentencia de la Sala Penal Nacional, Primera Instancia, Exp. Acumulado N°. 560-03, 13.10.2006, zugänglich unter: <http://www.icj.org/IMG/GuzmanDecision.pdf>; Segunda Sala Penal Transitoria de la CSJ, Sentencia de Segunda Instancia, Recurso de Nulidad No. 5385-2006, 14.12.2007, zugänglich unter: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/>

higkeit der Organisationsherrschaftslehre in Fällen makro-krimineller Verantwortlichkeit von Führungstätern. Es stellt eine geradezu exemplarische Anwendung dieser Lehre auf einen organisatorischen Machtapparat, einen Geheimdienst, als Teil des Staatsapparats, gleichsam als Staat im Staate dar. Es zeigt die Überlegenheit dieser Lehre gegenüber der Vorgesetztenverantwortlichkeit und dem „gemeinsamen kriminellen Unternehmen“ (joint criminal enterprise) als konkurrierenden Formen individueller Verantwortlichkeit auf völkerstrafrechtlicher Ebene.¹²⁶ Es macht deutlich, dass die Anerkennung mittelbarer Täterschaft in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut und die (kombinierte) Anwendung der Tatherrschaftslehre zur Begründung mittäterschaftlicher oder mittelbarer täterschaftlicher (organisationsherrschaftlicher) Verantwortlichkeit durch die Vorverfahrenskammern des Internationalen Strafgerichtshofs¹²⁷ Zustimmung verdient. Denn die bekannten Probleme der Organisationsherrschaftslehre, die auch in dieser Sonderausgabe noch einmal dezidiert in Erinnerung gerufen worden sind,¹²⁸ ändern nichts an ihrem einzigartigen Verdienst, die Verantwortlichkeit von Führungstätern in Fällen makrokriminellen Systemunrechts plastisch sichtbar zu machen und den Unrechts- und Schuldgehalt ihres Verhaltens angemessen zu erfassen.

[j_20080616_33.pdf](#), beide zuletzt besucht am 28.9.2009) und den Oberbefehlshaber des Generalstabs der Streitkräfte unter der Fujimori-Regierung (Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Penal Especial, Exp. No. 03-2003-1° SPE/CSJLI, 8.8.2008, zugänglich unter: http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/SENTENCIA_CANTUTA_SPE_CSJLIMA_100408.pdf (zuletzt besucht am 2.11.2009) angewendet worden.

¹²⁶ Vgl. zum internationalen Diskussionsstand *Olásolo* (Fn. 84); *Ambos*, Command responsibility and Organisationsherrschaft: ways of attributing international crimes to the „most responsible“, in: Nollkaemper/van der Wilt (Hrsg.), System criminality in international law, 2009, S. 127-157 mit zahlreichen Nachweisen.

¹²⁷ Vgl. Prosecutor v. Lubanga, Decision on the confirmation of charges, 29.1.2007 (ICC-01/04-01/06-803), para. 330 ff. (Anerkennung Tatherrschaftslehre als „control over the crime“), 342 ff. (funktionelle Tatherrschaft [„joint control over the crime“] bei Mittäterschaft); Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo (Fn. 118), para. 480 ff. (Anerkennung Tatherrschaftslehre als „control of the crime approach“), 490 ff. (Mittäterschaft [„co-perpetration“] und mittelbarer Täterschaft [„indirect perpetration“]), para. 495 ff. (mittelbare Täterschaft kraft eines organisatorischen Machtapparats); Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision pursuant to article 61 (7) (a) and (b) on the charges against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15.6.2009 (ICC 01/05-01/08), para. 348 (Anerkennung funktioneller Tatherrschaft); zu dieser Entscheidung *Ambos*, Leiden Journal of International Law 22 (2009), 715 ff.

¹²⁸ Vgl. aus deutscher Perspektive insbesondere die Beiträge von *Jakobs* und *Herzberg* und aus peruanischer Perspektive die von *García* und *Meini*.

Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru

Von Prof. Dr. Dr. h. c. mult. **Claus Roxin** (em.), München

I. Es handelt sich um ein Urteil von historischer Bedeutung. Denn selten nur wird ein gestürztes Staatsoberhaupt wegen Straftaten, die es während seiner Amtszeit begangen hat, strafrechtlich zur Verantwortung gezogen. Noch seltener aber ist es, dass, wenn dies doch einmal geschieht, mit ihm nicht – um ein geflügeltes Wort zu gebrauchen – „kurzer Prozess“ gemacht wird, sondern dass die Hintergründe der Taten in geradezu monographischer Form umfassend aufgearbeitet und juristisch beurteilt werden.

Die Darlegungen des Gerichts haben durchaus wissenschaftlichen Rang. Dabei ist besonders anzuerkennen, dass die Behandlung der Täterschaftsfragen, auf die sich die vorliegende Übersetzung beschränkt, nicht nur die einheimische, sondern in weitem Umfang auch die internationale Literatur heranzieht. So werden z.B. meine Arbeiten zur Organisationsherrschaft seit meiner Antrittsvorlesung von 1963, die diesem Thema gewidmet war, umfassend ausgewertet. Aber auch andere Ansätze zur Begründung einer mittelbaren Täterschaft, wie sie sich in der deutschen Literatur z.B. bei *Fr.-Chr. Schroeder* und *Manfred Heinrich* finden, werden in die Beurteilung einbezogen und zusammen mit den Stellungnahmen anderer Autoren zum Gegenstand selbständiger wissenschaftlicher Erörterung gemacht.

Es handelt sich hier um ein geglücktes Beispiel für die von mir befürwortete und betriebene „internationale Strafrechtsdogmatik“ – der Ausdruck stammt von meinem Schüler *Schünemann* –, die keine Rechtsvergleichung alten Stils betreibt, sondern für Fallkonstellationen, die in jedem Lande auftreten können, übernational gültige Regeln zu entwerfen versucht. Im vorliegenden Fall war dem peruanischen Gericht die Heranziehung der deutschen Wissenschaft dadurch erleichtert, dass das StGB beider Staaten die mittelbare Täterschaft als Tatbegehung „durch einen anderen“ (= por medio de otro) ausdrücklich anerkennt.¹

Der nachfolgende kurze Kommentar beschränkt sich auf die rechtliche Beurteilung der Täterschaftsprobleme durch die Entscheidung. Die tatsächlichen Hintergründe des Falls, also die Beziehungen zwischen Fujimori, seinem Geheimdienst und dem Sonderkommando Colina, werden in dieser Ausgabe von *Ambos* näher dargestellt;² sie werden hier vorausgesetzt. Auch die vom Gericht auf zahlreiche Indizien gestützte Annahme, dass die Fujimori vorgeworfenen Verbrechen auf ihn zurückgehen, kann hier nicht kritisch überprüft, sondern muss der Darstellung zugrunde gelegt werden. Sie erscheint jedoch als plausibel.

II. Die Entscheidung stützt sich auf die letzte Fassung der von mir entwickelten Lehre von der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. In meiner jüngsten Abhandlung zum Thema³ hatte ich „vier Faktoren“ genannt, auf die sich die Tatherrschaft der Hintermänner in deliktischen Or-

ganisationen zurückführen lässt:⁴ die Anordnungsgewalt der Befehlsgeber, die Rechtsgelöstheit des ihnen zu Gebote stehenden Machtapparates, die Fungibilität der unmittelbar Ausführenden und die wesentlich erhöhte Tatbereitschaft der Vollstrecker. Genau diese vier Voraussetzungen stellt auch der peruanische Gerichtshof an die Spitze seiner Erörterungen zur mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft,⁵ bejaht nach kritischer Überprüfung ihre sachliche Berechtigung und sieht sie im gegebenen Fall als erfüllt an.

Der Gerichtshof präsentiert auch diese Voraussetzungen nicht als Produkt eigener Rechtserkenntnis, sondern führt sie unter Schilderung der internationalen Rezeption auf meine Arbeiten zurück: „Es war der deutsche Jurist Claus Roxin, der ab 1963 begann, die theoretischen Grundlagen einer neuen Form der mittelbaren Täterschaft zu schaffen, die er ‚mittelbare Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten‘ nannte.“⁶

Der Oberste Gerichtshof Perus befindet sich, indem er meine Thesen aufnimmt, insofern in guter Gesellschaft, als auch die internationalen strafrechtlichen Tribunale in zunehmendem Maße die Tatherrschaftslehre und vor allem die für ihre Rechtsprechung besonders wichtige Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft rezipiert haben. Dem Internationalen Strafgerichtshof ist das dadurch erleichtert worden, dass § 25 Abs. 3 lit. a seines Statuts nicht nur die mittelbare Täterschaft als Tatbegehung durch einen anderen („through another person“) anerkennt, sondern ausdrücklich hinzufügt: „regardless of whether that other person is criminally responsible“. Hier wird also die Möglichkeit eines Täters hinter dem (verantwortlichen) Täter, die in Deutschland teilweise bestritten wird, schon gesetzlich festgeschrieben.

Die Entwicklung der internationalen strafgerichtlichen Rechtsprechung kann hier nicht im Einzelnen verfolgt werden. Es sei nur beispielsweise hingewiesen auf die Katanga-Entscheidung des Internationalen Strafgerichtshofs vom 30. September 2008, wo es heißt:⁷ „A concept has developed in the legal doctrine that acknowledges the possibility that the person who acts through another may be individually criminally responsible, regardless of whether the executor (the direct perpetrator) is also responsible. This doctrine is based on the early works of Claus Roxin [...]“⁸ Das gipfelt einige Seiten später in einem wörtlichen Zitat aus meinem Buch über „Täterschaft und Tatherrschaft“.⁹ Das Gericht folgt der darin ausgesprochenen These: Bei der Organisationsherrschaft mangle es nicht „an der Freiheit und Verantwortlich-

¹ Art. 23 peruanisches StGB, § 25 Abs. 1 deutsches StGB.

² *Ambos*, ZIS 2009, 552 ff.

³ In der „Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht“ (ZStrR) 125 (2007), 1.

⁴ *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (12).

⁵ Teil II, Kapitel II, Rn. 727 des Urteils; ZIS 2009, 622 (633).

⁶ Wie Fn. 5, Rn. 723; ZIS 2009, 622 (628).

⁷ No. ICC-01/04 – 01/07, 167, 226.

⁸ Das Gericht weist hier auf meinen ersten Aufsatz zum Thema in: GA 1963, 193-207, hin.

⁹ 1.-8. Aufl., 1963-2006, S. 245. Ich zitiere hier das deutsche Original, während die in Bezug genommene Entscheidung eine englische Übersetzung bringt.

keit des unmittelbar Ausführenden, der als schuldhaft-eigenhändiger Täter zu bestrafen ist. Aber diese Umstände sind für die Herrschaft des Hintermannes irrelevant, weil von seiner Warte aus der Handelnde sich nicht als freie und verantwortliche Einzelperson, sondern als anonyme, austauschbare Figur darstellt. Der Ausführende ist, so wenig an seiner Handlungsherrschaft gerüttelt werden kann, doch gleichzeitig nur ein in jedem Augenblick ersetzbares Rädchen im Getriebe des Machtapparates, und diese doppelte Perspektive rückt den Hintermann neben ihm ins Zentrum des Geschehens.“

III. Die internationale Karriere der von mir entwickelten Rechtsfigur ist erstaunlich. Sie ist es besonders auch deshalb, weil diese Lehre in Deutschland nach anfänglich breiter Zustimmung und nach ihrer – ihren Anwendungsbereich freilich überdehnenden – Übernahme durch den Bundesgerichtshof¹⁰ trotz weiterhin überwiegender Anerkennung auch eine Reihe von teilweise hartnäckigen Gegnern gefunden hat.¹¹ Es ist hier nicht der Ort, sich im Detail mit den einzelnen Autoren auseinanderzusetzen, die denjenigen, der an den Schalthebeln der Macht sitzt und den ihm zur Verfügung stehenden organisatorischen Apparat zur Begehung von Verbrechen benutzt, als Mittäter oder Anstifter statt als mittelbaren Täter beurteilen. Ich habe zu diesen abweichenden Ansichten schon bei anderen Gelegenheiten ablehnend Stellung genommen.¹² Der Oberste Gerichtshof Perus behandelt diese Meinungen nur beiläufig und eher abschätzig, indem er auf „einige abweichende Positionen internationaler und ausländischer Autoren“ hinweist, die die Organisationsherrschaft „mit den Formen der Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe verwechseln“.¹³

Wenn sich diese Auffassungen international nicht durchgesetzt haben, so hat das seine Ursache vermutlich darin, dass die Tätigkeit dessen, der einen Machtapparat dirigieren kann und zur Begehung von Straftaten einsetzt, den juristischen Erfordernissen und auch den sprachgebrauchsentsprechenden Vorstellungen von Mittäterschaft und Anstiftung – von der Beihilfe ganz zu schweigen – so wenig entspricht, dass die Verwerfung solcher Ansichten nahezu auf einem Evidenzurteil beruht. Das wird auch ohne Einzelkritik schon in knappen Formulierungen schlagend deutlich.

Für die Annahme einer Mittäterschaft fehlen sämtliche gemeinhin anerkannten Voraussetzungen dieser Beteiligungsform. Es liegt weder ein gemeinsamer Tatentschluss noch eine gemeinsame Tatausführung vor. Es fehlt auch völlig die horizontale Struktur der Mittäterschaft, d.h. die gleichrangige

Qualität arbeitsteilig geleisteter Beiträge. Derjenige, der an den Schalthebeln des Apparates Anweisungen gibt und der die Tat später Ausführende haben meist keinen persönlichen Kontakt, ja kennen einander in der Regel nicht einmal. Dem Bild einer „gemeinschaftlichen Begehung“, das § 25 Abs. 2 StGB voraussetzt, entspricht das in keiner Weise.

Entsprechendes gilt für die Anstiftung. Der Anstifter muss die Entscheidung über die Tatbegehung dem Täter überlassen, der Inhaber der Organisationsherrschaft muss dies gerade nicht. Der Anstifter muss sich einen individuell bestimmbaren Täter suchen, der im Rahmen einer deliktischen Organisation Anordnende muss auch dies nicht, sondern kann sich auf quasi automatische Abläufe verlassen. Der Anstifter bleibt eine Randfigur der Tatbegehung, dessen Tatbeitrag nur wegen seiner tatauflösenden Qualität und mit zweifelhafter Berechtigung derselben Strafe wie der des Täters unterworfen wird. Der Organisationslenker ist demgegenüber eine Zentralgestalt des Geschehens, wie dies der volkstümliche Begriff des Schreibtischtäters anschaulich zum Ausdruck bringt. (Niemand würde von einem Schreibtisch-Anstifter sprechen.)

Der einzige Grund für die von einigen Autoren propagierte Ablehnung einer mittelbaren Täterschaft ist doktrinäer Art. Die „begriffliche“ Möglichkeit eines „Täters hinter dem (verantwortlichen) Täter“ wird bestritten, weil, wenn der Ausführende die Tat in zurechenbarer Weise beherrscht, einem Hintermann nicht ebenfalls die Tatherrschaft zugesprochen werden könne. Das ist aber falsch, weil es verschiedene Formen von Tatherrschaft gibt, die durchaus neben- und hintereinander bestehen können. Die Herrschaft, die in der eigenhändigen Ausführung durch den Handelnden liegt, schließt die Herrschaft, die durch die Steuerung des Apparates vermittelt wird, nicht aus. Die Annahme, dass es nur eine Erscheinungsform von Tatherrschaft gebe, ebnet die deutlich gemachten Sachunterschiede bei der Deliktsbeteiligung ein und verfehlt das Ziel einer differenzierenden, den realen Gegebenheiten gerecht werdenden juristischen Begriffsbildung.

Die Annahme einer „vertikalen“, hintereinander gestaffelten Täterschaft sowohl des Anordnenden wie des Ausführenden entspricht in vollem Umfang der Funktionsweise derartiger Staatsdelinquenz: Ohne die Leute an der Spitze des Apparates wären die Verbrechen nicht möglich. Sie wären aber auch nicht möglich, wenn nicht die Staatsspitzen willige Exekutoren fänden, die sich als Schergen zur Verfügung stellen. Die Anordnenden und die Ausführenden sind gleichermaßen zentrale Faktoren bei der erfolgreichen Durchführung von Systemverbrechen.

Nach der weitgehenden internationalen Durchsetzung der Rechtsfigur der Organisationsherrschaft, zu der die vorliegende Entscheidung Wesentliches beiträgt, darf man annehmen, dass die Zahl ihrer Gegner allmählich abbröckeln wird. Dafür spricht auch, dass vier Dissertationen, die sich dem Thema bisher gewidmet haben, die Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft anerkennen.¹⁴

¹⁰ BGHSt 40, 218. Zur Überdehnung vgl. unten S. 568.

¹¹ Nähere Nachweise bringt die 8. Aufl. 2006, meines Buches über „Täterschaft und Tatherrschaft“, S. 704 ff.

¹² Aus den letzten zehn Jahren: *Roxin*, in: Samson u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 549; *ders.*, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 52; *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, S. 46 ff.; *ders.*, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 385; *ders.*, ZStrR 125 (2007), 1.

¹³ Wie Fn. 5, S. 627.

¹⁴ *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei voll verantwortlich handelndem Werkzeug, 2000; *Schlösser*, Soziale Tatherr-

Der Umstand, dass die jüngste und umfassendste dieser Arbeiten von einem Griechen stammt, unterstreicht einmal mehr die internationale Bedeutung der Problematik.

IV. Das peruanische Gericht prüft die vier Kriterien, die es in Übereinstimmung mit meiner Lehre als Voraussetzungen der Organisationsherrschaft ansieht, nacheinander, indem es sich auch mit kritischen Stimmen in der peruanischen und der ausländischen Literatur auseinandersetzt. Das, was das Gericht zu den ersten drei Merkmalen – Anordnungsgewalt der Hintermänner, Rechtsgelöstheit des Machtapparates und Fungibilität des unmittelbar Ausführenden – sagt, verdient im Wesentlichen Zustimmung. Diesen Ausführungen ist wenig hinzuzufügen. Sie bereichern aber durch manche ergänzende Darlegung die Diskussion. So unterscheidet das Gericht¹⁵ z.B. zwischen negativer und positiver Fungibilität: Die negative Fungibilität, die „dem klassischen Konzept“ *Roxins* entspreche, bedeute, dass der Ausfall eines für die Vollstreckung des Befehls ursprünglich vorgesehenen dessen Durchsetzung nicht hindere, während die positive Fungibilität das Vorhandensein mehrerer potentieller Täter und die Möglichkeit zur Auswahl des Bestgeeigneten ergebe.

Als umstritten behandelt das Gericht die vierte Voraussetzung, die ich als „wesentlich erhöhte Tatbereitschaft der Ausführenden“¹⁶ unter teilweise Anschluss an *Fr.-Chr. Schroeder*,¹⁷ *Manfred Heinrich*¹⁸ und die Dissertationen von *Schlösser* und *Urban*¹⁹ in den letzten Jahren den ursprünglichen drei Kriterien hinzugefügt habe. Das Gericht hebt diese Besonderheit eigens hervor:²⁰ „Die drei bisher untersuchten Voraussetzungen: Befehlsgewalt, Abkehr vom Recht und Fungibilität, bildeten lange Zeit die drei Grundpfeiler, auf die Roxin seine Lehre von der mittelbaren Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten stützte. Wie bereits jedoch zuvor erwähnt wurde, hat dieser Autor in seinen letzten Untersuchungen die Aufnahme und Berücksichtigung einer vierten Voraussetzung, der sogenannten erheblich erhöhten Tatneigung des Tatvollstreckers, in die Betrachtung einbezogen.“

Das Gericht betont, es sei bisher über diese Voraussetzung keine Einigkeit erreicht worden, erkennt sie aber doch an, indem es betont,²¹ „dass der Vollstreckter, der die Straftat aus einer hierarchischen Machtstruktur staatlicher Art oder

Ursprungs, aber losgelöst vom Recht, begeht, mit einer anderen Motivation handelt als jener Täter, der an der Begehung irgendeiner Straftat beteiligt ist“. Es dürften nur „die Fungibilität und die erhöhte Tatbereitschaft nicht als sich gegenseitig ausschließende oder gar inkompatible Voraussetzungen angesehen werden“²².

Ich stimme dem zu, meine aber nach erneuter Überlegung, dass es zwar richtig ist, die „erheblich erhöhte Tatbereitschaft des Ausführenden“ zur Begründung der mittelbaren Täterschaft im Rahmen organisatorischer Machtapparate heranzuziehen, dass es sich hier aber nicht um eine selbständige Voraussetzung handelt, sondern dass sie aus den anderen Erfordernissen der Organisationsherrschaft abzuleiten ist.

Es waren sehr verschiedene und vielfältige Gründe, die ich für die wesentlich erhöhte Tatbereitschaft des Ausführenden im Rahmen deliktischer Organisationen geltend gemacht hatte.²³ Es ist zunächst die hierarchische Organisation, die schon als solche eine Anpassungstendenz hervorzurufen geeignet ist. Es ist sodann die „Anordnungsgewalt“ der Hintermänner, die zwar nicht den Grad einer Nötigung erreicht, sich ihr aber ein Stück weit annähert: Der willige Vollstreckter wird nicht selten im Weigerungsfall den Verlust seiner Stellung, die Missachtung seiner Kollegen oder andere soziale Nachteile fürchten und dadurch zu erhöhter Tatbereitschaft gedrängt werden. Weiterhin kann die „Rechtsgelöstheit“ des Apparates die Tatbereitschaft erhöhen, indem der Ausführende seinem Karrierestreben, seinem Geltungsbedürfnis, ideologischer Verblendung oder gar sadistischen oder sonst kriminellen Motiven nachgibt in der Annahme, er werde nicht strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden. Und schließlich kann selbst die Fungibilität des Einzelnen zur Tatbereitschaft führen, indem jemand, der von sich aus solche Taten nie begehen würde, doch mitmacht, weil er sich sagt: „Wenn ich es nicht mache, tut es sowieso ein anderer.“

Es handelt sich also bei der „wesentlich erhöhten Tatbereitschaft“ um ein Phänomen, das zwar von den drei „Grundpfeilern“ der Organisationsherrschaft – Anordnungsgewalt, Rechtsgelöstheit, Fungibilität – getragen wird, das aber die Begründung für eine Bejahung der Tatherrschaft des Hintermannes verstärkt. Denn die Herrschaft des Hintermannes hängt von der Sicherheit ab, mit der sie ihre Anordnung durchsetzen können. Diese aber wächst beträchtlich an, wenn sie auf Grund der organisationsspezifischen Bedingungen mit einer erheblich erhöhten Tatbereitschaft des Ausführenden rechnen können.

V. Am Ende seiner Ausführungen zur Beteiligungslehre grenzt das Gericht – in weitgehendem Anschluss an *Ambos* – die Organisationsherrschaft in verdienstvoller Weise von der sog. Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht ab.²⁴ Diese beruht nicht auf der Tatherrschaft des Vorgesetzten, sondern darauf, dass er es pflichtwidrig unterlässt, Straftaten seiner Untergebenen zu verhindern. Die strikte Unterscheidung bei den Zurechnungsformen lässt sich, wie das Gericht zutreffend bemerkt, auch im Rom-Statut für den Internationa-

schaft, 2004; *Urban*, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, 2004; *Morozinis*, Dogmatik der Organisationsdelikte – eine kritische Darstellung der täterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht usw., 2009. Die letztgenannte, von *Schünemann* betreute Dissertation befindet sich bei Abfassung dieses Aufsatzes noch im Promotionsverfahren.

¹⁵ Wie Fn. 5, Rn. 738; ZIS 2009, 622 (645 f.).

¹⁶ *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (15).

¹⁷ *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 150.

¹⁸ *Heinrich*, Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002, S. 271 ff., 273.

¹⁹ Wie Fn. 14.

²⁰ Wie Fn. 5, Rn. 740; ZIS 2009, 622 (648).

²¹ Wie Fn. 5 Rn. 741; ZIS 2009, 622 (649).

²² Wie Fn. 5, Rn. 739 unter 4.; ZIS 2009, 622 (648).

²³ Zuletzt in ZStrR 125 (2007), 1 (16).

²⁴ Wie Fn. 5, § 4 Rn. 742 ff.; ZIS 2009, 622 (650 ff.).

len Strafgerichtshof von 1998 feststellen. Der schon erwähnte Art. 25 Abs. 3 lit. a des Statuts lässt sich als Anerkennung der Organisationsherrschaft deuten, während die Vorgesetztenverantwortlichkeit in Art. 28 des Statuts eine selbständige Regelung gefunden hat.

Dies bedarf deshalb für den deutschen Leser besonderer Betonung, weil der Bundesgerichtshof die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft auch auf Vorgesetzte in Wirtschaftsunternehmen anwendet, die Angestellte zu Straftaten veranlassen oder an deren Begehung nicht hindern.²⁵ Dabei handelt es sich aber nicht um Fälle der Organisationsherrschaft, sondern um Konstellationen, die der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht vergleichbar sind. Man kann sie als „Geschäftsherrenhaftung“ im Sinne einer Verantwortlichkeit für fremdes Verhalten verstehen und als selbständige Form täterschaftlicher Zurechnung an die Vorschriften über unmittelbare Täterschaft, Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft anschließen. Es gibt dazu schon verschiedene Gesetzesvorschläge,²⁶ u.a. in Art. 13 des Entwurfs eines Corpus Juris zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union. Aber mit der Organisationsherrschaft hat das alles nichts zu tun. Das peruanische Urteil verdient also Anerkennung dafür, dass es auf die Unterschiedlichkeit von Organisationsherrschaft und Vorgesetztenverantwortlichkeit deutlich hingewiesen hat.

VI. Die historische Bedeutung der vorliegenden Entscheidung, von der ich anfangs sprach, hat einen politischen und einen strafrechtsdogmatischen Aspekt.

Es zeigt in politischer Hinsicht, dass es gelingen kann, die Straftaten eines gestürzten Diktators in einem rechtsstaatlich einwandfreien Prozess – unter Verzicht auf die barbarische Todesstrafe – aufzuarbeiten. Da nicht häufig so verfahren wird, wird man dem Urteil eine beispielgebende Funktion zusprechen dürfen.

Es zeigt aber auch die Fruchtbarkeit einer internationalen Strafrechtsdogmatik, die Rechtsprechung und Wissenschaft des eigenen Landes umfassend auswertet, aber unter sorgfältiger Berücksichtigung auch der ausländischen Literatur Erkenntnisse gewinnt, die über das eigene Land hinaus international konsensfähig sind. Auch in dieser Hinsicht hat die Entscheidung vorbildhaften Charakter.

²⁵ Vgl. dazu nur meine Ausführungen in ZStrR 125 (2007), 1 (17 ff.).

²⁶ Dazu und zu weiteren Vorschlägen *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (21 ff.).

Tatbereitschaft gegen Fungibilität

Von Prof. Dr. Dr. h.c. **Friedrich-Christian Schroeder**, Regensburg

Natürlich erfüllt es einen Wissenschaftler mit Freude und Stolz, wenn seine Auffassung von dem obersten Gericht eines fremden Staates herangezogen wird. In ungewöhnlich deutlicher Weise weist das Gericht auf das Erfordernis einer erhöhten Tatbereitschaft des Ausführenden bei der Organisationsherrschaft und meine Urhebererschaft daran hin (Nr. 739, 740). Ich möchte mir daher erlauben, in meinem Kommentar vornehmlich auf dieses Merkmal einzugehen.

I. In meiner Dissertation „Der Täter hinter dem Täter“ von 1965 hatte ich den berühmten Dohna-Fall (A erfährt, dass B einen Anschlag auf C vorhat, und schickt seinen Feind D an den vorgesehenen Ort, wo er von B infolge eines error in persona erschossen wird) auf den entscheidenden Grund für die Täterschaft des A hin durchgeprüft und ihn nicht in der Hervorrufung des Irrtums (so *Roxin* mit seiner vagen „Täuschung über den konkreten Handlungssinn“¹) und nicht in der täuschenden Veranlassung des D zur Selbstgefährdung, sondern in der Ausnutzung des bereits feststehenden Entschlusses des A zur Tat für den eigenen Zweck gesehen. Hier werde die Verwirklichung des Tatentschlusses nur noch ausgelöst, ein Einsatzzeichen gegeben. Dies gelte auch für das Sich-zu-allem-Bereiterklären, die jederzeitige Tatbereitschaft. Die Erklärung „Führer befiehlt, wir folgen dir!“ gebe dem so Angesprochenen Machtmittel in die Hand, die ihn bei der Ausnutzung als Täter des Befohlenen erscheinen ließen. Es fehle die für die Anstiftung übliche Erfolgsunsicherheit². Das Kriterium der Benutzung eines Tatentschlusses bzw. Tatbereiten hielt ich auch für die Erfassung der Täterschaft von Führungspersonal von Organisationen für besser geeignet als *Roxins* Merkmal der Fungibilität der Ausführenden bei der „Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate“³. Dagegen hatte ich die langwierige Mühe der Einarbeitung der erforderlichen Spezialisten, ihre häufige Unersetzbarkeit und das typische langsame Hineinwachsen in derartige Organisationen eingewendet. Die Fungibilität ermögliche nur die Beschaffung von jederzeit tatbereiten Werkzeugen, sie sei daher nur ein Mittel zur Erlangung der Tatherrschaft, aber nicht deren tragender Grund. Auch bei der Tatverwirklichung durch Benutzung von Organisationsapparaten sei das wesentliche Merkmal die Benutzung der Tatentschlusses, der Tatbereitschaft der Ausführenden, die nur noch „eingesetzt“ zu werden bräuchten⁴.

Diese Auffassung sah sich zunächst – gemeinsam mit der Konzeption *Roxins* – grundsätzlichen Einwänden gegen den

„Täter hinter dem Täter“ ausgesetzt.⁵ Im Übrigen hatte es meine Dissertation naturgemäß schwer, sich gegen *Roxins* Habilitation durchzusetzen, zumal sie in zahlreichen Auflagen mit einer sofortigen Zurückweisung entgegengesetzter Auffassungen verbreitet wurde. *Schmidhäuser* anerkannte sowohl meine Benutzung eines Tatentschlusses als auch *Roxins* „Freigabe von Opfern an“ fungible Untergebene, bei denen er jedoch wiederum die von mir zu Grunde gelegte „Tatentschlussesheit“ erwähnte.⁶ *Baumann* pflichtete mir in der Ablehnung der Maßgeblichkeit der Fungibilität bei.⁷ Kritisiert wurden Einzelpunkte und damit jedoch nicht der Kern der Sache getroffen. Nach *Roxin* leuchte nicht ein, dass das Minus der Ausnutzung der Tatbereitschaft die Anstiftung zur Täterschaft machen solle⁸; es bestehe kein Anlass, Geheimdienste, die von unersetzbaren Spezialisten abhängig seien, generell als mittelbare Täter anzusehen⁹. *Spendel* meinte, die Lenkung des Tatentschlusses auf eine konkrete Person könne keine mittelbare Täterschaft sein, da auch die Anstiftung eine konkrete Betrachtungsweise erfordere.¹⁰ *Jakobs* lehnte eine „überlegene Zuständigkeit“ ab.¹¹ *Herzberg* schloss aus der von mir für die Fälle der Ausnutzung einer Tatbereitschaft abgelehnten typischen Erfolgsunsicherheit des Anstifters, ich wolle den bloßen „Grad der Erfolgssicherheit“ über die Täterschaft entscheiden lassen.¹² *Bloy* hielt ihr eine „normativ fundierte Berechtigung zum Vertrauen darauf, dass sich der omnimodo facturus doch im letzten Augenblick noch eines Besseren besinnen werde“ entgegen.¹³

II. Dies änderte sich ganz unerwartet – fast 30 Jahre später (!) – mit den Strafurteilen gegen das Führungspersonal der DDR wegen der Tötungen an der Grenze und der Wahlfälschungen. In dem Urteil gegen Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR (BGHSt 40, 218) erwähnte der BGH das nach *Roxin* entscheidende Kriterium, nämlich die Fungibilität der Ausführenden, bei der Begründung der mittelbaren Täterschaft (Abschnitt B. I. 1. b) bb) und cc) mit keinem Wort und stellte statt dessen auf die „Ausnutzung der

¹ Zur Kritik *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 146 und *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 700 ff. selbst.

² S. 145 ff., 152.

³ *Roxin*, GA 1963, 193 und *ders.*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl. 1963, S. 242 ff.

⁴ S. 168.

⁵ *Jescheck*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1972, S. 495 f.; *Samson*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, 1975, § 25 Rn. 36.

⁶ *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 1970, 14/64, 14/65, 2. Aufl. 1975, 14/59, 14/50. Im „Studienbuch“, 2. Aufl. 1984, erklärte er allerdings, dass er „die neue Terminologie, die auf die vorgegebene Fungibilität abstelle, nun doch vorziehe“ (10/95). Allerdings auch: „fungible Untergebene, die ihrer Tatbereitschaft freien Lauf lassen konnten“.

⁷ *Baumann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1966, S. 452 ff.

⁸ *Roxin*, ZStW 78 (1966), 222 (228).

⁹ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Aufl. 1967, S. 623.

¹⁰ *Spendel*, in: Warda u.a. (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 147 (S. 170).

¹¹ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 1983, 21/102.

¹² *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 48.

¹³ *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 363.

unbedingten Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen“ ab (BGHSt 40, 218 [236]). Wenn der BGH weiter ausführt: „Der Hintermann hat in Fällen der hier zu entscheidenden Art auch den umfassenden Willen zur Tatherrschaft, wenn er weiß, dass die vom Tatmittler noch zu treffende, aber durch die Rahmenbedingungen vorgegebene Entscheidung gegen das Recht kein Hindernis bei der Verwirklichung des von ihm gewollten Erfolgs darstellt“ (BGHSt 40, 218 [237]), so nimmt er hiermit das von mir genannte Kriterium des Fehlens der für den Anstifter typischen Erfolgsunsicherheit auf. Schließlich zitiert der BGH noch die von mir wiedergegebene Äußerung des Urteils des Bezirksgerichts Jerusalem, wonach häufig die Verantwortlichkeit mit größerem Abstand zum Tatort nicht ab-, sondern zunimmt. Die Formulierung von der „Ausnutzung der unbedingten Bereitschaft des Täters zum Gehorsam“ fand sich auch in den Urteilen gegen den Ersten Sekretär der SED-Bezirksleitung Dresden Modrow wegen der Veranlassung von Wahlfälschungen (BGHSt 40, 307 [316]) und gegen Mitglieder des Politbüros des Zentralkomitees der SED (BGHSt 45, 270 [296]).

Bei der Interpretation dieser Urteile setzte sich das Ringen zwischen den beiden Auffassungen fort. Dabei wurde oft nicht zwischen der Anerkennung der Organisationsherrschaft schlechthin und dem Kriterium der Fungibilität unterschieden. Natürlich erkannte der BGH die von *Roxin* entworfene Figur der Organisationsherrschaft als solche an. Im Übrigen ging es aber um die Auseinandersetzung zwischen der Fungibilität und der Ausnutzung der Tatbereitschaft. Insofern konnte ich die Urteile als volle Zustimmung zu meiner Auffassung verbuchen.¹⁴ Auch *Urban* stellt fest, dass „sich der BGH entgegen *Roxin* nicht auf die Rechtsgelöstheit eines Machtapparates und die Fungibilität der Ausführenden berief, sondern auf deren unbedingte Tatbereitschaft, und sich damit inhaltlich stark an die Konzeption *Schroeders* anlehnte“.¹⁵ Dagegen versuchte *Roxin*, dem Urteil BGHSt 40, 218 die Anerkennung der Fungibilität als Wesensmerkmal zu unterschieben, und bestritt, dass die unbedingte Tatbereitschaft dem Veranlasser die Tatherrschaft vermittele.¹⁶ Wenn er darauf hinwies, dass die Annahme eines Erbietens eine Anstiftung und keine mittelbare Täterschaft sei, andernfalls es des § 30 Abs. 2 StGB nicht bedurft hätte, so lässt sich diese Vorschrift auch ohne weiteres als Klarstellung auffassen, dass hier keine versuchte Anstiftung, sondern versuchte Täterschaft vorliegt. Im Übrigen komme es auf die unbedingte Tatbereitschaft gar nicht an; das Besondere der Organisationsherrschaft liege gerade in dem Funktionieren unabhängig vom Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der unbedingten Tatbereitschaft beim einzelnen.¹⁷ *Rotsch* wollte die Zugrundelegung der Fungibilität durch den BGH – neben der der Ausnutzung der unbedingten Tatbereitschaft – aus der

Verwendung der Formulierung „nahezu automatischer Erfolgseintritt“ und einer weiteren scharfsinnigen Textanalyse ermitteln; der BGH habe zwei sich widersprechende Ansichten vermengt.¹⁸ *Schünemann* schloss die Anerkennung auch der Fungibilität aus dem Hinweis auf die „regelhaften Abläufe“.¹⁹ Schon vorher hatte *Schünemann* die mittelbare Täterschaft als Typus i.S.d. neueren Rechtstheorie charakterisiert, bei dem die schwache Ausprägung eines Merkmals durch die besonders starke eines anderen kompensiert werden könne, so dass *Roxins* Merkmal der Fungibilität und *meines* der Tatentschlossenheit des Vordermannes sich nicht widersprechen und nicht inkommensurabel seien.²⁰

2002 erklärte *Roxins* Schüler *Manfred Heinrich* in seiner Habilitationsschrift mit dem seltsam widerwilligen Zusatz „in (allerdings deutlich einschränkender, letztlich eher ablehnender) Anlehnung an *Schroeder*“ eine „organisationstypische Tatgeneigtheit“ für maßgeblich.²¹ Diese Formulierung wurde von *Roxin* mit meiner Formulierung zur „organisationsspezifischen Tatbereitschaft“ verbunden und sprachlich eindrucksvoller gemacht. Auch hier mit Sinn für die „Rahmenbedingungen“ wählte er die Festschrift zu meinem 70. Geburtstag zum Ort, um – 41 Jahre nach dem Beginn unserer Kontroverse – die Maßgeblichkeit der Tatbereitschaft anzuerkennen. Sie müsse zu den bisherigen Kriterien der Fungibilität und der Rechtsgelöstheit hinzutreten;²² sie müsse allerdings, was bei mir und *Heinrich* „kaum“ geschehe, in sein Konzept integriert werden.²³ Neuerdings spricht *Roxin* von der „wesentlich erhöhten Tatbereitschaft“ des Ausführenden.²⁴

So sehr mich diese Geste der Anerkennung meiner Auffassung zu meinem 70. Geburtstag berührt hat, so kann ich mich mit ihr doch nicht zufrieden geben. Nach wie vor halte ich die Fungibilität nicht für das Wesensmerkmal der Begehung von Straftaten mithilfe organisatorischer Machtapparate. Außerdem schränkt sie die mittelbare Täterschaft zu stark ein. Sie ist schon für die letzten Glieder der Kette fraglich, fehlt aber besonders häufig beim zweiten Glied und den weiteren Zwischengliedern. Dies zeigt sich gerade im vorliegenden Fall. Das Urteil führt aus, dass Fujimori die Spitzen des Militärs, der Geheimdienste und der Polizei mit Vertrauensleuten besetzt hat. Vertrauensleute sind aber kaum fungibel.

Im Übrigen erläuterte zur gleichen Zeit der Bundesrichter *Nack*, der an der Entscheidung BGHSt 40, 218 mitgewirkt

¹⁴ *Schroeder*, JR 1995, 177.

¹⁵ *Urban*, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, 2004, S. 129.

¹⁶ *Roxin*, JZ 1995, 49.

¹⁷ Ebenso *Roxin*, in: Samson u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 549 (S. 551).

¹⁸ *Rotsch*, NStZ 1998, 491 (492); *ders.*, ZStW 112 (2000), 518 (540, dort allerdings: „inhaltlicher Anschluss“ an *Roxin*). Zust. *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, 2000, S. 77.

¹⁹ *Schünemann*, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 401 (S. 407).

²⁰ *Schünemann*, in: Canaris u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, S. 621 (S. 629 f.).

²¹ *Heinrich*, Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002, S. 274.

²² *Roxin*, in: Hoyer u.a. (Fn. 19), S. 387 (S. 397 f.).

²³ *Roxin* (Fn. 1), S. 207.

²⁴ *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (17).

hatte, in einem Jubiläumsheft von GA zu *Roxins* 75. Geburtstag, der BGH habe, da das Kriterium der Fungibilität oft nicht passe, bewusst eine weitere Definition der mittelbaren Täterschaft gewählt als *Roxin*.²⁵

In der Interpretation dieser Äußerung zeigt sich ein weiteres Mal die grundsätzliche Kontroverse. *Roxin* lässt bei ihrer Wiedergabe den Gegenstand dieser Erweiterung, die Fungibilität, weg und konzentriert sich auf die Einbeziehung weisungsgemäßen Handelns.²⁶ *Rotsch* erklärt, dass er unter dem Eindruck dieser Stellungnahme nicht mehr seine frühere Auffassung aufrechterhalten könne, der BGH habe sich in BGHSt 40, 218 *allein Roxin* angeschlossen.²⁷ Nach meiner Interpretation bedeutet die Äußerung von *Nack* nichts anderes, als dass die Fungibilität der Ausführenden nicht mehr maßgeblich, also weder hinreichend noch erforderlich sein sollte. Die weitere Ausdehnung auf die bloße Steuerung mittels Weisungen²⁸ kann hier nicht näher diskutiert werden, zumal sie nicht auf meiner Formulierung beruht.

III. In Peru haben sich meiner Auffassung von der alleinigen Maßgeblichkeit der Tatbereitschaft die Nationale Strafammer in der Entscheidung der Sache Guzmán Reynoso vom 13.10.2006²⁹ sowie in der Literatur *Pariona Arana*³⁰ und *Meini Méndez*³¹ angeschlossen; *Faralda Cabana* steht ihr nahe, wenn sie darauf hinweist, dass für die Fungibilität zur Befehlsausführung bereite Personen existieren müssen.³² Als kumulative Voraussetzung erkennt die Tatbereitschaft immerhin *Fernández Ibáñez* an.³³ Man kann nur mit Bewunderung feststellen, wie sorgfältig die deutsche Diskussion in der peruanischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung verfolgt wird.

Die Sonderkammer des Obersten Strafgerichtshofs hat im vorliegenden Urteil immerhin beide Elemente, d.h. die Fungibilität und die Tatbereitschaft, für erforderlich gehalten und bejaht. Sie hat vier Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft mittels organisatorischer Machtapparate ermittelt und diese in zwei Gruppen, Rahmenbedingungen mit objektivem und subjektivem Charakter, eingeteilt (Nr. 728). Unter den letzteren finden sich sowohl die Fungibilität als auch die Tatbereitschaft. Das Gericht bezeichnet diese Auffassung als „integrierend“ (Nr. 739 Ziff. 4). Wenn das Urteil meint, dass hinsichtlich der Bedingtheit oder Unbedingtheit des Tatent-

schlusses bzw. der Tatbereitschaft bisher keine Einigkeit erzielt worden sei (Nr. 741), so darf ich darauf hinweisen, dass ich klargestellt habe, dass mit der „Bedingtheit“ lediglich die Auslösung des ansonsten bereits feststehenden Tatentschlusses gemeint war.³⁴ Interessant wäre es gewesen, wenn die beiden Kriterien ihre Tauglichkeit an Hand der Subsumtion im konkreten Fall hätten unter Beweis stellen müssen. Leider fallen die diesbezüglichen Ausführungen des Gerichts gegenüber seiner hervorragenden dogmatischen Ableitung etwas mager aus (Nr. 745).

²⁵ *Nack*, GA 2006, 342.

²⁶ *Roxin*, ZStR 125 (2007), 1 (17).

²⁷ *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 374. Dies kann sich nur auf die Anerkennung der Organisationsherrschaft schlechthin beziehen.

²⁸ BGHSt 40, 257; BGH NStZ 1997, 544; eingehend *Rotsch* (Fn. 27), S. 321 ff.

²⁹ <http://www.gacetajuridica.com.pe>.

³⁰ *Arana*, La doctrina de la „disposición al hecho“, 2008, S. 42; *ders.*, Autoría mediata por organización, 2009, S. 54 f.

³¹ *Méndez*, El dominio de la organización en Derecho Penal, 2008, S. 64 f.

³² *Cabana*, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, 2003, S. 230.

³³ *Ibáñez*, La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, 2006, S. 236.

³⁴ *Schroeder*, JR 1995, 177 (179). S. auch *Roxin* (Fn. 22), S. 388.

Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Günther Jakobs**, Bonn

I. Fujimori als organisierender Jedermann

1. Organisation durch einen Machtapparat

Das Hohe Gericht konzentriert seine Ausführungen zur Täterschaft Fujimoris auf dessen Beiträge als (Mit-)Organisator der Verbrechen und kommt deshalb nicht an dem intrikaten Problem vorbei, wann eine im *Vorfeld* eines Verbrechens agierende Person als dessen *Täter* behandelt werden kann und muss. Das Gericht folgt der Lehre *Roxins*, wonach auch derjenige Täter, und zwar mittelbarer Täter, ist, der seinerseits einen rechtsgelösten Machtapparat beherrscht, von dessen Mitgliedern der Tatbestand des Verbrechens verwirklicht wird. Es besteht kein Grund, das Gericht wegen dieser Ausführungen zu schelten: Ist diese Lehre doch vor mittlerweile mehr als 45 Jahren entwickelt¹ und seitdem nicht nur intensiv diskutiert², sondern auch in einer zur strafrechtlichen Haftung politischer Spitzen grundlegenden Entscheidung vom Bundesgerichtshof rezipiert worden,³ mit anderen Worten, sie ist einigermaßen sturmerprobt! Das Gericht bewegt sich also auf deutlich vorgezeichneten und auch in seinem Land bekannten Bahnen,⁴ was bei der anstehenden *Cause célèbre* eine allemal angemessene Vorgehensweise sein dürfte: Die dogmatische Einkleidung wird nicht *ad hoc* für Fujimori zurechtgeschneidert, vielmehr steckt das Gericht ihn in die Konfektionsware, die bereits von den Organisatoren nationalsozialistischer und kommunistischer Gewalttaten zu tragen war.

Freilich passten die Kleider bereits den verbrecherischen Vorläufern Fujimoris, die mit ihren Namen zu nennen ein unerträglicher Ekel hindert, nicht sonderlich gut; denn diese Verbrecher beherrschten keine Werkzeuge in Menschengestalt, sondern arbeiteten mit zwar korrupten, aber verantwortlichen Personen zusammen – so korrupt, wie sie es selbst waren, und allenfalls *quantitativ* weniger verantwortlich. Auch Fujimori herrschte nicht über verantwortungslos Agierende, über Werkzeuge, sondern machte sich mit verantwortlichen Verbrechern gemein, so wie diese sich mit ihm als einem verantwortlichen Verbrecher gemein machten. Es handelt sich bei Fujimori und den vergleichbaren Gestalten, was ihre Organisationen angeht, um *intellektuelle Urheber*, wie sie ehemals in der Dogmatik bestens bekannt waren,⁵ moderner gesprochen, um weit vor der Tatbestandsverwirkli-

chung agierende täterschaftlich, genauer: mittäterschaftlich oder doch zumindest tätergleich als Anstifter Beteiligte.

Roxin sieht in den Organisatoren der Verbrechen *mehr* als bloße intellektuelle Urheber, auch *mehr* als *irgendwie* übergeordnete Urheber, vielmehr Beherrscher „rechtsgelöste[r] Apparate“,⁶ und gründet darauf seine Annahme einer mittelbaren Täterschaft. Folgender Gedankengang verleiht der Lösung *prima facie* Plausibilität: Auch in (rechtlich oder faktisch) hierarchisch gegliederten Organisationen kann die Anordnung von Verbrechen (rechtlich oder faktisch) untergebener Organisationsangehöriger zu akzessorischer Beteiligung führen; wenn aber eine Gegenwelt zur rechtlich verfassten Welt einigermaßen stabil etabliert worden ist, so dass es – psychologisierend gesehen – auf die Rechtmäßigkeit des Angeordneten für den Ausführenden überhaupt nicht mehr ankommt, wird die faktische Hemmungslosigkeit des Ausführenden zum funktionalen Äquivalent für den Zurechnungsdefekt eines Werkzeugs:⁷ Rechtswidriges wird leichthin ausgeführt, als sei es rechtmäßig. Diese Äquivalenz ist, stellt man allein auf die faktische Lage ab, nicht zu bezweifeln, aber eben auch nur bei *dieser* Sicht: *Faktisch* kann stets eine Person, die tatbereit gestimmt werden kann, den Weg über das Werkzeug einer mittelbaren Täterschaft ersetzen,⁸ aber dieser psychologisierend bestimmten Lage fehlt *per se* die rechtliche Bedeutung; denn rechtliche Tatmacht setzt zwar faktischen Einfluss voraus, spiegelt diesen aber nicht nur wider, sondern stellt auf die *Verantwortung* für die Machtlage ab.⁹

⁶ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft (Fn. 1), S. 249 ff. – Dazu kritisch *Schild*, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994, S. 22 f.; *Ambos*, GA 1998, 226 (241).

⁷ Zu *Roxins* weiterer Anknüpfung an die Austauschbarkeit der Ausführenden (wie Fn. 6) siehe *Jakobs*, NStZ 1995, 26.

⁸ Und wer bereits tatbereit gestimmt ist, soll deshalb nach *Schroeder* (Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 143 ff.) einen weiteren Täter „hinter“ sich zulassen. – Zutreffend gegen die Dominanz des Faktischen *Herzberg*, in: *Amelung* (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 33 (S. 45 ff., 47 f.).

⁹ *Ambos/Grammer*, in: *Vormbaum* (Hrsg.), Jahrbuch für juristische Zeitgeschichte, Bd. 4 (2002/3), 2003, S. 529 ff., 534, erkennen, dass die faktische Dynamik nicht allein maßgeblich sein kann, und wollen sie durch eine „verantwortungsorientierte Grundwertung“ der Berücksichtigung „der Höhe der Befehlsstufe“ „normativ korrigier[en]“. Diese Ansicht wechselt treffend vom *faktischen* Maß der Beeinflussbarkeit Untergebener zum *rechtlichen* Maß der Zuständigkeit Vorgesetzter. Damit wird freilich der Tatherrschaftsgedanke zugunsten der Berücksichtigung des *rechtlichen* Status verlassen (statt um ein Organisations- oder Herrschaftsdelikt geht es um ein Pflichtdelikt, dazu unten II.), – Eine *faktisch* „hohe“ Stellung, etwa die faktische Befehlsmacht eines anerkannten Pop-Stars oder auch eines Bandenchefs ohne *rechtlichen* Status ist irrelevant, da sie *per se* keine Verbindlichkeit für das Verhalten der faktisch Gehorsamen begründet. Mit

¹ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Auflage 1963, S. 242 ff.; *ders.*, GA 1963, 193.

