

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

EL JUICIO A FUJIMORI: RESPONSABILIDAD DE UN PRESIDENTE POR CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD COMO AUTOR MEDIATO EN VIRTUD DE UN APARATO DE PODER ORGANIZADO

KAI AMBOS*

Catedrático de Derecho penal Universidad de Gotinga

Resumen: En 2009, el ex presidente peruano Alberto Fujimori fue condenado por la Sala Penal Especial y posteriormente en apelación por la Primera Sala Transitoria, ambas de la Corte Suprema de Justicia, por graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos, específicamente por crímenes de lesa humanidad cometidos entre 1991 y 1992 durante su presidencia. Las condenas contra Fujimori como autor mediato se basan en la teoría del dominio del hecho mediante un aparato organizado de poder (autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder, *mittelbare Täterschaft kraft Willenherrschaft in organisatorischen Machtapparaten*). Ambas salas de la Corte Suprema establecieron cinco requisitos para esta modalidad de autoría mediata: como requisito general la existencia de una organización jerárquica y como requisitos específicos el poder de mando del autor indirecto (responsable command, *Befehlsgewalt*), la desvinculación de la organización del derecho (detachment from the law, *Rechtsgelöst-*

* Versión actualizada y ampliada del original publicado en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* («ZIS»: www.zis-online.com) 2009, pp. 552-564. Traducción de Diego Fernando Tarapué Sandino docente de la Universidad Santiago de Cali (Colombia), becario del DAAD y estudiante del LLM/doctorado de la Universidad de Göttingen. Revisión del Prof. Dr. Iván Meini, Lima y del autor. Agradezco a mi colaborador y doctorando Florian Huber por su indispensable ayuda en la redacción de este artículo. Agradezco también al traductor por su compromiso con la traducción.

heit), la fungibilidad de los autores directos (interchangeability or replaceability, *Fungibilität*) y la disposición del autor directo (disposition, *Tatgeneignheit*). Ambas sentencias constituyen un precedente importante para la autoría mediata como forma de atribución de responsabilidad criminal por la comisión sistemática de crímenes internacionales por parte de altos líderes políticos o militares en estructuras organizadas de poder. En síntesis, este artículo brinda una revisión general sobre los antecedentes jurídicos y políticos de la condena contra Fujimori. En este sentido, en primer lugar se alude a la extensa impunidad en las violaciones de Derechos Humanos durante la presidencia de Fujimori (acápito I), luego se refiere a la importancia e influencia de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación peruana (CVR) y de la jurisprudencia interamericana en el proceso Fujimori (II), así como también a los procedimientos previos de extradición entre Chile y Perú (III), para finalmente concluir el artículo con unos comentarios (dogmáticos) referentes a la figura de imputación aplicada (IV).

Palabras claves: juicio a Fujimori — extradición — crímenes de lesa humanidad — autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder.

Abstract: In 2009, Alberto Fujimori Fujimori, the former president of Peru, was convicted by the Trial and Appeals Chambers of the Peruvian Supreme Court of Justice for serious violations of international human rights law amounting to crimes against humanity which were committed under his presidency in 1991 and 1992. The convictions of Fujimori as an indirect perpetrator are based on the theory of control/domination of the act by virtue of an organized power apparatus (*autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: mittelbare Täterschaft kraft Willensherrschaft in organisatorischen Machtapparaten*). Both chambers of the Supreme Court set out five requirements for indirect perpetration by virtue of such an organized power structure: as a general requirement the existence of a hierarchical organization and as specific requirements a responsible command of the indirect perpetrator (*poder de mando, Befehlsgewalt*), the detachment of the organization from the law (*desvinculación del derecho, Rechtsgelöstheit*), the interchangeability or replaceability of the direct perpetrators (*fungibilidad, Fungibilität*) and the direct perpetrator's (pre-)disposition to commit the act (*disposición, Tatgeneignheit*). The judgments are a further important precedent for indirect perpetration as a means of attributing criminal responsibility for the systematic commission of international crimes to senior political or military leaders in organized power structures. This article

gives a general overview of the legal and political history of Fujimori's conviction. It starts with a description of the state of impunity for human rights violations during Fujimori's presidency (I.). Then it sets out the importance and impact of the Peruvian Truth and Reconciliation Commission (TRC), the jurisprudence of the Inter-American system regarding the trial of Fujimori (II.) and the previous steps leading to his extradition from Chile to Peru (III). The article concludes with some (dogmatic) considerations concerning form of attribution applied (IV).