² Eingehende Nachweise bei *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 105 ff.

³ BGHSt 40, 232 (236 ff.).

⁴ Siehe die Angaben im Urteil Nr. 720 ff.

⁵ Siehe nur *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Auflage 1832, §§ 44, 113; *Berner*, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1847 (Nachdruck 1996), S. 269 ff.; dazu *Ebrahim-Nesbat*, Die Herausbildung der strafrechtlichen Teilnahmeformen im 19. Jahrhundert, 2006, S. 125 ff. und allgemein zur intellektuellen Urheberschaft passim.

Die in einem organisatorischen Machtapparat Ausführenden sind, weil sie ihrerseits verantwortlich handeln, eben keine Werkzeuge, und demgemäß ist der Anordnende kein mittelbarer Täter, weil er – wie ein sonst Beteiligter – wegen der Verantwortlichkeit der Ausführenden nicht rechtlich „durchgreifen“ (über die Verwirklichung des Tatbestands als letzter verantwortlich entscheiden) kann.

2. Gemeinsame Organisation

Mit der Ablehnung mittelbarer Täterschaft ist freilich Mittäterschaft nicht schon begründet, und gegen diese wird einiges vorgebracht, hauptsächlich, es fehle dem intellektuellen Urheber die Herrschaft über die Tatausführung (über die Tatbestandsverwirklichung). Schaut man sich diese Ausführungsherrschaft genauer an, so ist es allerdings auch in klaren Fällen der Mittäterschaft um sie nicht sonderlich gut bestellt: In der Regel liegt sie vollumfänglich beim Kollektiv der Ausführenden und beim einzelnen Mittäter nur zu einem Bruchteil. Da jeder Mittäter aber nicht nur für einen Bruchteil einzustehen hat, sondern für die ganze Ausführung, muss ihm das nicht eigenhändig Verwirklichte dergestalt zugerechnet werden, dass sein Teilbeitrag ihn für das *Gesamtwerk* mit zuständig macht: Es geht um Akzessorietät, nicht anders als bei der Teilnahme, und damit wird die ganze „Abgrenzerei“ von Täterschaft und Teilnahme zu einer Unterteilung von Quantitäten.¹⁰ Wenn aber um Akzessorietät nicht herumzukommen ist, fehlt jeder Grund, die Mitwirkung speziell bei der Tatbestandsverwirklichung herauszustreichen; Mittäterschaft kann dann vielmehr auch völlig akzessorisch begründet werden, mit anderen Worten, der intellektuelle Urheber kann zum Mittäter der physischen Urheber werden, und zwar keineswegs nur bei der Benutzung organisatorischer Machtapparate!

Man sollte auch nicht übersehen, dass der akzessorisch Beteiligte in der Ausführung weiterwirkt, wenn auch nicht durch eigene Hand: Er hat, wenn er überhaupt beteiligt ist, die Gestalt der Ausführung mehr oder weniger stark präformiert, und die Ausführenden führen, indem sie sich darauf einlassen, nicht nur für sich, sondern auch für akzessorisch Beteiligte aus.¹¹ Benutzt der Ausführende präformierte Muster, so trägt – bei guten wie bei bösen Werken – die Tat nicht nur *seine* „Handschrift“, sondern eben auch diejenige des Musterproduzenten. Das heißt nicht, der Ausführende habe nicht für die ganze Tat einzustehen: Die Aktivierung des Musters ist *sein* Werk, aber ein aktivierbares Muster geliefert zu haben, ist das Werk des Beteiligten.

Weiterhin wird in Fällen der hier anstehenden Art, also unter anderem im Fall Fujimori, gegen eine Mittäterschafts-

anderen Worten, ob und was eine wirklich *rechtsgelöste* Organisation an Zurechnung präformiert, entscheidet das *Recht*, nicht aber die Logik rechtsgelöster Organisationen.

¹⁰ Tendenziell schon *Feuerbach* (Fn. 5), §§ 113 ff. – Was soll auch sonst gesucht werden, wenn nicht Unrechtsmengen als Basis für Schuldmenen als Basis für Strafmengen?

¹¹ *Jakobs*, in: *Dölling* u.a. (Hrsg.), *Jus humanum*, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 561 (S. 566 ff.).

lösung vorgebracht, es fehle an einem gemeinsamen Tatentschluss.¹² Nun ist keineswegs ausgemacht, die Sequenz „X soll von einem Untergebenen getötet werden“ hin zu „X wird weisungsgemäß getötet“ reiche als gemeinsamer Tatentschluss nicht hin: Es geht ja nicht um Herzenseinigkeit, sondern um Arbeitsteilung! Diese kann sogar rein objektiv stattfinden, ohne dass der Geförderte weiß, ob und gegebenenfalls durch wen er gefördert wird. Beispielhaft, wenn während der Tatausführung oder vor dieser (!) jemand dafür sorgt, dass das Opfer am Tatort bleibt, was freilich der zuletzt Agierende überhaupt nicht als Leistung einer anderen Person registriert, vielmehr für eine „glückliche“ Fügung der Natur hält, so beteiligt sich der Besorgende – eventuell, bei hinreichender Quantität seiner Sorge, sogar mittäterschaftlich – nicht weniger als beim Hinzutritt einer entsprechenden Verabredung. Es kommt einzig darauf an, welche soziale Bedeutung ein Beitrag hat, und diese Bedeutung kann auch ohne gemeinsamen Tatentschluss lauten, die Ausführung möge unternommen werden und gelingen.¹³ Welches Geschäft die Schergen Fujimoris bei ihrem Ausführungsverhalten zu führen meinten, ist also gleichgültig, soweit nur Fujimoris Beitrag der Sinn beizulegen ist, es möge zum Ausführungsverhalten kommen.

3. Zwischenergebnis

Wer einen Beitrag mit dem objektiven Sinn leistet, er möge deliktisch fortgeführt werden, beteiligt sich an dieser Fortführung, und wer an einen solchen Beitrag anknüpft (an das Muster oder Teilmuster einer Verbrechensgestalt), führt den Beitrag fort, auch wenn er ihn als natürlich zustande gekommen einschätzen sollte. Das benennt freilich nur die Extreme: Im Fall Fujimori war diesem schon klar, dass verantwortliche Personen an seinen Befehl anknüpfen würden, und den Exekutierenden war nicht minder klar, dass ein Vorgesetzter ihr Tun befohlen hatte, und beides zusammen lässt sich, wie zuvor ausgeführt wurde, noch als gemeinsamer Tatentschluss deuten (der freilich nicht zwingend erforderlich ist).

Die skizzierte Lösung – Fujimori als Mittäter seiner Schergen und im aktuellen Fall vice versa – bietet den gewaltigen Vorteil, die rechtliche Gleichheit der Beteiligten bei ihren Organisationen herauszustellen und nicht bei der Dynamik des Faktischen stehen zu bleiben. Die „auswechselbaren Rädchen“ im „organisatorischen Machtapparat“ sind rechtlich gesehen verantwortliche Personen, die sich mit

¹² *Roxin* (Fn. 2), § 25 Rn. 121.

¹³ Dazu *Derksen*, GA 1993, 163; *Lesch*, ZStW 105 (1993), 271 – Meine Reduktion des gemeinsamen Tatentschlusses auf einen Einpassungsentschluss (*Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/41 ff.) weist in die richtige Richtung, bewegt sich aber nicht weit genug: Beteiligung ist ein Bereich der objektiven Zurechnung als der Lehre vom unerlaubten Verhalten. – Dass sich durch objektive Zurechnung keine Gemeinsamkeit herstellen lasse, „wie (sie) ... das Gesetz verlangt“ (*Roxin*, in: *Samson* u.a. [Hrsg.], Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 549 ff. (S. 553); *Ambos/Grammer* [Fn. 9], S. 533), geht von der nicht begründbaren Annahme aus, das Gesetz stelle auf Subjektivismen ab.

Fujimori objektiv gemein machten, so wie es dieser mit ihnen hielt.¹⁴ Die Großen sind groß nicht ohne die Kleinen – die Rede von der mittelbaren Täterschaft durch Benutzung eines organisatorischen Machtapparates verschleierte dieses *objektive* gegenseitige Angewiesensein bei Organisationsdelikten.

II. Fujimori als Amtsträger

Fujimori war nicht nur und nicht einmal hauptsächlich Bandenchef, der mit Bandenmitgliedern Verbrechen *organisierte*, sondern er besaß – im Gegensatz zu einer rechtsextern und in diesem Sinne privat begründeten Hierarchie – einen besonderen *rechtlichen* Status: Er war Staats- und Regierungschef (sowie Oberbefehlshaber der Streitkräfte) und in diesen Stellungen als Garant verpflichtet, für umfassende Rechtllichkeit aller Staatshandlungen zu sorgen (was er mutmaßlich bei seiner Inauguration auch gelobt hatte). Wenn Fujimori die in Rede stehenden Taten nicht mit organisiert, aber sehr wohl wissend geduldet hätte, so hätte er schon dadurch die Pflichten seines Amtes verletzt¹⁵ und zwar – die Pflichten trafen ihn höchstpersönlich – mangels irgendeiner Möglichkeit gleichwertiger Beteiligung anderer an *dieser* Pflichtverletzung *täterschaftlich*.

Nun hat Fujimori mehr getan, als die Taten „nur“ geduldet; er hat diese auch noch mit organisiert, und diese Organisation ist in dem vom Amt bestrichenen Bereich für den Amtsträger ein Amtshandeln, keine Privatsache. Man darf sich also nicht vorstellen, zur Privatperson „Fujimori“, wie sie zuvor (unter I.) behandelt wurde („rechtsgelöste Machtapparate“ können schließlich keine *rechtlichen* Ämter generieren), trete nunmehr ergänzend die Amtsperson, vielmehr ist es die Amtsperson, die dem gesamten Geschehen das rechtliche Gepräge gibt und dem Organisieren seine rechtliche Selbstständigkeit raubt, indem sie dieses als Bestandteil in das Amtshandeln aufnimmt. – Das Organisieren verliert so seine Eigenständigkeit (wie das Recht an einem wesentlicher Bestandteil einer Sache dem Recht an der Sache folgt, § 93 BGB): Der Status Fujimoris lässt Organisieren einzig als Amtshandeln zu.¹⁶ Das entspricht dem neueren Verständnis, wonach Amtsträgerschaft eine Privattat nicht additiv qualifi-

ziert (unechtes Amtsdelikt), sondern ganz und gar zur „Amtstat“ wandelt (echtes Amtsdelikt).¹⁷ Dass diese „Amtstat“ im Gesetz (mutmaßlich auch in demjenigen Perus) nicht gesondert formuliert wird, verschlägt nichts; der Gesetzgeber packt in seiner Neigung zur Vereinfachung alle pflichtwidrigen Tötungen unter die §§ 211 ff., 13, 25 ff. StGB, ohne durch dieses Kleben am Phänotyp („es wird getötet“) an der Unterschiedlichkeit der jeweils verletzten Pflichten etwas ändern zu können. Der gemeinsame Nenner heißt „Pflichtverletzung“, aber darunter verbergen sich unterschiedliche normative Welten: die Verletzung von Pflichten, nicht zu schädigen, und von solchen, das Wohl zu besorgen, also die Verletzung negativer sowie positiver Pflichten.

Damit wird nicht etwa ein fremder Gedanke in das Gesetz hineingetragen; positive Pflichten sind von einem Teil der Garantenstellungen her (etwa derjenigen der Eltern) längst bekannt, auch die Vorgesetztenhaftung (§ 357 StGB) ist eine ihrer Ausprägungen, und das von *Roxin* entwickelte Pflichtdelikt beruht auf der Besonderheit positiver Pflichten.¹⁸ – Fujimori hat also nicht nur irgendwie verbrecherisch *organisiert* – als Mittäter oder nach anderer Ansicht als mittelbarer Täter durch die Benutzung eines organisatorischen Machtapparates –, sondern er hat *als positiv Verpflichteter*, als Inhaber eines besonderen Status, verbrochen, und das wiegt mehr: *Fujimori ist nicht nur ein kapitaler Fall eines verbrecherischen Jedermann, sondern ein verbrecherischer Staats- und Regierungschef.*

III. Resümee

Was ist überhaupt geleistet, wenn ein Beteiligter als Täter identifiziert worden ist? Zunächst zu den Organisations- oder Herrschaftsdelikten: Täterschaft ist hier strafrechtliche Zuständigkeit ersten (quantitativ höchsten) Grades. Man muss diese Zuständigkeit nicht mit nur einem einzigen *Namen* belegen; vielmehr mag man, wie das geltende Recht, auch eine Anstiftung kennen, die volle Zuständigkeit begründet (§ 26 StGB), oder wie die Dogmatik in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts neben der physischen eine intellektuelle Urheberschaft (die mit einer zutreffend eng verstandenen Anstiftung¹⁹ identisch ist). An dieser quantifizierenden Sicht ändert sich auch dann nichts, wenn man (zutreffend!) darauf beharrt, Unrecht sei nur die *Tatausführung*, diese verstanden als *Tatbestandsverwirklichung*; denn dass diese Ausführung *eigenhändig* zu vollziehen sei, ist damit nicht ausgemacht und lässt sich auch nicht ausmachen, sofern man bereit ist, sich vom Phänotypischen zu lösen, und das heißt hier: vom

¹⁴ Die Verantwortlichkeit oder Nicht-Verantwortlichkeit werden in BGHSt 43, 219 (232) mittels einer nicht näher begründeten „wertenden Betrachtung“ gleichgeschaltet (um eine *rechtliche* Wertung kann es bei dieser Pauschalierung kaum gegangen sein).

¹⁵ Das Urteil geht darauf ein (Nr. 742 ff.), die Ausführungen bleiben freilich einigermaßen isoliert. Entgegen dem Urteil (Nr. 743) und einer verbreiteten Meinung, wird die Amtspflicht zwar auch, aber nicht nur bei einem Unterlassen verletzt: Dass die *tätige* Zerstörung der Bedingungen eines anvertrauten Wohls auch eine, und zwar die krasseste, Form der Enttäuschung des Vertrauens ist, für das Wohl werde pflichtgemäß gesorgt werden, sollte nicht zweifelhaft sein.

¹⁶ Wenn die rechtlich umfassendere Einheit aus irgendwelchen Gründen als Zurechnungsgegenstand ausscheiden sollte – etwa weil der Amtsinhaber die Amtlichkeit nicht erkennen konnte –, kann der Bestandteil wieder selbstständig gewertet werden, eben als Organisationsdelikt.

¹⁷ So zuerst *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999, S. 195 ff., und passim mit umfassender Begründung. – Die Lösung führt bei Beteiligung an der Amtstat zur Anwendung von § 28 Abs. 1 StGB. Kennt der Beteiligte die Amtseigenschaft nicht, haftet er für Beteiligung am Organisationsdelikt (siehe die vorhergehende Fn.).

¹⁸ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft (Fn. 1), S. 352 ff.; *Jakobs* (Fn. 13), 7/60 f., 21/115 ff., und öfter; jetzt grundlegend *Sánchez-Vera* (Fn. 17).

¹⁹ *Jakobs* (Fn. 13), 22/21 f.

Einzel Täterparadigma. Die Ausführung „gehört“ jeder Person, die einen Beitrag geleistet hat, dessen Sinn darin liegt, bis zur Ausführung weitergeleitet zu werden, und der dann auch weitergeleitet wird.

Bei der Verletzung positiver Pflichten, also bei Pflichtdelikten, gelten andere Regeln: Täter ist hier – das Vorliegen sonstiger Täterschaftsvoraussetzungen unterstellt – jeder besonders Verpflichtete, der nicht seinem Status gemäß für das Wohl anderer sorgt, und eine irreversible Pflichtverletzung ist bereits Beginn der Ausführung (Pflichtdelikte kennen für den Pflichten keine Akzessorietät).

Organisationsdelikte, Herrschaftsdelikte, sind Angriffe gegen den Organisationskreis einer Person von außen, Pflichtdelikte hingegen verfälschen die Binnenstruktur des Wohls einer Person; mit anderen Worten, erstere begehen Personen als an sich von der Person des Opfers getrennte Institutionen (deshalb: Verletzung *negativer* Pflichten [Nicht verletzen!]), letztere als an sich verbundene (deshalb: Verletzung *positiver* Pflichten [Das Wohl besorgen!]). Fujimori hat durch sein Verhalten, sei es (wie hier) ein Tun, sei es ein Unterlassen, diese positive Verbindung zerstört; schon allein *das* macht ihn zum Täter der von ihm initiierten (oder auch nur geduldeten) Verbrechen. Die Rechtsfiguren „Mittäterschaft“ oder „Benutzung eines rechtsgelösten organisatorischen Machtapparates“ sind zur Beurteilung seines Verhaltens nicht erforderlich, mehr noch, lenken von seinen Amtspflichtverletzungen ab, sind also nicht einmal hilfreich.

Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates

Von Prof. Dr. Rolf D. Herzberg, Bochum

Die Sonderstrafkammer des Obersten Gerichtshofs in Peru beurteilt Verbrechen, insbesondere Tötungen, die Angehörige des geheimdienstlichen Sonderkommandos Colina begangen haben. Sie macht den Ex-Präsidenten für sämtliche Straftaten verantwortlich, weil die Täter – so die Beweiswürdigung – auf seinen Befehl und in dessen Rahmen gehandelt hätten. Er sei aber nicht etwa Anstifter, sondern – als Inhaber der Staatsmacht und oberster Befehlshaber – mittelbarer Täter. Dass auch die Ausführenden selbst verantwortliche Täter seien, schließe die mittelbare Täterschaft des Angeklagten nicht aus. Sie folge aus Tatherrschaft in der Form der „Organisationsherrschaft“, aus der Beherrschung der fremden Taten durch einen „organisatorischen Machtapparat“, der dem Befehlsgeber die Sicherheit des Erfolges verschafft habe.

Was die Frage der Beteiligungsform betrifft, gewinnt das 708 Seiten lange Urteil seinen erstaunlichen dogmatischen Tiefgang dadurch, dass es Roxins Lehre auf das Ausführlichste wiedergibt und sie sich vollständig zu Eigen macht. Dies freilich auch ohne Kritik und ohne neue Argumente. Was an ihr problematisch ist, wird darum nur insoweit sichtbar, wie Roxins Beiträge es sichtbar machen.

I. So zahlreich diese sind, enthalten sie doch keine einleuchtende Antwort auf die Frage, was es in den umstrittenen Fällen eigentlich mit der Anstiftung auf sich hat. Der neueste Aufsatz überschreibt die ihr gewidmete Betrachtung mit „Ablehnung der Anstiftung“ und befindet, dass „die Annahme einer Anstiftung [...] dem Gewicht von Anordnung und befehlsgemäßer Ausführung in rechtsgelöst arbeitenden Machtapparaten“ widerspreche.¹ Das Fujimori-Urteil erspart sich die Begründung und betrachtet es schlicht als Fehlgriff, als ein „Verwechseln“ (confunden), wenn einige Autoren den Befehlsgeber als Anstifter statt als mittelbaren Täter ansehen. Man muss aber nur den Blick auf das Gesetz und den konkreten Fall richten, um zu erkennen, dass die Ablehnung nicht haltbar ist.

Angenommen, Fujimori hat im Fall La Cantuta² sein Instrument zur Bekämpfung politischer Gegner, das Sonderkommando Colina, in der besonders intensiven Weise betätigt, dass er höchstpersönlich den ausgewählten Colina-Leuten die Opfer, es waren neun Studenten und ein Dozent, benannt und den Mordbefehl erteilt hat. In Artikel 24 des peruanischen Strafgesetzbuchs heißt es: „El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor“; zu Deutsch: „Wer vorsätzlich einen anderen dazu bestimmt, die strafbare Tat zu begehen, wird mit der Strafe belegt, die dem Täter gebührt.“³ Und

unser § 26 StGB lautet: „Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat.“ Es ist schlechterdings unbestreitbar, dass Fujimoris Befehl andere zur strafbaren bzw. vorsätzlich-rechtswidrigen Tat „bestimmt hat“, also ein Anstiften im Sinne dieser Vorschriften war. Aber dasselbe würde für eine abstrakter umrissene Anweisung oder auch nur tatauslösende Gestattung gelten, etwa des Inhaltes, in der Universität Exekutionen durchzuführen gemäß Montesinos' Festlegung, wer die Vollstrecker und wer die Opfer sein sollen. Es wäre dann nur für jeden Einzelfall zu prüfen, ob ein „Exzess“ vorliegt, d.h. ob die individuelle Tötung aus dem Rahmen fällt, den Fujimoris Anstiftervorsatz zieht.

Ambos sieht hier ein Argument, die Anstiftung „abzulehnen“, weil sie voraussetze, „daß unmittelbarer Täter und Tat aus Sicht des Anstifters bestimmbar sind“.⁴ Darum soll ein Mordbefehlsgeber, der gar nicht sagen kann, welche Taten, Täter und Opfer am Ende zu verzeichnen sein werden, für die einzelne Tötung zwar als mittelbarer Täter unter dem Aspekt der „Organisationsherrschaft“, nicht aber als Anstifter haften können. Das ist nicht richtig. Es verschiebt die Grenzen, die das Vorsatzerfordernis der Haftung zieht, nicht im Geringsten, dass man beim Veranlasser fremder Taten mittelbare Täterschaft statt Anstiftung annimmt. Morde, die außerhalb seines Vorstellungsrahmens liegen, kann der Verursacher sowenig vorsätzlich „durch einen anderen begehen“, wie er vorsätzlich einen anderen dazu bestimmt haben kann.

Ein historisches Beispiel: Hitler hat den Schlag gegen die innere Opposition am 30.6.1934 (durch Befehl oder Freigabe) ausgelöst und damit die Ermordung von gut 100 Menschen in Bad Wiessee und Berlin verursacht („Röhm-Putsch“). Sein eigener Todesverursachungsvorsatz hat gewiss die meisten Morde umfasst, denn er hatte seinen Schergen und Spießgesellen (Göring, Himmler, Heydrich) weitgehend freie Hand gegeben, führende SA-Leute und politische Gegner auszuschalten. Nicht gedeckt war aber die Ermordung des völlig unbeteiligten Musikkritikers Dr. Wilhelm Schmidt, den seine Mörder mit dem SA-Gruppenführer Ludwig Schmitt verwechselt hatten. Das gilt so oder so. Es spielt für die strafrechtliche Zurechenbarkeit und für die Notwendigkeit solcher Differenzierung keine Rolle, ob man Hitlers Beteiligung ausschließlich als Anstiftung oder auch als mittelbare Täterschaft bewertet. Man fühlt es nicht so deutlich wie bei der Anstiftung und wird vielleicht auch vom extensiven Fahrlässigkeitstäterbegriff verführt, aber die Vorsatztäterschaft ist nun einmal kein Sammelbecken für sämtliche Morde, die ein Befehl des Machthabers auslöst. Soweit wir ihm als Täter Vorsatzdelikte zuschreiben wollen, gelten für die Rahmenbestimmung dieselben Kriterien, wie wenn wir uns auf die Annahme von Anstiftung beschränken.

Auf einem anderen Blatt steht der Befund, dass Fälle des offenen Vorsatzes, der unbestimmt viele Opfer einkalkuliert, unserer Dogmatik kaum beachtete Schwierigkeiten machen. Zugeschnitten ist die Vorsatzlehre auf die Konstellation, dass

¹ Roxin, ZStrR 125 (2007), 1 (5); ders., in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 387 (S. 391); vgl. auch Ambos, GA 1998, 226 (233): „Anstiftung ist [...] abzulehnen, weil sie den entscheidenden Gesichtspunkt der Tatbeherrschung durch den Hintermann vernachlässigt.“

² Vgl. Ambos, ZIS 2009, 552.

³ Text und Übersetzung verdanke ich Florian Huber, Universität Göttingen, der mir beides freundlichst vorgelegt hat.

⁴ Ambos, GA 1998, 226 (232).

der Handelnde einigermaßen genau vor Augen hat, in welchen Grenzen er wahrscheinlich oder möglicherweise deliktische Erfolge herbeiführt. Aber nehmen wir den Terroristen, der mit seiner Zeitzünderbombe im geparkten Auto einfach möglichst viele Menschen zu Tode bringen will! Wenn nun dank glücklichem Zufall die Explosion nur Sachschaden anrichtet, wegen wievielfachen Mordversuchs soll dann der Staatsanwalt anklagen? Und soll er auch noch wegen Versuchs anklagen, wenn sich das Mordvorhaben fünffach vollendet hat, aber noch öfter hätte vollenden können? Mit Täterschaft und Teilnahme hat das nichts zu tun. Es handelt sich um ein Vorsatzproblem, das sich wie gezeigt auch in Fällen unmittelbarer Alleintäterschaft stellen kann.

Man kann also die mittelbare Täterschaft nicht gegen die Anstiftung ausspielen, indem man jene als sachgerecht lobt und dieser die „Ablehnung“ erklärt, weil sie nicht passe. Der Angeklagte *hat* andere angestiftet, Morde zu begehen, da gibt es nichts abzulehnen. Seine Anstiftung ist so unbestreitbar wie z.B. die eines Vaters, der seinem Zwölfjährigen mit Erfolg empfiehlt, sich den begehrten iPod bei Saturn kostenlos zu verschaffen. Hier wie dort geht es nicht um ein Entweder-oder, sondern um die Frage, ob zur Anstiftung eine mittelbare Täterschaft *hinzukommt*, die als Strafgrundlage dann Vorrang hätte. Aber sie kann eben auch zu verneinen sein, und zwar selbst dann, wenn ein Diktator Untergebenen einen Mord zu verüben befiehlt. In solchem Fall mag ein Verfechter der Organisationsherrschaftslehre finden, dass das personelle Instrument, welches dem Herrscher zur Verfügung steht, für einen „Machtapparat“ noch nicht ganz genüge. Selbstverständlich würde er dann die Strafbarkeit wegen *Anstiftung* zum Mord bejahen. Soll nun ihr Vorliegen davon abhängen, ob das Sonderkommando aus x oder $x+3$ Personen besteht? Das würde nicht einleuchten. Die Frage kann nur sein, ob ab einer bestimmten Größe die Nur-Anstiftung zur Auch-Anstiftung und von einer mittelbaren Täterschaft als Strafgrundlage verdrängt wird.

Evident macht das die In-dubio-Konstellation: A bewegt den betrunkenen T, den O brutal zu verprügeln. Es bleibt vor Gericht unklar, ob T zur Zeit der Tat schuldunfähig war oder trotz der Alkoholisierung noch schuldhaft gehandelt hat. Selbstverständlich muss der Richter in dieser Lage auf die Anstiftung zurückgreifen können. Darum darf sie nicht im Sinne eines Entweder-oder das Fehlen mittelbarer Täterschaft voraussetzen. Das tut sie auch nicht: A hat vorsätzlich den T zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt, mag T auch ohne Schuld gehandelt haben. Und selbst wenn es in § 26 StGB hieße „ohne Täter zu sein“, würden wir es nicht anders sehen. Die Dinge lägen dann genauso wie bei der Alternative „Mörder“ oder „Totschläger“. Steht fest, dass der Angeklagte einen Menschen vorsätzlich getötet hat, und ist möglich, aber nicht bewiesen, dass er es als Mörder getan hat, dann wird aus § 212 StGB bestraft, obwohl es dort sogar ausdrücklich heißt „ohne Mörder zu sein“. Im Gewande eines negativen Tatbestandsmerkmals stellen diese Worte lediglich den Vorrang der Bestrafung wegen Mordes klar.

II. Es gibt eine weitere Problematik, die ich in *Roxins* Beiträgen nicht herausgestellt und nicht bewältigt finde und über die denn auch das Urteil hinweggeht: Wann verschafft einem Vorgesetzten die Befehlsgewalt über andere Menschen schon das spezifische Potential eines „organisatorischen

Machtapparats“? Ich kenne *Roxins* Kommentar zum Urteil noch nicht und weiß nicht, ob er ihm zustimmt oder widerspricht, halte aber beides für gleichermaßen möglich. Verglichen mit Organisation und Ausmaß der Judenvernichtung im Zweiten Weltkrieg – *Roxins* hauptsächliches und idealtypisches Beispiel – waren die Einrichtung des Sonderkommandos Colina mit seinen gut 30 Mitgliedern und die 25 Morde, die Fujimori und unter ihm Montesinos durch zweimaligen Einsatz der Truppe verschuldet haben, dermaßen geringfügig, dass man ohne weiteres einen *qualitativen* Unterschied behaupten kann. Ich sehe auch nicht, dass hier Hilfsbegriffe und Metaphern wie „Fungibilität“, „auswechselbares Rädchen im Getriebe“, „Rechtsgelöstheit“ usw. das Urteil berechenbar machen könnten. Angesichts eines auf Befehl verübten Deliktes muss der Richter beurteilen, ob die Organisation, worin der Befehl erging, ein „Machtapparat“ war und ob dieser sich deliktsspezifisch „vom Recht gelöst“ hatte. Wo er hier nach Zahl, Zeit und Ausmaß die Grenze zieht zwischen „noch nicht“ und „aber jetzt“, ist in sein Belieben gestellt. Darum sind Zweifel erlaubt, ob die fragliche Theorie überhaupt wissenschaftlich verwertbar ist: Man kann die im Einzelfall abgeleitete Behauptung „mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft“ nicht überprüfen und ggf. entkräften, weil nicht zu erkennen ist, unter welchen Bedingungen die Behauptung als widerlegt anzusehen wäre. Noch einmal zum sog. Röhm-Putsch: Jemand beurteilt Hitler auch hinsichtlich der Ermordung Röhrs und anderer SA-Führer als mittelbaren Täter. Hat er Recht, weil die wenigen tötungsbereiten oder tötungsgeneigten SS-Männer schon als „austauschbare Rädchen im Getriebe eines Machtapparates“ zu betrachten waren und weil diese erste, gegen die SA-Spitze gerichtete Ignorierung des Tötungsverbotes schon hinreicht als deliktsspezifische „Loslösung vom Recht“? Oder war die Verschwörergruppe noch zu klein für den Machtapparat und war die Loslösung vom Recht noch nicht vollzogen, weil 1934, unter Hindenburg, der „Herr Reichskanzler“ sich in gewissem Sinn noch an die Rechtsordnung band und das ad hoc geschaffene Gesetz („als Staatsnotwehr Rechtsens“) als deklaratorisch verstanden haben wollte?

Hier antizipiere ich *Roxins* Erwiderung, die deliktsspezifische Rechtsgelöstheit des Unternehmens folge schlicht daraus, dass die Tötungen Unrecht waren und die Beteiligten dies wussten.⁵ Aber bei diesem Verständnis wäre das Prädikat auch zu vergeben, wenn ein Machthaber seinem Stab zum ersten und einzigen Mal etwas Rechtswidriges auszuführen befiehlt, z.B. eine Urkundenvernichtung. Die Frage nach der Rechtsgelöstheit verlöre jeden Unterscheidungssinn; sie wäre *immer* zu bejahen, weil sie sich nur stellt, wenn jemand auf Befehl strafbares Unrecht verübt.⁶

⁵ Vgl. *Roxin*, Schroeder-FS (Fn. 1), S. 396: Es „muss natürlich der Machtapparat sich nicht in jeder Beziehung, sondern nur im Rahmen der von ihm verwirklichten Straftatbestände vom Recht gelöst haben“.

⁶ Das meint auch *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (534); er fragt, was man mit einer auf die konkrete Tat beschränkten „Rechtsgelöstheit“ denn noch anfangen solle, „wenn sie doch schon notwendige logische Voraussetzung dafür ist, daß überhaupt eine Strafbarkeit im Raume steht“.

III. Problematisch ist ferner, dass die Lehre von der Organisationsherrschaft die mittelbare Täterschaft mit der angeblichen „Erfolgssicherheit“ begründet, die der Machtapparat dem Machthaber gewährleiste. Dieses Kriterium taucht bei *Roxin* immer wieder auf. Verschieden formuliert findet es sich z.B. im jüngsten Aufsatz mehrmals auf engstem Raum.⁷ Der Apparat sei es, der „dem Hintermann die Herrschaft über den Erfolg sichert“; entscheidend sei „der Umstand, dass der Apparat mit der ihm eigenen Wirkweise den Erfolg garantiert“; „Organisationsherrschaft setzt [...] eine Beherrschung des tatbestandsmäßigen Erfolges voraus“⁸; „Tatherrschaft ist immer nur die Herrschaft über den tatbestandsmäßigen Erfolg“; „der Hintermann besitzt [...] eine Einflussmöglichkeit, die über den ihm zu Gebote stehenden Machtapparat die Erfolgsherbeiführung [...] sicherstellt“; „diese Erfolgssicherheit begründet die Tatherrschaft“.

Nun liegt auf der Hand, dass die Behauptung, der Apparat garantiere den Deliktserfolg und mache ihn „sicher“, anfechtbar, ja sagen wir gleich: *unhaltbar* ist. Wie autonom handelnde Menschen können auch Befehlsempfänger selbst den festesten Entschluss umstoßen, ihrem Gewissen folgen, das gesteckte Ziel aus Ungeschick verfehlen, aus Faulheit untätig bleiben oder sich bestechen lassen. Und es ist einfach nicht wahr, dass der Apparat im Ganzen dann regelmäßig, nach Auswechslung der ausgefallenen Person als eines defekten Rädchens im Getriebe, die vom Befehlsgeber eingeleitete Tat dennoch – mit unwesentlicher Abweichung im Kausalverlauf – zur Vollendung bringt.⁹ So sind Zigtausend Juden, auf die sich der Vernichtungsbefehl bezog, dem Zugriff des Apparates endgültig entkommen. Selbst von den polnischen Juden, die rücksichts- und ausnahmslos „auszurotten“ beschlossen war (drei Millionen Ermordete), hat gegen den Willen Hitlers und Himmlers jeder Zehnte überlebt. Aber ich stelle eine Frage, die bisher seltsamerweise ungestellt geblieben ist: Hat es die Lehre von der Organisationsherrschaft denn überhaupt nötig, die Annahme mittelbarer Täterschaft mit der „Erfolgssicherheit“ zu begründen? Das möchte man doch zunächst entschieden verneinen, denn wenn die Täterschaft beim vollendeten Vorsatzdelikt eines *nicht* voraussetzt, dann ist es die Sicherheit des Erfolgs. Der Terrorist, dessen Machtapparat die Zeitzünderbombe im Auto ist, der Vater, der seinen zwölfjährigen Sohn auffordert, der Oma im Altenheim heimlich 100 Euro zu entwenden – es ist für sie ganz unsicher, ja u.U. sogar unwahrscheinlich, dass es zum Tod bzw. zur Wegnahme kommt. Wenn aber doch, dann sind sie Täter, und wer die heilige Kuh der Täterschaftsvoraussetzung „Tatherrschaft“ unbedingt schonen will, muss den beiden wohl oder übel, obwohl sie fern vom Geschehen auf dessen erfolgreichen Ablauf nur hoffen konnten, „die wirkliche Herrschaft über den Geschehensablauf“ zuschreiben.¹⁰ Wa-

rum sollte ein Vertreter der Lehre von der Organisationsherrschaft nun in deren Fällen angewiesen sein auf den Nachweis der vom Machtapparat gewährleisteten Erfolgsgewissheit, wo es doch sonst auf solche Sicherheit offensichtlich nicht ankommt?

Die Antwort erschließt sich, wenn man die anerkannten normalen Fälle von Täterschaft genau betrachtet. Sie zeichnen sich aus durch ein ganz klares Kriterium: Wenn Terrorist und Vater den tatbestandsmäßigen Erfolg verursachen, dann tun sie es ohne Zwischenschaltung einer Person, die eigenverantwortlich den Tatbestand verwirklicht; an solcher Zwischenschaltung fehlt es nicht nur bei der Bombe, sondern auch beim Kind, das zwar eine Person ist, aber dem Vater als schuldlos handelndes Werkzeug dient. In einer Befehlshierarchie ist dieses Kriterium nicht erfüllt; die Untergebenen und die Vollstreckenden sind der Bombe und dem Kind nicht vergleichbar, sie handeln ihrerseits schuldhaft und strafbar. Es geht nun offenbar um *Kompensation*, um einen Ersatz für den Umstand, der anerkanntermaßen Täterschaft begründet, d.h. für die normative Nähe des Erfolges, resultierend daraus, dass sich keine Zwischenverantwortlichkeit eines anderen Menschen einschleibt. Weil es an dieser *normativen* Nähe fehlt, will man nun wahrhaben, es gebe zum Ausgleich eine *faktische* Nähe: die Sicherheit des Erfolges dank der Automatik des Machtapparates.

Hier möchte ich auch die Begründung der mittelbaren Täterschaft einordnen, die *F.-C. Schroeder* vorgelegt und der *Roxin*'schen entgegengesetzt hat. Eine Sicherheit (*Schroeder*: „Entfallen der Erfolgsunsicherheit“) ist wiederum der entscheidende Gesichtspunkt, doch bindet *Schroeder* die Annahme an ein anderes Kriterium, an die Ausnutzung des schon feststehenden Entschlusses eines anderen, dem Befehl, wie er auch laute, zu folgen.¹¹ Gelöst von der Beschränkung auf Befehlsfälle – *Schroeders* Ausgangspunkt war der berühmte Dohna-Fall – lautet der Kerngedanke: „Eine solche Ausnutzung liegt dann vor, wenn die Ausführung der Absicht nur noch von einer Bedingung abhängt, die der Hintermann herbeiführt [...]. Mit der Kenntnis von dem festen Tatentschluss des anderen entfällt für den Hintermann die für den Teilnehmer typische Erfolgsunsicherheit, die Unterordnung unter fremden Tatentschluss.“¹² Ich will die Tragfähig-

bestimmen, hält er entgegen: „Wenn man die reale Steuerungsmacht für irrelevant erklärt, gibt man zugleich das Kriterium der Tatherrschaft auf. Denn dieses Merkmal hat keinen Sinn mehr, wenn es auf die wirkliche Herrschaft über den Geschehensablauf gar nicht ankommt“. Ich bestreite nicht die Konsequenz meines kritischen Vorstoßes, wohl aber, dass man sie ihm als Argument entgegensetzen kann.

¹¹ Vgl. *Schroeder*, JR 1995, 177 f.: Es fehlten die „Hemmungskräfte beim Ausführenden“ (mit besonderem Bezug auf den Keßler-Streletz-Fall, BGHSt 40, 218).

¹² *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 150. Dem *Schroeder*'schen „Entfallen der Erfolgsunsicherheit“ muss man einen durchaus anderen Sinn geben als *Roxins* „Erfolgssicherheit“. *Roxin* beansprucht für den „organisatorischen Machtapparat“, dass dieser dem Mann am Schalthebel den erstrebten (Todes-)Erfolg gewährleiste. Demgegenüber kann *Schroeder* nur meinen, dass der Hintermann sich der Tataus-

⁷ *Roxin*, ZStR 125 (2007), 1 (10 f.).

⁸ *Roxin* zitiert damit *Rotsch*, NStZ 2005, 13 (16), und merkt an: „So bringt *Rotsch* meine Konzeption auf eine Formel, die ich durchaus gelten lassen kann“.

⁹ Vgl. die eindringliche und überzeugende Argumentation, die *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (526), gegen *Roxins* Funktionalitätsthese richtet.

¹⁰ Vgl. *Roxin*, ZStR 125 (2007), 1 (6 f.); meiner Forderung, Täterschaft nicht länger über die „reale Steuerungsmacht“ zu

keit dieses Gedankens offenlassen und nur zu bedenken geben, welche Ausdehnung der mittelbaren Täterschaft *Schroeder* Kriterium zur Konsequenz hat. Fest und rücksichtslos entschlossen zur Ausführung von Befehlen können Menschen ja auch außerhalb von organisierten Machtapparaten sein. *Schroeder* stellt sozusagen der Organisations- eine Willfährigkeitsherrschaft an die Seite, die in allen möglichen Fällen die Beteiligung sowohl als Anstiftung (die natürlich auch vorliegt) wie zugleich als Täterschaft erscheinen lassen kann. Für jeden Angestifteten, der die Straftat schuldhaft begangen hat, wäre zu erforschen, ob der Hintermann in ihm jemanden hatte, dessen Bereitschaft zu unbedingtem Gehorsam er ausnutzen konnte. Der Betrug, den der Angestellte, der Ladendiebstahl, den die Ehefrau, der Mord, den der fundamentalistische Fanatiker verübt: Wenn eine Autoritätsperson, der Chef, der Ehemann, der charismatische Religionsführer, die Tat veranlasst hat, kommt in Frage, dass der Ausführende trotz voller Eigenverantwortlichkeit als Werkzeug i.S. mittelbarer Täterschaft zu betrachten ist.

Nun ist eines sicher richtig: Die Wendungen „por medio de otro“ in Artikel 23 des peruanischen und „durch einen anderen“ in § 25 des deutschen Strafgesetzbuches sind so vage, dass man ihnen außer den Fällen der normativen Nähe des Erfolgs (keine Zwischenverantwortlichkeit) auch die der faktischen Nähe subsumieren kann (Sicherheit des Erfolgs wegen der Automatik des Machtapparates bzw. Sicherheit der Tatausführung wegen der Vorabentschlossenheit des Vordermannes). Aber es drängen sich doch Einwände auf. Erstens ist nicht einzusehen, warum die mittelbare Täterschaft, die in der Eigenverantwortlichkeit des Befehlsempfängers ihre scharfe und herkömmliche Grenze behalten könnte, so verschwimmen soll in einer Erweiterung, die wir gar nicht nötig haben: Alle Fälle erfasst die (Ketten-)Anstiftung, die ohnehin und unbestreitbar vorliegt (s.o. unter I.) und für die das Gesetz das gleiche Strafmaß eröffnet, ohne eine Strafmilderung zu gestatten. Dem „Schreibtischtäter“-Argument, wonach nur die Annahme von Täterschaft das von Verbrechen wie Stalin, Hitler und Fujimori begangene Unrecht angemessen ausdrücke, kann ich kein Gewicht geben. Solche Angemessenheitswertungen sind beliebig. Mit ihnen kann man in allen möglichen Fällen mittelbare Täterschaft Menschen zuschreiben, die sich deliktsspezifisch vom Recht lösen und ihre Machtstellung über Untergebene nutzen, sie zu Straftaten zu veranlassen; dem muslimischen Vater mit seiner gewaltigen Autorität, der seinen Söhnen einen „Ehrenmord“ aufträgt; dem Kaffee-fahrten-Unternehmer, der seinen von Arbeitslosigkeit bedrohten Verkäufern die immer gleichen Betrügereien abverlangt. Verbindlich ist nur die Wertung, die wir im Gesetz vorfinden, und die lautet in Peru wie in Deutschland, dass es auch nicht im Geringsten eine Mindergewichtung des Unrechts und Abschwächung des Schuldvorwurfs bedeutet, wenn man die Veranlassung anderer zur Verbrechenbegehung als Anstiftung (was sie sowieso ist) und nicht auch noch als mittelbare Täterschaft einordnet.

führung durch den Tatmittler (annähernd) sicher sein könne; mehr gewährleistet die Tatentschlossenheit des Vordermannes nicht, der Erfolg kann genauso ausbleiben wie bei eigenhändigem Handeln.

Zweitens glaube ich feststellen zu müssen, dass hier wie so oft eine Absicht die Einsicht unterdrückt. Man *will* die mittelbare Täterschaft und versperrt sich dadurch die Erkenntnis, dass die zur Begründung behaupteten Tatsachen gar nicht vorliegen. Ich habe das schon dargelegt und will es noch einmal anschaulich zu machen versuchen. Als Rädchen im Getriebe des Machtapparats sollen wir natürlich auch den Funktionär ansehen, der im Kleinen oder Großen zuständig war, die Juden in ihren Heimorten zu erfassen und für den Abtransport zusammenzutreiben. Gar nicht selten haben aber die so Beauftragten die vollständige Befehlsausführung nur vorgetäuscht und einzelne Juden, aus welchen Motiven auch immer, gewarnt und entkommen lassen. Mit Blick auf solche Befehlsempfänger und auf die Opferpersonen ihrer Zuständigkeit kann man nun weder sagen, dass die feste Tatentschlossenheit bestand, befehlsgemäß alle dem Tod zuzuführen, noch lässt sich feststellen, dass der Apparat die gewollten Todeserfolge garantiert. Gleichwohl sollen wir hinsichtlich der vollzogenen Tötungen mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft annehmen.

Roxin hält dem entgegen, die Überlegung beweise doch nur, „dass auch mittelbare Täterschaft scheitern kann. Auch wer sich eines genötigten, eines geisteskranken oder vorsatzlosen Werkzeugs bedient, kann durch überraschende Handlungen der Tatmittler sein Ziel verfehlen, ohne daß jemand das Vorliegen einer mittelbaren Täterschaft im Versuchsstadium bezweifeln würde“.¹³ Dieser Einwand übersieht, dass in den Vergleichsfällen das Kriterium der mittelbaren Täterschaft, d.h. die Nichtverantwortlichkeit des Tatmittlers, objektiv und nach der Vorstellung des Hintermannes erfüllt ist, während es daran fehlt, wo bei einer Vernichtungsaktion der einzelne Befehlsempfänger die Macht über Leben und Tod hat. In diesem konkreten Fall, auf den es unter dem Aspekt der Tötung eines Menschen stets ankommt, funktioniert der Vernichtungsapparat ja eben *nicht* unabhängig vom Wollen und Nichtwollen des einzelnen Mitglieds.

Wissenschaftliche Lehren sind Hypothesen, die sich als falsch erweisen können. An ihnen auf Biegen und Brechen festzuhalten und Kritik um jeden Preis zurückzuweisen, ist keine gute Standhaftigkeit. Wenn der kritischen Überprüfung weder die eine noch die andere Begründung der mittelbaren Täterschaft standhält, dann sollte man von ihr wieder abzurücken sich überwinden, ungeachtet auch der Verblüffung und Enttäuschung vieler Proselyten. In einem Ermordungsapparat hitlerscher Prägung leistet mancher zur Tötung eines oder vieler Menschen seinen kausalen Beitrag, ohne schon vorher dazu „fest entschlossen“ zu sein, ja vielleicht sogar umgekehrt trotz des Entschlusses, sich diesmal zu verweigern. Ein bedingungsloses „Führer, befehl! Wir folgen dir!“ war der Refrain eines von Goebbels 1941 in Auftrag gegebenen Propagandaliedes („Von Finnland bis zum Schwarzen Meer“), aber ganz gewiss nicht die innere Einstellung aller Befehlsempfänger. Und auf allen Ebenen gab es Untergebene, die einzelne oder viele dem Machtapparat aufgebundene Tötungen verhindert haben oder hätten verhindern können. Gewiss, der

¹³ So *Roxin*, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 55 (S. 56).

Apparat hat trotzdem in furchtbarer Weise funktioniert, indem er Millionen Morde hervorgebracht hat, und nicht einmal der Kommandant eines Vernichtungslagers hätte ihn lahmlegen können. Aber darauf kann es nicht ankommen, wenn wir nach der *Mordtäterschaft* des obersten Befehlshabers fragen und sie davon abhängig machen, ob er sich des von ihm gewollten *Morderfolges* sicher sein konnte. Denn dann geht es um den *Tod des einzelnen Menschen* und nicht um das Weiterarbeiten des Vernichtungsapparats. Zu Recht wendet *Rotsch* gegen die Täterschaftsbegründung der „Organisationsherrschaft“ ein: „Der grundsätzliche Mangel der Konstruktion liegt darin, dass *Roxin* die Tatherrschaft [...] losgelöst von der konkreten Tat bestimmt.“¹⁴ Hätte sich etwa Rudolf Höß, von 1940 bis 1943 Lagerkommandant in Auschwitz, bemüht, einige oder viele vor der Vergasung zu bewahren, dann wäre ihm das auch gelungen, und der Apparat hätte insoweit keinen Erfolg gehabt.

Hier kommt etwas in den Blick, was mir bislang gänzlich unbeachtet geblieben zu sein scheint. Wer in den Machtapparat-Fällen für mittelbare Täterschaft ist, stellt sich die Befehlsgebung immer so vor, als laufe von oben nach unten eine Anweisung durch, die klar definiere, welche Person oder welche Personen zu vernichten seien. Gerade bei der Planung von Massenmorden verhält es sich aber anders. Man denke nur an die Bahnrampe in Auschwitz-Birkenau, wo Mengele fast nach Belieben entschied, wer sogleich vergast wurde und wer als Arbeitssklave weiterleben durfte, mit einer kleinen Hoffnung auf spätere Befreiung. Die tausendfachen Morde und Freiheitsberaubungen im Zuge der großen Tschistka von 1935 bis 1939 lassen sich wohl so gut wie alle auf weit gefasste Befehle Stalins zurückführen. Aber im Einzelnen gab der Diktator dem NKWD und der Staatsanwaltschaft recht freie Hand zu entscheiden, wer durch Verhaftung von der „Säuberung“ erfasst und wer dann sogleich „liquidiert“ oder vor Gericht gestellt wurde, wo wiederum in Schau- und Geheimprozessen die Richter – in Grenzen – die Wahl hatten zwischen Todesurteil und Lagerverbannung. Und der einzige Vernichtungsbefehl, den Hitler jemals selbst unterschrieben hat, öffnete den Schlüsselbeteiligten sogar ausdrücklich einen Ermessensspielraum. Ich meine den auf einem privaten Briefbogen Hitlers geschriebenen und auf den „1. Sept. 1939“ rückdatierten „Euthanasiebefehl“: „Reichsleiter Bouhler und Dr. med. Brandt sind unter Verantwortung beauftragt, die Befugnisse namentlich zu bestimmender Ärzte so zu erweitern, dass nach menschlichem Ermessen unheilbar Kranken bei kritischster Beurteilung ihres Krankheitszustandes der Gnadentod gewährt werden kann.“ Die bestimmten Ärzte waren damit ermächtigt, durch Begutachtung oder Ausfüllung von Meldebogen Geisteskranke dem Abtransport und der Tötung auszuliefern (man schätzt die Zahl der Opfer auf 80.000). Hier kann man offensichtlich keine individuellen Todeserfolge nennen, deren Eintritt mit dem Anlaufen des Vernichtungsapparates „sicher“, „garantiert“, „gewährleistet“ gewesen wäre. Jeder einzelne, der bedroht war, hatte eine Chance, verschont zu bleiben.

IV. „Dieser Ansicht ist jedoch nur zuzustimmen“, wenden *Jescheck* und *Weigend* gegen die Annahme mittelbarer Täterschaft der Befehlsgeber ein, „wenn die Ausführenden nicht

selbst als vollverantwortliche Täter betrachtet werden können [...]. Sind sie das aber, so ist der Mann in der Zentrale, gerade weil er die Organisation beherrscht, Mittäter. Die Gemeinsamkeit des Tatentschlusses wird durch das Bewusstsein der Leitenden und Ausführenden hergestellt, dass eine bestimmte Tat oder mehrere Taten gleicher Art entsprechend den Weisungen der Leitung vorgenommen werden sollen.“¹⁵ Und ebenso kritisch meint *Otto* zur Frage der Organisationsherrschaft, der eigenverantwortlich die Verbrechensbefehle Ausführende werde nicht beherrscht, er mache sich „mit seinem Verhalten [...] vielmehr den verbrecherischen Plan konkludent zu eigen. Unmittelbar Handelnde und Machthaber sind daher als Mittäter anzusehen“.¹⁶

Auch dieser Auffassung ist zuzugeben, dass man das Gesetz (§ 25 Abs. 2 StGB) in seiner Unbestimmtheit so verstehen kann. Aber wie die Verfechter der mittelbaren Täterschaft das Verantwortlichkeitskriterium, so setzen die zitierten Autoren das außer Kraft, was uns sonst überall dient, die Mittäterschaft einzugrenzen. Sie lassen für die Gemeinschaftlichkeit das „Bewusstsein“ aller Beteiligten genügen, dass bestimmte Taten weisungsgemäß vorgenommen werden sollen (*Jescheck/Weigend*) bzw. dass der Machthaber plant und der unmittelbar Handelnde sich „den verbrecherischen Plan konkludent zu eigen“ macht (*Otto*). Das kann man im Grunde von jeder erfolgreichen Anstiftung des Alltags sagen, z.B. wenn die Ehefrau im SB-Markt gehorsam stiehlt, was zu stehlen ihr Mann sie angewiesen hat, oder jemand seine Frau umbringt, weil seine Geliebte es gefordert und ihm das Gift verschafft hat. Die jeweils Beteiligten sind sich einig, dass eine bestimmte Tat weisungsgemäß vorgenommen werden soll, und mit dieser Tat macht sich die ausführende Person den deliktischen Plan der auffordernden Person konkludent zu Eigen. Will man sich nicht in Widersprüche verstricken, dann darf man die dem Wortsinn nächstliegende und sonst immer praktizierte Deutung der Mittäterschaftsvorschrift nicht punktuell gegen eine extensive auswechseln, nur um bestimmte Anstifter als Täter bestrafen zu können.

V. Es läuft aufs Gleiche hinaus und hat keine praktische Bedeutung, aber *Fujimori* hätte richtigerweise wegen Anstiftung zu den Morden, die er veranlasst hat, verurteilt werden müssen.¹⁷ Als Täter hat er sie nicht begangen, sein Veranlassen erfüllt weder die Voraussetzungen der mittelbaren noch die der Mittäterschaft.

¹⁵ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 670 (§ 62 II. 8.).

¹⁶ *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 21 Rn. 92. Für Mittäterschaft in den fraglichen Fällen ferner *Jakobs*, NStZ 1995, 27; *Weber*, in: Baumann/ders./Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 29 Rn. 146 f.

¹⁷ Allgemein für die Befehlsgeber in Machtapparaten ebenso *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 510; *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, S. 319 ff.; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 87 ff.; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 ff.; *ders.*, NStZ 2005, 13 ff.; *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, § 25 Rn. 59 f.; *Zaczyk*, GA 2006, 411 ff.

¹⁴ *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (561).

Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediató de una organización criminal estatal

De Prof. Dr. **Dino Carlos Caro Coria**, Católica, Lima, Perú*

I. Planteamiento del caso

1. El Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori ostentó el cargo de Presidente de la República del Perú desde el 1.7.1990 – fecha en que ganó las elecciones a través del partido político “Cambio 90” – hasta el 19.11.2000¹, momento en el cual renunció a la presidencia del Perú, vía fax, desde la ciudad de Tokio, Japón. Posteriormente, el Congreso de la República declaró la vacancia presidencial² por incapacidad moral permanente.³

En total, el Ingeniero Alberto Fujimori tuvo a su cargo la conducción del país durante aproximadamente 10 años y 3 meses. Tiempo en el cual tuvo que hacer frente a la inestabilidad política producto del accionar de grupos terroristas, como el Partido Comunista Peruano Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru – MRTA –; y a una aguda crisis económica, como consecuencia de una inflación galopante.

2. Es en ese contexto en que se produjeron los hechos que son materia del proceso penal seguido contra el ex presidente Alberto Fujimori por crímenes de lesa humanidad. En ese sentido, respecto de las violaciones a los derechos humanos, el ex presidente ha sido condenado por dos casos. El primero es el denominado caso “Barrios Altos”. Así, el 3.11.1991, alrededor de las 22.30 horas, efectivos pertenecientes al Destacamento Colina, la mayoría con el rostro cubierto con pasamontañas y usando armamento de guerra con silenciadores, irrumpieron en el inmueble ubicado en el Jirón Huanta N° 840, Barrios Altos-Lima, donde se llevaba a cabo una actividad social “pollada”. Luego de acusar a los asistentes de terroristas, los obligaron a arrojar al piso para luego dispararles. Posteriormente, huyeron del lugar en dos camionetas de uso oficial, que tenían luces y sirenas policiales, y que contaban con placas de rodaje. Como consecuencia de estos

hechos fallecieron quince personas y nueve resultaron con lesiones graves.⁴

El mismo Destacamento Colina fue el autor directo de otro de los casos materia del proceso penal, llamado caso “La Cantuta”. Así, el 18.7.1992, este grupo ingresó a la Universidad “Enrique Guzmán y Valle” – conocida como “La Cantuta” –, a bordo de dos camionetas pick up, organizados en varios sub grupos, todos ellos encapuchados y portando armas de fuego con silenciadores. Se dirigieron a la residencia de los estudiantes, los sacaron de sus dormitorios y los llamaron en base a una lista, separando del grupo a 9 estudiantes. Luego de la operación, procedieron a llevarse a los intervenidos en las camionetas antes indicadas, y cuando se encontraban por el Km. 1.5 de la autopista Ramiro Prialé, detuvieron los autos y bajaron a los detenidos. Fue en ese lugar donde los mataron y enterraron. Sin embargo, posteriormente, cuando el Destacamento Colina verificó la forma en que se había intentado desaparecer las huellas del delito, informó que los cadáveres no estaban adecuadamente enterrados; razón por la cual, se procedió a retirar algunos cadáveres, trasladándolos a un lugar denominado Quebrada de Chavilca en el distrito de Cieneguilla-Lima, donde finalmente fueron dejados sus restos; los mismo que más adelante, fueron encontrados e identificados.⁵

3. Estos hechos se encuentran debidamente probados⁶ de acuerdo a lo sentenciado por la Sala Penal Especial,⁷ presidida el vocal supremo *Dr. César San Martín Castro* y los también vocales supremos *Dr. Víctor Prado Saldarriaga* y *Sr. Hugo Príncipe Trujillo*; quienes estuvieron a cargo de juzgar a Alberto Fujimori por los hechos anteriormente expuestos. Cabe resaltar la imparcialidad y el respeto a las normas del debido proceso que mostró dicho Colegiado en la conducción del proceso, cuya labor fue reconocida no solamente por los demás sujetos procesales,⁸ sino también por los observadores internacionales acreditados en el Perú.⁹

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca-España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Socio fundador de Caro & Asociados. – Con la colaboración de Pedro Alva Monge, Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Para un mayor análisis sobre el gobierno de Fujimori, ver: El Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, Tomo III, Capítulo 2, Lateral 2.3 “La década del noventa y los dos gobiernos de Alberto Fujimori”.

² Resolución Legislativa número N° 009–2000–CR, Publicada en el diario Oficial El Peruano, el 22 de noviembre del 2000.

³ De acuerdo al ordenamiento jurídico peruano, la Presidencia de la República vaca por “su permanente incapacidad moral [...] declarada por el Congreso” (artículo 113 inciso 2 de la Constitución peruana).

⁴ Descripción a partir de la Acusación Fiscal Suprema, del 29 de Octubre del 2007, foja 11.

⁵ *Ibid.*, pp. 13-14.

⁶ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6). Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE. Cuestiones de Hecho 117° a 180°.

⁷ En la sesión descentralizada del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, del 14 de noviembre de 2007, se determinó que la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia juzgue en forma exclusiva al ex presidente Alberto Fujimori.

⁸ La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, entidad que agrupa a los abogados de la Parte Civil, ha manifestado que “resalta la integridad de los magistrados que integraron la Sala Penal Especial, quienes a lo largo del juicio demostraron imparcialidad, transparencia y objetividad, garantizando un justo y debido proceso, en el cual Fujimori gozó de la mayor amplitud y garantías para ejercer su defensa.”. Estas palabras fueron pronunciadas por el Sr. Ronald Gamarra, abogado de

II. Breve referencia histórica de la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder en los tribunales penales.

1. La presente teoría fue formulada *Claus Roxin* en 1963.¹⁰ Igualmente se utilizó dicha modalidad de autoría para comentar del caso de Adolf Eichmann¹¹ – funcionario nazi que fue

la parte civil el día 7 de abril de 2009. Ver el discurso completo en: <http://www.dhperu.org/prensa.php?op=noticia&id=92>. Por su parte, el abogado de la defensa ha señalado que “La actuación del tribunal ha sido impecable”, no obstante se mostró disconforme con al poco tiempo que, según él, le otorgó la Sala para presentar sus alegatos finales. En: http://www.gobernabilidadandina.org/detalle_noticia.php?id=2021. Por otro lado, la opinión pública, de acuerdo a la encuesta de la Universidad Pontificia Universidad Católica, realizada en abril de 2009, considera que la actuación de los jueces ha sido imparcial. Así un 67% de los encuestados esta de acuerdo con la actuación del Tribunal, contra un 23% que está en desacuerdo. Ver la encuesta completa en: <http://www.pucp.edu.pe/puntoedu/images/documentos/institucionales/2009dossierfujimori.pdf>.

⁹ Maria McFarland, representante de Human Rights Watch, destacó “la voluntad, capacidad e independencia” del tribunal peruano que permitió a Fujimori “tener el debido proceso”. En: http://www.rpp.com.pe/2009-04-06-juristas-extranjeros-caso-fujimori-es-paradigmatico-en-la-region-noticia_174315.html. De similar opinión se mostró el Coordinador para América Latina del Programa de Justicia Internacional de Amnistía Internacional, Hugo Relva, al señalar que “Es la tercera vez que estoy en Lima en relación a este proceso judicial. Nos hemos reunido con el tribunal, los fiscales, los abogados de las víctimas y del acusado. Todos han sido coincidentes en que ha sido un proceso justo e imparcial. Creo que esta contribución que está haciendo la justicia peruana al Estado de Derecho en este país es trascendente y los peruanos deberían estar orgullosos de la misma”. En: <http://www.24horaslibre.com/politica/1239031711.php>.

¹⁰ En una conferencia dictada en la Universidad Lusitana de Lisboa, entre el 6 y 7 de noviembre de 2002, Roxin afirmó lo siguiente “Los delitos en el marco de aparatos organizados de poder” fue el título de mi conferencia dictada en febrero de 1963 con motivo del inicio de mis clases en Hamburgo. En ella proponía una nueva forma de autoría mediata. Mi idea fundamental consistía en que, al tomar el dominio del hecho como criterio decisivo para la autoría, solamente existirían tres formas típicas ideales en las cuales un suceso puede ser dominado sin que el autor tenga que estar presente en el momento de la ejecución: puede obligar al ejecutante, puede engañar a éste y – ésta era la nueva idea – puede dar la orden a través de un aparato de poder, el cual asegure de órdenes incluso sin coacción o engaño, dado que el aparato por sí mismo garantiza la ejecución”. *Roxin*, La autoría mediata por dominio en la organización, en: Revista Peruana de Ciencias Penales N° 13, Lima, editorial Idemsa, 2003.

¹¹ Para un mayor desarrollo del caso, ver: *Roxin*, La autoría y el dominio del hecho en el Derecho Penal, 7ª ed., Traducción

encontrado responsable del asesinato de miembros de la comunidad judía, aun cuando no participó directamente en el hecho ilícito –, quien había sido procesado por las Cortes de Jerusalén en 1961. Asimismo, ha sido aplicada por el Tribunal Supremo Alemán en la sentencia del 26.7.1994, para el caso de los miembros del Consejo de Seguridad Nacional de la República Democrática Alemana con miras a su responsabilidad por los disparos contra ciudadanos alemanes que intentaron escapar del país escalando el Muro.¹²

La teoría de la autoría mediata en virtud de estructuras de poder fue utilizada debido a la insuficiencia de la autoría tradicional, la cual no podía hacer frente a las nuevas formas de criminalidad organizada desde el Estado. En especial los delitos de lesa humanidad, ya que las teorías tradicionales de imputación penal no permitían atribuir responsabilidad penal a los altos mandos. En consecuencia, los superiores jerárquicos no respondían a título de autor por los hechos cometidos, pues veían diluida su responsabilidad penal en los mandos medios y en los ejecutores directos.

2. Fue este espíritu de evitar la impunidad en las cúspides de las esferas del poder que dicha teoría fue postulada por Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal de Argentina en los casos de las Juntas Militares Argentinas de 1976 a 1983, quienes dispusieron que se realicen asesinatos selectivos, desapariciones y torturas.¹³

3. En el Perú, quizás el caso insignia donde se ha aplicado la mencionada teoría, es en la sentencia contra *Abimael Guzmán Reynoso* y otros, por el asesinato de 69 pobladores de la localidad de Lucanamarca, ocurrido el 3.4.1983. El ataque fue hecho por el Partido Comunista Peruano Sendero Luminoso, el mismo que tuvo como objetivo “dar un escarmiento” al pueblo de Lucanamarca por el homicidio de un terrorista. Cabe resaltar además que este grupo subversivo tuvo una estructura jerárquica y respondió a un fin político: destruir el sistema democrático imperante y formar un gobierno de tendencia marxista leninista, denominado “república de nueva democracia”.

En este caso, se sentenció a *Abimael Guzmán Reynoso* como autor mediato de los asesinatos,¹⁴ ya que si bien no

de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano Gonzáles de Murillo, Barcelona, editorial Marcial Pons, 2000, pp. 273 ss.

¹² Traducción y análisis de la sentencia del *Bundesgerichtshof* en *K. Ambos*, El caso alemán, en: el mismo (ed.), Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, Bogotá (Temis), 2nd ed. 2009, pp. 17 y ss. Ver también *Donna*, en: Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, Argentina, La Lectura – Lerner, 2001, p. 310.

¹³ *Bruera*, Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder. en: Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al profesor Claus Roxin. Argentina: La Lectura – Lerner, 2001, pp. 625 y ss.

¹⁴ Sentencia de la Sala Penal Nacional, en el expediente judicial N° 560-03 (acumulado), del 13 de octubre de 2006. Caso *Abimael Guzmán Reynoso*. Fundamento Décimo Cuarto: “[...] el presente juicio oral, la prueba practicada determina de manera categórica que el procesado Manuel Rubén Abi-

estuvo presente en el momento en que se cometieron los hechos punibles, su responsabilidad radica en el hecho de haber ordenado, desde la posición de mando de la Dirección Central de Sendero Luminoso, la muerte de los pobladores de Lucanamarca.¹⁵

Otro de los aspectos que cabe resaltar de la sentencia radica en el hecho de haber afirmado que los aparatos organizados de poder no solo tienen cabida en organizaciones criminales de origen estatal,¹⁶ sino también, como en el caso de Lucanamarca, se presentan desde grupos o colectivos organizados que practiquen actos de terrorismo.¹⁷ Para esto, identifica el Partido Político Sendero Luminoso como una organización fuera del ámbito de la legalidad, que contó con una estructura jerárquica, en donde sus miembros estaban fuertemente cohesionados en torno a la llamada base de unidad partidaria. A decir de la Sala: “[...] con una clara distribución de funciones, pudiéndose identificar claramente los niveles de decisión, la programación de sus actividades ilícitas y el control de la organización, todo lo cual nos permite inferir que se trata de un verdadero aparato organizado de poder”.¹⁸

mael Guzmán Reinoso, conocido en su organización como Presidente Gonzalo, ha sido el fundador de la fracción roja del Partido Comunista del Perú, cuya jefatura ha ostentado desde su proceso de reconstitución partidaria. Tal condición la ha ejercitado como miembro titular número uno del Comité Central, del Buró Político y del Comité Permanente. En la práctica de la organización ha formado parte de la llamada Dirección Central y presidido la Comisión Militar”.

¹⁵ La sentencia de la Sala Penal Nacional fue confirmada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el Recurso Nulidad N° 5385-2006, del 14 de diciembre de 2007.

¹⁶ Para un mayor comentario de la sentencia, ver: *Caro Coria*, Sobre la persecución de crímenes internacionales en la jurisprudencia penal peruana, en: *Jurisprudencia latinoamericana sobre el Derecho Penal Internacional*. Kai Ambos/Ezequiel Malarino/Gisela Elsner (editores), Montevideo/Bogotá, Fundación Konrad-Adenauer/Temis, 2008, p. 271 y ss.

¹⁷ Sentencia de la Sala Penal Nacional, en el expediente judicial N° 560-03 (nota 14). “Frente a la objeción de la defensa de que la autoría mediata por dominio en organización no es aplicable a las organizaciones no estatales, pues en ellas no hay deber de obediencia y la transferencia de responsabilidad al superior; debemos puntualizar que tal afirmación no se condice con los planteamientos de *Roxin*, quien desde mil novecientos sesenta y tres ha sostenido que el “dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado” en esencia sólo vienen en consideración dos manifestaciones típicas: a) aparatos estatales que operan al margen de la ley, por lo tanto no opera la obediencia debida, y b) movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes”.

¹⁸ *Ibid*, Considerando Décimo Tercero.

III. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder: fundamentos de la sentencia contra el ex presidente Alberto Fujimori

1. Presupuestos de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder

a) La Sala Penal Especial establece en la parte III, capítulo 2 de su sentencia, los presupuestos materiales para determinar la autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad. Es así que toma como presupuesto general la existencia de un aparato organizado que cuenta con una estructura rígida y jerárquica. La misma que al operar presenta dos características. En primer lugar, hay una asignación de roles para explicar la relación entre el hombre de atrás y el ejecutor directo del hecho delictivo. En segundo lugar, este aparato criminal debe de tener un funcionamiento “autónomo”. Es decir, el autor mediato podrá confiar en que la orden que imparta va a ser cumplida a cabalidad sin la necesidad de conocer al autor inmediato, pues cuenta con un aparato que “funciona automáticamente”, sin que importe el ejecutor material.

b) Bajo ese orden de ideas, para establecer esta forma de autoría en el caso concreto, la sentencia establece los presupuestos de carácter objetivo y subjetivo que se deben cumplir. Así, los presupuestos de carácter objetivo están en relación al poder de mando del hombre de atrás – y las órdenes que imparta en virtud de ese poder –; y a la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico – referido a las conductas típicas que alejan a la organización de la legalidad –. Por su parte, los presupuestos subjetivos responden a la fungibilidad del ejecutor del ilícito penal – es decir, el abanico de potenciales ejecutores con los que cuenta el autor mediato para realizar el delito –; y a la disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho ilícito.

2. Presupuesto General: la existencia de un aparato organizado de poder

a) Como bien señala la sentencia, la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización exige, para la realización del hecho punible, la “existencia previa de una organización estructurada”.¹⁹ En tal sentido, tiene que estar organizada de tal forma que la orden que imparta la cúpula directiva sea cumplida por los ejecutores materiales a través de los distintos compartimentos de la cadena de mando. Es así que esta organización cuenta con una estructura rígida y jerárquica.²⁰ Rígida en cuanto a que la transmisión de órdenes por los “autores de escritorio” es cumplida casi de modo automático por los distintos ejecutores materiales. Y es jerárquica en

¹⁹ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

²⁰ En el mismo sentido, *Suarez Sanchez*, Autoría, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 3ª ed. 2007, p. 335, señala que “El dominio por organización tiene como presupuesto la existencia de una organización estructurada de modo jerárquico y estricto. El dominio del hecho no se da por dominio de la voluntad del ejecutor [...] sino por la posición que el instrumento tiene dentro de la estructura [...]”.

cuanto a que la asignación de determinadas roles dentro de la cadena de mando se cumple de manera estricta.

b) Cabe apreciar además, que no resulta de vital importancia si el autor mediato está ubicado a la cabeza del aparato de poder o en los mandos intermedios del mismo, ya que lo determinante para imputarle responsabilidad penal al sujeto, en calidad de autor mediato, es la autoridad con la que puede dirigir la parte de la organización que le esta subordinada, sin dejar a criterio de terceras personas la realización del acto criminal.²¹ Y es en virtud de esa autoridad, que se le puede atribuir responsabilidad penal a esa cadena de autores intermedios dentro del aparato criminal.²²

c) En ese sentido, para contrastar la responsabilidad del sujeto, no basta solo realizar un análisis de reprochabilidad individual por la conducta antijurídica que realizó. Es preciso situarnos en el contexto de la estructura del aparato organizado de poder para detectar la gravedad del injusto. El mismo que, debido a las características de la organización criminal no puede ser analizado como una forma común de autoría, ya que el hombre de atrás no domina de modo directo al ejecutor material, sino lo hace de un modo indirecto, utilizando para ello la maquinaria criminal. Esto conduce, según *Ambos*, a entender que existe “una responsabilidad en virtud de competencia funcional (como ‘autor de escritorio’, emisor de ordenes, planificador, autor intelectual, etc.), dicho brevemente: a una responsabilidad con base en un injusto de organización de organización en lugar de un injusto individual”.²³

d) Por otro lado, la sentencia también señala como una característica del aparato organizado de poder, la asignación de roles. La misma que explica el nivel de relación entre el autor mediato y el autor material del delito. En ese sentido, la sentencia prefiere utilizar el término “asignación de roles” y no “división de trabajo” ya que este último concepto podría llevar a confusión en el título de imputación, pues alude al elemento subjetivo de la coautoría.

e) Así, la asignación de roles es entendida como una designación de funciones, las mismas que van a realizarse de acuerdo a la posición que tenga el sujeto en la cadena de mando. De esta manera, se aprecia una organización jerárquica que distribuye su actuar delictuoso a través de una intervención vertical en el delito, contraria a las típicas formas de autoría, donde lo que se aprecia es una actuación plural de agentes que comenten hechos punibles en un plano horizontal.²⁴ En tal sentido, el autor mediato distribuye las tareas que importan un comportamiento criminal, las mismas que son retransmitidas a los mandos medios del aparato criminal, donde cada sujeto orienta su comportamiento de acuerdo a

los requerimientos de la organización. Finalmente, son los ejecutores materiales quienes realizan el hecho punible a título de autor directo.²⁵ En efecto, como señala la sentencia de la Sala Penal Especial, se puede apreciar una asignación de roles en la cadena de mando, que va desde el superior jerárquico, el ex presidente Alberto Fujimori, pasando por los mandos intermedios, que vendrían a ser los Directores del Servicio de Inteligencia Nacional, la Dirección de Inteligencia de Ejército y del Servicio de Inteligencia del Ejército; y finalmente, como el último eslabón de la cadena, encargado de perpetrar los crímenes de “Barrios Altos” y “La Cantuta”, se encuentra el Destacamento Colina.

f) Por otro lado, otra característica que señala la sentencia, respecto del aparato de poder que lideró el ex presidente Fujimori, es el funcionamiento autónomo de la organización criminal. Esta categoría hace referencia al modo en que opera un aparato destinado a cometer hechos ilícitos. Así *Roxin*, cuando explica los fundamentos estructurales del dominio de la organización, señala que “una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros”.²⁶ En ese sentido, para la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad, el autor mediato del hecho puede confiar en que se realizarán las orden dispuestas por él. En efecto, es esta vida “autónoma” de la organización la que trasmite la seguridad de que se cumplirán las conductas antijurídicas, sin importar los ejecutores directos y sin que éstos reparen, quién es el sujeto que, en última instancia, dicta la orden ilícita. De esta forma, el Tribunal desestimó lo declarado por los integrantes del Destacamento Colina, quienes en su mayoría, afirmaron desconocer si las órdenes ilícitas provinieron del propio ex presidente Fujimori o del Comandante General del Ejército Peruano, General Nicolás de Bari Hermoza Rios.

g) Es bajo este orden de ideas, que la propia Sala Penal Nacional llega a la convicción de que sí existe un aparato organizado de poder y que el mismo tiene un orden jerárquico y una estructura vertical. En ese sentido, la organización criminal cuenta con un funcionamiento autónomo que le permite desplegar su actuación a través de mandos superior-

²¹ *Roxin* (nota 11), § 24 pp. 275-276.

²² En el mismo sentido, *Meini*, El dominio de la organización en el Derecho Penal, Lima, Palestra, 2008 pp. 27 ss.

²³ *Ambos*, Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, Traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 31.

²⁴ Sobre el plano vertical y horizontal de la actuación delictuosa, ver: *Tiedemann*, Temas de Derecho penal económico y ambiental, Idemsa, Lima, 1999, pp. 172 ss.

²⁵ En tal sentido, Suárez Sánchez comenta que “[el aparato de poder] es, entonces, el medio de la imposición de la orden entre quien la da y el que la ejecuta, no sin antes pasar por los intermediarios, quines con capacidad de mando se las comunican a los subordinados hasta llegar al último eslabón de la cadena, quien habrá de realizar el delito”. *Suarez Sanchez* (nota 20), p. 335.

²⁶ Rocín afirma el funcionamiento “peculiar” de la organización criminal. Y sostiene que ésta “Funciona automáticamente, sin que importe la persona individual del ejecutor. Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, de un régimen dictatorial, que implanta una maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esa situación (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta en los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor.” *Roxin* (nota 11), p. 272.

res, intermedios y de ejecución directa, en claro respeto a la asignación de roles. Así lo describe la sentencia al comentar que “En ese ámbito el encausado Fujimori con su entorno asesor y de apoyo, utilizando los servicios secretos – de inteligencia – del Estado, que por su función se han caracterizado por el compartimentaje de sus órganos o unidades, por la subordinación jerárquica de su estructuras, y por el secreto y la paraclandestinidad de sus agentes y acciones, fue delineando, a la vez que definiendo, objetivos y estrategias especiales de enfrentamiento de la subversión terrorista [...]”²⁷

3. La estructura de la organización criminal Estatal: desde el Destacamento Colina hasta Fujimori

a) Subsumiendo la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad con los hechos materia del proceso penal seguido contra el ex presidente Fujimori, se puede llegar a establecer quiénes y cómo estaba conformada la organización criminal estatal. Destacando en ella la asignación de roles de cada integrante y la funcionalidad autónoma con la que operaba.

Bajo ese orden de ideas, si tomamos en cuenta que en la cúspide del aparato organizado de poder se encontraba Alberto Fujimori,²⁸ la cadena de mando de la organización se encuentra estructurada en el orden siguiente.

b) El encargado de ejecutar las acciones de inteligencia operativa – valga decir, el autor directo de los asesinatos de Barrios Altos²⁹ y Cantuta³⁰ – era el Destacamento Colina. La persona que ejercía inicialmente el comando de este grupo

era el Teniente Coronel del Ejército Peruano – EP –, Fernando Rodríguez Zabalbeascoa, el mismo que tenía bajo su mando al Capitán EP Santiago Enrique Martín Rivas, quien se desempeñaba como Jefe Operativo, y al Capitán EP Carlos Eliseo Pichilingue Guevara, quien tenía el rol de Jefe Administrativo. Ellos dirigían a los agentes de inteligencia operativa – es decir, a los ejecutores – los mismos que se dividieron en tres grupos. Los líderes de estos tres grupos eran Antonio Sosa Saavedra, Julio Chuqui Aguirre, Pedro Guillermo Suppo Sánchez.³¹

c) En una posición más elevada dentro de la cadena de mando se encuentra el Servicio de Inteligencia del Ejército – SIE –, jefaturado en el año 1991 por Víctor Silva Mendoza, y en 1992, por Alberto Pinto Cárdenas. El Destacamento Colina dependía administrativa y funcionalmente del SIE, quien le prestaba sus instalaciones. A su vez, el SIE dependían de la Dirección de Inteligencia del Ejército – DINTE – que tenía como Director, los años 1991 y 1992 – momento en que se cometieron los asesinatos de Barrios Altos y la Cantuta –, al General EP Juan Rivera Lazo.³²

d) Además, la DINTE debía dar cuenta a la Jefatura del Estado Mayor, cuya cabeza, para el año 1991, era el General del EP Nicolás de Bari Hermoza Ríos, quien en 1992 ostentó los cargos de Comandante General del Ejército y Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas – el grado de mando máximo de las Fuerzas Armadas –.

e) De otro lado, la DINTE proporcionaba el apoyo logístico para el desarrollo de las llamadas operaciones especiales de inteligencia – nos referimos a la eliminación de supuestos terroristas –. Así, entregó vehículos, armas de fuego y equipos de comunicación al Destacamento Colina. A esto hay que sumar al apoyo logístico que brindaba el SIE a través de Luis Cubas Portal, Jefe de Administración del SIE, y Federico Navarro Pérez, quien, en su calidad de analista en el Área de Subversión, confeccionaba las notas informativas. A partir de estas notas se planificaba los operativos especiales de inteligencia del Destacamento “Colina”.

f) En ese sentido, la forma de actuar del grupo era al siguiente. Partiendo de la información previamente recogida a través del personal de inteligencia infiltrado en universidades o barrios populares, se elaboraron los planes de operaciones especiales. Posteriormente, estos planes eran aprobados por el DINTE, con la participación de la Comandancia General del Ejército y de acuerdo a las órdenes impartidas por Vladimiro Montesinos Torres – Jefe de facto del Servicio de Inteligencia Nacional – SIN –. Los mismos contaban que con la supervisión del entonces Presidente de la República,³³ Alberto Fujimori. Luego, estas órdenes eran transmitidas por los órganos de línea – la DINTE y el SIE – hasta el jefe Operativo del Destacamento Colina, Santiago Martín Rivas, quien indicaba

²⁷ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

²⁸ Es más, la posición de jerarquía máxima que ostentó el ex presidente Fujimori durante su mandato, como autor mediato de la organización, fue evaluado por la Sala Penal Especial para la imposición de la pena máxima aplicable para el delito imputado. En ese sentido, el tribunal señala que “la condición funcional y de poder que aquél ostentaba, y de la cual abusó para realizar e incluso encubrir los hechos punibles, imponen al órgano jurisdiccional la más grave y severa desvaloración de su actuación ilícita, lo que debe reflejarse en la extensión de la pena concreta, la que debe ser el máximo autorizado por la ley”. Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

²⁹ Sobre el caso “Barrios Altos”, expediente judicial N° 28-2001, la Primera Sala Anticorrupción, encargada de la conducción del proceso contra los mandos intermedios y los ejecutores materiales del delito, no ha emitido un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. El proceso se encuentra en la fase de juicio oral.

³⁰ Sobre el caso “La Cantuta”, expediente judicial N° 03-2003, la Primera Sala Anticorrupción, condenó a Julios Salazar Monroe, ex Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional, SIN, a 35 años de pena privativa de libertad por los delitos de homicidio calificado y desaparición forzada. Asimismo, declaró la culpabilidad de los integrantes del Destacamento Colina por la muerte de los nueve estudiantes y un profesor de la Universidad “Enrique Guzmán y Valle”, “La Cantuta”, imponiendo penas de hasta 15 años de privación de la libertad a sus integrantes.

³¹ Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación denominado “Destacamento Colina”, del agosto de 2003, pp. 43 s.

³² En ese sentido, respecto a la funcionalidad de Destacamento Colina, ver: Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

³³ Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación denominado “Destacamento Colina”, (nota 31), pp. 70-71.

a los agentes de inteligencia operativa, la eliminación de supuestos terrorista.

4. *Presupuestos de carácter objetivo: El poder de mando del hombre de atrás y la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico*

a) El poder de mando, a decir de la sentencia, es una “condición fundamental”³⁴ para que se pueda imputar responsabilidad penal a un sujeto a título de autor mediato por dominio de la voluntad en virtud de una aparato organizado de poder.

b) En ese sentido, la propia sentencia establece un concepto de poder de mando, el mismo que se centra en dos aspectos. En primer lugar, analiza la posición del sujeto activo dentro de la organización, a fin de determinar si el sujeto ostenta un rango de mando alto o si, más bien, está en un nivel intermedio. En segundo lugar, enfoca el concepto de poder de mando al sujeto que tiene la capacidad de impartir órdenes.³⁵ Así, la Sala Penal Especial sostiene que “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”.³⁶

c) Asimismo, el Tribunal deja en claro que el poder de mando se materializa a través de las órdenes, las cuales puede ser explícitas o implícitas. Bajo esa lógica, dichos mandatos serán cumplidos de acuerdo al propio automatismo del aparato de poder, sin que medie para su realización, algún acto de engaño o coacción hacia los autores directos.

d) Bajo esa premisa, nos parece oportuno señalar que el poder de mando no puede confundirse con el error o la coacción del hombre de atrás hacia el ejecutor material, porque de producirse estos supuestos, ya no estaríamos ante un caso de autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, sino ante los otros supuestos de autoría mediata. A saber, el dominio de la voluntad en virtud de error³⁷ y el dominio de la voluntad en virtud de coacción.³⁸ En efecto, *Roxin* es claro en distinguir estas formas de autoría de la que se da en virtud del dominio de un aparato criminal. Así, el jurista alemán, pone como ejemplo el caso del agente

Staschynski en los procesos de Nuremberg seguidos a los miembros del régimen nazi, donde señala que las órdenes se cumplieron, no porque el agente se sintió coaccionado o inducido a error, sino por el dominio de la voluntad que el autor mediato tuvo del hecho. Prueba de ello es que no se encontró caso alguno en que alguien “hubiera sido fusilado por negarse a cumplir órdenes de fusilar. Lo máximo, una nota desfavorable en el expediente, una negación de ascensos o un traslado. No se ha comprobado consecuencias más graves, ni siquiera amenazas de condenar a muerte o de internar en un campo de concentración”.³⁹ Asimismo, referente al dominio de la voluntad en virtud del error, *Roxin* señala que el error sobre la antijuricidad formal en el que cae un sujeto que mata a otro avalado por la orden de un superior, no le otorga al sujeto de atrás, el dominio de la voluntad sobre el hecho ilícito.⁴⁰

e) Por otro lado, la sentencia menciona las distintas formas en que se efectiviza el poder de mando. A saber, el que se ejerce en el nivel estratégico superior y el que se realiza en los mandos intermedios. En el primer caso, es el “autor de escritorio” quien se encuentra en la cúspide del poder quien ejerce su autoridad a los mandos intermedios táctico u operativos. En el segundo caso, son los mandos de nivel intermedio los que efectúan las órdenes a los mandos inferiores, también llamados ejecutores directos del delito. Nuevamente se aprecia aquí, una observación que acotamos líneas arriba, la cual consiste en la verticalidad que tiene el poder de mando dentro de una estructura de poder criminal. Esto, además, se aplica al caso del ex presidente Fujimori, quien en su condición de Jefe Supremos de las Fuerzas Armadas,⁴¹ ejerció el poder de mando en el más alto nivel de la jerarquía estatal.

f) Otro aspecto que corresponde puntualizar es el hecho de que la sentencia identifica los distintos grados de poder de mando que se aprecian en una organización criminal, los mismos que están determinados por la propia verticalidad del aparato y el ámbito de competencia que cada autor tiene sobre el hecho delictivo. Así, la sentencia sostiene que “quien se encuentra en la cúspide de la estructura jerárquica tiene un dominio total del aparato, mientras que el que ocupa la posición intermedia sólo tiene la posibilidad de impartir órdenes en el sector de la organización que le compete”.⁴² Desde ese punto de vista, no dudamos en afirmar que existe no solo grados diferenciados de poder de mando de acuerdo al rol de autor mediato en el aparato, sino que además el grado de reprobabilidad de la conducta antijurídica es proporcional al nivel de mando que dicho autor tiene en la organización criminal.

g) Por otro lado, advertimos que la jerarquía del autor mediato esta en relación inversamente proporcional con la

³⁴ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

³⁵ De similar opinión, *Meini Méndez* (nota 22), p. 31 “El poder de mando significa que podrá ser autor mediato aquella persona que, al interior de una organización que se rige por un marcado principio de jerarquía, tenga la autoridad para dar ordenes y ejerza dicha autoridad para realizar conductas delictivas por intermedio de otros miembros del grupo. [...] Estas ideas bastan para percatarse que el criterio del poder de mando combina: i) autoridad del hombre de atrás frente al resto de miembros del aparato ii) estructura jerárquica del aparato de poder y iii) que la autoridad le permita al hombre de atrás ordenar la ejecución de conductas ilícitas”.

³⁶ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

³⁷ *Roxin* (nota 11), p. 167 ss.

³⁸ *Ibid.*, p. 194 ss.

³⁹ *Ibid.*, p. 271.

⁴⁰ *Roxin* (nota 11), p. 271.

⁴¹ Tanto la vigente constitución de 1993, como la anterior Norma Fundamental del Estado peruano, vigente desde 1980, otorgan al Presidente de la República el cargo de Jefe Supremos de las Fuerzas Armadas y lo facultan a dirigir a las Fuerzas Armadas del Perú.

⁴² Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

ejecución material del hecho, ya que a un mayor nivel jerárquico en el aparato organizado de poder, menos cerca estará a la ejecución del delito.⁴³ Esto cuestiona algunos argumentos esgrimidos por el ex presidente Fujimori, quien señala que no estaba al tanto de los actos de eliminación a supuestos terroristas, pues él solo emitía “directivas de pacificación”, no compitiéndole a él, los excesos que pudieron ocurrir en la ejecución de las mencionadas directivas. En ese sentido, afirma que en su posición de Presidente de la República, no estaba al tanto de lo que pasaba en los órganos de línea inferiores del Ejército peruano.

h) Asimismo, en cuanto al grado de reprobabilidad de la conducta ilícita, la sentencia no solo señala que el “autor de escritorio” ubicado en la cúspide del aparato tiene una mayor responsabilidad penal, en atención al nivel de jerárquica en que se encuentra, frente al autor mediato que ejerce su autoridad en un nivel intermedio de cadena de mando; sino que además, realiza un reproche mayor al titular del poder de mando cuando el origen del mismo parte de un “marco de legitimidad formal”. El fundamento de este desvalor, radica, según la Sala Penal Especial, en el apartamiento del autor mediato del ordenamiento jurídico establecido y que era “la fuente del uso legítimo de su poder”. Además, se parte del hecho de que el hombre de atrás utiliza los mecanismos formales que brinda la legalidad, para crear una organización criminal encubierta de difícil detección por parte de los organismos de prevención y control del delito.⁴⁴ Este punto será profundizado en el punto siguiente, donde mostraremos cómo se modificó el marco legal existente con el fin de dotar de mayores atribuciones al Sistema de Inteligencia Nacional, esto con el fin de establecer una nueva política antisubversiva por parte del ex Presidente de la República.

i) Respecto a la participación accesorio de quien interviene en un aparato organizado de poder, la sentencia señala que estos comportamientos sí son punibles. En ese sentido, si el poder de mando es definido como “todo aquel que esté en una posición específica privilegiada con capacidad de impartir órdenes, responderá a título de autor mediato”,⁴⁵ cabe la imputación a título de partícipe cuando el sujeto no es portador de dicho poder y “actúa en línea periférica o colateral a una cadena de mando”. Así, la sentencia se pone en dos supuestos de intervención accesorio. Uno es el caso de quien se desempeña como mensajero o consejero de las disposiciones entre los autores mediatos de jerarquía intermedia. El otro caso hace referencia a quien con su conducta proporciona los elementos necesarios para la realización del ilícito penal. En

los dos casos se deja constancia de que el partícipe no debe emitir órdenes que importen una autoridad sobre su ámbito de dominio, sino más bien, la participación conlleva a una colaboración para que se efectivicen esas órdenes antijurídicas. En ese sentido, *Roxin* también admite la participación en los delitos cometidos a través de aparatos organizados de poder, afirmando que para que ésta se de, la entidad de las contribución debe ser de tal medida, que no estimule por sí misma la puesta en marcha del aparato organizado de poder.⁴⁶ Bajo ese orden de ideas, el Tribunal señala además dos criterios para definir la complicidad en organizaciones criminales. A saber, la posición real en la que se encuentra ubicado el sujeto activo dentro del aparato de poder y el tipo de contribución que éste realiza al hecho delictivo.⁴⁷

j) En relación al poder de mando en los niveles de jerarquía intermedia, o como los denomina la sentencia “posición de mando a mando”, el Tribunal ha señalado que en tanto los autores cuenten con poder de mando y que sus acciones pongan en funcionamiento la operatividad del aparato, serán responsables del delito que cometan a título de autor mediato por dominio de la voluntad en aparatos organizado de poder. En ese sentido, la Sala Penal Especial insiste en precisar que no pueden ser admitidas, como causa de exclusión de responsabilidad penal, argumentos que apelan a la obediencia debida como “solo se encargó de retransmitir la orden” o “si no lo hubiera hecho otro se hubiera encargado de hacerlo”. En efecto, como señalamos líneas arriba, el poder de mando se expresa en la posición jerárquica que tiene el hombre de atrás y en la autoridad que tiene para impartir órdenes. Así entendido para ostentar poder de mando, no importa la actividad causal de la orden, sino que ésta haya efectivamente puesto en marcha el aparato criminal.⁴⁸ No obstante, la doctrina no es unánime en el título de imputación por el cual deban responder los mandos intermedios,⁴⁹ ya que la relación de los mismos con los mandos de jerarquía alta puede suponer una coautoría basada en la división funcional del trabajo. En ese sentido, *Ambos* afirma que sólo cabe hablar de autoría en los casos en que los intervinientes pertenecen al “vértice de la organización” del aparato de poder. En el caso de los agentes intermedios, ellos no tienen el poder de la organización, sino

⁴³ En el mismo sentido *Roxin* (nota 11), p. 274. Respecto a los elementos materiales del dominio de la organización “mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuando más alejado de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato”.

⁴⁴ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

⁴⁵ Loc. cit.

⁴⁶ *Roxin* (nota 11), p. 276. bajo ese orden de ideas, sostiene que “Naturalmente, no se quiere decir que en los delitos cometidos en el marco de maquinarias de poder organizadas no quepa la complicidad. Cualquier actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria más bien solo puede fundamentarse en la participación. Aquel que simplemente interviene aconsejando, quien sin tener mando proyecta planes de exterminio quien proporciona medios para asesinar...son por lo general, únicamente cómplices, al igual que el delator que se encuentra fuera de la maquinaria solo es inductor [...]”.

⁴⁷ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

⁴⁸ *Ibid.*, fojas 638.

⁴⁹ Sobre la discusión del la autoría mediata y la coautoría respecto a los mando medios, ver: *Ambos*, en: Salazar Sánchez (coord.), *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Lima, Idemsa, 2007, pp. 82-87.

que, a lo sumo, “pueden dominar parte de los sucesos dentro del aparato”. Razón por la cual responderán a título de coautores.⁵⁰

k) Finalmente, para completar el tratamiento del poder de mando en la sentencia contra el ex presidente Fujimori, consideramos importante resaltar la definición y la clasificación que brinda el Tribunal sobre el concepto de orden. Así, la orden se entiende como “un mandato que dispone la realización de un hecho o misión y que debe cumplir el subordinado en atención a la posición y jerarquía funcional de quien la transmite”.⁵¹ Entendida así, una orden debe de tener la suficiente entidad para modificar el comportamiento del subordinado. No valdrá por tanto entender como orden, meras afirmaciones vagas. No obstante, la propia sentencia advierte que la orden puede ser tanto escrita, como verbal. Incluso señala que los gestos y hasta los signos pueden constituir una orden. Frente a estos, consideramos que esta manifestación de voluntad debe ser evaluada en cada caso concreto y ser admitida como orden, solo si, desde una perspectiva ex ante, se puede llevar a la conclusión de certeza de que con su realización se busca poner en funcionamiento el aparato criminal.

Bajo ese orden de ideas, la sentencia distingue dos planos en cuanto a las órdenes que el autor mediato puede impartir. El plano de las órdenes formales, que adquieren tal virtud en función de directivas y disposiciones. Y las órdenes materiales, las cuales se constituyen por su efectividad material como señas, expresiones o acciones concretas.⁵² Para el caso materia de análisis, nos encontramos ante un aparato organizado de poder que implantó directivas a nivel formal, pero que en paralelo realizaba acciones al margen del Derecho. Es más, el ex presidente Fujimori envió mensajes a través de la prensa donde indica cuál es fue su real política antisubversiva. Así, afirmó que “Como presidente de la República y bajo mi comando directo, no daré ninguna tregua a los terroristas, y garantizo que hasta la culminación de mi mandato, el mismo 28 de julio del 95, esta lucha se hará sin temores, sin treguas, con estrategia y con firmeza”⁵³(subrayado nuestro). Frases como éstas no eran aisladas, ya que el mismo discurso se repetía en los mensajes a la nación ante el Congreso de la República. Así el ex presidente Fujimori afirmó que “Se están eliminando los focos terroristas de 8 universidades en Lima, Callao, Huacho, Ica, Puno y Huancayo. Las universidades volverán a la normalidad y tendrán en las Fuerzas Ar-

mas la mejor garantía de sus actividades académicas e incluso gremiales [...] Debo mencionar también a *La Cantuta*, alma mater de muchos maestros, donde existían dos pabellones enteros con la estructura deteriorada por los sismos, y donde los senderistas alojaban a sus huéspedes cuando éstas pasaban por Lima. La infiltración terrorista era poco menos que oficial en los claustros. La acción del gobierno no se dejó esperar. Se demolieron ambos pabellones y el Ejército incurrió con éxito en la Universidad para mantener y garantizar el orden”⁵⁴ (resaltado nuestro).

l) Por otro lado, de acuerdo a la Sala Penal Especial, otro presupuesto objetivo que fundamenta la autoría mediata en aparatos de organizados de poder en virtud del dominio de la voluntad es la desvinculación – o apartamiento – de la organización criminal del ordenamiento jurídico.

m) En esa perspectiva, cabe preguntarse, qué debe entenderse por apartamiento del Derecho, de acuerdo a lo prescrito por la sentencia. De esta forma, si apreciamos que el Estado crea normas jurídicas para regula el comportamiento de los individuos en la sociedad, y que a la vez, estas pautas de conducta tienen una estrecha relación con normas de carácter internacional, la desviación del ordenamiento jurídico significa que “la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional”.⁵⁵ En ese sentido, *Roxin* afirmó en su momento que lo determinante para establecer el apartamiento del Derecho es que “el aparato funciona como una totalidad fuera del ordenamiento jurídico”.⁵⁶

n) No obstante, llama la atención que la sentencia se base en un planteamiento expuesto por *Roxin* en la década de 1980,⁵⁷ ya superado por el propio autor en la actualidad, en donde señalaba que la desvinculación de Derecho debía ser entendida como el apartamiento total de la organización al ordenamiento jurídico. Es de extrañar también que la propia sentencia cite obras recientes de *Roxin*,⁵⁸ en donde ya el autor plantea que solo basta que el hecho delictivo – y no la organización en su conjunto- se realice al margen del Derecho. En ese sentido, como señala Meini, si bien en un principio *Roxin* afirmó que la desvinculación del ordenamiento jurídico requería que toda la organización se encuentre al margen de la legalidad, ya en posteriores contribuciones, y luego del intercambio de ideas entre autores alemanes sobre la naturaleza de

⁵⁰ *Ibid.*, p. 94.

⁵¹ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

⁵² *Ibid.*, foja 638.

⁵³ Diario *La República*, 15-diciembre de 1992. Esto se condice con lo dicho una semana después de los asesinatos en el caso “La Cantuta.”, a través de un mensaje a la nación, con motivo de los atentados terroristas al distrito de Miraflores en el departamento de Lima, donde el ex Presidente Fujimori expreso: “nadie tiene derecho a quitarnos lo que es nuestro. Por eso, dijo, aquellos que desangren nuestro país, que matan a nuestros hijos, y que destruyen aquello que no han construido, para esclavizar al Perú, van a ser eliminados. Ellos y su veneno. Este es mi compromiso”. Diario *La República*, 25- jul-1992.

⁵⁴ Mensaje a la nación, ante el congreso nacional, el 28 de julio de 1991.

⁵⁵ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

⁵⁶ *Roxin*, Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder, 1985, p. 407.