Keywords: Fujimori judgment —extradition— crimes against humanity— indirect perpetration by domination of the act by virtue of an organized power apparatus.

Introducción

El 7 de abril de 2009 la Sala Penal Especial (en adelante la Sala Especial) de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (CSJ) condenó mediante sentencia de primera instancia al ex-presidente Alberto Fujimori a una pena de 25 años de privación de libertad, la cual fue confirmada en segunda instancia el 30 de diciembre de 2009 por la Primera Sala Transitoria (en adelante la Sala Transitoria) de la Corte Suprema de Justicia¹. Fujimori fue encontrado culpable de homicidio calificado de 25 personas y de lesiones graves de 4 víctimas, a causa de los sucesos cometidos en Barrios Altos (noviembre de 1991) y La Cantuta (julio de 1992), crímenes cometidos por las fuerzas de seguridad peruana, como también debido al secuestro agravado en dos casos (abril y julio de 1992) en el caso de Sótanos SIE (Servicio de Inteligencia del Ejército)². La Sala Especial y la Sala Transitoria fundamentaron la responsabilidad penal de Fujimori en su rol como autor mediato en virtud del dominio de la voluntad en un aparato de poder organizado³.

¹ Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial (CSJ-SPE), Exp. No. AV 19-2001 (acumulado), 7 de abril de 2009, Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE, disponible en: <http://www.juicioysancionafujimori.org/documentos/sentencia.pdf> (consultado el 8 de noviembre de 2010); Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Primera Sala Penal Transitoria (CSJ-PSPT), Exp. No. 19-2001-09-AV, 30 de diciembre de 2009; disponible en: <http://www.juicioysancionafujimori.org/documentos/R.N.fujisuprema.pdf> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

² CSJ-SPE, supra nota 1, Parte IV Decisión, Fallo, párrafo 821 y ss.

³ CSJ-SPE, supra nota 1, Parte III Capítulo II, La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, párrafo 718-748.

II. Impunidad en las violaciones de Derechos Humanos durante la presidencia de Fujimori

Alberto Fujimori, ingeniero y profesor de matemáticas⁴ de nacionalidad peruana y japonesa, fue elegido el 29 de julio de 1990 como político *outsider* en la presidencia del Perú⁵. Después de la reelección en dos ocasiones (1995 y 2000), en su tercer mandato sólo estuvo hasta noviembre de 2000, debiendo abandonar el país, con rumbo hacia Japón, como consecuencia de un escándalo de corrupción. Desde allí, renunció el 17 de noviembre al cargo por medio de un fax⁶.

Tras su elección como presidente en el año de 1990, Fujimori estableció reformas económicas⁷ y una lucha radical contra los grupos insurgentes activos desde inicios de la década de los ochenta, Sendero Luminoso (SL) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru⁸ (MRTA)⁹. Uno de sus más grandes éxitos fue la detención

⁴ Tuve la oportunidad de conocer personalmente a Fujimori en su calidad de rector de la Universidad Agraria La Molina en Lima en el año de 1988. Fujimori moderaba en aquel tiempo un programa político bastante popular en la televisión peruana y me pidió una entrevista en su Universidad para hacerme algunas preguntas acerca de la legislación terrorista (alemana) para aquel programa nocturno (investigación que realizaba en ese entonces por encargo de la ONG «Comisión Andina de Juristas»; cfr. K. AMBOS, *Terrorismo y Ley*, (Lima, 1989). Esa conversación me quedó como un recuerdo vivo, porque ya desde aquel entonces salían a la luz pública los rasgos autoritarios de Fujimori: la conversación se desarrolló más bien como un incómodo interrogatorio que como un diálogo y después de haber dado respuesta a todas las preguntas, Fujimori me despidió sin más palabras y sin tan siquiera preguntar cómo volvería a mi domicilio en Lima.