⁵⁷ Ver numeral 734º, cita 1096 de la Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

⁵⁸ En las citas 1100 y 1101 de la Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6), se mencionan como textos de referencia para su argumentación las obras de *Roxin* de La Autoría mediata por dominio en la organización. En Problemas Actuales de Dogmática Penal [Traducción de Manuel Abanto Vásquez], y Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. En: Revista Penal número dos; de ediciones de 2004 y 2008, respectivamente.

este presupuesto, ahora *Roxin* entiende que el apartamiento de del Derecho “se refiere únicamente a los hechos cometidos en autoría mediata y no al resto de acciones que se producen dentro de la organización”.⁵⁹

o) Así, si el aparato organizado adecua su actuación en los márgenes de la legalidad, pero ocurre que un mando superior jerárquico imparte órdenes antijurídicas particulares, no estaremos en una autoría bajo la modalidad analizada, ya que no basta una orden desvinculada del Derecho para que se configure la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder. Es necesario que los hechos que realizan los autores directos por orden del superior jerárquico sean contrarios al Derecho. Bajo ese orden de ideas, si un general de las Fuerzas Armadas imparte a sus subalternos la orden de asesinar a campesinos de la localidad X, no estaremos ante un caso de autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder – acaso ante una autoría mediata por coacción o error –, sino ante un caso de inducción. Puesto que, la mera “iniciativa particular” no pone en marcha el aparato de poder, tan solo muestra una conducta antijurídica, pero no la desvinculación del ordenamiento jurídico de todo el aparato de poder. En palabras de *Roxin*, “[...] en tales casos no se actúa con el aparato, sino contra él, quedando excluidos de entrada del ámbito del posible dominio de la organización”.⁶⁰

p) Asimismo, el Tribunal recoge las manifestaciones típicas que establece *Roxin* respecto al apartamiento del Derecho.⁶¹ A saber, las que parten desde el Estado y las organizaciones secretas o bandas criminales. Respecto de las primeras, son aquellos que ostentan el poder del Estado y que se basan en organizaciones subordinadas para cometer los ilícitos penales. Respecto a este supuesto es bueno analizar si lo que se entiende por Derecho son las normas positivas de un ordenamiento interno, que se basan en una norma fundante, desde la cual parte una pirámide jerárquica de normas rango legal e infralegal- de acuerdo a la teoría pura del derecho de Kelsen⁶² –. O si por el contrario hay un trasfondo valorativo detrás de este concepto, donde por Derecho se entiende no solo las normas jurídicas, sino un conjunto de valores sociales que comparte la comunidad internacional. Así descrito, coincidimos con *Roxin* en declarar que hay valores fundamentales, como los Derechos Humanos, que atraviesan transversalmente los ordenamientos jurídicos internos y sirven de base para la construcción de bienes jurídicos individuales y colectivos que son comunes a todos los pueblos de la tierra.⁶³ En ese sentido, el Estado peruano se concibe como protector

de los derechos fundamentales y respetuosos de la dignidad humana.⁶⁴

Otro supuesto que reconoce la sentencia y el propio *Roxin*, es el apartamiento del Derecho en organizaciones clandestinas o secretas. En palabras de este último, dichas agrupaciones representan “un Estado dentro del otro Estado”.⁶⁵ En ese sentido, dicho movimientos clandestinos actúan al margen de la legalidad aplicando en su accionar códigos internos que vulneran las disposiciones legislativas del Estado. Como ya mencionamos líneas arriba,⁶⁶ el Partido Popular Comunista Sendero Luminoso estaba constituido bajo una estructura rígida, la misma que orientaba sus fines vulnerando normas jurídico-penales.

q) Por otro lado, la sentencia es categórica en sostener que no se admite la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en estructuras que funcionan en el mundo empresarial. Es el caso del jefe que da una orden antijurídica a una persona que está bajo su cargo. La respuesta que espera el Derecho es la negativa del funcionario a acatar dicha orden, en el caso de que conozca la ilicitud de su conducta – en caso contrario estaremos ante una autoría mediata en virtud del error –. Así, el título de imputación que da *Roxin* en este supuesto no es el de autor mediato, sino el de inductor.⁶⁷

r) Sin embargo, la formulación del apartamiento del Derecho como presupuesto esencial para la configuración de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, ya ha sido puesta en tela de juicio por la doctrina nacional. No solo por quienes sostiene, desde el funcionalismo sistémico, que toda actuación criminal comporta en sí un alejamiento del ordenamiento jurídico,⁶⁸ sino también por aquellos quienes lo consideran como un elemento no esencial para la configuración de la autoría mediata.⁶⁹ Asimismo, desde la doctrina internacional, *Ambos* afirma que “la utilidad práctica de este criterio no es evidente, pudiendo-

⁶⁴ El artículo 1° de la Constitución peruana señala que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

⁶⁵ *Roxin* (nota 11), p. 278.

⁶⁶ Ver *supr.* § 6.

⁶⁷ *Roxin* (nota 11), p. 729.

⁶⁸ *Caro Jhon*, Ponencia brindada en el marco del Conversatorio “Análisis jurídico penal de la sentencia contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori”, organizado por el Instituto de Ciencia Procesal Penal, el 29 de mayo de 2009. En dicha disertación el ponente afirmó que el ex Presidente de la República debió ser condenado a título de autor, por infringir tanto deberes negativos como deberes especiales de conducta, en atención al cargo que ostentaba.

⁶⁹ *Castillo Alva*, Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Lima: Ara editores, 2003, pp. 621-625. El autor sostiene que el requisito del apartamiento del Derecho “no debe desaparecer ni quedar desacreditado por completo”. Sino, que debe de pasar de ser un presupuesto esencial para convertir un criterio de “control exterior” para la aplicación de esta modalidad de autoría mediata.

⁵⁹ *Meini Méndez* (nota 22), p. 47.

⁶⁰ *Roxin* (nota 11), p. 277.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 277-278.

⁶² *Kelsen*, Introducción a la Teoría Pura del Derecho, Editorial Grijley, Lima, 2001.

⁶³ *Roxin* (nota 11), p. 277. Respecto a este punto, señala que: “Solo manteniendo ligados a esos titulares [del poder] a ciertos valores fundamentales comunes a todos los pueblos civilizados tenemos la posibilidad de declarar delictivas y punibles las acciones de los órganos supremos estatales que violen los derechos humanos”.

se prescindir de él”.⁷⁰ En ese sentido, el autor sostiene su crítica señalando que existen aparatos organizados de poder que desarrollan conductas sin desvincularse del Derecho escrito, “positivo” y que infraccionan, a lo mucho el Derecho “suprapositivo”, entendido este último como Derecho natural.

5. La instalación de una nueva política antisubversiva a través de la dotación de mayores competencias a los aparatos de inteligencia nacional

a) En la sentencia materia de análisis se condenó al ex presidente Alberto Fujimori por estar a la cabeza de un aparato criminal estatal que violó sistemáticamente los derechos humanos, a través de la aplicación de una estrategia de guerra sucia, tendiente a eliminar a supuestos elementos subversivos.⁷¹ Así, la Sala Penal Especial, sostiene que “el acusado ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas”⁷² (subrayado nuestro).

En ese sentido, el ex presidente Fujimori, por intermedio de su asesor Vladimiro Montesinos Torres, sacó provecho de la jerarquía y rigidez que poseen las Fuerzas Armadas del Perú – y en mayor medida el Ejército Peruano – y las utilizó como medio funcional para realizar los crímenes de Estado. Asimismo, hizo lo propio con los aparatos de inteligencia nacional, los cuales se instrumentalizaron para instaurar una nueva política antisubversiva. Es así que el ex presidente Fujimori asumió desde el comienzo de su gobierno – julio de 1990 – la conducción de la estrategia antisubversiva de las Fuerzas Armadas, perfilada a finales de la década de 1980, e impulsó iniciativas legislativas para complementarla e implementarla, a partir de 1991.⁷³

b) En particular, el ex presidente Fujimori se basó en las leyes del año 1980 para desarrollar, en un primer momento, su estrategia antisubversiva. Estas normas fueron, la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional – Decreto Legislativo N° 270 – y la Ley del Servicio de Inteligencia Nacional – Decreto Legislativo N° 271 –. Ambas normas de 10.2.1984.

c) Es importante analizar las mencionadas leyes pues durante su vigencia se cometieron los asesinatos de Barrios Altos. De esta forma, el Decreto Legislativo N° 270 señalaba que el Sistema de Inteligencia Nacional formaba parte del Sistema de Defensa Nacional y tenía por finalidad el desarrollo de actividades de inteligencia que contribuyan a la seguridad de la nación – artículo 1 –. Este Decreto Legislativo señalaba también, que “la inteligencia estratégica es producida para el Presidente de la República y organismos del Sistema de Defensa Nacional” – artículo 3 –. De igual modo, la misma norma estableció que “El presidente del Consejo Superior de Inteligencia depende del Presidente de la República” – artículo 10 –, cargo que ostentaba el ingeniero Alberto Fujimori. De igual manera, el Decreto Legislativo N° 271 indicaba en su artículo 1 que el Servicio de Inteligencia Nacional “es el órgano del Sistema de Inteligencia Nacional que proporciona inteligencia estratégica en los campos de acción no militares. Depende directamente del Presidente de la República y la responsabilidad política corresponde al Presidente del Consejo de Ministros”. Como se aprecia, la normatividad vigente al momento de realizarse los asesinatos de Barrios Altos estableció que hubo un Sistema de Defensa Nacional que coordinaba las acciones contrasubversivas. Y que en la cúspide de ese sistema estaba el entonces presidente Alberto Fujimori.

d) En ese sentido, es importante analizar también el cambio que realizó Alberto Fujimori de la normativa sobre inteligencia nacional antes apuntada. Las modificaciones concedieron al ex Presidente Fujimori un dominio aún mayor sobre los aparatos de inteligencia nacional, lo que le permitió tener el poder de mando del Sistema de Defensa Nacional, y por tanto, dirigir la política antiterrorista.

e) En ese orden, luego de 9 días de ocurrido los hechos de Barrios Altos, es decir el 12.11. 1991, se modificó las leyes anteriormente mencionadas y se incorporó al ordenamiento legal el Decreto Legislativo N° 746,⁷⁴ Ley del Sistema de Inteligencia Nacional. Este Decreto Legislativo concede mayores atribuciones a los aparatos de inteligencia nacional en comparación con los Decretos Legislativos N° 270 y N° 271. En ese sentido, el artículo 3 del Decreto Legislativo

⁷⁰ Sobre la discusión del la autoría mediata y la coautoría respecto a los mando medios, ver: *Ambos* (nota 49), p. 94.

⁷¹ Sobre la política antisubversiva, el Tribunal sostiene que esta tuvo “La estrategia específica acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas. En el nivel táctico, el patrón operativo para la aplicación de tal estrategia partía de recolectar información sobre los focos subversivos así como sus componentes, para, luego, eliminarlos con operaciones especiales de inteligencia a cargo de unidades especializadas del SIE. Las cuales serían adscritas y supervisadas por el SIN, con el apoyo logístico y coordinación de la Comandancia General del Ejército”. Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6), foja 654.

⁷² Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6).

⁷³ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6), foja 186.

⁷⁴ En ese sentido, el Informe de la Comisión de la sobre el Destacamento Colina, es categórico en señalar que la nueva Ley del Sistema de Inteligencia Nacional “[...] potencia el poder del Servicio de Inteligencia Nacional que en adelante será el organismo central y rector del Sistema de Inteligencia Nacional, tendrá rango ministerial, estará encargado de producir, integrar, dirigir, coordinar, controlar y realizar actividades de inteligencia y contra inteligencia requeridas para la seguridad y defensa nacional. El artículo 7° de esta ley establecía que el SIN depende directamente del Presidente de la República. Según lo dispuesto por el artículo 10° corresponde al SIN las funciones de desarrollar acciones de *inteligencia operativa* frente a los diversos factores de perturbación que afectan la Seguridad Nacional y la Defensa Nacional y aprobar el plan anual de actividades de los respectivos órganos de inteligencia conformantes del Sistema de Inteligencia Nacional [...]” (nota 30), p. 13.

Nº 746 señala que el Presidente de la República encabeza el Sistema de Defensa Nacional, y es él, quien dirige las políticas de Estado en temas de subversión. Asimismo, la regulación advierte que la inteligencia operativa producida por los órganos de base debe de ser retransmitida al Jefe de Estado. Esta llamada “inteligencia operativa”, no es otra cosa que las actividades de campo u operaciones cuerpo a cuerpo, donde las fuerzas militares enfrentan a los miembros o supuestos miembros subversivos.

f) Por otro lado, el artículo 7 del Decreto Legislativo Nº 746 prescribió que el Sistema de inteligencia Nacional – SIN –, donde se desempeñaba como jefe de facto Vladimiro Montesinos Torres, es el organismo central y rector del Sistema de Inteligencia Nacional. Es más, el mencionado Decreto Legislativo señala que el SIN tiene rango ministerial y se encarga de producir, integrar, dirigir, coordinar, controlar y realizar la inteligencia operativa. Además, advierte la norma, “depende directamente del Presidente de la República”. Es más, la propia norma textualmente asegura la fungibilidad del aparato de poder, al señalar en el artículo 8 que “El SIN para el adecuado cumplimiento de su misión y de las funciones asignadas, cuenta con una organización interna basada en la flexibilidad y funcionalidad que le permita readecuarse eficaz y oportunamente en relación con sus objetivos” (subrayado nuestro). Además, el artículo 12 de la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional dispone que el Jefe del SIN es la máxima autoridad del Sistema de Inteligencia Nacional y está encargado de “la aplicación de las estrategias y políticas para la pacificación nacional”. En ese sentido, de acuerdo a la norma analizada, el Jefe del SIN es designado por el Presidente de la República.⁷⁵

g) Frente a esto, el Congreso de la República concluyó que el mencionado Decreto Legislativo Nº 746 lesionaba el orden democrático, por lo que procedió a derogarlo a través de la Ley Nº 25399, publicada el 10.2.1992. Sin embargo, tras el llamado auto golpe de Estado de 5.4.1992, donde el propio ex presidente Fujimori disolvió el Congreso de la República y estableció el llamado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional⁷⁶, se expidió el Decreto Ley Nº 25635, de 21.7.1992, el mismo que derogó la Ley Nº 25399 e incorporó una nueva Ley del Sistema de Inteli-

gencia Nacional. Lo curioso de esta nueva ley es que restituyó íntegramente el contenido del derogado Decreto Legislativo Nº 746. De esta forma se volvió a dar vigencia a una norma contraria al Estado de Derecho, la misma que otorgaba poder de mando al ex presidente Fujimori para establecer su política antisubversiva, que según la propia sentencia, fue contraria a los Derechos Humanos. Todo esto no hace más que corroborar, a juicio del Tribunal, que Fujimori no solo conocía el accionar del aparato criminal, sino también que tuvo el poder de mando de este aparato criminal estatal.

h) Otro argumento más que abona la tesis de que fue Fujimori quien dotó de mayor poder a los órganos de inteligencia, lo brinda un miembro del Destacamento Colina acogido a la confesión sincera. Así, en la confesión sincera de Gómez Casanova en el expediente judicial 28-2001, caso “Barrios Altos”, de fecha 29.8.2006, el confeso resalta el hecho de que fue en el gobierno del ex presidente Fujimori donde se otorgaron mayores atribuciones al servicio de inteligencia: “En principio hay una directiva única para el funcionamiento del sistema de inteligencia del Ejército que se llama DURSIE y dentro de esa DURSIE hay una organización como funciona el Sistema de Inteligencia, el Sistema de Inteligencia del Ejército es parte del Sistema de Inteligencia Nacional sino que en los años anteriores al año noventa (90) el SIN veía solamente la parte política, los aspectos políticos, pero a partir del noventa (90) cuando entra el presidente Fujimori esa, el Sistema de Inteligencia Nacional, que es el encargado de velar toda la defensa nacional, integra todos los servicios, a todos los Sistemas de inteligencias, es decir, entonces integra todos y se hace la integración de información ahí”. (Subrayado nuestro)

Esta afirmación es confirmada por el propio Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, General de EP Nicolás Hermosa Ríos, quien ostentó el más alto rango de las fuerzas castrenses desde 1992 hasta 1999. En ese sentido, no solo afirma el poder de dirección del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), sino también, que el mismo, estaba bajo el poder de mando del Presidente de la República, que por mandato constitucional, era el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas.⁷⁷

⁷⁵ Como señalamos en la cita 25, el ex Jefe de SIN, Julio Salazar Monroe, fue encontrado culpable a los delitos cometidos por el Destacamento Colina. El título de imputación por el que se le condenó fue de autor mediato por dominio de la organización.

⁷⁶ Tras el auto golpe creo un Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, que tuvo como uno de sus principales objetivos: “Pacificar el país, dentro del marco jurídico *que sancione en forma drástica a los terroristas y narcotraficantes*, para así garantizar un clima de paz y tranquilidad que haga posible las inversiones nacionales y extranjeras [...] En tanto se mantenga esta situación de transitoriedad quedan en suspenso los artículos de la Constitución que no sean compatibles con los objetivos del gobierno” (mensaje a la nación del presidente del Perú, Alberto Fujimori Fujimori el 5 de abril de 1992, subrayado nuestro).

⁷⁷ “La estrategia Política del Gobierno necesariamente tenía que pasar por el Sistema de Inteligencia Nacional, en tal sentido era imprescindible dar eficacia a los servicios de inteligencia de los Institutos Armados y de la Policía Nacional sobre la base de un orden jurídico compatible a todos estos organismos. Inicialmente se dictó el Decreto Legislativo Nº 746 que reestructuraba el Sistema de Inteligencia Nacional, el mismo que posteriormente fue sustituido por el Decreto Ley Nº 25635, ratificándolo como consubstancial a la Defensa Nacional y, como tal, de carácter integral, a desarrollarse en todos los campos y niveles de la actividad nacional. Los niveles donde se debía producir tenían que abarcar precisamente el Nacional. El de Dominio o Campo de Actividad y el Operativo, destinados al Presidente de la República en su calidad de Presidente del Consejo de Defensa Nacional. [...] Este organismo, *el SIN, se convertiría en el órgano directriz de la Inteligencia Nacional* que en ocasiones pasó a

6. *Presupuestos de carácter subjetivo: fungibilidad del ejecutor y la elevada disponibilidad que tiene frente el hecho delictivo*

a) El primer requisito subjetivo que plantea la sentencia como presupuesto de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder es la fungibilidad del autor material del delito. Esta fungibilidad, a decir de la sentencia, debe ser entendida “como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso”.⁷⁸ Nótese que el Tribunal hace referencia al término “fungibilidad” y no “intercambiabilidad” cuando se refiere al autor directo de la organización criminal. Esta diferencia de orden semántico, mas no valorativo, es considerada por autores nacionales⁷⁹ y extranjeros⁸⁰ para mencionar que fungible es lo que se consume con el uso, por lo que debe preferirse el término “intercambiable” o “sustituible” al hacerse referencia al ejecutor del delito.

b) Fuera de precisiones terminológicas, lo cierto es que *Roxin*, desde que planteó la autoría mediata en virtud de aparatos de poder, ha defendido la fungibilidad del autor directo como base del dominio de la voluntad del hombre de atrás en la organización criminal.⁸¹ Bajo este supuesto, dicho autor alemán establece tres posibilidades por las cuales el autor mediato domina la voluntad del autor material con el objetivo de que éste realice conductas penalmente reprochables, sin que aquél intervenga directamente en los actos típicos. Las dos primeras, el engaño y la coacción, son formas de autoría mediata que no corresponden a la modalidad que estamos analizando. La otra modalidad es que el agente pueda ser “cambiable a voluntad”. En este supuesto el autor es libre y conciente de su actuar delictuoso, por lo mismo, responde a título de autor directo. Sin embargo, para *Roxin*, “estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como una persona individual libre y responsable, sino como una figura anónima y sustituible”.⁸²

ser el centro principal de las tareas de inteligencia. [...] Por esta razón juzgo como medular su presencia anónima y a veces injustamente tratada por la opinión política. Este organismo, conforme a la estructura diseñada dentro del Sistema de Defensa Nacional tiene como elementos de apoyo a la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE), la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea (DIFAP), la Dirección General de Inteligencia del Ministerio del Interior (DIGIMINT), la Dirección de Inteligencia de la Policía Nacional del Perú (DIRIN) y la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), que producen una inteligencia integrada y bajo Unidad de Comando cuya ‘cabeza’ es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas.” (subrayado nuestro). Cf. *Hermosa Rios*, Fuerzas Armadas del Perú. Lecciones de Oro, p. 269.

⁷⁸ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6), foja 644.

⁷⁹ *Meini Méndez* (nota 22), p. 34

⁸⁰ *Suarez Sanchez* (nota 20), p. 35.

⁸¹ *Roxin* (nota 11), p. 272.

⁸² *Ibid.*, p. 273.

c) De esto se deduce que el autor directo es una pieza de recambio que está al servicio del hombre de atrás para cometer ilícitos penales, o lo que es lo mismo “un engranaje – sustituible en cualquier momento – en la maquinaria de poder”.⁸³ Asimismo, la posibilidad de sustituir al autor directo de la organización criminal le permitirá al autor mediato una mayor posibilidad de que se lleve a cabo la orden dada por él y se cumpla con el resultado descrito en la norma penal, pues al confiar en la sustitución del autor material, se asegura el cumplimiento de las órdenes impartidas desde el vértice del aparato de poder.

d) Por otro lado, la Sala Penal Especial establece dos clases de fungibilidad, en atención a la posibilidad de sustituir al autor directo dentro de la organización. A saber, la fungibilidad positiva y la fungibilidad negativa. En el primer caso, estamos ante el supuesto de *Roxin* que analizamos líneas arriba, respecto al hecho de que el autor mediato cuenta con un número suficiente de autores materiales que aseguren el éxito del resultado típico. En el sentido antes descrito, la sentencia sostiene que la fungibilidad negativa se aprecia en el caso de que “una posible abstención de la persona interpuesta para realizar los designios delictivos del plan criminal de la organización que le fueron asignados, no impedirá que aquellos sean materializados”.⁸⁴ Así, por ejemplo, frente a la imposibilidad de que el autor A cometa el delito Z, se alza la figura del autor B que pueda realizar la conducta típica, y de no ser B quien la ejecute, está el autor C quien puede realizar la conducta punible y así sucesivamente. Este es el caso de los controladores del Muro de Berlín o de los ejecutores del nacionalsocialismo. En cuanto uno de ellos, dice *Roxin*, se negaba a cumplir la orden, simplemente era reemplazado.⁸⁵ De esta forma, dicho autor afirma la “posibilidad ilimitada de reemplazar al autor inmediato”,⁸⁶ bajo el criterio de la fungibilidad. Frente a esto, la propia sentencia cita a Bolea Bardón en el sentido de que no debe entenderse la fungibilidad como la capacidad ilimitada de autores directos que van a cometer el hecho típico, sino como la disponibilidad de contar de antemano con autores “dispuestos a cumplir las órdenes dictadas por los superiores jerárquicos, con independencia que serán solo unos pocos los que las ejecuten”.⁸⁷ En el caso de la fungibilidad positiva, el hombre de atrás cuenta también con una pluralidad de ejecutores para poder realizar la conducta criminal. En ese sentido, el aparato de poder no pierde funcionalidad en la ejecución de su plan delictivo porque el autor de escritorio va poder escoger entre los ejecutores materiales, aquél o aquellos que cuenten con una mayor aptitud de realizar un determinado delito.

e) No obstante, el concepto de fungibilidad, como presupuesto de la autoría mediata en aparatos de poder, ha sido

⁸³ Loc. Cit.

⁸⁴ Sentencia de la Sala Penal (nota 6), foja 645.

⁸⁵ *Roxin* (nota 10).

⁸⁶ *Roxin* (nota 10).

⁸⁷ *Bolea Bardón*, Autoría mediata en Derecho Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 396. Cit. en Sentencia de la Sala Penal (nota 6), fojas 645-646. En la misma línea de argumentación, *Castillo Alva* (nota 69), pp. 621.

objeto de no pocas críticas. En efecto, se esgrime contra ella que en los casos en que el instrumento tiene una característica especial que lo hace irremplazable, la fungibilidad no operaría. En efecto, en los casos en que el ejecutor directo es indispensable para realizar la conducta antijurídica, ya sea por su alto nivel de especialización o por su cercanía al objeto de lesión, la fungibilidad deviene en imposible. En estos casos, *Roxin* señala que el título de imputación que cabe imponer no es la autoría mediata sino la inducción.⁸⁸

En eses sentido, Suárez Sanchez sostiene que el “punto débil” de la construcción de *Roxin* radica en la doble clasificación que se le otorga a la conducta del ejecutor directo, ya que por un lado, se acepta que es un agente conciente, libre y penalmente responsable y por el otro, se le niega tal libertad al considerársele un instrumento fungible del autor mediato.⁸⁹ Igualmente, hay quienes sostienen que la influencia de la orden del autor mediato sobre el instrumento es prueba de la inducción, mas no de la autoría mediata.⁹⁰ Es más, en esa línea, hay quienes advierten que la fungibilidad del autor material no es suficiente para fundamentar el dominio del hecho.⁹¹ Incluso, cierta parte de la doctrina nacional⁹² y el actual Presidente del Poder Judicial, el Dr. Javier Villa Stein, rechazan la autoría mediata por entender que los instrumentos son sujetos plenamente responsables.⁹³

f) Estas críticas han llevado a que el propio *Roxin* reconozca que la fungibilidad no es aplicable para todos los casos y que no se debe buscarse en ella una “receta patentada que pretenda validez para todos los casos imaginables”.⁹⁴

g) Finalmente, la sentencia sostiene como segundo presupuesto subjetivo para configurar la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, la predisposición del ejecutor al hecho ilícito. En ese sentido, el Tribunal considera que este requisito está en relación a la “predisposición psicológica” que tiene el autor ma-

terial a cumplir con el plan de la organización delictiva. Así, este cuarto criterio que *Roxin* ha denominado “disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho”⁹⁵ se constituye como la aproximación subjetiva que tiene el ejecutor a la organización delictiva.⁹⁶

Bajo ese orden de ideas, el autor material está especialmente motivado por los objetivos de la organización criminal y plenamente identificado con la estructura de jerárquica que la misma ostenta. Así, a diferencia del autor particular, que actúa como autor directo de un ilícito cualquiera, el ejecutor inmediato realiza la conducta antijurídica con una especial motivación y disposición al hecho criminal, sintiéndose él representante de un aparato de poder estructurado de manera jerárquica y vertical. En ese sentido, la sentencia sostiene que “el ejecutor está más cohesionado e identificado con el aparato de poder, por lo que se encuentra mucho más dispuesto a realizar los designios ilícitos de éste que cualquier otro delincuente común”.⁹⁷

h) Otra característica que se desprende de la elevada disponibilidad del ejecutor al hecho delictivo, es el conocimiento que tiene el autor inmediato de que el hecho ilícito que realiza no le pertenece tanto a él, como sí a la organización de la cual forma parte. En efecto, como admite la sentencia, “si no se sintiera ni actuara, pues, como parte integrante de esta estructura, difícilmente hubiese cometido el hecho por su iniciativa y riesgo propios”.⁹⁸ Esto tiene especial relevancia para el análisis del caso ya que, los miembros del Destacamento Colina, autores directos de los hechos criminales, seguramente no hubieran cometido dicho asesinatos, sino hubiesen formado parte de las operaciones especiales de inteligencia, las mismas que tenían como objetivo, la eliminación física de presuntos subversivos terroristas. En ese sentido, el ex integrante del Destacamento Colina, el efectivo Ortiz Manta señaló lo siguiente: “Yo tomé conocimiento de ello [la finalidad del Destacamento Colina] los primeros días de enero de 1992 en que me reuní con el capitán Martín Rivas y él me dice que el destacamento de inteligencia era para realizar operaciones especiales y que dentro de estas se encontraban la captura, neutralizar y/o eliminar delincuentes terroristas fehacientemente comprobados y que teníamos todo el apoyo del comando [...]”.⁹⁹

⁸⁸ *Roxin* (nota 10). “Cuando el Servicio Secreto de un régimen criminal o el director de una organización terrorista, para realizar un atentado, escogen a una persona que es la única que posee el Know-how necesario para la ejecución o que es el único con acceso a la víctima, no se presenta la autoría mediata, en tanto los hombres de atrás no se convierten en autores mediatos a través de la presión coactiva que ejercen”.

⁸⁹ *Suarez Sanchez* (nota 20), pp. 328.

⁹⁰ *Hernández Plasencia*, La autoría mediata en el Derecho penal, Granada, Comares, 1996, p. 274 ss.

⁹¹ *Cerezo Mir*, Obras completas, Tomo I, Lima, Ara editores, 2006, pp. 1087-1088; ver también *K. Ambos*, La parte general del derecho penal internacional, Bogotá (Temis), 2006, pp. 220 ss.

⁹² *Villavicencio Terreros*, Extradición y autoría mediar, en: *JuS Jurisprudencia*. Edición de Octubre N° 5, Lima, editorial Grijley, 2007, p. 81, sostiene que “Nos inclinamos a afirmar que en estos casos, en los que el ejecutor se le puede estimar como un autor enteramente responsable, no se presenta la autoría mediata strictu sensu”.

⁹³ *Villa Stein*, Derecho Penal. Parte General, Lima, editorial San Marcos, 1998, pp. 302 ss.

⁹⁴ *Roxin* (nota 10).

⁹⁵ *Roxin*, dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, 2006, p. 19. cit. en Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6), foja 649.

⁹⁶ Esto ha llevado a Meini a afirmar que afirma que “Estos tres elementos, [en alusión al poder de mando, fungibilidad y la desvinculación del Derecho] serían ahora insuficientes. Después de más de 40 años se empieza a reconocer la necesidad de valorar de manera distinta el dominio de la organización, y que esta nueva valoración ha devenir de la mano del criterio de la disponibilidad del ejecutor para llevar a cabo órdenes ilícitas”. *Meini Méndez* (nota 22), p. 62.

⁹⁷ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6), foja 650.

⁹⁸ *Ibid*, foja 650.

⁹⁹ Colaboración eficaz de Ortiz Mantas en el marco del proceso penal recaído en el expediente 28-2001, el mimos que juzga a los mando intermedio y ejecutores directos del caso

i) Así, de acuerdo a lo establecido por la Sala Penal Especial, en el desarrollo de la política antisubversiva propuesta por el ex presidente Fujimori, se muestra al Destacamento Colina como instrumentos fungibles del aparato criminal estatal. Y que en efecto, gracias a la elevada disponibilidad de los ejecutores materiales al hecho criminal, se pudo cometer los delitos materia de la acusación, en los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”. Así, la sentencia es categórica en señalar que “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 intermedio”.¹⁰⁰

IV. Valoración crítica de la tesis de la coautoría

1. Como se sabe, frente a la propuesta de atribuir responsabilidad penal en virtud de aparatos de poder a título de autor mediato, establecida por *Roxin*, se opone la tesis de la responsabilidad del superior a título de coautor, establecida por *Jakobs*.¹⁰¹ Así, este último sostiene, que para el caso de la responsabilidad penal de los altos mando del régimen Nacionalsocialista, el fundamento de atribución a título de autoría mediata es “tan superflua como nociva”,¹⁰² si se quiere cimentar en ella la responsabilidad penal de los superiores que asesinaron a los judíos. Bajo ese orden de ideas, sostiene que la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder es nociva porque en el tiempo del tercer Reich, los intervinientes se asociaban en vínculos organizacionales, no siempre de carácter forzoso, para cometer los ilícitos penales. En tal sentido, su actuar constituye un hacer común ya que “solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones conjuntivas”.¹⁰³ Asimismo, se afirma que la autoría

mediata es superflua porque, en palabras de *Jakobs* “con la autoridad objetiva, la teoría subjetiva no hace más que crear la base para construir una voluntad de autor de todos modos irrelevante, mientras que la teoría del dominio del hecho en la versión de que las aportaciones son necesarias después del comienzo de la tentativa, vuelve a eliminar mediante la autoría mediata esta restricción innecesaria por su parte”.¹⁰⁴

2. Por otro lado, *Jakobs* comparte las críticas anteriormente expuestas sobre la fungibilidad de los autores materiales del delito. Así, sostiene que durante la violencia que se vivió durante el Nacionalsocialismo, no todos los ejecutores eran intercambiable, tal es el caso del agente Stachinskij. Sobre este punto ya hemos comentado que el propio *Roxin* reconoce que en caso de una especial vinculación entre el ejecutor y la probable víctima, en donde la presencia del primero fuese condición sine qua non para que se cometa el hecho ilícito, la imputación penal es a título de instigador y no de autor mediato.¹⁰⁵

3. Asimismo, cuestiona el nivel de jerarquía del hombre de atrás, al señalar que éste no tiene un lugar definido dentro de la cadena de poder. En ese sentido, *Jakobs* se pregunta quién es el autor medito ¿solo el “Führer”, el ministro competente, el jefe de Departamento de la Oficina Superior de Seguridad del Reich, etc., descendiendo hasta el comandante del comando ejecutor?¹⁰⁶ Antes bien, está crítica ha sido respondida por el propio *Roxin*, al explicar que el autor mediato es aquel que cuenta con la autoridad para dirigir la organización que está subordinada a él, sin dejar a criterio de terceras personas la realización del acto criminal.¹⁰⁷

4. En igual sentido, se critica la adopción de la autoría mediata para justificar el reproche penal aduciendo que la acción final la realiza un sujeto plenamente responsable, advirtiéndose que escapa a la figura de la autoría mediata la intervención dolosa del ejecutor material. Ante esto, *Roxin* afirma que el dominio de la acción del autor directo y el dominio de la voluntad del hombre de atrás se basan en distintos presupuestos.¹⁰⁸ El primero domina la acción material del hecho ilícito, mientras que el segundo domina el aparato organizado.

5. La respuesta de *Roxin*, criticando el título de imputación propuesto por *Jakobs* y a favor de la autoría mediata, apunta a que no se presentan los elementos dogmáticos que configuran la coautoría.

“Barrios Altos”. En el mismo sentido, la confesión sincera de Atuncar Cama, agente del Destacamento Colina, prestada en el mencionado expediente, es clara en sostener que los crímenes realizados eran parte de un plan de inteligencia, ideado desde la cúspide del aparato organizado de poder. Así “[el objetivo del destacamento Colina era] detectar, capturar y/o eliminar elementos terroristas en especial a Abimael Guzman y su cúpula, es decir se nos informaba que el trabajo que íbamos a realizar era de aniquilamiento de elementos terroristas, que íbamos a asumir el riesgo que significaba y lo que integrábamos el grupo ya no podíamos retirarnos, era una elite del Ejército, y que su Plan de Operaciones estaba aprobado desde el más alto nivel [...]” (subrayado nuestro).

¹⁰⁰ Sentencia de la Sala Penal Especial (nota 6), foja 654.

¹⁰¹ *Jakobs*, Derecho Penal. Parte General, aducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano Gonzáles de Muriello, Madrid, editorial Marcial Pons, 1995, pp. 783 ss. Sobre esta posición ver también *Ambos* (nota 12), pp. 27 s. con ulteriores referencias.

¹⁰² *Jakobs* (nota 101), p. 784.

¹⁰³ *Jakobs* (nota 101), p. 784.

¹⁰⁴ *Jakobs* (nota 101), p. 784.

¹⁰⁵ *Roxin* (nota 10). “Cuando el Servicio Secreto de un régimen criminal o el director de una organización terrorista, para realizar un atentado, escogen a una persona que es la única que posee el Know-how necesario para la ejecución o que es el único con acceso a la víctima, no se presenta la autoría mediata, en tanto los hombres de atrás no se conviertan en autores mediatos a través de la presión coactiva que ejercen”. Ver también *Ambos* (nota 12), pp. 26 s. con ulteriores referencias.

¹⁰⁶ *Jakobs* (nota 101), cita 190.

¹⁰⁷ En el mismo sentido, *Meini*, El dominio de la organización en el Derecho Penal, Lima, Palestra, 2008 pp. 27 ss.

¹⁰⁸ *Roxin* (nota 10).

En primer lugar, se cuestiona la presencia del elemento subjetivo de la coautoría, esto es, la resolución común del hecho delictivo. Así, en aparatos de poder estructurados jerárquicamente, el autor directo del hecho se encuentra alejado del hombre de atrás, tanto por su relación funcional, como por la propia ejecución material del hecho delictivo. Por tanto, no existe un acuerdo previo y común en torno a la comisión del hecho típico, ya que, entre otras cosas, el cumplimiento de la orden por un subordinado no puede entenderse como una decisión consensuada. En ese sentido, *Roxin* afirma con acierto que “*Jakobs*, consecuentemente, renuncia por completo al criterio de la resolución común del hecho, pero con ello sacrifica – atentando contra la ley – la necesaria ‘comunidad’ de la comisión”.¹⁰⁹

En segundo lugar, no se da la realización conjunta del hecho criminal. En estructuras de poder, no se aprecia que el autor de escritorio y el autor material del hecho, realicen de manera coordinada la conducta típica. Es más, es por la separación espacio-temporal entre el momento de la planificación del ilícito y su concreción, que la coautoría fracasa, ya que si la dogmática penal exige que para que se configure la coautoría, la cooperación entre autores debe brindarse en la fase ejecutiva, y esta contribución esencial se da en una instancia previa, no estamos propiamente ante la realización del hecho por coautoría. Así entendido, la contribución del hombre de atrás se restringe a la planificación y la motivación del acto criminal, no a su ejecución, que corresponde al autor directo. Caso contrario, como bien apunta *Roxin* “la resolución del hecho sería una ejecución, y la inducción una coautoría, lo cual no sería compatible con la concepción legal de las formas de participación”.¹¹⁰ Incluso, tampoco se presenta otro requisito fundamental de la coautoría, como es la división del trabajo entre los autores, ya que el “autor de escritorio”, como señalamos líneas arriba, planifica el hecho ilícito, por lo que deja la ejecución del mismo, a los órganos de línea inferiores.

En tercer lugar, al plantearse la coautoría como título de imputación en una organización criminal, se pierde de vista que el aparato de poder está organizado verticalmente, con órganos de línea que retransmiten órdenes a través de una cadena de mando. No estamos ante una estructura horizontal, donde los coautores trabajan “codo a codo”. Así, al tratar de difuminar la línea que separa estructuras dogmáticas ontológicamente distintas se corre el riesgo de socavar las bases de la punibilidad del Estado de Derecho.

V. Conclusiones

1. El valor de la sentencia contra Alberto Fujimori no solo radica en el hecho de identificar y articular los presupuestos para la imputación jurídico penal de un hecho a título de autor mediato, sino que además, representa un valioso esfuerzo por construir una categoría dogmática que permita la punición de crímenes vinculados a los derechos fundamentales de la persona.

Así, la Sala Penal Especial, a través de un análisis de subsunción entre los hechos que realizó el ex presidente Alberto Fujimori y el tipo penal de asesinato, descrito en el artículo 108 del Código penal peruano, ha llegado a establecer el grado de organización y de pertenencia de Alberto Fujimori a una aparato organizado de poder que, desde el Estado peruano, procedió a implementar una política antisubversiva que violó sistemáticamente los Derechos Humanos.

2. En esa línea, el Tribunal ha llegado a sostener “más allá de toda duda razonable”, que existió una organización criminal, la cual estuvo liderada desde el nivel más alto del Estado, por el propio presidente de la República del Perú, en su calidad de autor mediato. Y que además contó con el Destacamento Colina como ejecutor material de los crímenes de Barrios Altos y la Cantuta. Así, se asignó roles a las diversas autoridades del Ejército peruano para que cumplan con los planes dispuestos por los altos mandos del gobierno, de tal forma que se estableció una cadena de mando que retransmitió las directivas de gobierno y consintió las graves violaciones a los derechos fundamentales.

3. A este presupuesto general de imputación jurídico-penal a título de autor mediato, en virtud de aparatos de poder, se suman los presupuestos objetivos y subjetivos que se han desarrollado en la presente contribución. De esta forma la Sala estableció como presupuestos objetivos el poder de mando del autor mediato, que se define como la capacidad de dar órdenes o asignar roles a los mandos de jerarquía inferior, y el apartamiento del Derecho del aparato de poder, esto último entendida como la actuación al margen de la legalidad de los hechos ilícitos cometidos por el aparato. De igual modo, los presupuestos subjetivos tienen también dos características. Por un lado, la fungibilidad del instrumento, que como comentamos, comprende no solo la disponibilidad de ejecutores potenciales de la comisión de un delito, sino además la posibilidad de que el autor mediato cuente con los “mejores elementos” para realizar la conducta típica. Por otro lado, se configura la disponibilidad del ejecutor al hecho ilícito, que le permite al ejecutor inmediato realizar la conducta antijurídica con una especial motivación y disposición al hecho criminal, al estar inserto en una estructura de poder.

4. Es así que con la incorporación jurisprudencial de los presupuestos de atribución de responsabilidad penal, a título de autor mediato en organizaciones criminales que se originan desde el Estado, se avanza notablemente en la sistematización de esta figura en la dogmática penal. Lo cual permite establecer, con mayor claridad, los límites de punición en un Estado Social y Democrático de Derecho.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

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

De Prof. Dr. Percy García Caverro, 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.anuariocdh.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

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

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.

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 avaluables 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.

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 perpetua (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 marcos, 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 (subjetiva) 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 executor 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 executor 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 executor 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 executor al hecho fue admitida por la Sala Especial de la Corte Suprema como complemento de la fungibilidad del executor.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 executor 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 executor 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).

La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori

De Prof. Dr. Raúl Pariona Arana, Lima, Perú*

I. Preliminares

Uno de los grandes aportes de la ciencia penal alemana al Derecho penal internacional es, con seguridad, la teoría de la autoría mediata por organización. Esta teoría, cuyo fundador es el profesor alemán *Claus Roxin*, ha posibilitado el juzgamiento, en la calidad de autores, de diversos dictadores en diferentes partes del mundo que valiéndose de aparatos de poder ordenaron la comisión de múltiples crímenes.

Esta teoría ha demostrado, una vez más, su utilidad práctica en el juzgamiento del ex gobernante peruano Alberto Fujimori. El 7.4.2009 la Corte Suprema del Perú condenó al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como *autor mediato* de crímenes contra la humanidad por el asesinato y posterior desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta), por la muerte de diecisiete personas en una quinta del distrito limeño de Barrios Altos, y por el secuestro de un empresario y un periodista. Para fundamentar el tipo de participación criminal que desplegó el ex mandatario peruano, la sentencia se basó en la *teoría de la autoría mediata por organización*.

La Sentencia contra Fujimori tiene un significado histórico para el Perú. Es importante no solamente porque es la primera vez que se procesa penalmente y condena a un ex gobernante, sino porque consolida en la jurisprudencia peruana la teoría de la autoría mediata por organización como la figura dogmática más adecuada para juzgar crímenes de Estado. Pero además, con seguridad, la relevancia de esta sentencia trasciende nuestras fronteras y se constituye en una de las más importantes del Derecho penal internacional. En las líneas que siguen se realiza un análisis de la sentencia, en especial de la fundamentación dogmática de la autoría mediata por organización hecha por la Corte Suprema peruana.

II. Origen, desarrollo y consolidación de la teoría de la autoría mediata por organización

La teoría de la autoría mediata por organización fue fundada por *Claus Roxin* en 1963. Sobre la base del criterio del dominio del hecho elaboró una tesis que permitiría imputar responsabilidad penal a título de autores a aquellos que sin ejecutar los hechos directamente se limitaban a dar las órdenes para su comisión. El problema que hasta entonces se presentaba era determinar cómo se podía hacer responsable al hombre de atrás por hechos que había realizado otra persona plenamente responsable. *Roxin*¹ propuso la siguiente solución: el “hombre de atrás” domina la voluntad del ejecutante si da una orden de ejecución del hecho punible a través de un aparato de poder. El autor no necesita aquí coaccionar o engañar al ejecutor, incluso ni siquiera conocerlo, pues el aparato de poder organizado garantiza por sí solo la ejecución del hecho punible, ya que en caso de incumplimiento de la orden por

parte de un determinado ejecutante, hay siempre otro que lo reemplazará en la ejecución.²

La teoría fue desarrollada y ampliada por *Roxin* en posteriores trabajos.³ En la actualidad, según su opinión, para afirmar una autoría mediata en los casos objeto de estudio debe presentarse, en primer lugar, un “poder de mando sobre la organización”. Este dominio supone en el agente la capacidad de dar órdenes que deben cumplirse para el funcionamiento mismo de la organización, siendo indiferente el nivel jerárquico que ocupa el agente, ya que únicamente importa que domine la parte de organización a él sometida. En segundo lugar, la organización de la cual se sirve el hombre de atrás debe encontrarse “al margen del Derecho”. Pertenecen a este tipo de organización los aparatos de poder estatales, organizaciones criminales comunes, como también organizaciones terroristas. En tercer lugar, en la organización en concreto debe existir la posibilidad de reemplazar al actor inmediato, es decir, debe concurrir la *fungibilidad* del ejecutor. El actor inmediato sería solamente una figura intercambiable, un “engranaje” reemplazable en la maquinaria del aparato de poder.⁴ Finalmente, como cuarto elemento que ha sido desarrollado en sus últimos trabajos sobre el tema, *Roxin* considera que debe concurrir una “alta disposición al hecho del ejecutor”.⁵

En el panorama actual, la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización se ha impuesto en la doctrina y constituye opinión dominante no sólo en Alemania,⁶ sino también en gran parte de los países de tradición romano-germánica.⁷ En el Derecho penal internacional⁸ tampoco ha pasado desapercibida. Su influencia en este ámbito ha sido tal que, conforme lo pone de relieve *Satzger*⁹, habría

² *Roxin*, Strafrecht (nota 1), § 25 n. 107.

³ Cfr. *Roxin*, in: Hoyer et al. (eds.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, p. 387 y ss.

⁴ Cfr. *Roxin*, Täterschaft (nota 1), pp. 224 y s.

⁵ *Roxin* (nota 3), p. 387 y ss.

⁶ *Roxin* ofrece un informe detallado sobre estado de la discusión en la doctrina alemana, en: Täterschaft (nota 1), pp. 704 y ss.

⁷ En el Perú son relevantes los trabajos de *Meini*, El dominio de la organización en el derecho penal, Lima 2008; *Montoya Vivanco*, en: Hurtado Pozo (ed.), Problemas fundamentales de la parte general del código penal, Lima Friburgo 2009, p. 61 y ss. Para una detallada referencia de la doctrina nacional e internacional que sigue esta teoría véase mis trabajos en: La autoría mediata por organización, Lima 2009.

⁸ Cfr. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2ª ed. 2008, § 7 n. 23 y ss.; *el mismo*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung, 2002/2004, p. 568; *Kreß*, GA 2006, 307; *Radke*, GA 2006, 350; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2ª ed. 2008, § 14, n. 43; *Vest*, ZStW 113 (2001), 457; *Vogel*, ZStW 114 (2002), 427; *Werle*, Völkerstrafrecht, 2003, n. 407.

⁹ *Satzger* (nota 8), § 14 n. 43, 89. *Satzger* hace referencia a la teoría del “autor detrás del autor” desarrollada por *Roxin* en

¹ *Roxin*, GA 1963, 193 (200); *el mismo*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed. 2006, pp. 242 y s.; *el mismo*, Strafrecht, Allgemeiner Teil 2, 1ª ed. 2003, § 25 n. 45 y s.

sido asumida expresamente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Por su parte *Ambos*¹⁰ señala que el Derecho penal internacional reconoce una autoría mediata incluso si el ejecutor actúa con plena responsabilidad penal. Este reconocimiento expreso se deja ver en el Art. 25, apartado 3 a) del Estatuto de Roma, en los siguientes términos: “De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”.

III. La autoría mediata por organización en la jurisprudencia

La fuerza convincente de esta teoría también ha motivado su aceptación por parte de la jurisprudencia. En Alemania ésta ha sido asumida por la Corte Suprema en su famosa sentencia¹¹ contra los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática de Alemania en el caso de los disparos del muro y, desde aquel entonces, en otras sentencias de gran trascendencia. En nuestra región son importantes las resoluciones emitidas por los tribunales argentinos que juzgaron a la cúpula militar que gobernó ese país. También lo es la sentencia de extradición en el caso Fujimori emitida por la Corte Suprema de Chile que asume expresamente la autoría mediata por organización. En el plano internacional, un último pronunciamiento de relevancia que asume la teoría es la decisión¹² de confirmación de cargos de la Sala de Cuestiones Preliminares del Tribunal Penal Internacional en el caso Katanga.¹³

En el Perú tenemos como antecedentes varias sentencias emitidas por Salas Superiores de Justicia y aquellas emitidas por la Corte Suprema. Como precedentes de importancia deben señalarse la sentencia en el caso “Fujimori y el falso fiscal” y la sentencia y ejecutoria suprema en el caso de Abimael Guzmán, líder de la organización terrorista Sendero Luminoso. En estas resoluciones se observa que la Corte Suprema del Perú ya había asumido antes la teoría de la autoría mediata por organización como una doctrina válida para nuestros tribunales.

En la primera sentencia, el alto tribunal peruano juzgó el comportamiento delictivo del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, quien había ordenado a un subordinado usurpar la función fiscal y de este modo allanar ilícitamente un domici-

lio. Al valorar el caso,¹⁴ la Corte Suprema discutió si correspondía calificar el comportamiento del ex presidente como autoría mediata por dominio de organización o como inducción. Para ello asumió y delineó los requisitos de concurrencia de la forma de autoría mediata por dominio de organización, estableciendo que eran requisitos de concurrencia “la efectividad de una *“organización estructurada jerárquicamente”* donde exista un conjunto de piezas o *instrumentos (intercambiables o fungibles)*, que cumplen una función determinada, constituidas para acatar o ejecutar las órdenes de las personas con poder para impartirlas”.¹⁵ Sin embargo, pese a presentarse los presupuestos de esta forma de autoría, la Corte decidió sancionar el comportamiento del ex presidente únicamente como inducción al delito de usurpación de funciones.¹⁶ Pese a ello, esta sentencia es de importancia para la jurisprudencia peruana, pues es la primera vez que la Corte Suprema asume como válida para la jurisprudencia peruana, la teoría de la autoría mediata por organización, pese a no aplicarla en el caso concreto.

En el segundo caso, al cual se ha hecho referencia párrafos arriba, la Corte Suprema¹⁷ del Perú vuelve a asumir, desarrollar, fundamentar y, esta vez sí a *aplicar* por primera vez la doctrina de la autoría mediata por organización. En este caso se juzgó las acciones terroristas realizadas por el líder de la organización denominada “Sendero Luminoso”, Abimael Guzmán Reinoso. A este líder terrorista se le imputaba haber ordenado el asesinato de diversas personas, siendo el más conocido el asesinato de los pobladores de Lucanamarca, un distrito en los andes peruanos. Los ejecutores directos eran miembros de dicha organización y formaban parte de su brazo armado. En sus consideraciones, la Corte asume expresamente la teoría de la autoría mediata por organización y declara la responsabilidad penal de Abimael Guzmán Reinoso como *autor mediato*, argumentando que como miembro del comité central habría dado la orden de dar muerte a los sesenta y nueve comuneros de Lucanamarca, los que habrían sido ejecutados por los miembros del comité Regional Cangallo-Fajardo de dicha organización, subrayando que “los que dieron las órdenes resultan ser autores mediatos y los ejecutores los autores directos.”¹⁸ El tribunal asume expresamente la doctrina de la autoría mediata por dominio de organización en los términos que fue fundamentada y desarrollada por *Claus Roxin*. Conforme a ello, se indica “tres son los requisi-

GA 1963, 193 ff. en la que *Roxin* trata la autoría mediata por organización.

¹⁰ *Ambos*, Internationales Strafrecht (nota 8), § 7 n. 25.

¹¹ BGHSt. 40, 218 que se remonta al 26.7.1994.

¹² Decisión N° ICC 01/04 – 01/07 del 30.9.2008 que resuelve la confirmación de cargos en el proceso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui (ver: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>).

¹³ Sobre la discusión internacional ver el trabajo de *Ambos*, en: Nollkaemper/Van der Wilt (eds.), *System Criminality in International Law*, CUP 2009, pp. 127-157, en especial p. 142 y ss.; *Jessberger/Geneuss*, *Journal of International Criminal Justice* 2008, 853-869, en especial 859 y ss.

¹⁴ Sentencia de fecha 11.12.2007, Exp. N° 13-03.

¹⁵ Sentencia en el Exp. N° 13-03, pp. 74 y s.

¹⁶ La Fiscalía Suprema, por el contrario, sostuvo que el ex presidente era responsable como “*autor*” mediato del delito de usurpación de funciones. Cfr. Dictamen N° 1545-2007-MP-FN-FSCA de fecha 12.11.2007. La decisión de la Corte Suprema, que confirma la sentencia, afirma igualmente la responsabilidad de Fujimori Fujimori como inductor, indicando que se trata de un “autor moral”, cfr. Ejecutoria 17-2008 de fecha 10.4.2008, Exp. AV-13-03, p. 15.

¹⁷ Ejecutoria RN. N° 5385-2006 de fecha 14.12.2007.

¹⁸ Ejecutoria RN. N° 5385-2006, p. 35. La resolución contiene un voto a favor de la coautoría sustentado por el magistrado supremo Javier Villa Stein, p. 151 y ss.

tos para que se configure el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados: a) organización con estructura jerarquizada rígida, b) fungibilidad de los ejecutores inmediatos y c) apartamiento del ordenamiento jurídico. El análisis de lo actuado, en opinión mayoritaria de este colegiado, permite concluir que en el presente caso se tiene configuradas las condiciones antes reseñadas, y por lo tanto, los protagonistas de los hechos deben responder a título de autores mediatos”.¹⁹

Finalmente, la actual sentencia contra Fujimori por haber ordenado el asesinato y desaparición forzada de diversas personas consolida en la ciencia y la jurisprudencia nacional e internacional la teoría de la autoría mediata por organización como la más adecuada estructura dogmática para juzgar crímenes cometidos desde y mediante aparatos organizados de poder.

IV. La concepción de la Corte Suprema del Perú sobre la autoría mediata por organización

La sentencia de la Corte Suprema que ha encontrado responsable a Fujimori por crímenes de lesa humanidad se ha basado en la teoría de la autoría mediata por organización. La particular fundamentación es expuesta en el parágrafo tercero del capítulo segundo de la tercera parte de la sentencia referida a los fundamentos jurídicos penales.²⁰ En el indicado parágrafo titulado “la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados” la sentencia – en clara asunción de las tesis del profesor *Claus Roxin* – presenta la siguiente fundamentación: la autoría mediata por organización tendría como soporte fundamental la “existencia previa de una organización estructurada”, vertical y jerarquizada. Ésta debe poseer “una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional.”²¹

Según la Corte, dos serían las características de esta organización. La primera característica sería la “asignación de roles”²² que designaría la “relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones”. La segunda característica sería el “desarrollo de una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes”;²³ cuyo fundamento “no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el “mecanismo funcional del aparato”, esto es, su “automatismo” o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo.” Producto de esto, “el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se va a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediata-

to”, este “funcionamiento automático del aparato” sería aquello que “realmente garantice el cumplimiento de la orden.”²⁴

Para la sentencia, la autoría mediata por organización requiere de la presencia de “presupuestos y requisitos funcionales”. Estos serían i) el poder de mando; ii) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; iii) la fungibilidad del ejecutor inmediato; y iv) la elevada disposición del ejecutor hacia el hecho. La Corte clasifica a su vez estos requisitos en dos niveles, un nivel objetivo y un nivel subjetivo. El primero comprendería al “poder de mando” y “la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder”. El poder de mando “resulta trascendental para materializar el dominio de la organización”, mientras que la desvinculación del derecho “le dará mayor solidez a este dominio”. Basada en estas características, la sentencia califica a ambos como “el soporte básico que permitirá al nivel estratégico superior (autor mediato) edificar y consolidar su dominio sobre la totalidad de la estructura criminal.”²⁵ Por otra parte, el nivel subjetivo comprende a “la fungibilidad del ejecutor directo” y su “elevada disponibilidad hacia la realización del hecho”. Estos elementos permitirían inferir “que la actuación del ejecutor directo dependerá finalmente de su propia voluntad a la realización del hecho. En cambio, la no ejecución por éste del evento criminal, conllevará a su fungibilidad o sustitución por otra persona interpuesta que tenga una mayor predisposición a la realización del hecho típico.”²⁶

V. Consideraciones sobre la fundamentación de la autoría mediata por organización realizada en la Sentencia

La asunción de la teoría de la autoría mediata por organización hecha por la Corte Suprema es un paso importante en el desarrollo de nuestra doctrina jurisprudencial y consolida esta forma de autoría en nuestro medio. Pese a este importante paso en el desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre esta figura dogmática, la fundamentación realizada no está exenta de algunas apreciaciones críticas.

Sobre la admisión del “Poder de mando” y el “apartamiento del derecho” como presupuestos de la autoría mediata por organización – que la sentencia califica de “soporte básico”²⁷ – no queda sino saludar la sentencia. Ésta constituye pues el camino correcto en la fundamentación. Es más, debe subrayarse que justamente en el desarrollo y fundamentación de estos dos presupuestos radica la contribución más importante de la sentencia. Allí se indica de modo correcto, siguiendo la doctrina más moderna, que el dominio que el hombre de atrás ejerce en la materialización del resultado criminal radica en el poder de mando que tiene sobre la organización la que se encuentra al margen del derecho.

La sentencia señala que el primer elemento (“objetivo”) “*poder de mando*” es condición fundamental, para imputar autoría mediata en el marco de un aparato de poder organizado.²⁸ Esto es correcto. La sentencia²⁹ profundiza y afirma que

¹⁹ Ejecutoria RN. N° 5385-2006, pp. 36 y s.

²⁰ Sentencia de fecha 7.4.2009, §§ 723 y ss. (en adelante la “Sentencia”).

²¹ Sentencia, § 726.

²² Sentencia, § 726.

²³ Sentencia, § 726.

²⁴ Sentencia, § 726.

²⁵ Sentencia, § 728.

²⁶ Sentencia, § 728.

²⁷ Sentencia, § 728.

²⁸ Sentencia, § 729.

el poder de mando es “la capacidad del nivel estratégico superior – del hombre de atrás – de impartir órdenes o asignar roles a aquella parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar. El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando *órdenes*, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato, es decir, sin que sea necesario que quien ordena deba además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores.”

Se afirma correctamente que el poder de mando constituye un elemento objetivo. Esto es evidente y no precisa mayor argumentación. La asunción del elemento “poder de mando” como “*presupuesto*” del dominio por organización es también correcta, pues el poder de mando es el elemento fundamental que fundamenta la autoría mediata por organización. Con este elemento se revela pues lo que en trabajos anteriores he denominado de un lado³⁰ como el dominio concreto sobre la organización y, de otro lado, he señalado que “el elemento fundamental de la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización lo constituye el dominio sobre la organización”.³¹ El poder de mando es sin duda el elemento que expresa de manera fáctica este dominio.

El segundo elemento (“objetivo”) fundamentador de la autoría mediata por organización mencionado en la sentencia es el “apartamiento del Derecho”.³² Al respecto, acierta la sentencia cuando afirma que este elemento se trata de un “*presupuesto*”. Igualmente, la inclusión de este elemento en un nivel objetivo no merece objeción alguna. Se debe resaltar como positivo el desarrollo que sobre este elemento realiza la sentencia. La sentencia indica que “la admisión de la autoría mediata del nivel estratégico superior quedará condicionada a que las órdenes de este estamento sean dictadas en el marco de una organización que opera al margen del ordenamiento jurídico del “Estado de Derecho”.³³ Luego refiere, “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; 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.”³⁴ La sentencia indica pues que el caso evaluado (el de Alberto Fujimori) se trataría de un gobierno de facto por razón de su ejercicio, es decir, de “aquellos que fueron instituidos con las formalidades estipuladas en la Constitución, pero que luego se van expresando, manifestando y conduciendo fuera de ella o contra lo previsto por ella”.³⁵

En este marco conceptual, se identifica al “Derecho” como “un sistema u ordenamiento jurídico representado por un *conjunto coordinado de normas generales y positivas que regulan la vida social*. El Estado, como comunidad, define un orden normativo. Este orden normativo sólo puede ser un orden jurídico, aquél 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.”³⁶ Apoyándose en *Roxin*, la sentencia³⁷ indica que el apartamiento del Derecho se presenta “no sólo en delitos cometidos por órganos del Estado o aparatos del poder estatal, sino también sería aplicable a los casos de “criminalidad organizada no estatal” y en muchas “formas de aparición del terrorismo”. Únicamente se debería excluir a los casos de criminalidad empresarial”.

De otro lado, en la fundamentación que la Corte Suprema hace de la autoría mediata por organización aplicada en su sentencia, se afirma la existencia de un “nivel subjetivo” el cual incluye a la *fungibilidad* y a la *elevada disposición al hecho del ejecutor*. Según la sentencia, la *fungibilidad* constituye un presupuesto de carácter subjetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.³⁸ Se menciona que la fungibi-

²⁹ Sentencia, § 729.

³⁰ JuS Jurisprudencia 2008, 164.

³¹ JuS Doctrina & Practica 2007, 45.

³² Crítico con este criterio *Ambos*, La parte general del derecho penal internacional, Montevideo Uruguay 2005, p. 234 y ss. En la p. 234 se puede leer: “[...] el criterio de la desvinculación del derecho, tal como fue entendido originalmente por *Roxin*, esto es, en el sentido de un aparato organizado de poder que está fuera del ordenamiento jurídico, es superfluo para la fundamentación del dominio por organización”; en la p. 239: “[...] considero que en nuestro contexto el criterio de la desvinculación del derecho sigue siendo prescindible.” También *Meini* (nota 7), pp. 47 y ss., en especial en p. 61: “el criterio de la desvinculación del ordenamiento jurídico carece de importancia como elemento del dominio de la organización”.

³³ Sentencia, § 735.

³⁴ Sentencia, § 735.

³⁵ Sentencia, § 736.

³⁶ Sentencia, § 733.

³⁷ Sentencia, § 734.

³⁸ Sentencia, § 737.

lidad ha sido “entendida, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso.”³⁹

Lo que inmediatamente salta a la vista es que el elemento “fungibilidad” no constituye en realidad un elemento subjetivo, sino que por el contrario se trata de un presupuesto objetivo. La fungibilidad no es un elemento interno, un estado de la mente humana o de la psiquis del hombre, como lo podrían ser el dolo o algunas formas de tendencias internas criminales (“*animus*”). La fungibilidad es reemplazabilidad, posibilidad de cambio de ejecutores. Según la teoría, fungibles serán los ejecutores directos del crimen, pues en caso no cumplan las órdenes criminales existirán otros ejecutores que los reemplazarían en la ejecución. Esta reemplazabilidad tiene carácter objetivo, pues en el caso concreto los ejecutores existen o no existen; esto no depende de la mente humana.

Otro aspecto que debe ser apreciado críticamente es que la sentencia admite erróneamente a la fungibilidad como “*presupuesto*” de la autoría mediata por organización, es decir, le asigna una función fundante de la autoría mediata, lo que implicaría, a su vez, que su ausencia provocará que no se configure esta forma de autoría, es decir, si en el caso concreto se comprueba que los ejecutores no eran reemplazables, entonces no se configurará una autoría mediata. Con todo, esta postura de la sentencia debe ser criticada, pues la jurisprudencia internacional nos muestra que existen constelaciones de crímenes mediante aparatos de poder donde no hubo fungibilidad, como los casos de organizaciones criminales donde los ejecutores son sujetos con conocimientos especiales que no son susceptibles de ser reemplazados fácilmente. Sin embargo, como ya lo indiqué en anteriores trabajos,⁴⁰ esta característica no debe llevar a negar la autoría de quienes dan las órdenes desde las altas esferas de poder. La fungibilidad es una *característica* de la autoría mediata por organización pero no es un presupuesto de ella, es decir, no es un elemento fundante. ¡La fungibilidad acompaña – por lo general – a esta forma de autoría pero no la fundamenta!

La sentencia menciona finalmente a la “elevada disposición al hecho” como el cuarto presupuesto de la autoría mediata por organización. Este elemento tendría igualmente, carácter subjetivo. Según la sentencia, el hombre de atrás tendría el dominio del evento criminal, es decir, que estaría seguro de que sus órdenes se van a cumplir porque los ejecutores directos de los crímenes serían personas que están predispuestas a cometer el hecho criminal. Es decir, los ejecutores directos serían personas con una cierta tendencia a la comisión de crímenes.

Se puede observar, al igual que en el caso de la fungibilidad, que el Tribunal atribuye a este elemento el carácter de presupuesto de la autoría mediata por organización. La asignación de este carácter significa que la ausencia de este elemento en el caso concreto llevaría a negar la autoría mediata

por organización. Esta postura también debe ser criticada. Es posible pues la existencia de casos donde esta “disposición al hecho criminal” del ejecutor no se presenta y pese a ello se puede observar un dominio real del hombre de atrás. Piénsese únicamente en los casos de los crímenes del nacional-socialismo en Alemania, donde seguramente muchos de los soldados alemanes no estaban de acuerdo con las políticas criminales implementadas por el Estado totalitario, que no tenían “una elevada disposición al hecho criminal” de asesinar seres humanos en masa; y que sin embargo habrían cumplido las órdenes criminales, para no ser objeto de represalias, o para seguir ascendiendo en su carrera política o militar, o simplemente para congraciarse con “los de arriba”.

El dominio del evento criminal por parte de quienes se encuentran en la cúspide del aparato de poder, los jefes o jefes, no depende pues en absoluto de la “alta disposición al hecho” de los ejecutores directos. El éxito del plan criminal radica más bien – como ya lo referí en mis trabajos anteriores⁴¹ – 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. Normalmente esta característica acompaña a esta forma de autoría,⁴² pero no es un elemento fundamentador, no es pues un presupuesto de esta forma de autoría. Su ausencia, por sí misma, no elimina el dominio del hecho que ejercen los hombres de atrás.

VI. La fundamentación de la autoría mediata por organización – concepción personal

La concepción que venimos defendiendo desde hace varios años en diversos trabajos⁴³ y que ahora es actualizada y desarrollada, afirma que autor mediato por dominio de organización es quien valiéndose de una organización (aparato de poder organizado) sobre la cual tiene dominio, ordena la comisión de delitos. El dominio sobre la organización le otorga al hombre de atrás un dominio sobre la producción del resultado que materialmente es realizado por un órgano de ejecución del aparato organizado: el ejecutor inmediato. Desde nuestro punto de vista, la autoría mediata en virtud de dominio por organización se fundamenta en el *dominio sobre la organización*. La estructura organizacional y funcional del aparato debe estar conformada de modo tal que las órdenes de los “jefes supremos”, “líderes” o “mandos”, sean ejecutadas “automáticamente”. La estructura jerárquicamente organizada permite la automaticidad en el cumplimiento de las órdenes. Elementos fundamentales de esta forma de dominio

⁴¹ JuS Doctrina & Practica 2007, 45; JuS Jurisprudencia 2008, 165.

⁴² Visto más detenidamente, este criterio acompaña incluso a gran parte de la autoría en general, es decir, no está limitada a la autoría mediata por organización.

⁴³ Cfr. mis trabajos publicados en JuS Doctrina & Práctica 2007, 37 y ss.; en Actualidad Jurídica 2007, 113 y ss.; y en JuS Jurisprudencia 2008, 145 y ss.; y en: Problemas fundamentales de la parte general del código penal, Lima Friburgo 2009, p. 43 y ss. Una compilación se ofrece en: Autoría mediata por organización (nota 7).

³⁹ Sentencia, § 737.

⁴⁰ JuS Doctrina & Practica 2007, 45 y s. y en el pie de página 42; JuS Jurisprudencia 2008, 165 y s. y en el pie de página 34.

son el *poder de mando* que tiene el hombre de atrás sobre la organización y el *apartamiento del derecho* de la organización. Poder de mando y apartamiento del derecho materializan pues el dominio que se tiene sobre la organización. Poder de mando sobre y dentro de la organización es el criterio rector; y el apartamiento del derecho es el elemento fundamental que contribuye al dominio sobre la organización, pues sólo dentro de organizaciones que están apartadas del derecho, las órdenes ilícitas se cumplen “automáticamente”. Ello debido a que una organización que actúa ilegalmente tiene procesos de funcionamiento propios que se distancian de un funcionamiento “normal” y que posibilitan, de esta manera, el cumplimiento de sus objetivos⁴⁴. Estos elementos son los que posibilitan el dominio del logro del resultado típico, ambos son pues “presupuestos” del dominio por organización y fundamentan por lo tanto la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

En este tipo de criminalidad por medio de aparatos de poder, la *fungibilidad* (reemplazabilidad) de los órganos de ejecución de la organización, es decir, la posibilidad de sustituir al ejecutor y la *elevada disposición al hecho* del ejecutor, son sólo *características* que normalmente acompañan a este tipo de dominio, no lo fundamentan, es decir, su ausencia en el caso concreto no impedirá el dominio del evento criminal por parte de los jefes de los aparatos de poder. La *fungibilidad* de los ejecutores concurre normalmente en este tipo de criminalidad, pues estos brazos ejecutores constituyen simples piezas en la maquinaria que es la organización. El significado del ejecutor para la organización no es determinante, es simplemente un órgano ejecutor de las “importantes” decisiones de los altos mandos. En esta criminalidad se puede apreciar – no pocas veces – que éstos no resultan fácilmente reemplazables en el caso concreto. Sin embargo, este dato no elimina el dominio que ha ejercido el hombre de atrás sobre el evento criminal. Igualmente, se puede observar con frecuencia la disposición al hecho del ejecutor, más aún en organizaciones terroristas donde el factor ideológico juega un papel importante. Sin embargo, si en el caso concreto se constata que no hubo disposición al hecho por parte del ejecutor y pese a ello realiza el evento criminal, este hecho no eliminará el dominio que tuvo el hombre de atrás.

VII. Síntesis

La sentencia de la Corte Suprema del Perú en el caso Fujimori consolida la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia nacional e internacional, confirmando así que la autoría mediata por organización es la estructura dogmática más adecuada para juzgar crímenes cometidos desde y a través de aparatos organizados de poder. Sin embargo, no se puede afirmar que este desarrollo haya concluido, sino por el contrario éste está aún abierto. Buena muestra de ello son los esfuerzos de la doctrina nacional e internacional en concretar los principios expuestos.

⁴⁴ Este elemento permitiría a su vez, limitar el ámbito de aplicación de la teoría y de este modo evitar el peligro de su posible degeneración, garantizando así su legitimidad.

On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law. Some reflections sparked off by the Case against the former Peruvian president Alberto Fujimori

By Prof. Dr. Harmen van der Wilt, Amsterdam

I. Introduction

In the case under scrutiny, the former president of Peru, Alberto Fujimori, has been convicted for his involvement in murder and serious assault. The Supreme Court qualified the offences as 'crimes against humanity, as they had been committed within a pattern of gross and systematic violations of human rights'.¹ This special classification is interesting, as crimes against humanity belong to the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court.² Fujimori's capacity as former president of Peru would not have impeded the International Criminal Court from exercising jurisdiction.³

For several reasons, however, Fujimori could not have stood trial before the ICC. First of all, the Court lacks temporal jurisdiction, as the crimes have been committed in the early nineties, *id est* before the Statute entered into force (1.7.2002).⁴ And even if we, for the sake of the argument, abstract from the obstacles deriving from the prohibition of retroactive application, it would be highly unlikely that the ICC would have considered the case to be admissible. After all, the Peruvian authorities have demonstrated to be perfectly capable and willing to carry out investigations and prosecute the former president.⁵

The potential concurrency between international and domestic jurisdictions triggers interesting questions as to the interaction and hierarchy between those jurisdictions. Should domestic jurisdictions faithfully coin the standards which have been developed at the international level? Or should international tribunals be equally receptive to and adopt concepts which emerge from national legal systems? To be sure, these options are not mutually exclusive. International crimi-

nal law will probably benefit from a free exchange of concepts and standards between international and domestic jurisdictions. Issues do not only arise at the level of the proper interpretation of the elements of crimes, but also in the context of the choice of modes of criminal responsibility and the assessment of justifications and excuses.⁶

This short essay will focus on the mode of individual criminal responsibility. The Peruvian Supreme Court has predicated Fujimori's conviction on 'indirect perpetration through control over another person', or, to be more precise, through the control over an organization. Although Fujimori did not personally commit the crimes, his position at the apex of the Peruvian political and military apparatus ensured him that the crimes were committed by subordinate 'cogs in the machine'.⁷ The organization over which he exercised complete control and power, served him as a tool to accomplish his goals. Without having to order and steer the physical perpetrators personally, Fujimori could be confident that his decisions and orders would reach the lowest levels of execution through chains of command and lines of communication. He could find support in a large reserve of 'willing executioners'. Even if some of them would refuse or resist, they could be easily replaced by other volunteers. By extensively quoting German doctrine, the Peruvian Supreme Court pledged allegiance to the *auctor intellectualis* of this famous *Organisationsherrschaftslehre*, Claus Roxin, who has developed and refined the concept.

As my German and Peruvian colleagues will discuss the elements of this doctrine and its application by the Peruvian courts in detail, I will focus on the kindred concept of 'functional perpetration' which has made headway in Dutch criminal law. Section 2 of this essay explores the genesis and nature of this doctrine. In section 3 I will investigate the similarities and distinctions between both concepts. I will try to demonstrate that, although 'functional perpetration' has definitely a different pedigree and *champ d'application* from the German concept, both concepts show remarkable resemblance when applied in the context of large state organizations which engage in international crimes. Finally, section 4 discusses whether the concepts of *Organisationsherrschaft* and functional perpetration are implicitly or explicitly incorporated in the Rome Statute and therefore may serve the ICC as useful and lawful devices to sustain the responsibility of political and military leaders. A short discussion of recent case law of the Pre Trial Chambers of the ICC will reveal that the doctrines can indeed boast upon a favourable reception.

¹ Corte Suprema de Justicia de la República (Sala Penal Especial), 7 abril 2009, *In re* Fujimori, §§ 710-717; (Summary of the case in German by Prof. Kai Ambos).

² Rome Statute of the International Criminal Court, Article 7.

³ Compare Article 27 (1) of the Rome Statute: 'This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as Head of State or Government [...] shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute [...]'. See also: ICJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), ICJ Reports 2002, 14 February 2002, 3, § 61 and – in relation to the Special Court for Sierra Leone –: Prosecutor v. Charles Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction, Appeals Chamber, SCSL-2003-01-I-059, 31. May 2004, §§ 43-54.

⁴ Rome Statute, Article 11.

⁵ The principle of complementarity dictates that the Court is only to exercise jurisdiction, whenever a state appears to be unable or unwilling to genuinely to Carry out investigations or prosecution; see paragraph 10 of the Preamble, article 1 and article 17 of the Rome Statute.

⁶ The present author has reflected on the issue in detail in: *Van der Wilt*, 'Equal Standards? On the Dialectics between National Jurisdictions and the International Criminal Court', *International Criminal Law Review* 8 (2008), 229-272.

⁷ *In re* Fujimori, §§ 745-748.

II. On the origins and nature of functional perpetration in Dutch law

The concept of functional perpetration is largely a jurisdictional artifact, initially construed for economic offenses; it has not been codified in statutory law.⁸ The gist of the concept entails that employers and managerial staff are capable of *procuring* economic offences by prompting others to execute the physical act. Functional perpetration reflects both social/economic developments in Dutch society after World War II and a – concomitant – different approach in criminal law doctrine towards *actus reus*. Economic growth, propelled by active governmental interference, implied corporate expansion with increasing functional diversification. A host of new legislation in the realm of safety regulations, fair competition and foreign trade, augmented the risk of economic offenses, while challenging the prevailing approach of ‘criminal perpetration’. The 19th century doctrine of ‘willed bodily movement’ appeared to be outmoded and inadequate,⁹ as it ignored that employers and managers, rather than their subordinates, had both the power to accomplish those offences and reaped the benefits of ‘not sticking to the rules’.¹⁰ Such new perceptions paved the way for the acceptance of a more abstract and teleological interpretation of human action in criminal law. Not the assistant at the counter who sold tainted meat to the customer, but the owner of the butcher shop should incur criminal responsibility for violation of the Food and Drugs Act. Not the truck driver who passed sleepless hours at the steering wheel of his lorry should be held accountable for breaching the regulations governing driving hours, but his boss. It was gradually taken for granted that this new approach did not overstretch the meaning of *actus*

⁸ Although special legislation, like the Act on Fertilizers (1947), explicitly refers to the concept by providing that ‘selling’ includes ‘making someone to sell’, ‘offering’ includes ‘making someone to offer’ and ‘delivering’ includes ‘making someone to deliver’; see *van Woensel*, In de daders-tand verheven; Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht (‘Elevated to Perpetration; Reflections on Functional Perpetration in Dutch Criminal Law’), Arnhem, 1993, p. 84.

⁹ In this sense G. A. *van Hamel* (revised by J.V. van Dijck), *Inleiding tot de studie van het Nederlandsch Strafrecht* (‘Introduction to the study of Dutch Criminal Law’), Den Haag 1927, p. 187; ‘De daad is eene spierbeweging die zich vertoont als uiting van de wil’ (The act is a muscular movement which demonstrates itself as an expression of the will’).

¹⁰ As is well known, such ideas had been preceded by developments in German Legal doctrine, which equally questioned the validity of mechanistic theories of action, compare Hans Welzel’s *Finale Handlungslehre* (Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1938), 491.) For an English synopsis of Welzel’s views, see *Fletcher*, Basic Concepts of Criminal Law, Oxford/New York, 1998, pp. 52 (53); on Welzel’s influence on the structure of crime see also K. *Ambos*, Toward a universal system of crime: Comments on George Fletcher’s *Grammar of Criminal Law*, Cardozo Law Rev. 28 (2007) 2647, at 2649 et seq.

reus. On the contrary: depicting the indirect perpetrator as ‘merely’ a participant was considered as somewhat contrived.

The Dutch Supreme Court introduced the concept of ‘functional perpetration’ in the so called ‘Iron wire’-case.¹¹ In this case, the owner of a one man’s business stood trial for having completed – through his export manager – a forged form in order to obtain an export license for iron wire to Finland. The accused’ main defense was that he neither had completed or had sent the form, nor had exported the merchandise himself. The Supreme Court rejected the rather broad opinion of the Court of Appeal which had held that all administrative acts which had been performed by a subordinate in accordance with his general assignment within the enterprise, could be attributed to the owner of a one man’s business, irrespective of whether the latter was ignorant of those activities or not. Instead, the Supreme Court carefully drew the limits of ‘functional perpetration’, by emphasizing that “acts, such like these, as completing forms in violation of the law, sending those forms to the Import and Export Office and the export of merchandise, could only then be qualified as ‘acts of the accused’, if he had the power of decision whether those acts occurred or not, and if those acts belonged to the realm of activities which the accused, as appearing from the general course of daily events, accepted or used to accept.”¹²

The ‘power of decision’- and ‘acceptance’ standards have made an impressive career in Dutch criminal law, as they came to sustain the criminal responsibility for both legal entities and for those who are de facto in charge (*factual leadership*).¹³ The power of decision connotes control and command over the acts, in the sense that the accused could have interfered in order to prevent them from happening.¹⁴ A power to prevent and stop the acts obviously implies a certain consciousness of their (potential) occurrence, but the ‘acceptance’-standard which represents the subjective element or *mens rea* of the construction, does not require actual knowledge of the specific acts that are charged. It suffices that the accused was abreast of similar activities which were directly related to those constituting the basis of the criminal charge.¹⁵

¹¹ Supreme Court, 23 February 1954, NJ 1954, 378.

¹² Ibidem, translation by the author.

¹³ Corporate (criminal) liability and criminal responsibility for those who execute a leadership position within a corporate entity were officially introduced in Dutch Penal Code in 1976.

¹⁴ See B.V.A. Röling in his annotation of the ‘Iron Wire’-case. The standard is wider than ‘active instruction’, as the Supreme Court elucidated in a case in which a discotheque stood trial – as a legal entity – for having discriminated against Turkish customers. The latter had been refused entry by the gate keeper, Supreme Court, 14 January 1992, NJ 1992, 413.

¹⁵ See, in connection with criminal responsibility of de facto leadership: Supreme Court, 16 December 1986, NJ 1987, 321 (Slavenburg(II) beschikking).

One of the most important questions – and obviously a crucial one for the purposes of this essay – is whether the concept of functional perpetration could find application outside the scope of economic crime. Could someone incur criminal responsibility as a ‘functional perpetrator’ of ordinary crimes, such as ‘theft’, ‘extortion’ and ‘murder’?¹⁶ The Dutch Supreme Court answered the question in the affirmative in an interesting case on abortion.¹⁷ The accused, a gynecologist, had been convicted for ‘having deprived a fetus of its life, by conducting the following acts: he had, as a gynecologist, examined the pregnant woman; he had hospitalized the woman and had assigned the assistant doctor to administer certain medication, in order to prompt the premature and lifeless birth of the fetus, which was intended and indeed occurred.’¹⁸

The case sheds an interesting light on the nature of functional perpetration. The first examples of functional perpetration in the realm of economic crime suggest a rather passive attitude. The ‘man in charge’ seems to connive, condone or fail to prevent offences, but does not actively pursue their commission. The functional perpetrator considers economic offences as ‘part of the game’, mirroring the dark side of commercial enterprise. Rather than actively countering them which would probably backfire on his profits, he chooses to condone their occurrence and close his eyes. From this perspective, functional perpetration connotes ‘crimes of omission’ and the *mens rea* concept of *dolus eventualis*.¹⁹

The case of the gynecologist demonstrates that such a picture of functional perpetration is slightly misleading. In the present author’s view, the omission version of functional perpetration rather indicates the utter limits of the concept. The characteristic feature of functional perpetration is that the accused, *by virtue of his function and his authority over others*, is capable of prompting others to commit crimes. De Hullu points out that, in the case of the gynecologist, modes of participation, like perpetration by means of another person, incitement or co-perpetration, could easily have sustained the conviction of the accused.²⁰ Van Woensel highlights in particular the close relationship between functional perpetration and perpetration ‘by means of another person’.²¹ The major distinction between the two concepts is that Dutch criminal law requires that, in case of perpetration by means of another person, the immediate and physical perpetrator lacks criminal

responsibility, because of his age, he acts under excusable duress or is misguided (by error of law or of fact). From this perspective, functional perpetration serves as an expansion of criminal responsibility, covering both the man behind the screens and the guilty physical perpetrator. Wielding power over subordinates suggests a hierarchical relationship within a structured organisation.²² It depends on the specific aims and objectives of the organization and the power of leaders within that organization to materialize those objectives through other persons whether those leaders can be qualified as functional perpetrators. Those are exactly the features of functional perpetration which make a rational comparison with *Organisationsherrschaft* useful and feasible.

III. Functional Perpetration and Organisationsherrschaft: Distinctions and Similarities

The previous section has made it abundantly clear that the concepts of *Organisationsherrschaft* and functional perpetration do not fully correspond. Different from *Organisationsherrschaft*, functional perpetration is not predicated on a rigid command structure; it rather presumes the *potential* to steer – and correct – the conduct of subordinates. Furthermore, the organization in which or through which the functional perpetrator acts, need not have strayed from the Righteous course; offences may just be incidents in a corporation which pursues lawful goals by lawful means, a corporation even with an unblemished reputation. Thirdly, functional perpetration does not require that the physical perpetrator serves as fungible tool in the hands of the man behind the scenes; the former may be a relatively autonomous agent.²³ The only conditions are that the offences have been committed within the scope of the organization’s daily business and that the employer or boss could have intervened to stop his subordinate from persisting in the evil. A hotel owner, for instance, cannot be held criminally responsible for the bell-boy’s indecently assaulting the waitress. Finally, and this is to a certain extent the mirror image of the previous aspect, the physical perpetrator need not be a ‘willing executioner’ himself; he may simply be ignorant of the fact that he acts unlawfully, or lack the quality which is required for the commission of the crime.²⁴ In this sense, functional perpetra-

¹⁶ See Van Woensel (Fn. 8), p. 83-88 and de Hullu, *Materieel strafrecht; over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht* (‘Substantive law; on general concepts of criminal responsibility in Dutch law’), Deventer, 4th ed. 2009, pp. 159-161.

¹⁷ Supreme Court, 20 May 1990, NJ 1991, 217.

¹⁸ Ibidem, translation by the author.

¹⁹ In his interesting and well-informed contribution on the topic, E. Gritter defends this too narrow approach of ‘functional perpetration’ as an ‘Uneigentliches Unterlassungsdelikt’, Gritter, in: Van der Neut/Keulen (Ed.) *Daderschap en Deelneming* (‘Perpetration and Participation’), Deventer, 2007, pp. 22-24.

²⁰ De Hullu (Fn. 16), p. 160.

²¹ Van Woensel (Fn. 8), pp. 107-139.

²² Compare also De Hullu (Fn. 16), p. 159 who does not consider the nature of the crime to be decisive, but rather the factual context of whether an organisation with a certain hierarchical structure was involved in the crime.

²³ Ambos has criticized the element of ‘fungibility’ in view of increasing specialization within modern bureaucracies. He correctly points out that an accused need only to demonstrate that his skills are indispensable, in order to escape responsibility under the heading of *Organisationsherrschaft*. Ambos, in: Nollkaemper/van der Wilt, *System Criminality in International Law*, 2009, pp. 145 (146).

²⁴ In the classical ‘Milk and Water’-case (Supreme Court, 14 February 1916, NJ 1916, 681) the accused stood trial for having delivered – through another person – adulterated milk. The physical perpetrator, the accused’ servant, did not know that he delivered adulterated milk, nor was he allowed to

tion and perpetration by means of another person overlap to a large extent.

In summary, we may conclude that functional perpetration is a broader and arguably more flexible concept than *Organisationsherrschaft*, lacking the latter's rigid and precise requirements. This should come as no surprise, in view of the concepts' different social pedigrees. Whereas *Organisationsherrschaft* has been developed in order to identify individual responsibilities within a delinquent state apparatus, engaged in system criminality, the Dutch concept of functional perpetration has emerged from the more 'innocent' cradle of economic crime. *Roxin* has made an impressive effort to disentangle the web of communications, command structures and functional responsibilities within a complex state bureaucracy of the Weberian type and has succeeded to translate those social artifacts in normative terms of criminal law.²⁵ Functional perpetration, on the other hand, has been the reaction of criminal legal doctrine in recognition of the fact that economic enterprising inherently entails risks for the environment, public health and consumers' interests and increases the opportunities for offences which harm those very interests. By moving criminal responsibility upwards the hierarchy of the organization, functional perpetration instills the managers and captains of industry that a proper course of events within the boundaries of law is within their power and control and deters them from turning a blind eye to unlawful conduct.

In spite of these differences, the present author argues, first, that functional perpetration, when applied in the context of system criminality, may serve useful purposes to identify those who bear the greatest responsibility as well.²⁶ And, second, that the concept, when employed in that specific context, bears surprising resemblance to the doctrine of *Organisationsherrschaft*.²⁷ Let us shortly recapitulate the essential similarities between the concepts.

examine the composition of the milk. The accused was convicted as a perpetrator by means of another person, but the Supreme Court qualified the offense as 'delivering full milk, if a substance has been added': a perfect example of 'functional perpetration' *avant la lettre*!

²⁵ Compare his perceptive comments on the Eichmann-case, in which he argues that Eichmann's retort that the 'Endlösung' would have been carried out anyway, even without his efforts, and that he had made a 'senseless sacrifice' did not relieve him from individual responsibility; *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6th ed. 1994, pp. 246-248.

²⁶ I have defended this position in a number of previous publications, see: *Van der Wilt*, *Het kwaad in functie*, ('Evil in function') Inaugural address on the occasion of the acceptance of the office of professor ('*Ordinarius*') at the University of Amsterdam, 2005, pp. 20-25; *Id.*, 'Joint Criminal Enterprise; Possibilities and Limitations', *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 91 (102-107) and *Id.*, in: *Nollkaemper/van der Wilt*, *System Criminality in International Law*, 2009, pp. 176-181.

²⁷ The connection between functional perpetration and *Organisationsherrschaft* has been recognized in:

Both *Organisationsherrschaft* and functional perpetration presuppose and even require the existence of an organization. Although in the case of functional perpetration the organization mainly serves to link up the physical with the indirect perpetrator and provides the context which facilitates and encourages the commission of crimes, nothing in the concept precludes a more active use of the organization as a tool to commit crimes on a structural and permanent basis. The second common ground which the concepts share is that they both require a hierarchically structured organization. Because the 'man at the top' exercises power and control over his subordinates, he can be sure that his plans are executed. Again, in case of functional perpetration the power relationship connotes the possibility of intervention in order to stop employees from indulging in crime. However, the political or military leader can equally employ his power over others more actively, directing their wills and resources towards the accomplishment of his intentions. The cases of the gynecologist and the farmer, delivering adulterated milk, provide examples in kind.

But the most conspicuous and fertile element is the idea that function and crime are interwoven. Diversification of functions and the abundance of specialized skills are of vital importance to modern state bureaucracies, also, and perhaps especially, for those which engage in systemic crime.²⁸ The individuals may be dispensable, but the functions are certainly not. In other words, the functionaries are pivotal to the working and the success of the system. Each and every level requires specific skills and expertise. Obviously, the rank and file should consist of physically strong and unfaltering persons who are not too much troubled by bad consciences. At the mid-level we find the typical *Schreibtischtäter*, punctual

Noyon/Langemeyer/Rommelink (Ed.), *Het Wetboek van Strafrecht, losbladig commentaar*, (The Penal Code: A loose-leaf commentary), 2005, Part I, Note 19 at Article 47. After having considered that, in case of crimes against life or property, where the psycho-physical aspects are dominant, the application of modes of perpetration will probably survive, the authors add a remarkable caveat in a footnote: "As soon as we are dealing with the commission of such crimes in the realm of politics and crimes against humanity, however, the abstraction of 'de facto' action again increases. One might recall the term 'Schreibtischmord'. In such cases, the loss of 'Tatnähe' is compensated by the large power over the apparatus, which is at one's disposal" (translation by the author).

²⁸ It is remarkable that the Peruvian Supreme Court has noticed this crucial element in *Organisationsherrschaft*/ functional perpetration. The passage deserves full quotation (§ 726): "Demzufolge ist ein wichtiges Merkmal dieser Form hierarchisch organisierter Strukturen, das zugleich ihre strikte Vertikalität hervorhebt, die "Rollenzuweisung". Dieser Ausdruck erweist sich als anschaulicher als jener der gegenwärtigen Strafrechtslehre, um das Verhältnis zwischen der strategischen Ebene und dem Vollstrecker zu beschreiben; ein Verhältnis, das auf eine *Arbeitsteilung* oder *Funktionsverteilung* Bezug nimmt" (translation by Ambos/Huber, in this issue; emphasis added).

but unimaginative, fused with his function which he often considers as a vocation. Finally, at the top level reside the leaders who combine charismatic qualities with strategic insight and organizational skills. At each level ‘functionaries’ take pride in their skills and accomplishments, but the greatest respect is owed to the political and military leaders, precisely because high intelligence and personal charisma are scarce talents among human kind (especially when combined in one individual). Obviously, the leader’s prestige reinforces the authority and control he wields over his men.

For (international) criminal law, dealing with system criminality, it is crucial to take the function of the accused as point of departure for the determination of his guilt. For one thing, his function perfectly captures his contribution to the crime and sheds a clear light on the *actus reus*. From this perspective, the crime is the shadow of his function. But apart from this, his function may be indicative of the accused’s position within the hierarchy and the relations he has with others within the system.

It is an accepted principle of criminal law that the sentence should reflect the measure of guilt and responsibility. In this respect the concepts of *Organisationsherrschaft* and functional perpetration offer sufficient opportunities for careful distinction. The political and military leadership does not only incur criminal responsibility for the international crimes, but also for the creation and preservation of the illegal system as such.²⁹ The mid-level man who copies his superior’s mode of operation by making use of fungible executioners doing the dirty work, bears no responsibility for the system as such, but is liable for the international crimes over which he exercises control.³⁰ Perhaps it is a bit contrived to hold the mid level man responsible on the basis of *Organisationsherrschaft*. After all, the concept connotes dominion of the will over persons and events, whereas the mid level man is fully dependent on the decisions of his superiors.³¹ It demonstrates

the need of a flexible approach, in which concepts of criminal responsibility are juxtaposed and fine tuned to the specific relation between the perpetrator and the crime and between the perpetrators *inter se*.³²

Functional perpetration, being a broader concept than *Organisationsherrschaft* as it lacks the latter’s rigid and precise requirements, may cover a wider array of indirect perpetrators at different levels, but equally does not obviate the application of modes of participation whenever these are more appropriate in a specific situation.

IV. A Future in International Criminal Law?

In the previous section I have tried to demonstrate that functional perpetration bears close conceptual affinity to *Organisationsherrschaft*, at least when applied in the context of large state apparatus which engage in systemic crime, and that the Dutch concept, like its greater nephew, has great potential to establish responsibility for high level and mid level indirect perpetrators.

The final issue which has to be addressed is whether these concepts stand a real chance of being used and applied by the International Criminal Court and international criminal tribunals. This question requires immediate qualification. Obviously, it would be presumptuous to claim that a parochial concept as functional perpetration should be accepted ‘lock, stock and barrel’ by international criminal tribunals. Rather I intend to explore whether *Organisationsherrschaft* and its Latin American equivalents have made inroads in international criminal law, arguing that the kindred concept of functional perpetration may sustain their further reception.

The critical test to which those concepts are exposed is whether they have a solid foundation in the normative framework of international criminal law. By their very nature, concepts of criminal responsibility cannot meet the exacting and precise demands that the *nullum crimen*-principle imposes on the elements of crimes.³³ However, as expounded by the ICTY’s Appeals Chamber in the *Tadić*-case, the kindred principle of *nulla poena sine culpa* requires the concept to be firmly established in customary international law and, in addition, that it falls within the ambit of the Statute.³⁴

this sense, can rule and control without any interference (from above)” (154).

³² In the same vein, *Ambos* who favours qualification of the mid level man as *indirect* perpetrator with regard to crimes which took place under his control (but *not* in respect of the whole chain of events) and *co-perpetrator* on the basis of functional division of power.

³³ Compare Article 22 of the Rome Statute.

³⁴ For the discussion of this requirement: Prosecutor v. *Tadić*, IT-94-I-A, 15 July 1999, §§ 185-187. The Appeals Chamber held that the notion of common design (Joint Criminal Enterprise) complied with this requirement (§ 220). For a critical appraisal of this point of view, see *Boot*, *Nullum Crimen Sine Lege* and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court, 2002, p. 302. See also Prosecutor v. *Stakić*, IT-97-24-A, 22 March 2006, in which the Appeals Chamber

²⁹ Vest, Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?, ZStW 113 (2001), 493: “Entsprechend unterscheidet sich seine Verantwortung für Aufbau, Organisation und Aufrechterhaltung der verbrecherischen Institution als solcher, die als Organisationsherrschaft zu bezeichnen ist”.

³⁰ Vest (Fn. 29), 494 makes a useful distinction between „Organisationsherrschaft innerhalb des Apparates“ and „Organisationsherrschaft über den Apparat“: “Sie (id est: the former) steuern “nur” ein Teilgeschehen, indem – und solange – sie das Funktionieren der Institution modifizieren”.

³¹ Compare *Ambos* (Fn. 23), p. 153 who first acknowledges that “the possibility of an *Organisationsherrschaft* at different hierarchical stages has been recognized and that this control itself grows and accumulates with increasing power of decision-making and the availability of personnel resources”. Later on, however, he qualifies this point of view by adding that “From all this it follows that the doctrine of *Organisationsherrschaft* can only convincingly be applied to men in the background, whose orders and instructions cannot without any further ado be revoked or cancelled, i.e. those who, in

For *Ambos*, it is self-evident that *Organisationsherrschaft* meets these required standards: "In fact, unlike JCE, it finds a legal basis in the term 'committed' in Article 7(1) ICTY Statute, since 'commission' in this sense means that a person 'participated, physically or otherwise directly or indirectly, in the material elements of the crime charged through positive acts or, based on a duty to act, omissions, whether individually or jointly with others'. This includes, as indirect commission, perpetration by means and as such *Organisationsherrschaft*." (emphasis in original)³⁵

In a similar vein, one might argue – and perhaps even more convincingly – that Article 25, s. 3 (a) of the Rome Statute, at least implicitly, encompasses *Organisationsherrschaft*, as this provision includes 'perpetration through another person' under the definition of 'commission'.

The interesting question was whether Trial Chambers of the International Criminal Court would be prepared to expand 'perpetration through another person' to cover 'commission by means of an organisation' as well. Recent case law of the Pre Trial Chambers revealed that they were indeed susceptible to the possibilities of *Organisationsherrschaft*.³⁶ The Pre-Trial Chamber had explored the concept for the first time in *Lubanga*, but had ultimately opted for 'co-perpetration'.³⁷ However, in the *Katanga*-case, the Pre Trial Chamber embraced and applied the doctrine whole-heartedly. It explicitly acknowledged that the most serious international crimes almost inevitably concerned collective or mass criminality. And it added that "prior and subsequent to the drafting of the Statute, numerous national jurisdictions relied on the concept of perpetration through control over an organization in order to attribute principal responsibility to 'leaders' in respect of those crimes."³⁸

censured the Trial Chamber for employing co-perpetration, a mode of liability which it considered no valid law within the jurisdiction of the Tribunal (§ 62).

³⁵ *Ambos*, Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility, in: Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 182 and *Ambos* (Fn. 23), pp. 143 (144).

³⁶ Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, *Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 29. January 2007, §§ 327-367; Pre Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, *Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07, 30. September 2008, §§ 477-518; Pre Trial Chamber III, Warrant of Arrest for Jean Pierre Bemba Gombo Replacing the Warrant of Arrest of 23 May 2008, ICC-01/05-01/08, 10. June 2008, §§ 21-24 and Pre Trial Chamber I, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05 – 01/09, 4. March 2009, §§ 209-223.

³⁷ *Lubanga* (Fn. 36), §§ 94-96. For a careful comment on substantive law aspects of the case, including *Organisationsherrschaft* and co-perpetration, see: *Weigend*, Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the *Lubanga* Decision on Confirmation of Charges, Journal of International Criminal Justice (2008), 471-487.

³⁸ *Katanga and Chui* (Fn. 36), § 502.

The Pre Trial Chamber painlessly followed suit: "In sum, the acceptance of the notion of 'control over an organized apparatus of power' in modern legal doctrine, its recognition in national jurisdictions, its discussion in the jurisprudence of the *ad hoc* tribunals which, as demonstrated, should be distinguished from its application before this Court, its endorsement in the jurisprudence of the Pre Trial Chamber III of the International Criminal Court but, most importantly, its incorporation into the legal framework of the Court, present a compelling case for the Chamber's allowing this approach to criminal liability for the purposes of this Decision."³⁹

Abundantly quoting *Roxin* and other – German and Latin American – leading scholars in criminal law, the Pre Trial Chamber discussed the several – objective and subjective – elements of the doctrine. Prompted by the specific circumstances of the case, the Chamber managed to introduce some creative solutions. First, it applied simultaneously the concepts of indirect perpetration (*Organisationsherrschaft*) and co-perpetration. *Katanga* and *Chui* exercised a large measure of control over their respective contingents of child soldiers, based on ethnical affiliations. However, they wielded no absolute power over the other's organization, as some members accepted only orders from leaders of their own ethnicity.⁴⁰ As they could only accomplish their goal – the attack of an unprotected village – by joining forces and they realized that they were mutually dependent on the mobilization and assistance of each other's loyal supporters, they could be qualified as 'co-perpetrators'. The Chamber forged a construction with a horizontal and a vertical component: "[...] through a combination of individual responsibility for committing crimes through other persons together with the mutual attribution among the co-perpetrators at the senior level, a mode of liability arises which allows the Court to assess the blameworthiness of 'senior leaders' adequately."⁴¹ Obviously, this approach calls to mind the discussion on the juxtaposition of concepts in the previous section.

Secondly, the Chamber has recognized that the original requirements of *Organisationsherrschaft* – like the element that the physical perpetrators should be replaceable – bear the seal of the modern bureaucracy paradigm from which it derives. The Chamber has acknowledged that automatic compliance with the leader's orders may be accomplished by other means than through the fungibility of subordinates: "An alternative means by which a leader secures automatic compliance via his control of the apparatus may be through intensive, strict and violent training regimes. For example, abducting minors and subjecting them to punishing training regimens in which they are taught to shoot, pillage, rape and kill, may be an effective means for automatic compliance with leaders' orders to commit such acts."⁴² Such a flexible approach, geared to the specific circumstances, may prove the versatility of the concept and its resilience against the wear and tear of time.

³⁹ *Ibidem*, § 510.

⁴⁰ *Katanga and Chui* (Fn. 36), § 493.

⁴¹ *Ibidem*, § 492.

⁴² *Katanga and Chui* (Fn. 36), § 518.