⁵ Fujimori's Controversial Career, BBC News, 25 de junio de 2001, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/705482.stm> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

⁶ Fujimori: Decline and Fall, BBC NEWS, 18 de septiembre de 2000, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/1031752.stm> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

⁷ Al respecto, véase: BRUCE KAY, «*Fujipopulism*» and the Liberal State in Peru, 1990 - 1995, *Journal of Interamerican Studies and World Affairs* 38, pp. 55-68 (1996); SUSAN STOKES, *Democratic Accountability and Policy Change: Economic Policy in Fujimori's Peru*, *Comparative Politics* 29, pp. 209-226 (1997).

⁸ Council on Foreign Relations, Shining Path, Túpac Amaru (Peru, leftists), 27 de agosto de 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.») (consultado el 8 de noviembre de 2010); en total 69.200 personas fueron víctimas del conflicto entre 1980 hasta el 2000, de los cuales en el 46% de los casos SL fue responsable y en el 30% las instituciones del Estado, véase: Comisión de la Verdad y la 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> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

⁹ Al respecto, véase: Inter-American Commission of Human Rights (IACHR), Annual Report 1993, OEA/Ser.L/V.85 Doc. 9 rev., 11 de febrero de 1994,

de Abimael Guzmán («Presidente Gonzalo»), el legendario líder del SL, el 12 de septiembre de 1992; aquella captura condujo a un considerable debilitamiento de la organización¹⁰. Pese a este éxito, el gobierno de Fujimori continuó en los siguientes años su política autoritaria y represiva en la lucha contra el «terrorismo»¹¹ y eso devino en la violación sistemática de Derechos Humanos¹². El régimen crecientemente corrupto e infiltrado por el servicio secreto, tomó al Estado y a sus instituciones cada vez más bajo su control¹³. Fujimori concentró en su persona el poder político y ejerció también directamente —como comandante supremo de las fuerzas armadas, de las agencias secretas de inteligencia y de la policía— control militar sobre las instituciones estatales¹⁴. La dirección de las operaciones del servicio secreto se hizo a cargo de la agencia central de inteligencia SIN (Servicio de Inteligencia Nacional) bajo la dirección de facto de Vladimiro Montesinos, un asesor cercano de Fujimori. En el año de 1991 esta autoridad fundó, con la colaboración del presidente, el mal afamado comando especial paramilitar Colina¹⁵, cuya tarea principal consistía en la eliminación física de presuntos miembros del SL¹⁶. Este grupo llevó a cabo, entre

<http://www.cidh.oas.org/annualrep/93eng/chap.4d.htm> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

¹⁰ Annette Fingscheidt, *Der Krieg im anderen Land*, Perus Aufarbeitung von zwanzig Jahren Gewalt und Menschenrechtsverletzungen, p. 12, http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Der_Krieg_im_anderen_Land.pdf (consultado el 8 de noviembre de 2010).

¹¹ JOHN HAMILTON, *The Fall of Fujimori: A Diplomat's perspective*, Fletcher Foreign World Affairs 30, pp. 191-212 (p. 192) (2006).

¹² Amnesty International, Peru/Japan: Alberto Fujimori ex-president of Perú must be brought to justice, 21 de octubre de 2001, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR46/017/2001/en/f68b86d0-d8cc-11dd-ad8c-f3d4445c118e/amr460172001en.pdf> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

¹³ Human Rights Watch, Probable Cause-Evidence Implicating Fujimori, Vol. 17, No. 6 (B), diciembre de 2005, p. 4.