Alea jacta est! Of course we will have to wait whether the Trial Chambers will share the Pre Trial Chamber's point of view. But the latter's considerations on the solid foundations of *Organisationsherrschaft* in international criminal law are rather convincing. Furthermore, the Pre Trial Chamber appears to corroborate the concept's special qualities in dealing with the intricate problem of system criminality. Power, influence and authority of political and military leaders all converge in the functions those leaders hold within large organizations. By taking that function as point of reference, the concepts of *Organisationsherrschaft* and functional perpetration are adequate instruments to portray the responsibility of those less visible perpetrators. And they serve courts as useful tools to fairly mete out punishment commensurate to the measure of guilt.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

Exp. N° A.V. 19-2001
Fecha: 7 abril 2009

SALA PENAL ESPECIAL

Vocales Supremos : César San Martín Castro
Víctor Prado Saldarriaga
Hugo Príncipe Trujillo

Sentencia : 7 abril de 2009

Acusado : Alberto Fujimori Fujimori

Delitos : Asesinato, lesiones y secuestro.

Agraviados : Luis Antonio León Borja y otros.

PARTES DEL PROCESO

Fiscales Supremos : José Antonio Pelaez Bardales (TITULAR)
Avelino Guillén Jauregui (ADJUNTO)

Abogados de la parte civil : Gloria Cano Legua
Sandra Mendoza Jorgechagua
Lucy Chávez Valenzuela
Julio León Condorcahuana
Gustavo Campos Peralta
Cristián Solís Alcedo
Juan Ochoa Lamas
David Velazco Rondón
Rosa Quedena Zambrano
Ana Leyva Valera
Carlos Rivera Paz
Antonio Salazar García
Ronald Gamarra Herrera

Abogados Defensores: César Nakasaki Servigón
Gladys Vallejo Santa María
Adolfo Pinedo Rojas



TEIL III (PARTE TERCERA)*

KAPITEL II

DIE MITTELBARE TÄTERSCHAFT KRAFT WILLENSHERRSCHAFT IN ORGANISATORISCHEN MACHTAPPARATEN

§ 1. Konzept. Funktion. Formen mittelbarer Täterschaft

718. VORBEMERKUNGEN. Die Anklage der Staatsanwaltschaft schließt im letzten Absatz des siebten Paragraphen¹⁰⁴¹ – Seite achtunddreißig – wie folgt: „... die Handlungen der Mitglieder des Kommando Colina (Fall Barrios Altos und La Cantuta) und des Militärgeheimdienstes (Servicio de Inteligencia del Ejército-SIE) (Fall Sótanos SIE) sind dem Expräsidenten der Republik, Alberto Fujimori, der von der Spitze des Staatsapparats die Befehle zur Ausführung der schwerwiegenden verfahrensgegenständlichen Taten gab, aufgrund mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft zuzurechnen“.

Die Staatsanwaltschaft führte aus, dass das Strafgesetzbuch bezüglich der Ausführung einer Straftat drei Begehungsformen im Hinblick auf den Täter unterscheidet; dass eine davon – die sogenannte mittelbare Täterschaft – vorliegt, wenn die Straftat mittels einer anderen Person begangen wird; dass eine Form mittelbarer Täterschaft gegeben ist, wenn sich der Hintermann der Personen, die sich in einem organisatorischen Machtapparat anderen gegenüber in einem Unterordnungsverhältnis befinden, bedient, sodass auf diese Weise jener die objektive Tatherrschaft behält – mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft –; dass letztere auf zwei wesentlichen Merkmalen beruht: der Existenz eines organisatorischen Machtapparats und der Bereitschaft der Vollstrecker; dass der Angeklagte einen vertikalen Einfluss auf die ihm zur Last gelegten Straftaten hatte – die tatsächlich von Angehörigen des Militärgeheimdienstes aus dem Umfeld der Gruppe Colina und des

* Übersetzung von Prof. Dr. Kai Ambos und Florian Huber, Göttingen. Der Eleganz wurde im Zweifel Vorrang vor einer allzu wörtlichen Übersetzung eingeräumt. Die Zitate deutscher Autoren wurden den Originalquellen entnommen (soweit diese auffindbar waren), um Verzerrungen durch eine Rückübersetzung zu vermeiden. In eckigen Klammern stehende Anmerkungen im Haupttext stammen von den Übersetzern.

¹⁰⁴¹ Der Paragraph 7 führt den Titel: „Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Ex-Präsidenten der Republik, Alberto Fujimori aufgrund mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft“ (S. 20-38 der Anklage der Staatsanwaltschaft).

SIE ausgeführt wurden –, in denen es eine Arbeitsteilung und eine hierarchische Ordnung in der Organisation gab, an deren Spitze sich (der Angeklagte) befand.

Infolgedessen, und nach Feststellung des Sachverhalts, den dieses Gericht für bewiesen erachtet, muss nun, unter Würdigung des Akkusationsgrundsatzes und in Übereinstimmung mit dem Prozessgegenstand und der mündlichen Verhandlung, die strafrechtliche Art der Beteiligung von Alberto Fujimori bezüglich der festgestellten Tatumstände bestimmt werden, wobei der Anklagevorwurf und die Verteidigungseinwände dagegen berücksichtigt werden müssen. Das Relevante und zugleich Problematische dieser Perspektive liegt darin, dass unser Strafgesetzbuch nicht einem Einheitstäterbegriff, sondern dem Differenzierungsmodell folgt.¹⁰⁴² Dies macht es erforderlich zu bestimmen, ob das dem Angeklagten zurechenbare strafbare Verhalten von täterschaftlich-primärer oder sekundärer Art war, und welche genaue Beteiligungsform innerhalb dieser Art rechtlich einschlägig ist – der Staatsanwalt vertritt die Ansicht, dass jener als mittelbarer Täter handelte, was von der Verteidigung zurückgewiesen wird –. Die (hier vertretene) dogmatische Konzeption ist die der mittelbaren Täterschaft als eine Form der Täterschaft. Die Begründung dieser Ansicht soll in diesem Kapitel des Urteils geliefert werden.

719° DIE MITTELBARE TÄTERSCHAFT. Man bezeichnet als mittelbare Täterschaft jene Fälle, in denen die Straftat vom Täter oder Hintermann mittels eines physischen Tatmittlers oder einer Zwischenperson begangen wird. Für letztere hat die Fachliteratur verschiedene Bezeichnungen verwendet, wie Vordermann, unmittelbarer Täter, direkter Täter oder einfach Täter. Allerdings ist auch die Bezeichnung „Instrument“¹⁰⁴³ anerkannt, obwohl sie von einigen nationalen Autoren wie HURTADO POZO¹⁰⁴⁴ und VILLAVICENCIA TERREROS¹⁰⁴⁵ als missverständlich in Frage gestellt wird.

Darum ist mittelbarer Täter jener, der das Handeln einer anderen Person ausnutzt oder benutzt, um sein verbrecherisches Ziel zu erreichen. Diese Voraussetzungen waren traditionell an die Ausübung von Zwang über den physischen Tat-

¹⁰⁴² Nach VIVES ANTÓN stellt sich eine doppelte Problematik, wenn das Verbrechen die Folge eines gemeinschaftlichen Handelns mehrerer Personen ist: zum einen die der materiellen Beschaffenheit des Verbrechensbeitrags jedes Beteiligten und zum anderen die der Form der Verantwortlichkeit (COBO DEL ROSAL, M., M. VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal Parte General*, 5. Auflage, Verlag Tirant Blanch, Valencia, 1999, Seite 733).

¹⁰⁴³ Dazu in der nationalen Strafrechtslehre: VILLA STEIN, JAVIER: *Derecho Penal. Parte General*. Dritte Auflage, Verlag Grijley, Lima, 2008 Seite 317 ff. GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Verlag Grijley, Lima, 2008, Seite 556 ff. URQUIZO OLACHEA, JOSÉ: *El Concepto de Autor de los Delitos Comunes en la Dogmática Penal y su Recepción en el Código penal peruano*. In: *Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal*, Verlag IDEMSA, Lima, 2007, Seiten 581 – 610. BRAMONT – ARIAS TORRES, LUIS MIGUEL: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Zweite Auflage, Verlag EDDILI, Lima, 2002, Seite 405 ff.

¹⁰⁴⁴ HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Dritte Auflage. Verlag Grijley, Lima, 2005, Seiten 864 und 865.

¹⁰⁴⁵ VILLAVICENCIA TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal. Parte General*. Erste Auflage, Verlag Grijley, Lima, 2006, Seite 471.

mittler gebunden; oder an das Ausnutzen eines Irrtums dieses; oder an die Verwendung schuldunfähiger Personen bei der Tatbegehung.

Die der dogmatischen Kategorie der mittelbaren Täterschaft zugeordnete Funktion ist es also, den wahren Täter einer Straftat, die durch eine andere Person begangen wurde, strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Folglich handelt es sich um eine Sonderform der Täterschaft, bei der der Täter sich zur Begehung der Straftat einer Zwischenperson bedient, weshalb ihm die strafrechtlichen Folgen, die besagter unerlaubter Verhaltensweise entsprechen, zugeschrieben werden sollen.¹⁰⁴⁶

720° FORMEN MITTELBARER TÄTERSCHAFT. Gegenwärtig sind drei Formen mittelbarer Täterschaft anerkannt. In all diesen handelt oder wirkt der Täter mittels Willensherrschaft über den physischen Tatmittler. Daher „muss der mittelbare Täter die Möglichkeit haben, das Verhalten der Person, die er zur Begehung der Straftat benutzt, tatsächlich zu kontrollieren und zu leiten“¹⁰⁴⁷.

Anfänglich wurden nur zwei Formen mittelbarer Täterschaft anerkannt:

(1) Bei der ersten handelt* es sich um die „Herrschaft aufgrund eines Irrtums“, bei der der mittelbare Täter den Willen des Vollstreckers mittels Täuschung über die wahren Umstände der von diesem begangenen Tat beherrscht, oder dem Geschehen, an dem dieser mitwirkte, einen anderen Sinn oder Bedeutung gibt.

(2) Die zweite Form ist die der „Herrschaft mittels Nötigung“. Hierbei lenkt der Hintermann den Willen des (Tat)Vollstreckers unter Androhung oder Einschüchterung mittels eines gegenwärtigen und schweren Übels, dessen Verwirklichung in seinen Händen liegt.

In beiden Fällen ist es also der Hintermann, der den Ablauf des deliktischen Geschehens** bedingt und bestimmt, sodass die vom Tatmittler verwirklichte Handlung nur jenem als sein Werk zugerechnet werden kann.

(3) Die dritte Form ist als „mittelbare Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten“ bekannt; ihre Merkmale, Voraussetzungen, Anforderungen und Folgen werden Gegenstand einer späteren Analyse sein¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁶ STRATENWERTH, GÜNTER stellt klar, dass die *mittelbare Täterschaft* eine Rechtsfigur ist, die seit Mitte des 19. Jahrhunderts von der Kausalität gelöst wurde, um vor allem Strafbarkeitslücken zu schließen, die ihren Ursprung in dem Erfordernis einer vorsätzlich begangenen Haupttat im Fall der Anstiftung hatten (Derecho Penal Parte General II El Hecho Punible, Vierte Auflage, Übersetzung CANCIO MELIÀ, MANUEL / SANCINETTI, MARCELO A., Verlag Hammurabi, Buenos Aires, 2002, Seite 379).

¹⁰⁴⁷ HURTADO POZO, JOSÉ: Manual de Derecho Penal. Parte General I, oben zitiert, Seite 865.

* *Anm. d. Übers.:* Im Original wird im Folgenden die Vergangenheitsform verwendet.

** *Anm. d. Übers.:* Die wörtliche Übersetzung würde „Struktur der Straftat“ („estructura del hecho delictivo“) lauten.

¹⁰⁴⁸ Spezifischer und unter der richtigen Annahme, dass es die Willensunterordnung des Werkzeugs (oder, genauer gesagt, des Vollstreckers) ist, die die Tatherrschaft charakterisiert, erkennen Autoren wie BACIGALUPO ZAPATER 6 Szenarios der mittelbaren Täterschaft an: 1. Vorsatzloses Werkzeug. 2. unter Zwang handelndes Werkzeug. 3. Werkzeug, das nicht die Fähigkeit besitzt, normgemäß zu handeln. 4. tatbestandslos handelndes Werkzeug. 5. rechtmäßig handelndes Werkzeug. 6. im Rahmen eines Machtapparats handelndes Werkzeug (Principios de Derecho penal Parte General, Fünfte Auflage, Verlag A kal/lure, Madrid, 1998, Seiten 369-372).

Es ist in diesem Zusammenhang wichtig darauf hinzuweisen, dass hinsichtlich dieser Form der mittelbaren Täterschaft einige abweichende Positionen unter nationalen¹⁰⁴⁹ und ausländischen¹⁰⁵⁰ Autoren bestehen, die sie mit den Formen der Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe verwechseln*, obwohl sich in ihr weder die Horizontalität noch die direkte oder peripherische Beziehung wiederfindet, die letztere ausmacht¹⁰⁵¹. Diese abweichende Interpretation zur dogmatischen Charakterisierung der Führungsebene hat sich auch in der nationalen Rechtsprechung ausgewirkt. In der Entscheidung der Zweiten Übergangsstrafkammer (*Segunda Sala Penal Transitoria*) des Obersten Gerichtshofs – Fall Abimael Guzmán Reynoso – vom 14. Dezember 2007 votierte ein Richter für eine Mittäterschaft¹⁰⁵². Hinsichtlich der Mittäterschaft hat Roxin insoweit klargestellt, dass *„ein gemeinsamer Tatentschluss, der nach absolut h.M. Voraussetzung jeder ‚gemeinschaftlichen Begehung‘ i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB ist“ fehlt, „denn Hintermann und Ausführender kennen sich meist überhaupt nicht, beschließen nichts gemeinsam und verstehen sich auch nicht als gleichgeordnete Entscheidungsträger. Die Ausführung einer Anordnung, um die es in diesem Fällen geht, beruht auf einem Befehl und nicht auf einem gemeinsamen Entschluss“*¹⁰⁵³. Und im Hinblick auf die Frage, wo der entscheidende Unterschied zur Anstiftung besteht, hat er geltend gemacht, *„dass der Anstifter die Ausführung nicht beherrscht, dass die Tatbestandsverwirklichung nicht von seinem Willen ab-*

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

¹⁰⁵⁰ GARCÍA VITOR, ENRIQUE: La Tesis del „Dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder“. In: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin, Marcos Lerner Editor, Córdoba, 2001. Seite 342 ff. JAKOBS, GÜNTHER: Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Zweite Auflage, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997, Seiten 783 und 784. HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ LUIS: La Autoría mediata en Derecho Penal, Verlag Comares, Granada, 1996, Seite 276.

* *Anm. d. Übers.*: Das Original spricht hier tatsächlich von „confunden“, also „verwechseln“.

¹⁰⁵¹ Gemäß: ROXIN, CLAUD: Las formas de participación en el delito: El estado actual de la discusión, 1988. In: Problemas actuales de la dogmática penal (Übersetzung: ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL A), ARA Editores, Lima, 2004, Seiten 213 und 214. STRATENWERTH stellt mit Blick auf die Lehre von der Mittäterschaft fest, dass in diesen Fällen der der Organisationsherrschaft Unterworfenen für gewöhnlich darüber entscheiden kann, (...) ob er selbst (oder aber jemand anderes) die Tat ausführt, während der Mittäter die Entscheidung die Tatbegehung in seinen Händen haben muss (STRATENWERTH, GÜNTHER: Derecho Penal Parte General I, El Hecho punible, oben zitiert, Seite 394) Die Herrschaft des Hintermanns über die Straftat mittels eines anderen, seine zentrale Rolle oder Gestaltungsherrschaft erlaubt es, ihn vom Mittäter zu unterscheiden. Die Handlungsautonomie des Vollstreckers bei der Tatbegehung ist nicht entscheidend, um die mittelbare Täterschaft des Hintermanns auszuschließen, insoweit als dieser eine Befehlsgewalt im organisatorischen Machtapparat besitzt.

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

¹⁰⁵³ ROXIN, CLAUD, La Autoría mediata por dominio en la organización. In: Problemas Actuales de Dogmática Penal (Übersetzung: ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL A), ARA Editores, Lima, 2004, Seite 233; (*Anm. d. Übers.*: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag am 18. Oktober 2002, S. 52 ff. (54)).

hängt. Beim Schreibtischtäter ist das anders: Er ist die beherrschende Zentralgestalt der von ihm befohlenen Verbrechen, während die ausführenden Schergen zwar ebenfalls kraft ihrer Handlungsherrschaft als Täter verantwortlich sind, dem Anordnenden seine aus der Steuerung des Apparats resultierende höherstufige Willensherrschaft aber nicht streitig machen können“¹⁰⁵⁴.

§ 2. Die mittelbare Täterschaft im peruanischen Strafgesetzbuch

721°. NORMATIVE VORLÄUFER UND GELTENDER TEXT. Das peruanische Strafgesetzbuch von 1924 sah in seinem Artikel 100 keine rechtliche Definition der mittelbaren Täterschaft vor. Allerdings wies das Strafgesetzbuch von 1863 in seinem Artikel 12 Absatz 2, wenn auch nicht sehr präzise, darauf hin, dass als Täter einer Straftat auch „die, die über die Ausführung entscheiden und sie mittels anderer verwirklichen“, angesehen werden können.

Die Entwürfe zur Reform des Strafgesetzbuchs von 1924, die von Oktober 1984 bis Januar 1991 stammten und dem geltenden Strafgesetzbuch vorausgingen, nahmen ausdrücklich eine auf die mittelbare Täterschaft anspielende rechtliche Formulierung auf. Gleichwohl beschrieben sie im Laufe ihrer Entwicklung diese Form der Täterschaft mit unterschiedlichen Bezeichnungen. So bestimmten z.B. die Entwürfe von Oktober 1984 (Artikel 28), August 1985 (Artikel 40) und April 1986 (Artikel 40), dass Täter auch derjenige ist, der sich zur Begehung einer Straftat „eines anderen bedient“. Dementgegen entschieden die Entwürfe von September 1989 (Artikel 28), Juli 1990 (Artikel 28) und Januar 1991 (Artikel 23), als mittelbaren Täter denjenigen zu bezeichnen, der die Straftat „mittels eines anderen“ begeht. Die letzte Fassung ist diejenige der geltenden Gesetzgebung. In der Tat erkennt das Strafgesetzbuch von 1991 in seinem Artikel 23 drei Formen mittelbarer Täterschaft an, wobei die zweite Form der mittelbaren Täterschaft entspricht. Gemäß dieser Vorschrift ist Täter „Wer die Straftat selbst oder mittels eines anderen begeht, und die, die sie gemeinsam begehen...“.

722°. ANSICHT DER LEHRE UND RECHTSPRECHUNG. Die nationale Lehre und Rechtsprechung stimmen darin überein, dass die erwähnte Regelung Raum und Legitimität für die verschiedenen Formen mittelbarer Täterschaft bietet. Dafür haben sich HURTADO POZO¹⁰⁵⁵, VILLAVICENCIO TERREROS¹⁰⁵⁶, BRAMONT ARIAS y BRAMONT – ARIAS TORRES¹⁰⁵⁷ und VILLA STEIN¹⁰⁵⁸ ausgesprochen. Die nationalen Gerichte ha-

¹⁰⁵⁴ ROXIN, CLAUS, La Autoría mediata por dominio en la organización. In: Problemas Actuales de Dogmática Penal, (Übersetzung: ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL A) ARA Editores, Lima, 2004, Seite 236; (Anm. d. Übers.: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, o. Fn. 1053, 55).

¹⁰⁵⁵ HURTADO POZO, JOSÉ: Manual de Derecho Penal. Parte General I, oben zitiert, Seite 864 ff.

¹⁰⁵⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Derecho Penal. Parte General, oben zitiert, Seite 470 ff.

¹⁰⁵⁷ BRAMONT ARIAS, LUIS y BRAMONT – ARIAS TORRES, LUIS ALBERTO: Código Penal Anotado, Vierte Aktualisierte Auflage, Verlag San Marcos, Lima, 2003. Seite 69 ff.

¹⁰⁵⁸ VILLA STEIN, JAVIER: Derecho Penal – Parte General, oben zitiert, Seite 317 ff.

ben ebenfalls die Lehre von der mittelbaren Täterschaft angewendet, vor allem mit Blick auf Fälle im Zusammenhang mit kriminellen Organisationen.¹⁰⁵⁹

Demzufolge stellt sich die Diskussion des zu entscheidenden Falls im Lichte der dogmatischen und kriminalpolitischen Grundlagen mittelbarer Täterschaft als zulässig, gesetzeskonform und gerechtfertigt dar.

§ 3. Die mittelbare Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten.

¶ 1. Vorläufer und Entwicklungen der Strafrechtsdogmatik

723° URSPRUNG. Es war der deutsche Jurist CLAUS ROXIN, der ab 1963¹⁰⁶⁰ begann, die theoretischen Grundlagen einer neuen Form der mittelbaren Täterschaft zu schaffen, die er „mittelbare Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten“ nannte. Auf diese Weise versuchte er, eine dogmatische Lösung für die Probleme der Täterschaft zu entwickeln, die im Zusammenhang mit der Zurechnung zu den zentralen Organen oder strategischen Einheiten organisatorischer Machtapparate, die zwar nicht direkt an der Ausführung der aus diesen Strukturen heraus verwirklichten Verbrechen beteiligt waren, aber diese doch entschieden, programmierten und planten. Die zentrale These seiner Überlegungen bestand in der Annahme einer Willensherrschaft, die sich von den traditionellen, auf Zwang oder Irrtum beruhenden Annahmen (einer Tatherrschaft) unterschied¹⁰⁶¹.

724°. Dieser Vorschlag ging auf die Untersuchung der Fälle *Eichmann*¹⁰⁶² und *Staschynski*¹⁰⁶³ zurück. Die Entwicklung dieser Verfahren zeigte, dass es nicht möglich

¹⁰⁵⁹ Siehe dazu das Urteil der Nationalen Strafkammer vom 13. Oktober 2006 (Expediente acumulado número 560 – 2003). Im Internet: www.gacetajuridica.com.pe.

¹⁰⁶⁰ ROXIN, CLAUS, La Autoría mediata por dominio en la organización. In: Problemas Actuales de Dogmática Penal, ARA Editores, Lima, 2004, Seite 223 ff.

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

¹⁰⁶² Eichmann war ein deutscher Verwaltungsbeamter, der das Zentralbüro für die Judenmigration (Anm. d. Übers.: Genauer: das Referat IV B 4 im Reichssicherheitshauptamt, das am 27.9.1939 aus dem Sicherheitsdienst-Hauptamt, einer Einrichtung der NSDAP, und dem Hauptamt Sicherheitspolizei, einer staatlichen Einrichtung, gebildet wurde) leitete, und dessen Aufgabe in der Verfolgung, Auswahl und Festnahme der in Europa ansässigen Juden bestand, um sie später in die verschiedenen Konzentrationslager zu verbringen; er hatte aber nicht selbst an der Hinrichtung einer Person teilgenommen. Am Ende des Zweiten Weltkriegs flüchtete er nach Argentinien, wo er unter einer falschen Identität lebte und wo er von Agenten der israelischen Geheimdienste festgenommen wurde, die ihn in jenes Land brachten, in dem er als Täter der begangenen Tötungen verurteilt wurde. Siehe dazu: CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización. In: AA.VV.: Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro homenaje al Professor Doctor Don Enrique Bacigalupo en su sexagésimo quinto aniversario, ARA Editores, Lima, 2003. Seite 626 (Fußnote 181).

war, die Angeklagten mit den klassischen Formen mittelbarer Täterschaft in Verbindung zu bringen. Gleichwohl stellte Roxin fest, dass beide Beteiligte in einen organisatorischen Machtapparat eingebunden waren, und dass die Straftaten, die ihnen zugerechnet wurden, in Wirklichkeit den Vorhaben und Befehlen der zentralen Organe besagter Strukturen, die die Ausführung beherrschten und leiteten, entsprachen. Dementsprechend konnte gefolgert werden, dass der unmittelbare Vollstrecker der Straftat, der mittlere Befehlshaber und das zentrale Organ der Machtstruktur, das die Ausführung anordnete, unterschiedliche Formen der Tatherrschaft besaßen, die sich aber nicht gegenseitig ausschlossen. Während auf diese Weise der erste (unmittelbare Täter) von ihnen die *Handlungsherrschaft*, also die materielle Verwirklichung der Straftat, in seinen Händen hielt, besaßen das zweite und das dritte (Glied) *Organisationsherrschaft*, also die Möglichkeit, die Verwirklichung des deliktischen Geschehens von ihrer entsprechenden Befehlsebene („nivel funcional“) mittels des ihnen zur Verfügung stehenden Machtapparats zu beeinflussen und zu kontrollieren. Dies machte aus letzteren wahre mittelbare Täter, denn „*die Tatherrschaft des Hintermannes stützt sich darauf, dass er durch den ihm zu Gebote stehenden Apparat den Erfolg mit grösserer Sicherheit herbeiführen kann als selbst bei der Nötigungs- und Irrtumsherrschaft, die als Fälle mittelbarer Täterschaft fast einhellig anerkannt sind*“¹⁰⁶⁴.

Daher handelt es sich um eine konkrete Herrschaft, die der Befehlshaber über die Organisation ausübt, und nicht um eine direkte Herrschaft oder persönliche Beziehung zum unmittelbaren Täter. In diesem Fall kann die Grundlage dieser Form von mittelbarer Täterschaft also nicht auf der Herrschaft oder Kontrolle über die „*Zwischenperson*“ beruhen, da diese letztendlich „*eine freie Person und für ihre eigenen Handlungen verantwortlich ist*“¹⁰⁶⁵. Der mittelbare Täter übt folglich Herrschaft über den Apparat und seine Struktur aus, in die der Vollstrecker eingegliedert und zwangsweise eingebunden ist¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶³ Der Agent „STA(S)CHYNSKI“ erschoss im Auftrag eines ausländischen Geheimdienstes auf einer öffentlichen Straße zwei hochrangige ausländische politische Persönlichkeiten. Er wurde (nur) als Gehilfe verurteilt, weil er nicht aus eigenem Antrieb handelte, sondern das Verbrechen im Interesse seines (KGB) Auftraggebers beging. Siehe: ROXIN, CLAUS: Sobre la Autoría y la Participación en el Derecho Penal. In: AA.VV.: Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. En Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, Seite 56.

¹⁰⁶⁴ ROXIN, CLAUS: El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. In: REJ. Revista de Estudios de la Justicia – No. 7 – Año 2006. Seite 15 (*Anm. d. Übers.*: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft, ZStrR 125 (2007), S.1 (11)).

¹⁰⁶⁵ PARIONA ARANA, RAÚL: Autoría mediata por organización, Verlag Grijley, Lima, 2009, Seite 59.

¹⁰⁶⁶ Diesbezüglich wird in dem von der „Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público“ der juristischen Fakultät der Pontificia Universidad Católica de Perú vorgelegten AMICUS präzisiert – siehe die dritte Schlussfolgerung – dass „... die Ursprünge der Verantwortlichkeit für den Hintermann und den Vollstrecker oder Vordermann unterschiedlich sind. Während die Zurechnung von Verantwortlichkeit des Hintermanns eine Zurechnung wegen des Unrechts der Organisation ist, ist die Zurechnung von Verantwortlichkeit des Vordermanns (Vollstrecker) eine Zurechnung wegen des individuellen Unrechts“ (Seite 30)

725° GERICHTLICHE REZEPTION DER THESE ROXINS. ROXINS Auffassung wurde zum ersten Mal 1985 in den Urteilen der argentinischen Gerichte, die mit der Aburteilung der Militärjuntas, die Argentinien zwischen 1976 und 1983 regierten, befasst waren, gerichtlich geltend gemacht – Urteile vom 9. Dezember 1985 der „Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal“, und vom 30. Dezember 1986 des „Corte Suprema de Justicia de la Nación“ –¹⁰⁶⁷. Die Richter der ersten Instanz kamen zu dem Schluss, dass die militärischen Befehlshaber strafrechtlich als mittelbare Täter verantwortlich waren. So wurde unter Punkt VII.6 der Entscheidung, der mit „Der zu beschreitende Weg“ betitelt war, betont, dass die Angeklagten immer die Herrschaft über die Vollstrecker ausübten, sodass sie als mittelbare Täter der begangenen Verbrechen verantwortlich waren¹⁰⁶⁸. Diese Entscheidung wurde später vom Obersten Gerichtshof diskutiert und seine Richtermehrheit wandte ebenfalls die Lehre von der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft an¹⁰⁶⁹.

Später war es der deutsche Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 26. Juli 1994 (BGHSt 40, 218/240), der auf die mittelbare Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten zurückgriff, um die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik wegen der Tötungen, die durch die Mauerschüsse oder die in der unmittelbaren Nähe der Berliner Mauer angebrachten tödlichen Sprengladungen begangen wurden, strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen¹⁰⁷⁰. In diesem Fall wurden drei Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als mittelbare Täter dieser Tötungen angesehen. Auf diese Weise wurde die erstinstanzliche Entscheidung, die sie nur als Anstifter zu derartigen Straftaten angesehen hatte, abgeändert¹⁰⁷¹.

In unserer Rechtsprechung ist diese Form mittelbarer Täterschaft auch bei dem Anführer der Terrororganisation Leuchtender Pfad, Abimael Guzmán Reynoso,

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

¹⁰⁶⁸ Genauer dazu BERTONI, EDUARDO ANDRÉS. Autoría mediata por aparatos organizados de poder: Antecedentes y aplicación práctica. In: Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos, IDEHPUCP, Lima, 2007, Seiten 25-36.

¹⁰⁶⁹ LASCANO, CARLOS JULIO: oben zitiert, Seite 368 ff. Die Meinungen der Richter ENRIQUE S. PETRACHHI und JORGE A. BACQUÉ sind diesbezüglich klar – siehe Punkt 15 – und ebenfalls – wie wir meinen – die des Richters CARLOS S. FAYT – siehe Punkt 21 und Punkt 22. Die Richter JOSÉ S. CABALLERO und AUGUSTO C. BELLUSCIO entschieden sich ausdrücklich, und mit größerem Nachdruck in dem Entscheidungsteil ihrer Voten, hinsichtlich der Mitglieder der argentinischen Militärjunta für eine Zurechnung als notwendig Kooperierende (cooperador necesario) – siehe Punkt 28 bezüglich des ersten und Punkt 6 bezüglich des zweiten.

¹⁰⁷⁰ ROXIN, CLAUDIUS, La Autoría mediata por dominio en la organización, oben zitiert, Seite 227. Es verdient Erwähnung, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in der Entscheidung STRELETZ, KESSLER und KRENZ vs. Deutschland vom 22. März 2001 die Verurteilung der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der ehemaligen DDR durch den Bundesgerichtshof bestätigte.

¹⁰⁷¹ BOLEA BARDÓN, CAROLINA: Autoría mediata en Derecho Penal, Verlag Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Seite 343.

angewendet worden. Sowohl in der Entscheidung der Nationalen Strafkammer („Sala Penal Nacional“) vom 13. Oktober 2006, als auch in der Entscheidung der Zweiten Übergangsstrafkammer des obersten Gerichtshofs („Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema) – Mehrheitsvotum des besagten Gerichtshofs – vom 14. Dezember 2007, wurde er für die von den operativen Ebenen dieser illegalen Gruppe begangenen Tötungen und Attentate verantwortlich gemacht. In diesen Entscheidungen der nationalen Rechtsprechung wurden die tatsächlichen Vollstrecker dieser abscheulichen Taten als unmittelbare Täter angesehen, während die Taten Guzmán Reynoso zugerechnet wurden, da er die Herrschaft über die Organisation besaß, und die politische und militärische Kontrolle über den Leuchtenden Pfad aufgrund seiner Position und hierarchischen Stellung im Zentralkomitee oder der zentralen Leitung ausübte.

Gegenwärtig werden der von Roxin vorgeschlagenen dritten Form mittelbarer Täterschaft von der (...) Strafrechtslehre neue Betonungen und Bezeichnungen gegeben, wobei die gebräuchlichsten folgende sind: „Täterschaft kraft Befehlsgewalt“, „Organisationsherrschaft“ oder „Tatherrschaft mittels organisatorischer Machtapparate“¹⁰⁷².

Die nationale Strafrechtslehre hat ebenfalls die Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten analysiert, weshalb die Diskussion zu ihrem Umfang und ihrer Anwendung im vorliegenden Fall geboten ist¹⁰⁷³.

¶ 2. Die allgemeine Voraussetzung: Das Bestehen der Organisation

726°. STRUKTURIERTE ORGANISATION. MERKMALE. Die Lehre von der mittelbaren Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten hat als Grundlage das „vorherige Bestehen einer strukturierten Organisation“. Diese besitzt einen festen hierarchischen Verlauf, der zur Verantwortlichkeit der obersten strategischen Ebene für die von dieser getroffenen strafrechtlich relevanten Entscheidungen und Vorhaben führt. Diese selbst werden später dem unmittelbaren Täter im Wege der organisationstypischen Vertikalität zugewiesen. Demzufolge ist ein wichtiges Merkmal dieser Form hierarchisch organisierter Strukturen, das zugleich ihre strikte Vertikalität hervorhebt, **(i)** die „*Rollenzuweisung*“. Dieser Ausdruck erweist sich als anschaulicher als jene der gegenwärtigen Strafrechtslehre¹⁰⁷⁴, um das Ver-

¹⁰⁷² BOLEA BARDÓN, CAROLINA: oben zitiert, Seite 341.

¹⁰⁷³ MEINI MÉNDEZ, IVÁN: El dominio de la organización en Derecho Penal, oben zitiert. PARIONA ARANA, RAÚL: Autoría mediata por organización, oben zitiert, Seite 435 ff. MONTOYA VIVANCO, YVÁN: La Autoría mediata por dominio de organización. Replanteamiento fáctico – normativo y requerimientos probatorios. In: Revista Jurídica del Perú. Número ochenta y cuatro, Normas Legales, Lima, Februar 2008, Seite 297 ff. CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización, oben zitiert, Seite 575 ff.

¹⁰⁷⁴ MEINI MÉNDEZ, IVÁN: El dominio de la organización en Derecho Penal, oben zitiert, Seiten 18-19, FARALDO CABANA, PATRICIA: Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder, Verlag Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Seite 19.

hältnis zwischen der strategischen Ebene und dem Vollstrecker zu beschreiben; ein Verhältnis, das auf eine Arbeitsteilung oder Funktionsverteilung Bezug nimmt. Darüber hinaus können jene Bezeichnungen zu einer Verwechslung zwischen mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft führen. Diesbezüglich kann ROXIN zufolge, „von ‚Arbeitsteilung‘, die heute allgemein als zentrales Merkmal der Mittäterschaft angesehen wird, nicht die Rede sein, wenn der Machthaber die gesamte Verwirklichung seiner Anordnung ausführenden Organen überlässt“¹⁰⁷⁵.

Als weiteres Merkmal dieser Machtapparate mit hierarchisch organisierten Strukturen ist der Umstand hervorzuheben, dass sie **(ii)** ein funktionelles Leben führen, das von dem seiner Mitglieder unabhängig ist. Dessen Grundlage beruht nicht auf einem bestimmten Gemütszustand der obersten strategischen Ebene, sondern auf einem sog. „*Funktionsmechanismus des Apparates*“¹⁰⁷⁶, d.h. seinem „Automatismus“ oder der Entwicklung eines eigenen Prozesses oder Ablaufs. Folglich kann der Hintermann immer darauf vertrauen, dass sein Befehl oder sein kriminelles Vorhaben ausgeübt wird, ohne dass es notwendig ist, den unmittelbaren Vollstrecker zu kennen. Es ist diese „*automatische Funktionsweise des Apparats*“, die tatsächlich die Ausführung des Befehls garantiert¹⁰⁷⁷. Daher ist es nicht unverzichtbar, dass eine ausdrückliche Anordnung besteht und diese in einem Dokument fixiert ist, mittels der die oberste strategische Ebene dem unmittelbaren Täter direkt die Ausführung einer spezifischen Aufgabe befiehlt. Das bedeutet jedoch nicht, dass sich dieser (der unmittelbare Täter) vollständig vom konkreten Handeln der Organisation entfernt, sondern vielmehr, dass sich seine Anwesenheit auf eine Reihe von Mechanismen bezieht, die innerhalb und außerhalb der Machtstruktur interagieren, und die es möglich machen, dass der Apparat aktiv bleibt und seine strafbaren Vorhaben verwirklicht. Zu dieser Schlussfolgerung gelangten Ambos und Grammer, als sie den Mitgliedern der argentinischen Militärjunta, Videla und Massera, strafrechtliche Verantwortung als mittelbare Täter wegen der Entführung, Folter und der späteren Tötung der jungen deutschen Studentin Elisabeth Käsemann zuschrieben¹⁰⁷⁸. Nach ihrer Ansicht „konnten (sich)“ die argentinischen Soldaten „auch sicher sein, daß ihren Anweisungen Folge geleistet würde, konnten insoweit also auf die *regelmäßigen Abläufe* des von ihnen befehligten organisatorischen Machtapparats, die durch ihre Anordnungen ausgelöst wurden, vertrauen.“¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁵ ROXIN, CLAUS, La Autoría mediata por dominio en la organización, oben zitiert, Seite 234 (*Anm. d. Übers.*: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, o. Fn. 1053, 55).

¹⁰⁷⁶ ROXIN, CLAUS, Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder, 1985, Seite 402; (*Anm. d. Übers.*: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Aufl. 1967, S. 244).

¹⁰⁷⁷ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, Verlag Comares, Granada, 2006, Seite 12.

¹⁰⁷⁸ AMBOS, KAI/GRAMMER, CHRISTOPH: Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. Artikel veröffentlicht auf: http://menschenrechte.org/Koalition/Espanol/dictamen_Kaesemann.pdf (für die deutsche Quelle s. nächste Fn.).

¹⁰⁷⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, oben zitiert, Seite 12 (Fußnote 10). (*Anm. d. Übers.*: Die Quelle ist falsch, das Zitat stammt aus dem gerade zit. Aufsatz von

¶ 3. Die spezifischen Voraussetzungen und ihre Anforderungen.

727°. FUNKTIONALE VORAUSSETZUNGEN UND ANFORDERUNGEN. Die Bestimmung der hierarchischen Organisationen, die die organisatorischen Machtapparate ausmachen, und welche als Grundlage für die untersuchte Form mittelbarer Täterschaft dienen, erfordert außerdem die Feststellung des Bestehens der vom deutschen Bundesgerichtshof sogenannten „Rahmenbedingungen“¹⁰⁸⁰, d.h. der funktionalen Voraussetzungen und Anforderungen. Dabei handelt es sich um folgende: **1)** die Befehlsgewalt; **2)** die Loslösung der Organisation von der Rechtsordnung; **3)** die Austauschbarkeit des unmittelbaren Täters; und **4)** die erhöhte Tatgeneigntheit des Vollstreckers.

Diese Rahmenbedingungen müssen gemeinsam untersucht werden. Allerdings handelt es sich nicht um eine arithmetische Summierung, um als Ergebnis die Organisationsherrschaft zu erhalten. Vielmehr muss eine Einschätzung von Fall zu Fall erfolgen, um auf diese Weise einen unvollständigen, schiefen oder verfälschten Eindruck der Struktur und der Funktionsweise der Organisation zu verhindern.

728°. EBENEN. Um eine geeignete und nützliche Analyse dieser Rahmenbedingungen zu erreichen, können wir sie auf zwei Ebenen untersuchen.

(A) Die eine, mit objektivem Charakter, die **i)** die *Befehlsgewalt* und **ii)** die *Loslösung des Machtapparats von der Rechtsordnung* umfasst. Die erste Anforderung ist transzendental für die Verwirklichung der Organisationsherrschaft, die zweite gibt der Herrschaft eine größere Solidität. Deshalb ist es angebracht, beide Anforderungen als Grundpfeiler zu betrachten, die es der obersten strategischen Ebene (dem mittelbaren Täter) erlauben, ihre Herrschaft über die gesamte kriminelle Struktur zu begründen und zu konsolidieren.

(B) Die andere, mit subjektiven Charakter, in der **i)** die *Fungibilität des direkten Vollstreckers* und **ii)** die *erhöhte Tatgeneigntheit* zu verorten sind. Diese zwei subjektiven Anforderungen sind Folge des Automatismus und haben ihren Ursprung darin, was ROXIN den „*Schalthebel der Macht*“ („palanca de poder“)¹⁰⁸¹ genannt hat. Dies ist

Ambos/Grammer, hier wird aus der dt. Originalfassung zitiert: Tatherrschaft qua Organisation. Die Verantwortlichkeit der argentinischen Militärführung für den Tod von Elisabeth Käsemann, in: T. Vormbaum (Hrsg.), Jahrbuch Juristische Zeitgeschichte Band 4 (2002/2003), 2003, S. 529-553 (546)).

¹⁰⁸⁰ Siehe diesbezüglich: MEINI MÉNDEZ, IVÁN: El dominio de la organización en Derecho Penal, oben zitiert, Seite 25. PARIONA ARANA, RAÚL: La doctrina de la “disposición al hecho”. ¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización? In: JUS Doctrina & Práctica, Verlag Grijley, Lima, 2008, Seite 44 (Fußnote 32). ROXIN, CLAUDIUS: El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, In: REJ, Revista de Estudios de la Justicia. Nummer 7 – Jahr 2006, Seiten 15-20. AMBOS, KAI: Dominio por organización. Estado de la discusión, In: AA.VV.: Dogmática actual de la autoría y la participación criminal”, Verlag IDEMSA, Lima, 2007, Seiten 82-83. Dieser Artikel ist ebenfalls veröffentlicht in Revista Derecho Penal Contemporáneo, Legis, Bogotá, 2007. Seite 28.

¹⁰⁸¹ ROXIN, CLAUDIUS: Sobre la Autoría y participación en el Derecho Penal, 1970, oben zitiert, Seite 63 (Anm. d. Übers.: Nach Auskunft von Prof. Roxin, email v. 13.6.2009, wurde das deutsche Original dieses Beitrags nie veröffentlicht. „Palanca de poder“ bedeutet wörtlich „Machthebel“, Roxin selbst schlägt

entscheidend, da es den Schluss zulässt, dass die Handlung des direkten Vollstreckers letztendlich von seinem eigenen Willen zur Tatbegehung abhängt. Andererseits führt die Nichtausführung der Straftat durch diesen zu seiner *Fungibilität* oder Ersetzung durch eine andere Zwischenperson, die eine höhere *Bereitschaft zur Tatverwirklichung* besitzt.

¶ 4. Die objektiven Voraussetzungen und Anforderungen

* 4.1. Die Befehlsgewalt

729° KONZEPT. Wie gezeigt, handelt es sich bei der *Befehlsgewalt* um eine Grundvoraussetzung der Zurechnung der mittelbaren Täterschaft im Rahmen eines organisatorischen Machtapparats.

Die Befehlsgewalt ist die Fähigkeit der obersten strategischen Ebene – des Hintermanns –, dem ihr untergeordneten Teil des Machtapparats Befehle zu geben oder Aufgaben zuzuweisen. Diese Fähigkeit wird erworben oder übertragen, aufgrund einer Stellung der Autorität, Führung oder Abstammung, abgeleitet von politischen, ideologischen, sozialen, religiösen, kulturellen, wirtschaftlichen oder ähnlichen Faktoren.

Die Befehlsgewalt des mittelbaren Täters manifestiert sich mittels ausdrücklicher oder stillschweigender Erteilung von Befehlen, die aufgrund des automatischen Charakters, verliehen durch die funktionale Verfassung des Apparats, ausgeführt werden. Das bedeutet, dass es nicht notwendig ist, dass derjenige, der den Befehl erteilt, zusätzlich oder alternativ auf die Nötigung oder die Täuschung der möglichen Vollstrecker zurückgreift. Vor allem weil, wie später gezeigt werden wird, der direkte Vollstrecker die strafbaren Absichten, die die Organisation verfolgt, teilt und die Bereitschaft zur Befehlsausführung hat, wie sich in der Tatverwirklichung zeigt. Das bedeutet, dass *die Willensherrschaft, die der mittelbare Täter als Inhaber der Befehlsgewalt besitzt und ausübt, diesem aufgrund der Eingliederung der Zwischenperson oder des direkten Vollstreckers in den organisatorischen Machtapparat zuteil wird.*

730°. FORMEN DER BEFEHLSGEWALT. In diesem Zusammenhang ist zwischen der Befehlsgewalt auf höchster Ebene und der auf mittlerer Ebene zu unterscheiden. Es ist also wichtig, zwischen zwei Formen der Befehlsgewalt zu unterscheiden. Zum einen verläuft sie von der strategischen zu der mittleren taktischen oder operativen Ebene. Und zum anderen von den mittleren Ebenen zu den physischen Vollstreckern. In beiden Fällen zeigt sich die Befehlsgewalt immer in vertikaler Linie. Dieser Umstand ist entscheidend für die Zuschreibung mittelbarer Täterschaft für alle Befehlshaber in der Kette des Machtapparats, denn man kann die Form und Reichweite, in der die oberste strategische Ebene Entscheidungen trifft oder weitergibt, nicht mit denen

die hier verwendete Übersetzung vor; ähnlich ders., GA 1963, 193, 200: „an einer *Schaltstelle* des Organisationsgefüges sitzende(r) Hintermann“).

der mittleren Ebenen bezüglich der direkten Vollstrecker vergleichen und zwar wegen der unterschiedlichen Stellung jeder Befehlsebene innerhalb der kriminellen Organisation. Die Organisationsherrschaft, die von der obersten strategischen Ebene ausgeübt wird, unterscheidet sich von der des mittleren Befehlshabers, da derjenige, der sich an der Spitze der hierarchischen Struktur befindet, eine absolute Herrschaft über den Apparat besitzt, während derjenige, der auf einer mittleren Ebene agiert, nur Befehle im Rahmen seiner Zuständigkeit innerhalb der Organisation erteilen kann.

Diese Sichtbarmachung der Organisation und ihrer funktionaler Hierarchien ist in der nationalen Rechtsprechung verwendet worden, um die Struktur des Leuchtenden Pfads* („Sendero Luminoso“) zu interpretieren. In der Tat hat die Nationale Strafkammer klargestellt, dass die sogenannte *Zentraldirektion* (der genannten Gruppe) die „wahre Herrschaft über die ganze Organisation“ ausübte, da sie damit beauftragt war, die Treffen, die mit den *mittleren Kadern* abgehalten wurden, zu leiten, und das korrekte Funktionieren des kriminellen Apparats zu überwachen. Die „*mittleren Kader*“ bestanden ihrerseits aus den sogenannten „*Regional-*“ und „*Zonenkomitees*“. Auf unterster Stufe befanden sich schließlich die *Unterzonekomitees* und die *Zellenkomitees*. Außerdem führte die Nationale Strafkammer an, dass aufgrund der Militarisierung dieser Terrorgruppe alle Strukturen zur Ausführung militärischer Operationen beitrugen. Als sie die sogenannte *Volksarmee* gründeten, verwandelten sich das *Politische Sekretariat* und das *Subsekretariat* eines *Komitees* jeweils in das *militärische Kommando* und das *politische Kommando*¹⁰⁸².

731° GRADE DER VERANTWORTLICHKEIT UND VORWERFBARKEIT.

1. Der Grad strafrechtlicher Verantwortlichkeit unterscheidet sich auch hinsichtlich desjenigen, der sich auf höchster Ebene befindet und ist viel größer als bei demjenigen, der sich auf einer mittleren Ebene befindet. Dieser höhere Grad an Verantwortlichkeit wurde vom Jerusalemer Gericht im Fall Eichmann klargestellt. Dabei wurde gezeigt, dass das Verantwortlichkeitsausmaß vielmehr wächst, „je mehr man sich von demjenigen entfernt, der die Mordwaffe mit seinen Händen in Betrieb setzt und zu den höheren Befehlsstufen gelangt“¹⁰⁸³. Eine ähnliche Auffassung vertrat die Nationale Strafkammer im Hinblick auf die Anführer des Leuchtenden Pfads. Diesbezüglich wurde betont, dass „(d)ie tatsächliche Kontrollgewalt, die nach oben hin in der Befehlskette abnimmt, gewissermaßen von der höheren Verantwortlichkeit

* *Anm. d. Übers.*: Es handelt sich dabei um eine maoistisch-stalinistisch orientierte Aufstandsbewegung, näher Ambos, ZIS 2009, 552.

¹⁰⁸² Siehe Punkt 13 der Entscheidung der Nationalen Strafkammer vom 13. Oktober 2006 (Expediente acumulado 560 – 2003). Im Internet: www.gacetajuridica.com.pe.

¹⁰⁸³ ROXIN, CLAUS, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, oben zitiert, 1985, Seite 404. Ders., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Übersetzung der sechsten deutschen Auflage durch Joaquín Cuello Contreras und José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998, Seite 272; (*Anm. d. Übers.*: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, *Täterschaft*, o. Fn. 1076, § 24, S. 247).

derjenigen, die sich in den höchsten Positionen befinden, kompensiert wird“¹⁰⁸⁴. In beiden Fällen wurde ROXINS Ansicht „daß der Verlust an Tatnähe durch das nach den leitenden Stellen des Apparates hin immer zunehmende Maß an organisatorischer Herrschaft kompensiert wird“¹⁰⁸⁵ gerichtlich bestätigt. Das erlaubt den Schluss, dass die Verantwortlichkeit in dem Maße steigt, in dem sich jemand von der Ausführung der Straftat entfernt und sich (damit zugleich) der obersten strategischen Ebene des organisatorischen Machtapparats nähert.

2. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass der Grad an Vorwerfbarkeit, der dem Inhaber der Befehlsgewalt zuzuschreiben ist, immer stärker ist, wenn diese auf einer formalen Legitimität beruht. In diesen Fällen handelt es sich also um einen höheren Handlungsunwert, da derjenige, der seine Machtstellung missbraucht, auf doppelte Weise das System angreift, indem er eine hierarchisch organisierte und kriminelle, und zugleich eine parallele und heimliche Organisation schafft und leitet. Erstens, weil sich die Organisation von der Rechtsordnung, die die Quelle der legitimen Machtausübung ist, entfernt hat; und ferner, weil er als Kenner des bestehenden rechtlichen Rahmens jene kriminelle Struktur plant und aktiviert, sodass sie sich für die mit der Verbrechensprävention und -kontrolle beauftragten Institutionen als weniger erkennbar erweist.

3. Es ist wichtig, klarzustellen, dass nur derjenige als Teilnehmer angesehen werden kann, der als Rand- oder Nebenfigur der Befehlskette handelt, sei es als Berater oder bloßer Überbringer der Anordnungen der obersten strategischen oder mittleren Ebenen, oder derjenige, der sich darauf beschränkt, die für die Verbrechensbegehung notwendigen Mittel bereitzustellen, ohne dass er die Möglichkeit hat, Befehle zu geben. Um allerdings diese subsidiäre Rolle in der Befehlskette zu bestimmen, ist es notwendig, seine tatsächliche Stellung, die er innerhalb der Organisation einnimmt, sowie die Art des Beitrags, den er zur Verwirklichung der Straftaten leistet, zu untersuchen. Deshalb ist die von einem Teil der nationalen Lehre verwendete Bezeichnung „untergeordnete Zwischenbefehlshaber“ („mandos intermedios inferiores) mit der Gestalt und Beteiligung dieses peripheren oder kollateralen Sektors nicht vereinbar¹⁰⁸⁶. Vor allem, weil der Begriff „Befehlshaber“ immer die Fähigkeit impliziert, einen Befehl, auf der Grundlage des Herrschaftsgrades über die kriminelle Struktur, zu geben. Daher muss jeder, der aufgrund seiner hierarchischen Stellung die Maschinerie des organisatorischen Machtapparats zum Laufen bringt, als mittelbarer Täter haften.

4. Ein Sonderfall, der beachtet werden muss, ist der der *Befehlsgewalt zwischen den mittleren Ebenen*, oder was man auch als *Position von Befehlsgewalt zu Befehlsgewalt* („posición de mando a mando“) bezeichnen könnte. Dieser Fall findet sich

¹⁰⁸⁴ Siehe Punkt 13 der Entscheidung der Nationalen Strafkammer vom 13. Oktober 2006 (Expediente acumulado 560 – 2003). Im Internet: www.gacetajuridica.com.pe.

¹⁰⁸⁵ ROXIN, CIAUS, Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder, 1985, Seite 405 (Anm. d. Übers.: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, Täterschaft o. Fn. 1076, § 24, S. 247).

¹⁰⁸⁶ CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización, oben zitiert, Seite 635.

üblicherweise bei komplexen organisatorischen Machtapparaten. Das Vorliegen einer Kette mittlerer Befehlshaber schließt die Zurechnung entsprechender Verantwortlichkeiten dieser oder jener nicht aus. Es ist wichtig zu betonen, dass unter diesen Umständen jeder, der sich in einer besonderen privilegierten Stellung befindet und die Fähigkeit der Befehlserteilung besitzt, als mittelbarer Täter haftet, da seine Anordnungen es erlauben, dass die kriminelle Struktur aktiv bleibt.

5. Folglich kann bezüglich dieser dazwischenliegenden oder nachfolgenden Befehlsebenen der Umstand, dass *„man nur mit der Übermittlung eines Befehls beauftragt war“*, der von einem anderen Befehlshaber stammte, nicht als Entschuldigungsgrund anerkannt werden. Dies ist deshalb der Fall, weil seine Anordnung und Befehlsmacht (die des mittleren Befehlsgebers) auch dazu beiträgt, dass sich die strafbare Handlung realisiert. Ebenso wenig kann in diesen Fällen als Entschuldigung das Argument angeführt werden, dass *„wenn man es nicht gemacht hätte, es jemand anderer gemacht hätte“*, da der mittlere Befehlshaber aufgrund seiner Stellung in einer hierarchischen Struktur genau weiß, dass seine Beteiligung einen aktiven Teil bei der Verwirklichung der strafbaren Handlungen, die schließlich die Vollstrecker verwirklichen, darstellen. Nach ROXIN wurde das auch vom Gericht in Jerusalem betont, um die Eigenschaft Eichmanns als Täter zu rechtfertigen, die nicht beeinträchtigt wurde, *„... auch soweit er im Verhältnis zu den ihm übergeordneten Stellen nur als ausführendes Organ erscheint (...). Der Gedanke des ‚sinnlosen Opfers‘ läuft, so wichtig er für die Täterlehre bei Beurteilung der Auftraggeber ist, im Hinblick auf das persönliche Verhalten des Ausführenden auf den alten und schon früher erörterten Einwand der ‚überholenden Kausalität‘ hinaus“*¹⁰⁸⁷. Daher betont besagter Autor: *„Wer ein Delikt begeht, ist seiner Verantwortung nicht deshalb ledig, weil sonst ein anderer die Tat begangen hätte. Andererseits war Eichmann ja nicht nur Ausführender, sondern im Hinblick auf die ihm untergebenen Personen gleichzeitig Anordnender, so daß insoweit die Kriterien, die seine Hintermänner zu mittelbaren Tätern machen, auch auf ihn zutreffen“*¹⁰⁸⁸.

732°. BEFEHLSGEWALT UND BEFEHLE. EINORDNUNG.

1. Wie bereits erwähnt, ist der Befehl die charakteristischste Eigenschaft der Befehlsgewalt. Er muss als Anordnung verstanden werden, der die Tatbegehung oder Aufgabe anordnet, und die der Untergebene mit Rücksicht auf die funktionale Stellung und Hierarchie desjenigen, der sie weitergibt, ausführen muss. Er kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Er kann allerdings auch mittels Zeichen oder Gesten gegeben werden. Daher können bezüglich des Befehls zwei Fallgruppen unterschieden werden. Unter die erste fallen die *formalen Befehle*, die eine derartige Eigenschaft aufgrund von *Anordnungen, Richtlinien oder Erlassen* bekommen.

¹⁰⁸⁷ ROXIN, CLAUS, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, Seite 404. Ders., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 1998, Seite 272 (*Anm. d. Übers.*: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, *Täterschaft*, o. Fn. 1076, § 24, S. 246).

¹⁰⁸⁸ ROXIN, CLAUS, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, oben zitiert, 1985, Seite 404 (*Anm. d. Übers.*: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, *Täterschaft*, o. Fn. 1076, § 24, S. 246).

Demgegenüber befinden sich in der zweiten Fallgruppe die *Befehle aufgrund ihrer tatsächlichen Wirksamkeit*, d.h. die *Zeichen, Ausdrücke, Gestikulierungen, konkreten Handlungen oder ähnliche Ausdrücke unterschiedlichster Art*. Es ist zu präzisieren, dass der Inhaber der Befehlsgewalt, je nach den Fällen und Umständen seines Eingreifens, seinen Befehlen in jeder der genannten Formen erteilen kann.

2. Die Befehle der ersten Fallgruppe finden sich häufig in jenen Organisationen, die, indem sie sich von der formalen und legitimen Ordnung, die ihre Struktur regulieren, entfernen, in die Verwirklichung deliktischer Ziele abgleiten. In diesen Fällen wird versucht, ihre gesetzliche, konstituierende Grundlage auszunutzen, um die Begehung von Straftaten zu „verschleiern“. Auf diese Weise kann die Verwendung der Befehle der ersten Fallgruppe – seien es Anordnungen, Richtlinien, Erlasse und/oder gesetzliche Bestimmungen, usw. – mit den üblichen Verfahrenweisen der formell-rechtlichen Ordnung übereinstimmen oder nicht. Letzteres ist allerdings nicht entscheidend, da der Machtapparat schon bereits jenseits des Rechts und mit dem konkreten Zweck der Begehung strafbarer Handlungen agiert. Die gerichtlich bekannten Erfahrungen zu organisatorischen Machtapparaten staatlicher Art und Provenienz zeigen außerdem, dass es typisch ist, dass der gesetzeswidrige Auftrag nicht auf einer Anordnung oder einem Dokument beruht, sondern dass es auf die konkrete, effektive und tatsächliche Macht ankommt, die innerhalb der Organisation von der Befehlsebene ausgeübt wird und die die Untergebenen als solche anerkennen.

3. Der Fall der argentinischen Militärjuntas hat es ermöglicht, dieses Vorgehen zu veranschaulichen. So schreibt CASTILLO ALVA, indem er SANCINETTI zitiert: *„Alle Operationen, die gegen die Aufständischen und den Terrorismus von den bewaffneten Streitkräften und Sicherheits-, Polizei- und Gefängnissträften unter der operativen Kontrolle und gemäß der Verordnungen 261/75, 2770/75, 2771/75 und 2772/75 durchgeführt wurden, erfolgten unter Beachtung der von den obersten Befehlsebenen der bewaffneten Streitkräfte und der Militärjunta abgesegneten und überwachten Pläne von Beginn ihrer Konstituierung an“*¹⁰⁸⁹.

4. Die Befehle der zweiten Fallgruppe werden für gewöhnlich von den organisatorischen Machtapparaten verwendet, die sich von Beginn an vollständig von der Rechtsordnung abgelöst haben. Dies ist der Fall der terroristischen Organisationen, die mittels Gewaltanwendung die politische Machterlangung anstreben.

5. Dies geschah, folgt man der nationalen Rechtsprechung, innerhalb der Organisation Leuchtender Pfand mittels der Entscheidungsgewalt, die die Zentrale Leitung ausübte. Wie von der Nationalen Strafkammer dargelegt, bestanden in der Tat viele der gegebenen Befehle in einer Reihe von Gesten oder kodifizierten Praktiken, die nur die Mitglieder der Organisation, und besonders ihre Anführer, benutzten und verstanden. So war es ein von der Führung geregeltes Verfahren, vor der Liquidierung, „das Opfer“, sei es ein staatlicher Funktionär oder ein Unternehmer, „zu entlarven“. Letzteres erfolgte mittels des Anbringens von Plakaten, der Verteilung von

¹⁰⁸⁹ CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder.*, oben zitiert, Seite 589

Flugblättern, Veröffentlichungen in Zeitungen und anderen Medien oder mittels konkreter Kritik, die die Leitung bezüglich einer bestimmten Person in den Treffen des Zentralkomitees oder in anderen Veranstaltungen machte, in denen die Ermordung bestimmter Personen propagiert wurde. Diese wurden kurze Zeit später getötet, was die Zentrale Leitung danach mit Bedacht als Erfolg der Organisation hervorhob¹⁰⁹⁰. Dem Urteil der Nationalen Strafkammer zufolge wurde ein derartiges Verfahren von Abimael Guzmán Reynoso gegen den ehemaligen Vizeadmiral Gerónimo Cafferata Marazzi während der sogenannten IV. Nationalkonferenz des Jahres 1986 angewendet¹⁰⁹¹.

* 4.2. Die Abkehr vom Recht. Modalitäten und Merkmale

733° DEFINITION. Eine weitere objektive Voraussetzung der mittelbaren Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten ist die „*Loslösung*“ oder „*Abkehr*“ vom Recht. Das Recht wird dabei als Rechtssystem oder -ordnung verstanden, die aus einem *geordneten Verbund genereller und positiver Normen*¹⁰⁹², die das soziale Leben regeln, besteht¹⁰⁹³. Der Staat als Gemeinschaft definiert eine normative Ordnung. Diese normative Ordnung kann nur als Rechtsordnung gelten, soweit es sich bei jener um „*Staatsrecht*“ oder „*Nationales Recht*“ handelt¹⁰⁹⁴. Das nationale Recht ist allerdings eng mit dem internationalen Recht verwoben und verbunden, so dass beide eine Einheit darstellen¹⁰⁹⁵. Daher ist das internationale Recht Teil der nationalen Rechtsordnung, mit der Folge, dass die internationalen Normen in das nationale staatliche Recht inkorporiert werden.

Folglich bedeutet die Abkehr oder Loslösung vom Recht, dass die Organisation jenseits des nationalen oder internationalen Rechtssystems entsteht, handelt und fortbesteht.

734° REICHWEITE DER ABKEHR VOM RECHT. VORAUSSETZUNGEN. Wie von ROXIN gezeigt, wirkt der Apparat in diesen Fällen „*als ganzer außerhalb der Rechtsordnung*“¹⁰⁹⁶. Das bedeutet, dass er seine illegalen Auswirkungen wie eine Einheit produziert, die vollständig jenseits des Rechts handelt. In seiner Untersuchung zu den

¹⁰⁹⁰ Siehe Punkt 13 der Entscheidung der Nationalen Strafkammer vom 13. Oktober 2006 (Expediente acumulado 560 – 2003). Im Internet: www.gacetajuridica.com.pe.

¹⁰⁹¹ Darauf bezieht sich die Fußnote 19, die im Punkt 13 der Entscheidung der Nationalen Strafkammer vom 13. Oktober 2006 (Expediente acumulado 560 – 2003) erwähnt ist.

Im Internet: www.gacetajuridica.com.pe.

¹⁰⁹² BOBBIO, NORBERTO: *Teoría General del Derecho*, Verlag T(h)emis, Bogotá, 1999, Seite 41.

¹⁰⁹³ RADBRUCH, GUSTAV: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Neunte Auflage, Verlag Fondo de Cultura Económica, Mexico, 2005, Seite 46.

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

¹⁰⁹⁵ Knapp zu den „monistischen“ und „dualistischen“ Theorien zum bestehenden Verhältnis zwischen nationalen und internationalen Recht, siehe: Kelsen, HANS, oben zitiert, Seiten 83 und 84.

¹⁰⁹⁶ ROXIN, CLAUS, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, Seite 407 (*Anm. d. Übers.*: Zitiert nach dem deutschen Original Roxin, *Täterschaft*, o. Fn. 1076, § 24, S. 249).

Fällen Eichmann und Staschynski stellte er fest, dass die Staatsmacht jenseits des Rechts handelte, dass die eigenen Garantien, die dieses vorsah, nicht wirksam wurden. Das bedeutete aber nicht unbedingt, dass die Inhaber besagter Macht nicht letztendlich doch von der Rechtsordnung selbst, vor allem in ihrer internationalen Dimension, geleitet wurden. Nach ROXIN bezieht sich die Loslösung vom Recht nicht nur auf die nationale Rechtsordnung eines jeden Staates, sondern auch, und vor allem, auf das internationale Recht: *„Nur weil wir auch sie (die Machtträger) an gewisse, allen Kulturvölkern gemeinsame Grundwerte für gebunden halten, haben wir überhaupt die Möglichkeit, Handlungen oberster Staatsorgane, die den Menschenrechten zuwiderlaufen, für verbrecherisch und strafbar zu erklären“*¹⁰⁹⁷. In gleicher Weise bezieht sich FARALDO CABANA auf das *„suprapositive Recht“*, das in der internationalen Rechtsordnung zum Ausdruck komme: *„(um zu) erklären, wie ein totalitärer Staat vollständig jenseits des Rahmens der Rechtsordnung handeln kann, wobei es sich bei diesem Rahmen nicht um den vom nationalen Recht geschaffenen handelt, sondern um einen umfassenderen, der als international, suprapositiv, supralegal oder naturrechtlich bezeichnet werden kann“*¹⁰⁹⁸.

Eine andere Form mittelbarer Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten, die ROXIN anerkennt, gibt es bei den Untergrundbewegungen, heimlichen Organisationen oder ähnlichen Vereinigungen, die mit den innerstaatlichen Normen in Konflikt geraten. D.h. die wie *„eine Art ‚Staat im Staate‘ handeln, der sich allgemein oder in bestimmten Beziehungen von der Gemeinschaftsordnung emanzipiert hat“*¹⁰⁹⁹, operieren.

Kurzum, nach ROXIN zeigt sich die Abkehr oder Loslösung vom Recht nicht nur bei den staatlichen Organen oder Machtapparaten, sondern auch in Fällen *„nichtstaatlicher organisierter Kriminalität“* und bei *„vielen Erscheinungsformen des Terrorismus“*, was dieser wie folgt formuliert: *„Dem 5. Senat ist zwar zuzustimmen, wenn er sagt: ‚Eine so verstandene mittelbare Täterschaft wird nicht nur beim Mißbrauch staatlicher Machtbefugnisse, sondern auch in Fällen mafiaähnlich organisierten Verbrechens in Betracht kommen‘ (BGHSt 40, 218 (237) = NJW 1994, 2703)“* und desweiteren: *„Hinzuzufügen ist, dass auch bei Terrororganisationen, denen zahlreiche austauschbare Vollstrecker zur Verfügung stehen, die Organisationsherrschaft einen weiten Anwendungsbereich hat“*¹¹⁰⁰. Es müssen lediglich die Fälle der Wirtschaftskriminalität ausgeschlossen werden. Folglich muss jegliche Sichtbarma-

¹⁰⁹⁷ ROXIN, CLAUS, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, Seite 408 (Anm. d. Übers.: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, *Täterschaft*, o. Fn. 1076, § 24, S. 250).

¹⁰⁹⁸ FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, oben zitiert, Seite 208.

¹⁰⁹⁹ ROXIN, CLAUS, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, Seiten 408-409 (Anm. d. Übers.: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, *Täterschaft*, o. Fn. 1076, § 24, S. 250).

¹¹⁰⁰ ROXIN, CLAUS, *La Autoría mediata por dominio en la organización*. In: *Problemas Actuales de Dogmática Penal* (Übersetzung von Manuel Abanto Vázquez), ARA Editores, Lima, 2004, Seite 238; (Anm. d. Übers.: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, *Mittelbare Täterschaft*, o. Fn. 1053, S. 56).

chung oder jegliches Verständnis der Entfernung oder Loslösung vom Recht mit der Feststellung beginnen, ob es sich um staatliche oder nichtstaatliche Kriminalität handelt. Das ist entscheidend, um bei jeder Struktur und verbrecherischen Kundgebung das Vorliegen mittelbarer Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten zu bestimmen.

735°. MITTELBARE TÄTERSCHAFT UND STAATLICHE KRIMINALITÄT. Aufgrund der Charakteristiken und Inhalte der Zurechnung im vorliegenden Fall ist es wichtig, die konkreten Ausdrücke und Erscheinungsformen der mittelbaren Täterschaft, die sich als staatliche Kriminalität entwickelt und als solche operiert, zu bewerten.

1. Diesbezüglich ist zu erwähnen, dass ROXIN die Kriminalität staatlich organisierter Machtapparate als den „*Prototyp organisierter Kriminalität*“ betrachtet¹¹⁰¹. Nach ZAFFARONI¹¹⁰² zeigen die Kriminologie und die Kriminalistik außerdem, dass „*das Staatsverbrechen ein höchst organisiertes und hierarchisiertes Verbrechen, und wohl der Ausdruck tatsächlicher organisierter Kriminalität par excellence ist*“.

2. Es ist wichtig anzumerken, dass eine grundlegende Besonderheit dieser Art von Kriminalität darin besteht, dass die oberste strategische Ebene des Staates, d.h. die zentrale Autorität, im Rahmen ihrer Amtsausübung die Strukturen des Staatsapparats zur systematischen Begehung von Verbrechen benutzt, die wegen ihrer Schwere und des Risikos der Straflosigkeit eine besondere internationale Bedeutung erhalten¹¹⁰³. Diese Form von Kriminalität richtet sich daher gegen die bestehende Rechtsordnung, indem sie das gesetzlich statuierte Recht sowohl in seiner nationalen als auch internationalen Dimension beiseite schiebt. Daher kann ein staatliches Regime, das von seiner obersten strategischen Ebene die Begehung dieser schweren Verbrechen anordnet, nicht als Rechtsstaat bezeichnet werden. In Wirklichkeit hat es sich von diesem vollständig entfernt.

3. Folglich ist die Annahme mittelbarer Täterschaft bezüglich der obersten strategischen Ebene davon abhängig, dass die Befehle dieser Ebene im Rahmen einer Organisation, die jenseits der Rechtsordnung eines „*Rechtsstaats*“ handelt, gegeben werden¹¹⁰⁴. Letzteres ist entscheidend, weil damit die Herrschaft, die jene (Ebene) über die Organisation ausübt, konsolidiert wird, und weil es dazu führt, dass die Vollstrecker eher zur Tatbegehung bereit sind, weil sie wissen und verinnerlichen, dass keine Norm oder Autorität ihr kriminelles Verhalten aufhalten oder bestrafen wird.

¹¹⁰¹ ROXIN, CLAUS: Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. In: Revista Penal Número dos, Verlag Praxis, Juli 2008, Seite 61.

¹¹⁰² ZAFFARONI, RAÚL: El Crimen de Estado como objeto de la criminología. In: Panorama internacional sobre Justicia Penal, Universidad Nacional Autónoma de México, serie Doctrina Jurídica Nummer 394, México 2007, Seite 25.

¹¹⁰³ In diesem Sinne FARALDO CABANA, die VEST folgt und klarstellt, dass die Handlung durch ein Staatsorgan eine grundlegende Voraussetzung dafür ist, dass von der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates gesprochen werden kann (siehe Fußnote 420). Siehe: FARALDO CABANA, PATRICIA: Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, oben zitiert, Seiten 200-201.

¹¹⁰⁴ BOLEA BARDÓN, CAROLINA: Autoría mediata en Derecho Penal, oben zitiert, Seite 370.

4. Die *Loslösung von der Rechtsordnung* kann bei der staatlichen Kriminalität auf zweierlei Weise erfolgen. Erstens, wenn die oberste strategische Ebene des Staates beschließt, sich vollständig vom Recht abzuwenden und ein *völlig anderes normatives System* zu schaffen, das vom internationalen Recht weder anerkannt noch akzeptiert wird, weil es die Begehung von schweren Verbrechen beinhaltet oder verheimlicht. Zweitens, wenn sich die oberste strategische Ebene des Staates allmählich von der Rechtsordnung entfernt. D.h. anfänglich nur, um bestimmte Straftaten zu begehen, aber später auf immer häufigere Weise mittels systematischer Handlungen, sowie mittels Aktionen zur Annullierung, Entartung und Ersetzung der verschiedenen Bereiche und Zuständigkeiten der amtlichen und gesetzlichen Kontrollinstanzen des Staates. Diese Modalität erweist sich als die schwerwiegendste, weil sie unter dem Schleier scheinbarer Legitimität erfolgt. Allerdings versucht sie auf heimliche Weise, ein *anderes Normensystem* als das gesetzlich bestehende zu schaffen, indem sie gerade seine Formen und Strukturen zur Begehung schwerer Verbrechen ausnutzt.

5. Es ist offensichtlich, dass in beiden Fällen die Abkehr vom Recht und die Geltung zweier paralleler oder entgegengesetzter Normensysteme, die vom Staat selbst gefördert wurden und von diesem ihre Autorität ableiten, nicht von demokratischen Regimen toleriert werden können. Daher führt diese anomale Situation früher oder später zur Reaktion oder dem Eingreifen internationaler Organisationen, mit denen das Unrechtsregime* verbunden ist, um die Rechtsordnung, die von der internationalen Gemeinschaft anerkannt und legitimiert war, zu schützen oder wiederherzustellen.

736°. DE FACTO REGIERUNGEN UND ABKEHR VOM RECHT. In diesem Zusammenhang ist es gerade für den vorliegenden Fall von Bedeutung, die Existenzbedingung der sogenannten *de facto Regierungen aufgrund Ausübung* („gobiernos de facto por razón de su ejercicio“) zu untersuchen. D.h. derjenigen (Regierungen), die aufgrund formal-verfassungsrechtlicher Grundlage geschaffen wurden, sich aber später außerhalb dieser oder gegen sie ausdrücken, manifestieren und verhalten¹¹⁰⁵.

1. GARCÍA TOMA stellt klar, dass die de facto-Regierungen sich auf Grundlage von „... Umständen konstituieren, die den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorschriften zur Art und Weise der Regierungsbildung oder der Ausübung politischer Macht, widersprechen“. In diesen Fällen, so besagter Autor, ist die Befehlsgewalt solcher Regime aufgrund des „*Syndroms rechtlicher Irregularität*“ ungültig, was „den totalen oder teilweisen Bruch der gültigen Verfassungsordnung mittels einer plötzlichen oder gewaltsamer Handlung“ mit sich bringt¹¹⁰⁶. Die Erfahrung in Lateinamerika hat gezeigt, dass diese de facto-Regime, vor allem jene, die infolge eines Staatsstreichs entstehen, sich allmählich vom Recht abkehren und eine parallele

* Anm. d. Übers.: Im Original heißt es „régimen estatal infractor“.

¹¹⁰⁵ GARCÍA TOMA, VÍCTOR: *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Erste Auflage, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, 1999, Seite 389.

¹¹⁰⁶ GARCÍA TOMA, VÍCTOR: *Teoría del Estado y derecho constitucional*, oben zitiert, Seite 386.

Rechtsordnung fördern, innerhalb derer die Kriminalität des Staates immer eine latente und offensichtliche Begleiterscheinung darstellt, wie sich in verschiedenen Ländern der Region während der letzten drei Jahrzehnte zeigte¹¹⁰⁷.

2. Diesbezüglich zeigte das Verfassungsgericht in der Entscheidung Nummer 0014-2003-AI/TC vom 10. Dezember 2003, in Punkt sechs der Begründung (sexto Fundamento Jurídico), dass „eines der Kriterien, um den Grad der Legitimität einer Institution zu messen, mit dem zu tun hat, was KARL DEUTSCH ein ‚legitimes Verfahren‘ genannt hat. Mittels dieser wird zum Beispiel untersucht, wie jemand zur Macht kommt, wie die Macht erlangt wird, (oder, wie wir hinzufügen), wie eine Institution gegründet wird. Diese Ausübung der Macht (oder der Entstehungsprozess einer Institution) ‚gilt dann als legitim, wenn der Amtsinhaber das Amt oder die Befugnis durch ein «legitimes-Verfahren» erreicht hat, das mit dem Wertsystem der Untergebenen dieses Amtes vereinbar ist. So gesehen ist die Ausübung des Amtes (oder die Schaffung einer Institution) aufgrund des Verfahrens legitim, wie der Amtsinhaber seine Position erlangt hat (oder wie diese geschaffen wurde), und nicht aufgrund der Ausübung seiner Amtsgewalt‘ (Política y Gobierno, Verlag Fondo de Cultura Económica, Mexiko, 1998, Seite 28).“ Aus dieser Sicht teilt das Verfassungsgericht das Vorbringen der Antragssteller, wonach derjenige, der die Schaffung der Verfassung von 1993 initiierte (Alberto Fujimori), keine Legitimität hinsichtlich des Ursprungs oder hinsichtlich des Verfahrens besaß. Wie in der Klage behauptet wird, führte der damalige Präsident der Republik (Alberto Fujimori), der mit der Hilfe der Bevölkerung und der Militärs rechnen konnte, am 5. April 1992 einen Staatsstreich durch und etablierte eine Diktatur, welche zu einem Demokratischen Verfassungsgebenden Kongress zur Schaffung der politischen Verfassung Perus von 1993 aufrief, um sein Ziel der zeitlich unbegrenzten Machtergreifung zu verschleiern und der Machtausübung einen Anschein von Rechtmäßigkeit zu verleihen. Besagter Akt stellte nach Artikel 81 der Verfassung von 1979 und gemäß Artikel 346 des geltenden Strafgesetzbuchs, eine verbotene Handlung gegen die Staatsgewalten und die verfassungsmäßige Ordnung dar, da es einen gewaltsamen Aufstand gab, um die Regierungsform zu ändern und die Verfassungsordnung zu modifizieren.“¹¹⁰⁸

¶ 5. Die subjektiven Voraussetzungen und Anforderungen

* 1. Die Fungibilität. Formen

737°. KONZEPT. Die Fungibilität bildet die erste subjektive Voraussetzung, die der Zurechnung mittelbarer Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten dient. Darunter versteht man allgemein die Eigenschaft des Vollstreckers, von der obersten strategischen Ebene bei der Organisation oder Ausfüh-

¹¹⁰⁷ Siehe dazu: BRUERA, MATILDE. In: AA.VV.: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin, Marcos Lerner Editor: Córdoba, 2001, Seite 263.

* Anm. d. Übers.: Zitiert nach dem deutschen Original „Staat, Regierung, Politik“, 1976, S. 24.

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

rung des verbrecherischen Plans ausgetauscht oder ersetzt werden zu können. Diesbezüglich zeigt FERNÁNDEZ IBÁÑEZ unter Umschreibung der Meinung von JOECKS, dass ein zentrales Merkmal dieser Form von Willensherrschaft die *Substitutionsmacht* ist, die der Hintermann besitzt¹¹⁰⁹. Diese Juristin stellt außerdem fest, dass in der aktuellen spanischen und südamerikanischen Lehre der Fungibilität die gleiche Eigenschaft zuerkannt wird¹¹¹⁰.

Aber obwohl die Fungibilität als eine Berechtigung absoluter Kontrolle der obersten strategischen Ebene dargestellt wird, beruht sie in Wirklichkeit auf der Gestalt der mittleren Ebenen und Vollstrecker, die sich in die kriminelle Machtstruktur, die jene (die oberste Ebene) vollständig kontrolliert, integrieren. Wie von FERNÁNDEZ IBÁÑEZ betont wird, hängt die Fungibilität daher nicht von der Art und Weise der Begehung der Straftat durch den Vollstrecker ab, sondern von seiner spezifischen Eingliederung in die kriminelle Struktur. *„Die Anordnung des Apparats macht den Vollstrecker zu einem beliebig austauschbaren Instrument (...). Er ist ab dem Moment fungibel, in dem der Hintermann mit seiner Ersetzbarkeit rechnen kann (...). Natürlich ist der Vollstrecker ersetzbar, selbst wenn er nicht in der konkreten Tat ersetzt worden ist“*¹¹¹¹.

ROXIN betont wiederholt im Rahmen der Bestimmung der Merkmale der Fungibilität, dass dieses Merkmal dem Hintermann die Tatbegehung möglich macht und ihm gleichzeitig die Tatherrschaft erlaubt. Der Vollstrecker ist folglich einfach nur ein *„in jedem Augenblick ersetzbares Rädchen im Getriebe des Machtapparates“*¹¹¹², ein beliebig austauschbares *„Rädchen“*¹¹¹³, das jedoch eine zentrale Rolle bei der Verwirklichung der illegalen Geschehnisse spielt. Aus dieser Sicht wirkt sich die Fungibilität gerade auf die höhere Wahrscheinlichkeit der Konkretisierung des deliktischen Erfolgs aus, weil der kriminelle Apparat immer auf eine unbestimmte Gruppe potenzieller Vollstrecker zählt, so dass die Erfüllung des Befehls in keinem Moment, nicht einmal mittelbar, in Gefahr ist.

Kurzum, es ist von der ausländischen und nationalen Lehre anerkannt, *„(dass) die Fungibilität zweifellos während der Ausführung der Straftat bestehen muss, es aber schwer vorstellbar ist, dass sie nicht schon vorher bestünde“*¹¹¹⁴. Daher *„kann die Möglichkeit und Fähigkeit, die Vollstrecker der Straftat im Rahmen einer*

¹¹⁰⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, oben zitiert, Seiten 130-131.

¹¹¹⁰ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, oben zitiert, Seiten 128-132.

¹¹¹¹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, oben zitiert, Seiten 126-127.

¹¹¹² ROXIN, CLAUS, Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder, 1985, Seite 403 (Anm. d. Übers.: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, Täterschaft, o. Fn. 1076, § 24, S. 245).

¹¹¹³ ROXIN, CLAUS, La Autoría mediata por dominio en la organización, 2004, Seite 224. (Anm. d. Übers.: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, Mittelbare Täterschaft, o. Fn. 1053, 52).

¹¹¹⁴ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, oben zitiert, Seiten 126-127.

organisierten Machtmaschinerie auszutauschen, nicht auf eine ex ante-Analyse verzichten“¹¹¹⁵.

738°. FORMEN DER FUNGIBILITÄT. Im Hinblick auf das zuvor Gesagte können zwei Formen der Fungibilität ausgemacht werden: *die negative und die positive*.

1. *Die negative Fungibilität.* Sie entspricht dem klassischen Konzept ROXINS und bedeutet vor allem, dass „*der Handelnde sich nicht als freie und verantwortliche Einzelperson, sondern als anonym, austauschbare Figur darstellt.*“¹¹¹⁶ Das bedeutet in einem operativen Sinn hinsichtlich potenzieller Vollstrecker: „*Wenn einer versagt, tritt der nächste an seine Stelle, und eben dieser Umstand macht den jeweils Ausführenden unbeschadet seiner eigenen Handlungsherrschaft gleichzeitig zum Werkzeug des Hintermannes.*“¹¹¹⁷. Diese negative Fungibilität bedeutet folglich, dass ein möglicher Verzicht der Person, die zur Begehung der verbrecherischen Pläne der Organisation benutzt wird, nicht verhindern würde, dass sich diese verwirklichen. Das ist der Fall, weil die Nichterfüllung des Befehls durch den ersten Vollstrecker aufgrund der eigenen Struktur des Machtapparats dazu führen würde, dass ein zweiter Vollstrecker sofort seinen Platz einnehmen würde, sodass die Verwirklichung der Straftat davon nicht berührt würde. Wie Bolea Bardón anmerkt, bedeutet allerdings das Erfordernis von Reservevollstreckern nicht, dass die Zahl dieser unbeschränkt sein muss¹¹¹⁸. In ebendiesem Sinne behauptet FARALDO CABANA, dass eine Zahl von Mitgliedern genügt, die ausreichend ist, um einen zweckmäßigen Austausch der benutzten Person, die die Ausführung des von der obersten strategischen Ebene gegebenen Befehls verweigert, zu ermöglichen¹¹¹⁹. Die nationale Lehre teilt ebenfalls dieses quantitative Verständnis der negativen Austauschbarkeit. So verlangt MEINI MÉNDEZ nur, dass die Menge an potenziellen Vollstreckern geeignet ist, um den Erfolg des deliktischen Plans zu garantieren¹¹²⁰.

2. Um diese Form der Fungibilität zu veranschaulichen, wies ROXIN auf die von der Verteidigung Eichmanns vor dem Jerusalemer Gericht vorgebrachten Argumente hin. Nach seiner Ansicht war es nicht von Bedeutung, dass der Nazifunktionär den Befehl zur Ermordung der Juden nicht ausführte, weil dieser selbst in diesem Fall auch durchgeführt worden wäre. Auf diese Weise wurde klar, dass das Verbrechen nicht das Werk einer einzelnen Person war, sondern des Staates selbst¹¹²¹. In der

¹¹¹⁵ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, oben zitiert, Seite 127 (Fußnote 24).

¹¹¹⁶ ROXIN, CLAUS: Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, 1998, Seite 271 (Anm. d. Übers.: Zitiert nach dem deutschen Original Roxin, Täterschaft, o. Fn. 1076, § 24, S. 245).

¹¹¹⁷ ROXIN, CLAUS: Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, 1998, Seite 273 (Anm. d. Übers.: Deutsches Original, zit. nach Roxin, Täterschaft, o. Fn. 1076, § 24, S. 248).

¹¹¹⁸ BOLEA BARDÓN, CAROLINA: Autoría mediata en Derecho Penal, oben zitiert, Seite 396.

¹¹¹⁹ FARALDO CABANA, PATRICIA: Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, oben zitiert, Seite 89.

¹¹²⁰ Zitiert von: FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, oben zitiert, Seite 138.

¹¹²¹ ROXIN, CLAUS, Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder, 1985, Seiten 403-406; ders., ROXIN, CLAUS: Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, 1988, Seiten 271-

nationalen Rechtsprechung ist ebenfalls auf diese Figur der negativen Fungibilität hingewiesen worden. So meinte die Nationale Strafkammer in dem Urteil gegen den Anführer des Leuchtenden Pfads, Abimael Guzmán Reynoso, dass: „der Hintermann den Willen des Vollstreckers nicht direkt beherrschte, sondern nur indirekt mittels eines Machtapparats“. Was Folge zweier unabhängiger Faktoren war: erstens die maßgebliche Leitung des Apparats; und zweitens die Verbindung, Mitgliedschaft und Unterordnung des Vollstreckers bezüglich der Hierarchie dieses Apparats¹¹²².

3. Die positive Fungibilität. Sie ergibt sich gerade aufgrund des Vorliegens einer Vielzahl von potenziellen Vollstreckern in der Struktur des Machtapparats. Das gewährt der obersten strategischen Ebene eine größere Sicherheit bezüglich der Ausführung ihres Befehls im Lichte der besonderen Anforderungen, die diese Ausführung verlangt. Daher weiß jene (die Führungsebene), dass sie nicht unbedingt immer die gleichen Vollstrecker zur Verwirklichung einer Straftat verwenden muss, sondern dass sie je nach Umständen und Größe der Straftat auswechseln kann, wofür sie neben anderen Faktoren die Spezialitäten, Fähigkeiten und Befähigungen dieser beurteilt. Folglich gibt die positive Fungibilität der obersten strategischen Ebene die Möglichkeit, zur Begehung der Straftat den besten der dem Machtapparat zur Verfügung stehenden Vollstrecker auszuwählen. Daher erklärt FARALDO CABANA, dass „... das Kriterium der Fungibilität sich nicht nur hinsichtlich des Moments der Vollstreckung bestimmt, sondern danach, ob im Moment der Befehlerteilung zur Befehlsausführung bereite Personen existieren, unabhängig davon, dass am Ende doch nur einige wenige diese ausführen“¹¹²³.

739°. FUNGIBILITÄT UND DOGMATISCHER STREIT. Eine Mindermeinung in der Lehre hat die Fungibilität als grundlegende Voraussetzung zur Annahme mittelbarer Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten in Frage gestellt.

1. Nach den Hauptvertretern dieser Ansicht ist das wirklich Wichtige die erhöhte Bereitschaft des Vollstreckers zur Verwirklichung des angeordneten Verbrechens. Diesbezüglich stellt PARIONA ARANA klar, dass (F.C.) SCHROEDER seit 1965* anführte, dass für die Begründung mittelbarer Täterschaft in Machtapparaten die Fungibilität des Tatmittlers nicht entscheidend sei, da in dem Fall, in dem die direkten Vollstrecker nicht ersetzbar sind, die Verantwortung der Personen, die sich tatsächlich an der Tatbegehung beteiligen, in keiner Weise beeinträchtigt werde. Nach diesem Autor kann der für die Willensherrschaft der obersten strategischen Ebene in einem Machtapparat entscheidende Umstand hinsichtlich der Fungibilität nur in

273 (Anm. d. Übers.: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, Täterschaft, o. Fn. 1076, § 24, S. 246–248).

¹¹²² Siehe Punkt 13 der Entscheidung der Nationalen Strafkammer vom 13. Oktober 2006 (Expediente acumulado 560 – 2003). Im Internet: www.gacetajuridica.com.pe.

¹¹²³ FARALDO CABANA, PATRICIA: Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, oben zitiert, Seite 230.

* Anm.d.Übers.: Der Täter hinter dem Täter: ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, 1965.

der ständigen Bereitschaft der Vollstrecker, die Straftat zu begehen, bestehen. Demnach wäre die Fungibilität nur ein Mittel, um die Willensherrschaft zu erlangen, aber nicht deren bestimmender Grund¹¹²⁴.

2. In der Lehre und in der nationalen Rechtsprechung folgten MEINI MÉNDEZ und die Nationale Strafkammer in der Entscheidung des Falls Guzmán Reynoso der Meinung SCHROEDERS. Für den erstgenannten stellt die Möglichkeit der Ersetzung eine Erwartung deliktischen Verhaltens dar und sie wird zu einem bloßen statistischen Datum über die Wahrscheinlichkeit des Erfolgs des verbrecherischen Plans, weshalb es nicht notwendig ist, die Möglichkeit der Ersetzung des Vollstreckers als entscheidendes Merkmal der Organisationsherrschaft zu erwähnen¹¹²⁵. Für die zweite Ansicht (der nationalen Strafkammer) besteht die Herrschaft in dem „Ausnutzen der Bereitschaft des Vollstreckers“ zur Ausführung des Befehls. Die Möglichkeit der Ersetzung der Vollstrecker erhöhe lediglich die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung des deliktischen Verhaltens, begründe aber nicht irgendeine Herrschaft¹¹²⁶.

3. Ein anderer Sektor der Lehre meint allerdings, dass die hinsichtlich der Fungibilität angeführten Einwände nicht überzeugend sind. Diese drückten lediglich aus funktionaler Sicht zwei Möglichkeiten der Betonung oder Perspektive zu den Rollen und Ebenen der Verantwortlichkeit derjenigen aus, die in der strategischen oder operativen Dynamik der Kriminalität im Inneren einer organisierten Machtstruktur interagieren. Folglich ergeben sich daraus keine Positionen, die denen ROXINS widersprechen oder diese verdrängen, vor allem in Hinblick auf die dogmatische Bedeutung der Fungibilität für die mittelbare Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten staatlicher Art oder Ursprungs. Diesbezüglich hat FERNÁNDEZ IBÁÑEZ klargestellt, dass wenngleich das Argument von SCHROEDER und seinen Anhängern richtig ist, dass aus der Sicht des unmittelbaren Vollstreckers dessen Verantwortlichkeitsgrad immer der des unmittelbaren Täters ist, sei er ersetzbar oder nicht, so wird dabei nicht berücksichtigt, dass „die Bejahung einer solchen Fungibilität hier nicht als Grundlage der Tatherrschaft des Vordermanns, sondern als Grundlage der Tatherrschaft des Hintermanns verwendet wird“¹¹²⁷. In gleicher Weise argumentiert FARALDO CABANA, dass „... was die Fungibilität der Vollstrecker zur Theorie der mittelbaren Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten beiträgt, ist nicht die Erklärung dafür, wie der Vollstrecker zu einem Werkzeug in den Händen des Hintermanns wird, sondern der Grund, der die Übertragung der zentralen Stellung des Vordermanns auf den Hintermann rechtfertigt“¹¹²⁸. Daher wird nach Ansicht dieser Autorin die Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft zunichte gemacht, wenn es nicht möglich ist, die Fungibilität des Voll-

¹¹²⁴ Siehe: PARIONA ARANA, RAÚL: Autoría mediata por organización, oben zitiert, Seiten 54-55.

¹¹²⁵ MEINI MÉNDEZ, IVÁN: El dominio de la organización en Derecho Penal, oben zitiert, Seiten 64 und 65

¹¹²⁶ Siehe Punkt 13 der Entscheidung der Nationalen Strafkammer vom 13. Oktober 2006 (Expediente acumulado 560 – 2003). Im Internet: www.gacetajuridica.com.pe.

¹¹²⁷ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, oben zitiert, Seiten 135-136.

¹¹²⁸ FARALDO CABANA, PATRICIA: Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, oben zitiert, Seite 91.

streckers oder Tatmittlers nachzuweisen. Insoweit käme dann „die mögliche Verantwortung des Hintermanns als Teilnehmer in Betracht käme, was aber nichts daran ändert, dass der unmittelbare Täter weiterhin als Täter des begangenen Verbrechens verantwortlich wäre“¹¹²⁹.

4. Wie sich allerdings aus den letzten Veröffentlichungen ROXINS ergibt, dürfen die Fungibilität und die erhöhte Tatbereitschaft nicht als sich gegenseitig ausschließende oder gar inkompatible Voraussetzungen angesehen werden. Mehr noch, der höhere oder geringere Anteil der Herrschaft der obersten strategischen Ebene, den diese oder jene begründen, hängt fast immer von den konkreten Umständen ab, die im Moment der Befehlserteilung und seiner Ausführung bestehen. Beide sind daher dafür entscheidend, dass der obersten strategischen Ebene eine Verantwortlichkeit aufgrund mittelbarer Täterschaft zugeschrieben werden kann.

5. Im übrigen ist diese zuletzt genannte Meinung, die wir als „integrierend“ bezeichnen, die momentan vorherrschende Meinung. So erkennt EBERT zum Beispiel an, dass es sich bei Bereitschaft des Vollstreckers zur Tat um eine weitere Voraussetzung handelt, die zur Annahme von Organisationsherrschaft seitens des Hintermanns vorliegen muss, ohne dass er die Bedeutung der Fungibilität leugnet oder vernachlässigt¹¹³⁰. Gleiches führte FERNÁNDEZ IBÁÑEZ an, wenn er betont, dass er mit ROXIN darin übereinstimmt, dass das von SCHROEDER vorgeschlagene Merkmal der „unbedingten Bereitschaft“ zur Tatausführung eine weitere Voraussetzung für die Bildung, Überprüfung und Annahme der mittelbaren Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten sei¹¹³¹.

***2. Die Bereitschaft zur Verwirklichung der Straftat**

740°. NOTWENDIGKEIT IHRER BERÜCKSICHTIGUNG. Die drei bisher untersuchten Voraussetzungen: Befehlsgewalt, Abkehr vom Recht und Fungibilität, bildeten lange Zeit die drei Grundpfeiler, auf die ROXIN seine Lehre von der mittelbaren Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten stützte. Wie jedoch bereits zuvor erwähnt wurde, hat dieser Autor in seinen letzten Untersuchungen¹¹³² die Aufnahme und Berücksichtigung einer vierten Voraussetzung, der sogenannten *erheblich erhöhten Tatgeneigtheit des Tatvollstreckers*, in die Betrachtung einbezogen¹¹³³.

¹¹²⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, oben zitiert, Seite 136.

¹¹³⁰ Zitiert von FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, oben zitiert, Seite 213.

¹¹³¹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, oben zitiert, Seite 236.

¹¹³² ROXIN, CLAUDIUS: El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, 2006, Seite 19. Der gleiche Autor: Dominio de la organización y resolución al hecho. In: La Teoría del Delito en la Discusión Actual. Verlag Grijley, Lima, 2006, Seite 530.

¹¹³³ ROXIN, CLAUDIUS: El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, 2006, Seite 19. So auch: MEINI MÉNDEZ, IVÁN: oben zitiert, Seite 61.

Wie bereits gezeigt, hat diese neue Voraussetzung ihren Ursprung in der Ansicht, die SCHROEDER seit der zweiten Hälfte der 80er Jahre zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft („*bedingte Tatentschlossenheit*“)¹¹³⁴ beisteuerte, und die später von HEINRICH („*organisationstypische Tatgeneigtheit*“)¹¹³⁵ weiterentwickelt wurde.

Ihre Tauglichkeit für die Lösung von Fällen mittelbarer Täterschaft bei Verbrechen staatlicher Kriminalität durch die Rechtsprechung zeigte sich in der zweiten Hälfte der 90er Jahre in der vom deutschen Bundesgerichtshof gefällten Entscheidung gegen die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der Deutschen Demokratischen Republik. In diesem Fall wurde die Verantwortlichkeit des mittelbaren Täters damit begründet, dass er „*die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen*“ ausnutzte¹¹³⁶.

741°. DEFINITION. Konkreter gesagt beschreibt diese Kategorie die psychologische Bereitschaft des Vollstreckers zur Ausführung des Befehls zur Tatbegehung. Es ist nicht mehr die Fungibilität des Vollstreckers, die die Ausführung garantiert, sondern sein internalisiertes Interesse und seine Überzeugung, dass es dazu kommt. Es handelt sich folglich um im Wesentlichen subjektive Faktoren, die einige Autoren mit dem Prozess einer rechtfertigenden Motivation identifizieren, und die „*Millionen von Personen in potenzielle und gehorsame Werkzeuge*“ verwandeln können¹¹³⁷.

Über den bedingten oder unbedingten Charakter dieser Voraussetzung ist bisher in der Lehre und Rechtsprechung keine Einigkeit erzielt worden¹¹³⁸. Allerdings wird übereinstimmend anerkannt, dass dieser Umstand mit der Stellung und Eingliederung des Vollstreckers in den Machtapparat, mit seinen Führungsorganen und mit den Zielen, die diese repräsentieren und verfolgen, verbunden ist. Diese Voraussetzung beruht folglich darauf, dass der Vollstrecker, der die Straftat aus einer hierarchischen Machtstruktur staatlicher Art oder Ursprungs, aber losgelöst vom Recht, begeht, mit einer anderen Motivation handelt, als jener Täter, der an der Begehung irgendeiner Straftat beteiligt ist.

Es bleibt anzumerken, dass es eine der Charakteristiken der kriminellen Strukturen, vor allem jener, die eine vertikale Hierarchie besitzen, ist, dass der Vollstrecker nicht mehr als bloßes Individuum handelt, sondern zum Teil des strategischen, operativen und ideologischen Ganzen, das die Organisation ausmacht und leitet, wird.

¹¹³⁴ ROXIN, CLAUS: El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, 2006, Seite 19. (Anm. d. Übers.: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, Organisationsherrschaft, o. Fn. 1064, 1, 15 sowie Schroeder, Täter, o. Anm. d. Übers.*, S. 150).

¹¹³⁵ Zitiert von ROXIN, CLAUS: El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, 2006, Seite 530 (Anm. d. Übers.: Zitiert nach dem deutschen Original: Roxin, o. Fn. 1134 sowie M. Heinrich, Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft, München 2002, S. 271 ff. (273)).

¹¹³⁶ ROXIN, CLAUS, La Autoría mediata por dominio en la organización, 2004, Seite 240.; (Anm. d. Übers.: Zitiert nach dem deutschen Original : Roxin, Mittelbare Täterschaft, o. Fn. 1053, S. 56).

¹¹³⁷ Zitiert von: FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, oben zitiert, Seite 136.

¹¹³⁸ ROXIN, CLAUS: Dominio de la organización y resolución al hecho, 2006, Seite 516.

Das alles führt zur Entwicklung eines kollektiven Bewusstseins, das sich im Beitritt und der erhöhten Bereitschaft des Vollstreckers zu der von der Organisation verfügt und geplanten Straftat ausdrückt.

In diesem Sinne ist der Vollstrecker mehr mit dem Machtapparat verbunden und identifiziert, weshalb er eher dazu bereit ist, dessen illegale Pläne zu verwirklichen als irgendein gemeiner Verbrecher. Er ist sich bewusst, dass die Tat nicht so sehr seine eigene ist, sondern eher die des Machtapparats, dem er angehört. Würde er sich nicht als Mitglied dieser Struktur fühlen und danach handeln, würde er kaum die Straftat aufgrund seiner eigenen Entscheidung und auf eigenes Risiko begehen. In seinem Verhalten findet er die Ziele dieser Kollektivs, seiner Vorgesetzten und Befehlshaber, denen er gehorcht und denen er untergeordnet ist, wieder¹¹³⁹. Dies lässt sich psychosozial damit erklären, dass der Vollstrecker seine Legitimität hauptsächlich aus der Zugehörigkeit zu der kriminellen Struktur bezieht, was in ihm eine Neigung zur positiven Anpassung an jedes Ziel, jede Handlung oder Rolle, die ihm zugewiesen wird, hervorruft, selbst wenn diese einen offensichtlich kriminellen Inhalt haben. Deshalb ist die Erfolgswahrscheinlichkeit des von den obersten strategischen Ebenen gegebenen Befehls höher und trägt zur Tatherrschaft dieser im Sinne mittelbarer Täterschaft bei¹¹⁴⁰. Diese psychologische Bereitschaft führt dazu, dass sich der Vollstrecker auf den hierarchisch Übergeordneten auf implizite oder indirekte Weise, mit seinem Verhalten und seiner Unterwerfung, dergestalt bezieht, dass er sich seinen Plänen unterordnet. Auf diese Weise, so PARIONA ARANA, erwirbt der Hintermann die Herrschaft über den Tatmittler „mittels dessen (schon) vorher bestehendem Verhalten zur Tatbegehung“¹¹⁴¹.