¹⁴ CSJ-SPE, supra nota 1, Parte II Capítulo III, párrafo 207 y ss. y párrafo 745.

¹⁵ CSJ-SPE, supra nota 1, Parte II Capítulo VII (El Destacamento Especial de Inteligencia Colina), párrafo 324 y ss. El grupo Colina estuvo integrado en la SIE, la cual a su vez estaba subordinada a la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE), sujeta formalmente a la Jefatura del Estado Mayor del Ejército (JEMGE); pero informaba a Montesinos quien conducía la SIN, que coordinaba todas las actividades de inteligencia. Bajo la dirección del SIN, el SIE prestó ayuda logística a Colina, mientras la DINTE fue la responsable de los planes operativos y de la financiación de Colina, viendo por la estructura y funciones de las autoridades de inteligencia y seguridad, CSJ-SPE, supra nota 1, Parte II Capítulo V (El Servicio de Inteligencia Nacional), pp. 259 y ss., y Capítulo VI (La Dirección Nacional de Inteligencia y el Servicio de Inteligencia del Ejército), pp. 272 y ss.

¹⁶ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 663 («Ello determinó un contexto institucional y político que posibilitó una estrategia, en un sector concreto de la lucha con-

otras cosas, las operaciones en los casos Barrios Altos y La Cantuta; en el primero fueron asesinados presuntos miembros del SL, en el segundo, 14 personas en la Universidad Nacional La Cantuta fueron secuestradas y más tarde ejecutadas¹⁷.

Tras aumentar las tensiones con el Congreso, el cual se opuso a una serie de medidas del gobierno en la «lucha contra el terrorismo», el gobierno de Fujimori llevó a cabo en la noche del 5 al 6 de abril de 1992, con el apoyo de las fuerzas armadas y de una gran parte de la población¹⁸, un golpe de Estado (así llamado auto-golpe) para dejar sin efecto la Constitución, el Congreso, la Corte Suprema de Justicia y para disolver otros órganos estatales y establecer un gobierno de emergencia¹⁹. Después de una intensa crítica internacional se aprobó en 1993 una nueva Constitución, la cual, sin embargo, fue considerada como insuficiente en el restablecimiento de la democracia con las garantías jurídico-estatales necesarias²⁰.

Después, a consecuencia del golpe de Estado de abril de 1992, la encomendada comisión de investigación parlamentaria tuvo que abandonar el trabajo de las investigaciones en el caso Barrios Altos, iniciando más tarde la justicia nuevas investigaciones en los casos La Cantuta y Barrios Altos²¹. Como respuesta a eso, en primer lugar, la Ley 26291 del 10 de febrero de 1994 (también conocida

tra la subversión terrorista, de eliminación física de presuntos terroristas —que es el caso de los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta [...]» y párrafo 745 («La estrategia específica acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas.»).

¹⁷ RUDOLPH BRANDES, *Who's Afraid of Universal Jurisdiction?; The Fujimori Case*, *Southwestern Journal of International Law* 15, pp. 123-140 (p. 124) (2008-2009); acerca de la responsabilidad del Grupo Colina por otras acciones, véase: CSJ-SPE, supra nota 1, Parte II Capítulo XIII (Otros Delitos del Destacamento Especial de Inteligencia Colina), pp. 483 y ss.

¹⁸ Véase: EDUARDO GONZÁLEZ CUEVA, *The Peruvian Truth and Reconciliation Commission and the challenge of impunity*, en: Roht-Arriaza/Mariezcurrena (coords.), *Transitional justice in the twenty-first century: beyond truth versus justice*, Cambridge University Press, pp. 70-93, 72 (Cambridge, 2006) («with the assent of most of the population»).

¹⁹ Al respecto, véase: MARÍA MCFARLAND SANCHEZ-MORENO, *When a Constitution is a Constitution: Focus on Peru*, *NYU Journal of International Law and Politics* 33, pp. 561-616 (pp. 564 y ss.) (2000-2001).