§ 4. Die mittelbare Täterschaft und die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht

742. VORBEMERKUNGEN. Es ist wichtig, zwischen der mittelbaren Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten und anderen Modalitäten der Zurechnung zu unterscheiden, die im Völkerstrafrecht entwickelt worden sind, um strafrechtliche Verantwortlichkeit den strategischen Ebenen der Machtstrukturen staatlicher Art oder Ursprungs zuzuschreiben.

Die Abgrenzung muss besonders in Bezug auf die sogenannte Theorie von der Vorgesetztenverantwortlichkeit erfolgen. Diese stellt ein Zurechnungskriterium dar, das nach dem Zweiten Weltkrieg auftauchte und sich entwickelte, und das in

¹¹³⁹ Siehe Punkt 13 der Entscheidung der Nationalen Strafkammer vom 13. Oktober 2006 (Expediente acumulado 560 – 2003). Im Internet: www.gacetajuridica.com.pe.

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

¹¹⁴¹ Zitiert von PARIONA ARANA, RAÚL: La doctrina de la „disposición al hecho“. ¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización, 2008, Seite 42.

den Prozessen von Nürnberg und Tokio verwendet wurde¹¹⁴². Laut den Analysten dieser Prozesse „wurde in diesen Verfahren klar die Vorstellung geäußert, dass die Befehlshaber nicht nur die Pflicht hatten, die Gesetze des Krieges zu achten, sondern auch deren Achtung durch ihre Untergebenen sicherzustellen“¹¹⁴³. Später, in der zweiten Hälfte der 90er Jahre, verwendete der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien jene Theorie, um die militärischen Befehlshaber der Armeen Serbiens und Bosnien-Herzegovinas zu verurteilen; sie verhinderten nicht, dass ihre untergebenen Truppen Verbrechen gegen die Menschlichkeit begingen und unterließen es, die unmittelbaren Täter solcher deliktischen Verhaltensweisen zu sanktionieren oder Ermittlungen gegen sie einzuleiten¹¹⁴⁴.

743° CHARAKTERISTISCHE MERKMALE DER VORGESETZTENVERANTWORTLICHKEIT. Die *Vorgesetztenverantwortlichkeit* wird von der Lehre verstanden, und ist so auch geregelt, als ein Unterlassen, das die Verantwortlichkeit desjenigen begründet, der Befehlsgewalt über den direkten Täter des Verbrechens ausübt.¹¹⁴⁵ Generell wird darauf hingewiesen, dass der Vorgesetzte in solchen Fällen seine Pflicht zur Vorbeugung, Überwachung und Bestrafung jeglichen Delikts, das von seinen Untergebenen begangen werden kann oder wird, verletzt. Der Vorgesetzte unterliegt also einer Rechtspflicht zum Handeln, der er nicht nachkommt. Laut AMBOS „führt das Konzept der Verantwortlichkeit des Befehlshabers – oder besser gesagt, die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten – zur Verantwortlichkeit des Vorgesetzten wegen seines Unterlassens, Straftaten seiner Untergebenen zu verhindern. Der Vorgesetzte ist verantwortlich für die fehlende Kontrolle und Überwachung der Untergebenen für den Fall, dass sie Verbrechen begehen. Auf diese Weise ist der Vorgesetzte sowohl wegen seiner eigenen Aufsichtspflichtverletzung als auch wegen der Strafta-

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

¹¹⁴³ BERTONI, EDUARDO: Autoría mediata por aparatos organizados de poder: Antecedentes y aplicación práctica, oben zitiert, Seite 29.

¹¹⁴⁴ Von Bedeutung ist die Klarstellung von MIREILLE DELMAS-MARTY, dass wenngleich das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs für Ex-Jugoslawien (im Unterschied zum Internationalen Strafgericht für Rwanda) das Vorliegen eines bewaffneten Konflikts als Voraussetzung für Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu verlangen scheint, „wurde die Autonomie des ICTY aber mit der Entscheidung im Fall Tadić praktisch gestärkt, in der die Revisionskammer annahm, dass das Völkergewohnheitsrecht nicht mehr das Bestehen einer Verbindung zwischen den Verbrechen gegen die Menschlichkeit und einem internationalen bewaffneten Konflikt als Bedingung voraussetzt. Damit ist klar, dass ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch in Friedenszeiten begangen werden kann“. In: ¿Pueden los crímenes internacionales contribuir al debate entre universalismo y relativismo de los valores? Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales, Verlag Norma, Bogotá, 2004, Seite 83.

¹¹⁴⁵ AMBOS, KAI hat angemerkt, dass diese Theorie voraussetzt, dass der Täter eine hervorgehobene militärische oder politische Machtstellung einnimmt. Die Theorie sei außerdem eng mit einer Strafbarkeit wegen Unterlassens verbunden. Die Befehlsstellung des Täters bedeutet für ihn eine Garantenstellung, die zur Folge hat, dass bestimmte Kontroll-, Schutz- und Überwachungspflichten (Garantenpflichten) entstehen, deren Unterlassung zu einer Strafbarkeit wegen Unterlassens führt (La Parte General del Derecho Penal Internacional, Konrad Adenauer Stiftung – Temis, Montevideo, 2005, Seite 79) (Anm. d. Übers.: Deutsches Original: Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002/2004, S. 366).

ten anderer verantwortlich. Das Konzept scheint einerseits eine direkte Verantwortlichkeit wegen mangelnder Überwachung, und andererseits eine indirekte Verantwortlichkeit für die deliktischen Handlungen anderer zu schaffen (...) die Vorgesetztenverantwortlichkeit hat einen doppelten Charakter: sie ist ein echtes Unterlassungsdelikt (...) und ein Gefährdungsdelikt (...).“¹¹⁴⁶

744°. ABGRENZUNG. Daher ist klar, dass aufgrund ihrer eigenen Merkmale und Voraussetzungen diese Art der Verantwortlichkeit sich von der mittelbaren Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten unterscheidet. Bei letzterer handelt es sich immer im Wesentlichen um ein Begehungsdelikt, bei dem allerdings die Handlung von der Befehlserteilung durch die oberste strategische Ebene bis zur konkreten Vollstreckung durch den Tatmittler verlagert wird¹¹⁴⁷.

Dieser Unterschied ist auch im Römischen Statut* berücksichtigt worden. In diesem werden nämlich gerade diese beide Zurechnungsformen als zwei verschiede-

¹¹⁴⁶ AMBOS, KAI: EL NUEVO DERECHO PENAL INTERNACIONAL, ARA, Editores, Lima, 2004, Seite 375 (*Anm. d. Übers.*: Das Original ist englisch, deshalb wurde hier frei ins Deutsche übersetzt; zu dieser Ansicht in deutsch s. Ambos, o. Fn. 1145, S. 666 ff.). Die Figur der "Vorgesetztenverantwortlichkeit" hat eine Doppelnatur: es handelt sich um ein echtes Unterlassungsdelikt und um ein Gefährdungsdelikt. Aus objektiver Sicht wird der Vorgesetzte wegen der unterlassenen Überwachung seiner Untergebenen und weil er die Begehung der Grausamkeiten nicht "verhindert" oder "geahndet" hat, bestraft – die von den Untergebenen begangenen Verbrechen stellen kein Tatbestandsmerkmal oder keine objektive Strafbarkeitsbedingung für den Vorgesetzten dar, sondern sind nur der Bezugspunkt der unterlassenen Überwachung des Vorgesetzten; aus subjektiver Sicht bezieht sich der Vorsatz des Vorgesetzten nicht nur auf die unterlassene Überwachung, die die Gefahr der Verbrechenbegehung durch die Untergebenen begründet, sondern auch auf die entsprechenden Verbrechen der Untergebenen (AMBOS, KAI: La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional. In: AA.VV.: La nueva justicia penal supranacional. Verlag Tirant Blanch, Valencia, 2002, Seiten 159, 197 und 198).

¹¹⁴⁷ Die Unterschiede werden von WERLE, GERHARD: Tratado de Derecho Penal Internacional, Verlag Tirant Blanch, Valencia, 2005, Seiten 217/218 und 225/226 betont. Der Autor zeigt, (1) dass die mittelbare Täterschaft in den großen Rechtssystemen der Welt anerkannt wird, aber vor dem Inkrafttreten des Rom-Statuts weder im Völkerrecht geregelt noch von der Rechtsprechung angewendet worden war; (2) dass im Völkerstrafrecht die mittelbare Täterschaft vor allem in der Form der Organisationsherrschaft von Bedeutung ist; (3) dass nach dem Rom Statut die Strafbarkeit des mittelbaren Täters unabhängig von der Verantwortlichkeit des unmittelbaren Täters ist; Artikel 25° Abs. 3 a) hat in zweifacher Hinsicht einen erklärenden Effekt (einer wird hier betont), nämlich insoweit, als die Figur des „Täters hinter dem Täter“ eine Grundlage im Völkerstrafrecht erhalten hat, wird doch die Verantwortlichkeit des unmittelbar oder mittelbar Handelnden nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Andererseits merkt Werle zur Figur der Vorgesetztenverantwortlichkeit an, (4) dass es sich um ein rechtliches Konstrukt des Völkerstrafrechts handelt, wonach der militärische Befehlshaber oder zivile Vorgesetzte für internationale Verbrechen, die von den Untergebenen begangen werden, verantwortlich gemacht werden kann, falls er auf vorwerfbare Weise seine Kontrollpflichten verletzt; und (5) dass aus dogmatischer Sicht diese Figur zwischen der Strafbarkeit wegen Unterlassens und der Lehre von der strafbaren Beteiligung eingeordnet werden kann, was komplizierte Probleme zur Abgrenzung und Konkurrenz mit den allgemeinen Grundsätzen der Beteiligungslehre aufwirft (*Anm. d. Übers.*: Vgl. das deutsche Original: Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2007, S. 182/183 und S. 188-191).

* *Anm. d. Übers.*: Römisches Statut für den Internationalen Strafgerichtshof von 1998, www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/

dene Arten** der Beteiligung und Strafbarkeit der strategischen Organe, die an der Begehung von Verbrechen gegen die Menschenrechte beteiligt sind, geregelt. So bezieht sich (...) Artikel 25 Absatz 3, Buchstabe a) mit großer Genauigkeit auf die mittelbare Täterschaft („wer in solches Verbrechen selbst, gemeinschaftlich mit einem anderen oder *durch einen anderen* begeht, *gleichviel ob der andere strafrechtlich verantwortlich ist*“)¹¹⁴⁸. Andererseits widmet sich Artikel 28 im Einzelnen den Unterlassungsvoraussetzungen, die die sogenannte Vorgesetztenverantwortlichkeit ausmachen, („... *indem er nicht eine geeignete Kontrolle ausgeübt hat ...*“)¹¹⁴⁹.

§ 5. Die Eigenschaft des Angeklagten Fujimori Fujimori als mittelbarer Täter

745°. Die mittelbare Täterschaft des Beschuldigten hinsichtlich der ihm gemäß Kapitel II Teil III und der nachfolgenden Absätze dieses Kapitels zur Last gelegten Taten ist ausreichend nachgewiesen. Die tatsächlichen und rechtlichen Elemente, die als Voraussetzungen und Anforderungen eine derartige Stufe und Modalität der Zurechnung strafrechtlicher Verantwortlichkeit erlauben, sind definitiv erfüllt. Diesbezüglich sind folgende relevante Daten zu erwähnen:

1. Der Angeklagte besaß den höchsten Rang auf der strategischen Ebene des Staates im Allgemeinen und des Nationalen Verteidigungssystems im Besonderen. Von dieser Ebene übte er eine offenkundige Befehlsmacht aus, die ihm die direkte politische und militärische Leitung der Konfrontationsstrategien gegen die subversiven Terrororganisationen, die seit den 80er Jahren im Land tätig waren, erlaubte.
2. Ausgehend von seiner formalen Rolle als zentrales Organ, d.h. als die die Regierungspolitik gestaltende und formulierende Körperschaft, und oberster Befehlshaber der Armee und der Nationalpolizei, und mittels des Missbrauchs seiner Machtstellung und der Pervertierung des rechtmäßigen Gebrauchs seiner Macht, schaffte er von 1990 an mit seinem Berater Vladimiro Montesinos Torres und der direkten Hilfe des Generals EP Hermoza Ríos, der die höchsten Ränge in der Militärhierarchie besaß, einen organisatorischen Machtapparat auf Grundlage der zentralen und an-

** Anm. d. Übers.: Das Original spricht hier von „niveles“ der Beteiligung, was „Ebenen“ bedeuten würde.

¹¹⁴⁸ Diese Formulierung, so CARO CARO, übernimmt das Modell ROXINS zur mittelbaren Täterschaft mittels „organisatorischer Machtstrukturen“ (La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: In: AAVV La corte Penal Internacional y las medidas de su implementación en el Perú – SALMÓN, ELIZABETH (coordinadora), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, Seite 145)

¹¹⁴⁹ So auch das AMICUS der Human Rights Clinic „ALLARD K. LOWENSTEIN“ der Yale Law School, das folgendes ausführt: „... Auf diese Weise und im Unterschied zur mittelbaren Täterschaft und Mittäterschaft weist die Vorgesetztenverantwortlichkeit den Vorgesetzten Verantwortung wegen ihrer Unterlassungen zu – d.h. ihrer Untätigkeit in dem Moment, in dem sie die notwendigen und angemessenen Maßnahmen hätten ergreifen müssen, um die kriminelle Tat zu verhindern oder die von den Untergebenen begangenen Verbrechen zu bestrafen. Demgegenüber bedeuten die mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft generell, dass die Täter irgendeine positive Handlung vornehmen, um die Geschehnisse in Gang zu setzen, die zur Begehung des Verbrechens führen (...).“ (Seite 27).

gegliederten Einheiten des SINA (*Servicio de Inteligencia de la Armada*, Marinegeheimdienst), die selbst in den höchsten Kommandoebenen besetzt wurden.

3. In diesem Bereich benutzte der Angeklagte Fujimori mit seinem Kreis von Beratern und Unterstützern die staatlichen Geheimdienste, die sich aufgrund ihrer Funktion durch das Zusammenwirken ihrer Organe oder Einheiten, durch die hierarchische Unterordnung ihrer Strukturen, und durch die Geheimhaltung ihrer Organe und Aktionen auszeichnen, und plante und bestimmte die besonderen Ziele und Strategien des Kampfes gegen die terroristische Subversion, insbesondere gegen die Zellen, die in den städtischen Zonen des Landes, vor allem in der Hauptstadt der Republik und den benachbarten Zonen, zu operieren begonnen hatten.

4. Unter dieser Herrschaft wurden das Hauptziel der Regierung ebenso wie die definierte Politik, die allgemeinen Strategien und die Befehle zur Ausführung vom Angeklagten verfügt oder übermittelt, und von den übrigen Ebenen des organisatorischen Machtapparats auf verschiedene Weise weitergegeben, wobei sie mit den informellen oder paraformellen Mustern, die die Kommunikationscodes und Handlungsanleitungen des geheimdienstlichen, strategischen oder operativen Systems charakterisieren, vereinbar waren.

5. In diesem Kontext und in dieser Praxis war der rote Faden die Auslöschung vermeintlicher Terroristen und ihrer Organe oder Unterstützerstrukturen. Die dafür vereinbarte spezifische Strategie bestand in dem Identifizieren, Auffinden, Ergreifen und physischen Eliminieren der Mitglieder oder Sympathisanten der terroristischen Gruppierungen. Auf taktischer Ebene bestand das Handlungsmuster zur Ausführung besagter Strategie in der Sammlung von Information über subversive Zellen sowie ihrer Mitglieder, um diese später mittels spezieller Geheimdienstoperationen unter Leitung von Sondereinheiten des SIE (*Servicio de Inteligencia del Ejército*, Armeegeheimdienst), die dem SIN (*Servicio de Inteligencia Nacional*, Nationaler Geheimdienst) unterstellt und von diesem überwacht waren und die logistische Hilfe und Koordinierung der Armeeführung besaßen, zu eliminieren.

6. Die Verbrechen der Tötung und der schweren Körperverletzungen, die sich in Barrios Altos und La Cantuta ereignet haben, waren in die Tat umgesetzte Aktionen solcher Ziele, Strategie(n) und taktischer Verhaltensmuster der geheimdienstlichen Sondereinsätze gegen die terroristische Subversion; (sie waren) von offenkundiger Illegalität und Heimlichkeit und damit nicht von der nationalen oder internationalen Rechtsordnung, von denen sie sich vollkommen entfernten oder die sie systematisch unterwandern, gebilligt.

7. Die Delikte der Entführung der Verletzten Gorriti und Dyer entsprachen ebenfalls den vom Angeklagten direkt gegebenen oder unterstützen Befehlen zur illegalen Kontrolle der politischen Opposition seiner de facto-Regierung in einer Situation von demokratischer Instabilität, in der die grundlegenden Garantien und Grundrechte mit Gewalt unterdrückt wurden.

8. Im Übrigen ist es in allen hier relevanten Delikten möglich, aufgrund der Fungibilität der Vollstrecker, ihrer Tatgeneigtheit und ihre weder direkten noch horizontalen Beziehung zum Angeklagten, dessen Eigenschaft als mittelbarer Täter anzunehmen, stellte er doch die Zentralfigur mit hierarchischer Herrschaftsgewalt über den

Machtapparat, dessen Automatismus er kannte und mittels seiner mittleren Befehlshaber kontrollieren konnte, dar.

746°. Die kriminellen Handlungen und Operationen von Barrios Altos und La Cantuta, sowie in den Kellern des SIE, die durch den vom Angeklagten mittels des SINA gegründeten und gestärkten Machtapparat begangen wurden und dessen zentrale Vollstreckungseinheit im Bereich der Kontrolle der terroristischen subversiven Organisationen das Sondergeheimdienstkommando Colina war, stellten eine Form staatlicher Kriminalität gegen die Menschenrechte dar, die sich durch eine offenkundige Abkehr und fortgesetzte Verletzung des nationalen und internationalen Rechts auszeichneten. FARALDO CABANA meint dazu: *„Die Ziele dieser staatlichen Organisationen, die beginnen, auf kriminelle Weise zu handeln, stimmen mit denen des Staates überein, aber die verwendeten Mittel bleiben autonom und unterscheiden sich von den in der Rechtsordnung vorgesehenen, da sie einen kriminellen Charakter haben. Deshalb kann bekräftigt werden, dass der organisatorische Machtapparat, der nicht der Staat in seinem ganzen Umfang, sondern eine konkrete staatliche Organisation ist (z.B. die Sicherheitskräfte des Staates, die Armee, die Geheimdienste), außerhalb des Rahmens der Rechtsordnung handelt, was bekanntermaßen Voraussetzung für die Anwendung der Theorie der Organisationsherrschaft ist“*¹¹⁵⁰.

747° Im Übrigen ist anzumerken, dass es in der Kriminologie und Kriminalistik von heute keine materielle Inkompatibilität zwischen den Kategorien des *kriminellen Staates* und des *von staatlichen Organisationen geführten schmutzigen Kriegs* gibt, wie es von der Verteidigung in ihrem Schlussplädoyer vorgetragen wurde. Mehr noch, diese hat versucht, einen Widerspruch in FARALDO CABANAs Meinungen aufzuzeigen, deren Einordnung (jedoch) eine bloße kriminologische Option, weder die einzige noch die vorherrschende (...) ist. Man kann sogar eine Ernststellung der Meinung besagter Autorin seitens der Verteidigung des Angeklagten darin erblicken, dass die erwähnte Autorin in keinem Absatz ihrer erwähnten Monographie behauptet, dass die kriminellen Staaten den ganzen Staatsapparat zur Auslöschung von Personen verwenden.

Ganz im Gegenteil wird übereinstimmend anerkannt, dass beide kriminellen Formen und kriminologischen Kategorien dem gleichen ätiologischen Ursprung entstammen: der staatlichen Kriminalität, d.h. einem kriminellen Vorgehen, das durch die höchsten Instanzen staatlicher Macht erzeugt, ausgeführt, gedeckt, geduldet oder gerechtfertigt wird. Es handelt sich also um Formen der Kriminalität, die sich, wie HASSEMER es versteht, nur mit der Hilfe des Staates verwirklichen lassen¹¹⁵¹, und deren kriminologische Merkmale der Neutralisierung oder Straflosigkeit in einem

¹¹⁵⁰ FARALDO CABANA, PATRICIA: Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, oben zitiert, Seite 234

¹¹⁵¹ HASSEMER, WINFRIED: Por qué y con qué fin se aplican las pena. In: Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal, Nummer 1, Verlag Grijley, Lima, 2000, Seite 114

Makro- und Mikrosinn die gleichen sind, präzise von ZAFFARONI zusammengefasst. Dieser Autor hebt als solche die Leugnung von Verantwortlichkeit, die Leugnung der Verletzung und die Leugnung der Opfer hervor, wobei es sich bei letzterer „... um die gebräuchlichste Neutralisierungstechnik der Staatsverbrechen handelt. Die Opfer waren Terroristen, Landesverräter, sie waren die wirklichen Aggressoren, es handelt sich nicht um ein Staatsverbrechen, sondern um notwendige Selbstverteidigung, etc., etc.“¹¹⁵².

Ebensowenig werden in der zu diesem Thema spezialisierten Strafrechtslehre und der internationalen Kriminalpolitik des Menschenrechtsschutzes qualitative Unterschiede zwischen den beiden deliktischen Erscheinungsformen der Organe der Staatsmacht gemacht, wie die Verteidigung des Angeklagten auch behauptet hat. Im Gegenteil, es werden die gleichen Konzepte, Charakterisierungen und Strategien zur Vorbeugung und Kontrolle verwendet.

Letztendlich sind in einem strikt pädagogischen und nicht etwa materiellen oder funktionellen Sinn einige graduelle Variationen vertreten worden, weshalb beide Erscheinungsformen – der *kriminelle Staat* und der *von staatlichen Organisationen geführte schmutzige Krieg* – als quantitative Modalitäten des gleichen Handlungsmodells oder *modus operandi* zur Verwirklichung der gleichen Ziele und Politiken der Verletzung der Menschenrechte mittels Tötung, Entführung oder Verschwindenlassen von Gruppen der wehrlosen Zivilbevölkerung angesehen werden können. So erstreckt sich bei ersterer das Ausmaß der deliktischen Handlungen auf verschiedene Sphären des Staates. In der zweiten herrscht hingegen eine sektorielle und selektive deliktische Aktivität der spezialisierten strategischen und operativen Organe vor¹¹⁵³. Gleichwohl wird die Heimlichkeit und Rechtswidrigkeit der Pläne, die Geheimhaltung der Vollstrecker, die verdeckte Kontrolle über die Operationen, die Grausamkeit der Methoden, die Billigung der Vorgesetzten, die Rechtfertigung der Mittel und der offizielle Gebrauch von Straflosigkeitsmechanismen von beiden Formen staatlicher Kriminalität gleichermaßen zur Gestaltung der Politiken und der Kommunikation oder Ausführung der deliktischen Entscheidungen oder Befehle genutzt und sie stellen sich auch für beide Formen als üblich dar. Deshalb kann in diesen Fällen sowohl nach nationalem Recht als auch nach dem Völkerstrafrecht eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet werden. FARALDO CABANA merkt diesbezüglich folgendes an „... diese Handlungen der staatlichen Organe, die die perverse Benutzung des Staatsapparats zum Zwecke der systematischen und organisierten Verletzung der Menschenrechte bedeuten, sind ebenfalls Gegenstand des internationalen Rechts und Völkerstrafrechts, falls sie als Verbrechen gegen die Menschlichkeit qualifiziert werden können. Dies ist dann der Fall, wenn zur Begehung von Delikten gegen grundlegende individuelle Rechtsgüter wie das Leben, die Freiheit, die Würde oder die physische Integrität der Personen die Absicht hinzutritt, auf organisierte und systematische Weise eine bestimmte Gruppe

¹¹⁵² ZAFFARONI, RAÚL: El crimen de Estado como objeto de la criminología, oben zitiert, Seite 24 ff.

¹¹⁵³ REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES: Derecho Penal – Parte General, oben zitiert, Seite 395

der Bevölkerung mit der Duldung oder Beteiligung der de jure oder de facto politischen Macht zu zerstören“¹¹⁵⁴.

748°. Falls daher die Tötungen von Barrios Altos und La Cantuta, und die Entführungen in den Kellern des SIE, mittels der Willensherrschaft über den organisatorischen Machtapparat und nach einem eigenen *modus operandi* ausgeführt wurden, kann die mittelbare Täterschaft des Angeklagte Fujimori zumindest vollständig auf die zweite jener Formen staatlicher Kriminalität zurückgeführt werden. Denn selbst die von der Verteidigung angeführte Lehrmeinung, d.h. FARALDO CABANA, bekennt offen: „(Dass) die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auch in Fällen zulässig ist, in denen bestimmte staatliche Organisationen, die den von den allerhöchsten staatlichen Einrichtungen erlassenen Anordnungen Folge leisten, beginnen, deliktische Mittel zur Erreichung politischer Ziele zu verwenden, die der Staat in seiner Gesamtheit oder die (politische oder militärische) Gruppe, die ihn in diesem Moment beherrscht, verfolgt, wie etwa die Eliminierung der terroristischen Guerrillabewegungen oder der politischen Opposition“¹¹⁵⁵. Außerdem zeigt die internationale Erfahrung, insbesondere in Lateinamerika, so die gleiche theoretische Quelle, dass „die Verstellung und Verheimlichung der deliktischen Methoden gegenüber Dritten charakteristisch für das Funktionieren der staatlichen Organisationen ist, die einen schmutzigen Krieg durchführen. Wir haben gesehen, wie die argentinischen Gerichte die Existenz eines schizophrenen Verhaltens des Staates während der argentinischen Militärdiktatur offenlegten, hatte doch ein Teil seiner Organisationen begonnen deliktisch zu handeln und einen schmutzigen Krieg gegen die politischen Dissidenten geführt, während sich der Rest weiterhin normal und rechtmäßig verhielt. Gleiches geschah während der Militärdiktatur in Chile“¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁴ FARALDO CABANA, PATRICIA: Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, oben zitiert, Seite 230.

¹¹⁵⁵ FARALDO CABANA, PATRICIA: Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, oben zitiert, Seite 230.

¹¹⁵⁶ FARALDO CABANA, PATRICIA: Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, oben zitiert, Seite 234.

CAPÍTULO II

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

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

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

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

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

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

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

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

719°. LA AUTORÍA MEDIATA. Se identifica como autoría mediata aquellos casos donde el delito es realizado por el agente u hombre de atrás, a través de un intermediario material o persona interpuesta. A esta última, la literatura especializada le ha asignado distintas denominaciones, como hombre desde adelante, ejecutor inmediato, ejecutor directo o simplemente ejecutor. Sin embargo, se acepta también la expresión ‘instrumento’¹⁰⁴³, aunque ella es cuestionada por resultar equívoca, según algunos autores nacionales como HURTADO POZO¹⁰⁴⁴ y VILLAVICENCIO TERREROS¹⁰⁴⁵.

Por tanto, será un autor mediato aquél que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para alcanzar su objetivo delictivo. Tales supuestos tradicionalmente han sido vinculados al empleo de la coacción sobre el intermediario material; o aprovechando el error en que éste se encuentra; o empleando en la ejecución del delito a personas incapaces.

La función asignada a la categoría dogmática de la autoría mediata, es, pues, la de hacer responder penalmente al autor real de un delito que ha sido cometido por otra persona. Se trata, en consecuencia, de una forma especial de autoría en la que el agente realiza el hecho punible valiéndose de la persona interpuesta, por lo que debe hacérsele acreedor a las consecuencias penales que correspondan a dicha conducta ilícita¹⁰⁴⁶.

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

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

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

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

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

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

Inicialmente, sólo se reconocían dos modalidades de autoría mediata:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

nivel superior estratégico, también se ha proyectado en la jurisprudencia nacional. En efecto, en la Ejecutoria de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema –caso Abimael Guzmán Reynoso– del catorce de diciembre de dos mil siete un voto singular consideró la hipótesis de la coautoría¹⁰⁵². Al respecto el propio ROXIN ha aclarado que con relación a la coautoría *“falta una resolución común hacia el hecho, la cual, según la doctrina absolutamente dominante, es presupuesto de cualquier ‘comisión conjunta’ en el sentido de la coautoría. Y es que el hombre de atrás y el ejecutante mayormente ni siquiera se conocen, no acuerdan nada conjuntamente ni tampoco se consideran a sí mismos como portadores de decisiones con igual rango. La ejecución de un requerimiento, como el que se presenta en los casos en cuestión, se basa en una orden y no en una decisión conjunta”*¹⁰⁵³. Y con referencia a la instigación ha sostenido que *“la diferencia decisiva también radica en que el inductor no domina la ejecución del hecho, la realización del tipo no depende de su voluntad. En el autor de escritorio esto es distinto: él es la figura central dominante del delito ordenado por él, mientras que los esbirros ejecutantes, si bien también son responsables como autores debido a su dominio de la acción, no pueden disputar al dador de la orden su superior dominio de la voluntad que resulta de la dirección del aparato”*¹⁰⁵⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¶ 1. Antecedentes y desarrollos de la dogmática penal.

723°. ORIGEN. Fue el jurista alemán CLAUS ROXIN quien a partir de mil novecientos sesenta y tres¹⁰⁶⁰ comenzó a construir las bases teóricas de una nueva forma de autoría mediata, a la que denominó *“autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados”*. De esta manera buscaba aportar una solución dogmática a los problemas de autoría que surgían en el debate sobre la vinculación y el status penal que debía imputarse a los órganos centrales o entes estratégicos de aparatos de poder organizados, que si bien no intervenían directamente en la ejecución de delitos realizados desde estas estructuras, sí los decidían,

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

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

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

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

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

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

programaban y planificaban. Según la tesis central de su reflexión era posible identificar en estos casos un dominio de la voluntad distinto a los tradicionales supuestos basados en la coacción y el error¹⁰⁶¹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

726º. ORGANIZACIÓN ESTRUCTURADA. CARACTERÍSTICAS. La tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados tiene como soporte fundamental la *“existencia previa de una organización estructurada”*. Ésta posee una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional.

En tal virtud, una característica importante de esta clase de estructuras organizadas jerárquicamente y que pone de relieve su estricta verticalidad, es, pues, **(i)** la *“asignación de roles”*. Esta expresión resulta más ideográfica que aquellas que usa comúnmente la doctrina penal contemporánea¹⁰⁷⁴ para explicar la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones. Es más, tales referencias podrían confundir la autoría mediata con supuestos de coautoría. En este sentido, ROXIN ha precisado que *“tampoco puede hablarse de “división del trabajo” –lo que en la actualidad de manera general se considera como elemento central de la coautoría– cuando el detentador de poder deja a órganos ejecutantes toda la realización de su orden”*¹⁰⁷⁵.

Es importante destacar también como otra característica de estos aparatos de poder con estructuras jerárquicas organizadas, el que **(ii)** desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes. El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el *“mecanismo funcional del aparato”*¹⁰⁷⁶, esto es, su *“automatismo”* o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo. En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato. Será, pues, este *“funcionamiento automático del aparato”* lo que realmente garantice el cumplimiento de la orden¹⁰⁷⁷. Por tanto, no será indispensable que exista una disposición expresa y que esté contenida en un documento, por la que el nivel superior estratégico ordene directamente el cumplimiento de una función específica al ejecutor inmediato. Sin embargo, ello no significará que aquél se aleje por completo del actuar concreto de la organización, sino, más bien, que su presencia se advierta en la configuración u operatividad de una serie de mecanismos que interactúan al interior y desde el exterior de la estructura de poder, los cuales permiten que el aparato permanezca activo

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

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

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

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

y cumpliendo sus designios delictivos. A esta conclusión arribaron Ambos y Grammer al atribuir a los integrantes de la Junta Militar Argentina, Videla y Massera, responsabilidad penal como autores mediatos de los delitos de secuestro, torturas y posterior asesinato de la joven estudiante alemana Elisabeth Käsemann¹⁰⁷⁸. Según ellos, los militares argentinos “*pudieron estar seguros de que sus órdenes tendrían consecuencias, pudieron confiar, por lo tanto, en el procedimiento reglado del aparato de poder por ellos conducido y que se creó a través de sus órdenes*”¹⁰⁷⁹.

¶ 3. Los Presupuestos Específicos y sus Requisitos.

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

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

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

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

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

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

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

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

¶ 4. Los Presupuestos y Requisitos Objetivos.

* 4.1. El Poder de Mando.

729°. CONCEPTO. Como se ha señalado es condición fundamental, para imputar autoría mediata en el marco de un aparato de poder organizado, *el poder de mando*.

El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior –del hombre de atrás– de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar.

El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando *órdenes*, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato. Es decir, sin que sea necesario que quien ordena debe además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores. Sobre todo porque, como se detallará más adelante, el ejecutor directo comparte los objetivos delictivos que persigue la organización y tiene una predisposición al cumplimiento de la orden que expresa la concretización de un hecho ilegal. Lo cual significa que *el dominio de la voluntad que posee y ejerce el autor mediato, titular del poder de mando, le viene dado por la integración de la persona interpuesta o ejecutor directo dentro del propio aparato organizado*.

730°. FORMAS DEL PODER DE MANDO. En este ámbito, cabe distinguir entre el poder de mando que se ejerce en el nivel superior estratégico y el que se realiza en los niveles intermedios. Es, pues, importante distinguir que el poder de mando se puede expresar de dos formas. La primera, desde el nivel superior estratégico hacia los niveles intermedios tácticos u operativos. Y, la segunda, desde los niveles intermedios hacia los ejecutores materiales. En ambos casos, dicho poder de mando se manifestará siempre en línea vertical. Esto último será determinante para la atribución de una autoría mediata hacia todos los mandos en la cadena del aparato de poder, ya

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

que no se pueden equiparar la forma y alcance con las cuales el nivel estratégico superior imparte o transmite sus decisiones, con aquellas que realizan los mandos intermedios hacia los ejecutores directos, justamente por la posición diferente que ocupa cada estamento al interior de la organización criminal. El dominio de la organización que se ejerce desde el nivel estratégico superior será, pues, distinto del que detenta el mando intermedio, ya que quien se encuentra en la cúspide de la estructura jerárquica tiene un dominio total del aparato, mientras que el que ocupa la posición intermedia sólo tiene la posibilidad de impartir órdenes en el sector de la organización que le compete.

Esta visualización de la organización y de sus jerarquías funcionales, ha sido aplicada en la judicatura nacional para interpretar el diseño de Sendero Luminoso. Efectivamente, la Sala Penal Nacional precisaba que la llamada *Dirección Central* era la que ejercía el “*poder real de dominio de toda la organización*”, ya que se encargaba de presidir y dirigir las reuniones que se llevaban a cabo con los *organismos intermedios* y a su vez controlar el correcto funcionamiento del aparato criminal. Por su parte, estos “*organismos intermedios*” estaban integrados por los llamados *Comités Regionales* y *Comités Zonales*. Luego, en un escalón inferior, se encontraban los *Comités Subzonales* y los *Comités de Células*. Además, la Sala Penal Nacional señalaba que al haberse militarizado este grupo terrorista, todas las estructuras trabajaban en función de la realización de operaciones armadas. En tal sentido, cuando conformaban el denominado *Ejército Popular*, los que eran *Secretario Político* y *Subsecretario* de un *Comité*, pasaban a ser, *Mando Político* y *Mando Militar*, respectivamente¹⁰⁸².

731°. GRADOS DE RESPONSABILIDAD Y REPROCHABILIDAD.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

732°. PODER DE MANDO Y ÓRDENES. CLASIFICACIÓN.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

733°. DEFINICIÓN. Otro presupuesto objetivo para la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados es la “desvinculación” o “apartamiento” del Derecho. Identificando a este último como un sistema u ordenamiento jurídico representado por un *conjunto coordinado de normas*¹⁰⁹² *generales y positivas que regulan la vida social*¹⁰⁹³. El Estado, como comunidad, define un orden normativo. Este orden normativo sólo puede ser un orden jurídico, aquel que comúnmente se relaciona como el “Derecho del Estado” o el “Derecho nacional”¹⁰⁹⁴. Sin embargo, este Derecho nacional se encuentra estrechamente vinculado e integrado con el Derecho internacional constituyendo una unidad¹⁰⁹⁵. Por tanto, el Derecho internacional forma parte del orden jurídico nacional en tanto que las normas producidas en el contexto internacional se incorporan al Derecho del Estado nacional.

En consecuencia, el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional.

734°. ALCANCE DEL APARTAMIENTO DEL DERECHO. SUPUESTOS. Como advierte ROXIN, en estos casos, “*el aparato funciona como una totalidad por fuera del orden jurídico*”¹⁰⁹⁶. Es decir, produce sus efectos ilícitos como una integridad que actúa completamente al margen del Derecho. En su análisis sobre los casos Eichmann y Staschynski, él detectó que el poder estatal operaba al margen del Derecho ya que las propias garantías que éste regulaba no tenían efectividad. Sin embargo, ello no implicaba, necesariamente, que los detentadores de dicho poder no estuvieran finalmente regidos por el mismo orden jurídico, sobretodo en su dimensión internacional. Para ROXIN, pues, el apartamiento del Derecho no se refiere únicamente al ordenamiento

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

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

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

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

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

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

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

jurídico interno de cada Estado sino también, y muy particularmente, al Derecho Internacional: *“sólo porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivos y punibles las conductas de órganos superiores del Estado que violen de modo evidente los derechos humanos”*¹⁰⁹⁷. En esa misma dirección, FARALDO CABANA hace referencia a un *“derecho suprapositivo”* que estaría representado por el orden jurídico internacional: *“explicar como un Estado totalitario puede actuar como un todo fuera del marco del Ordenamiento jurídico, al ser ese marco no el proporcionado por el Derecho estatal sino otro más amplio, llámesele internacional, suprapositivo, supralegal o natural”*¹⁰⁹⁸.

Otro supuesto de autoría mediata, por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, que reconoce ROXIN, se da en los delitos cometidos por movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones similares que colisionan con las normas internas del Estado. Es decir, que operan como *“una especie de Estado dentro del Estado que se ha emancipado del orden comunitario en general, o en determinadas relaciones de la comunidad”*¹⁰⁹⁹.

En suma, para ROXIN el apartamiento o desvinculación del Derecho se presentaría no sólo en delitos cometidos por órganos del Estado o aparatos del poder estatal, sino también sería aplicable a los casos de *“criminalidad organizada no estatal”* y en muchas *“formas de aparición del terrorismo”*¹¹⁰⁰. Únicamente se debería excluir a los casos de criminalidad empresarial. En consecuencia, pues, toda visualización y comprensión de la desvinculación o apartamiento del Derecho deben comenzar identificando si se trata del ámbito de la criminalidad estatal o de la criminalidad no estatal. Ello será fundamental para poder advertir, en cada estructura y manifestación delictiva, la presencia de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.

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

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

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

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

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

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

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

criminalística muestran que *“el crimen de estado es un delito altamente organizado y jerarquizado, quizá la manifestación de criminalidad realmente organizada por excelencia”*.

2. Es importante señalar que una particularidad trascendente de este tipo de delincuencia, radica en que el nivel superior estratégico del Estado, esto es, su autoridad central utiliza, en el ejercicio de su cargo, las estructuras del aparato estatal para la comisión sistemática de delitos que por su gravedad y riesgos de impunidad adquieren relevancia internacional¹¹⁰³. Esta forma de criminalidad atenta, pues, contra el orden jurídico vigente, dejando al margen el Derecho legalmente estatuido tanto en su dimensión nacional como supranacional. Por lo tanto, un régimen estatal que desde su nivel estratégico superior ordena la comisión de estos graves delitos no puede ser calificado como un Estado de Derecho. En realidad está totalmente apartado de él.

3. En consecuencia, pues, la admisión de la autoría mediata del nivel estratégico superior quedará condicionada a que las órdenes de este estamento sean dictadas en el marco de una organización que opera al margen del ordenamiento jurídico del *“Estado de Derecho”*¹¹⁰⁴. Esto último es trascendente, ya que consolidará el dominio que aquél ejerce sobre la organización y hará que los ejecutores estén más predispuestos hacia la comisión del delito, en tanto estos conocen e internalizan que no habrá norma o autoridad que pueda limitar o sancionar su actuar delictivo.

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

5. Queda claro que la presencia en ambos casos de un apartamiento del Derecho y de la vigencia de dos sistemas normativos paralelos o alternos

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

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

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

promovidos desde el mismo Estado, y por quien detenta la máxima autoridad, no pueden ser tolerados por los regímenes democráticos. Por consiguiente, pues, esta situación anómala generará, tarde o temprano, la reacción e intervención de organismos internacionales a los que está vinculado el régimen estatal infractor, para salvaguardar o recuperar el orden jurídico que era reconocido y legitimado por la comunidad internacional.

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

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

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

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

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

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

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

¶ 5. Los Presupuestos y Requisitos Subjetivos.

* 1. La Fungibilidad. Clases

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como ya se señaló, el origen de este nuevo presupuesto se relaciona con el enfoque que a la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización aportó SCHROEDER (*"disposición condicionada a actuar"*)¹¹³⁴ desde mediados de los años sesenta y que, luego, también fuera desarrollado por HEINRICH (*"inclinación típicamente organizativa al hecho"*)¹¹³⁵.

Su utilidad jurisprudencial para la solución de casos de autoría mediata, en delitos de criminalidad estatal, fue puesta de manifiesto a mediados de los noventa, por el Tribunal Supremo Federal Alemán, en la sentencia emitida contra los integrantes del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática Alemana. En esa ocasión, se fundamentó la responsabilidad del autor mediato señalando que el hombre de atrás se aprovechaba de la *"disposición incondicional que el actor inmediato tiene para realizar el tipo"*¹¹³⁶.

741°. DEFINICIÓN. En términos concretos, esta categoría alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Se trata, entonces, de factores eminentemente subjetivos y a los que algunos autores identificaron

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

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

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

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

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

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

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

Sobre el carácter incondicional o condicional de tal predisposición no se ha alcanzado todavía consenso en la doctrina y en la jurisprudencia¹¹³⁸. Sin embargo, hay acuerdo en reconocer que este rasgo aparece ligado a la posición e integración del ejecutor con el aparato de poder, con sus órganos de dirección y con los objetivos que ambos representan y desarrollan. Su fundamento, entonces, radica, pues, en que el ejecutor que realiza la conducta delictiva desde una estructura de poder jerarquizada de naturaleza u origen estatal, pero apartada del Derecho, actúa con una motivación distinta de aquél otro autor que pueda intervenir en la comisión particular de cualquier delito.

Cabe señalar que una característica de las estructuras criminales, sobretudo de aquellas que configuran una jerárquica vertical, es que el ejecutor deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra y conduce la existencia de la organización. Todo ello va configurando una psicología colectiva que se expresa en la adhesión y en la elevada predisposición del ejecutor hacia el hecho ilícito que disponga o planifica la estructura.

En tal sentido, el ejecutor está más cohesionado e identificado con el aparato de poder, por lo que se encuentra mucho más dispuesto a realizar los designios ilícitos de éste que cualquier otro delincuente común. Él tiene conocimiento que el hecho no le pertenece tanto como pertenece al aparato de poder del que es parte. Si no se sintiera ni actuara, pues, como parte integrante de esta estructura, difícilmente hubiese cometido el hecho por su iniciativa y riesgo propios. En su comportamiento él verá reflejados los objetivos de ese ente colectivo, de sus jefes y mandos superiores a los cuales obedece y se encuentra subordinado¹¹³⁹. Esto tiene una explicación psicosocial, la cual se basa, principalmente, en la valoración de legitimidad que hace el ejecutor de su propia pertenencia a la estructura criminal, lo cual desarrolla en él una tendencia a la adaptación positiva de toda meta, acción o rol que se le asigne, aunque estos tengan un contenido manifiestamente delincuencial. Por lo que, la probabilidad del éxito de la orden emitida por los niveles estratégicos superiores de la organización será mayor y contribuirá al dominio del hecho que se traslade a estos como autores mediatos¹¹⁴⁰. Esta predisposición psicológica hace que el ejecutor le refiera al superior jerárquico, de manera implícita o indirecta, con su conducta y sujeción, que se someterá a sus designios. De esta manera, como interpreta PARIONA ARANA, el hombre de atrás habrá alcanzado el

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

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

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

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

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

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

742. ANTECEDENTES. Es importante diferenciar la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, de otras modalidades de imputación que se han desarrollado en el Derecho Penal Internacional, para atribuir responsabilidad penal a niveles estratégicos de estructuras de poder de naturaleza u origen estatal.

Particularmente, el deslinde debe hacerse de modo específico con la denominada Teoría de la Responsabilidad del Superior. Ella constituye un criterio de imputación que surgió y se desarrolló al concluir la Segunda Guerra Mundial y que se aplicó en los juicios de Nüremberg y de Tokio¹¹⁴². Según los analistas de estos procesos “En estos juicios quedó clara la idea de que los comandantes no sólo tenían el deber de respetar las leyes de la guerra sino que, además, tenían la obligación de hacerlas respetar por sus subordinados”¹¹⁴³. Posteriormente, hacia mediados de los años noventa, el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia también utilizó tal teoría para condenar a los mandos militares del ejército de la República de Serbia, Bosnia y Herzegovina que no impidieron que sus tropas subordinadas perpetraran crímenes contra la humanidad, y a los que omitieron sancionar o investigar a los autores directos de tales conductas delictivas¹¹⁴⁴.

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

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

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

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

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

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

incumple su deber de prevención, supervisión y sanción de todo delito que pueda o sea cometido por sus subalternos. Ello denota, pues, una obligación jurídica de actuar del Superior y que éste omite. Según AMBOS, *“el concepto de responsabilidad de mando –o mejor dicho, de responsabilidad del superior–, crea la responsabilidad del superior por el incumplimiento de actuar para impedir conductas penales de sus subordinados. El superior es responsable por la falta de control y supervisión de los subordinados en el evento en que cometan delitos. De esta forma, el superior es responsable, tanto por su propia falta al intervenir como por las conductas penales de otros. El concepto parece crear, por una parte, una responsabilidad directa por la ausencia de supervisión, y por la otra, una responsabilidad indirecta por las conductas delictivas de otros... la responsabilidad del superior tiene un doble carácter: es un delito propio de omisión... y un delito de peligro...”*¹¹⁴⁶.

744°. DESLINDE. Queda claro, en consecuencia, que por sus propias características y presupuestos esta modalidad de imputación de responsabilidad es diferente de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Esta última, en esencia, siempre será un comportamiento de comisión pero que se traslada desde la dación de la orden por el nivel estratégico superior hacia la ejecución concreta de la misma por la persona interpuesta¹¹⁴⁷.

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

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

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

La diferencia aludida es desarrollada también, normativamente, en el Estatuto de Roma. En él se regulan, justamente, ambas modalidades de imputación como dos niveles distintos de intervención y punibilidad de los órganos estratégicos que se vinculan con la realización de delitos contra los derechos humanos. Efectivamente, en este instrumento internacional el artículo 25° inciso 3, literal a), identifica con mediana precisión a la *autoría mediata* ("Comete ese crimen por sí solo, con otro o *por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable*")¹¹⁴⁸. En cambio, dedica el artículo 28° a definir con detalle los supuestos omisivos que configuran la denominada *responsabilidad del superior* ("... en razón de no haber ejercido un control apropiado...")¹¹⁴⁹.

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

745°. La autoría mediata del imputado en los hechos acusados, conforme al Capítulo II de la Parte III y a lo expuesto en los párrafos anteriores de este Capítulo, está suficientemente acreditada. Se cumplen definitivamente los elementos fácticos y jurídicos, que como presupuestos y requisitos posibilitan tal nivel y modalidad de imputación de responsabilidad penal. Al respecto, es de mencionar los siguientes datos relevantes:

1. El acusado ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país desde inicios de la década de los ochenta.
2. Desde su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil

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

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

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

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

3. En ese ámbito el encausado Fujimori con su entorno asesor y de apoyo, utilizando los servicios secretos –de inteligencia– del Estado, que por su función se han caracterizado por el compartimentaje de sus órganos o unidades, por la subordinación jerárquica de su estructuras, y por el secreto y la paraclandestinidad de sus agentes y acciones, fue delineando, a la vez que definiendo, objetivos y estrategias especiales de enfrentamiento de la subversión terrorista, particularmente de los núcleos que habían comenzado a operar en las áreas urbanas del país, sobretodo en la Capital de la República y zonas aledañas.

4. En este dominio, el objetivo central de gobierno como la política definida, las estrategias generales, y las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado de muy diversas formas, plenamente compatibles con los esquemas informales o paraformales que caracterizan a los códigos de comunicación y manuales de actuación propios del sistema de inteligencia, estratégica u operativa.

5. En tal contexto y praxis el hilo conductor subyacente fue la eliminación de presuntos terroristas y sus órganos o bases de apoyo. La estrategia específica acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas. En el nivel táctico, el patrón operativo para la aplicación de tal estrategia partía de recolectar información sobre los focos subversivos así como sus componentes, para, luego, eliminarlos con operaciones especiales de inteligencia a cargo de unidades especializadas del SIE. Las cuales serían adscritas y supervisadas por el SIN, con el apoyo logístico y coordinación de la Comandancia General del Ejército.

6. Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia contra la subversión terrorista, de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se apartan plenamente o lo subordinan sistemáticamente.

7. Los delitos de secuestro contra los agraviados Gorriti y Dyer respondieron también a disposiciones dadas y/o avaladas directamente por el acusado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen de facto, en una coyuntura de inestabilidad democrática donde se practicó por la fuerza el desconocimiento de garantías y derechos fundamentales.

8. Por lo demás, en todos los delitos *sub judice* la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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