²⁰ *Ibidem.*, p. 579, en este sentido se habla de una «Democratadura» (p. 579); cfr. DE VELAÜNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, *Diez Temas Fundamentales sobre la Administración de Justicia*, en: Comisión Andina de Juristas (coord.), *Reforma del Estado. Reforma de la Constitución*, p. 77 (Lima, 2005), específicamente en la p. 78: «La Constitución regía solamente aparentemente».

²¹ Al respecto, véase: LISA LAPLANTE, *Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes*, *Virginia Journal of International Law* 49, pp. 915-984 (pp. 947, 952) (2008-2009).

como la Ley Cantuta) fue modificada en lo concerniente a las mayorías requeridas en los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar, para poder asignar de esta manera las investigaciones en el caso La Cantuta a los tribunales militares²². Cuando en 1995 comenzó una nueva investigación en el caso Barrios Altos, fue aprobada en el Congreso, el 15 de junio de 1995, la Ley 26479²³, una ley que concedió una amnistía general a los miembros del Ejército y de la Policía por los delitos cometidos en relación con la lucha contra el terrorismo. El artículo 1 de aquella ley establece una:

«amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde Mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley»²⁴.

Cuando la jueza encargada del caso Barrios Altos cuestionó la constitucionalidad de la amnistía general²⁵, la Ley (*sic!*) 26492 del 2 de julio de 1995²⁶, determinó que las disposiciones de amnistías eran compatibles con las obligaciones internacionales y que la justicia en consecuencia debía cumplir forzosamente la ley de amnistía y su validez no podía ponerse en cuestión con recursos legales²⁷. Con eso terminaron las investigaciones hasta la renuncia de Fujimori.

²² MCFARLAND SANCHEZ-MORENO, *supra* nota 19, p. 594.

²³ Véase: «Normas Legales», Diario Oficial El Peruano, Lima, 15 de Junio de 1995.

²⁴ Véase: K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, p. 160 (Buenos Aires [Ad-hoc], 1999). En el mismo libro (p. 126 y ss.) se encuentra también un análisis internacional y constitucional, entre otras cosas, de estas leyes de amnistía en la región.

²⁵ DAN KUWALI/ JUAN PÉREZ-LEON ACEVEDO, *Smokescreens - A Survey of the Evolving Trends in Amnesty Laws in African and Latin America*, Malawi Law Journal 2, pp. 115-134 (p. 128) (2008).

²⁶ Véase: «Normas Legales», Diario Oficial El Peruano, Lima, 2 de julio de 1995.

²⁷ ELISABETH SALMÓN, *Reflections on international humanitarian law and transitional justice: lessons to be learnt from the Latin American experience*, International Review of the Red Cross 88, pp. 327-353 (p. 334) (2006).

III. Importancia e influencia de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú y de la jurisprudencia interamericana en el proceso penal contra Fujimori

Después de que Fujimori abandonara el país, se designó un gobierno de transición a cargo del presidente interino Valentín Paniagua; el cual, con apoyo de una oposición democrática mayoritaria en el Congreso, preparó el retorno del Perú a la democracia por medio de nuevas elecciones para julio de 2001. Bajo el gobierno de Paniagua se instaló el 2 de junio de 2001 la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú (CVR)²⁸. La Comisión compuesta por 12 Comisionados²⁹ tuvo la función:

«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»³⁰.

Al mismo tiempo, la CVR tuvo el encargo de investigar las causas políticas, sociales y culturales de la violencia terrorista, fomentar el esclarecimiento de los hechos a través de instituciones jurídicas, elaborar propuestas de reparación y crear los respectivos mecanismos de ejecución de las reparaciones³¹. Con respecto a los delitos cometidos tuvo que investigar los homicidios, desapariciones forzadas, secuestros, torturas, violaciones de derechos colectivos de los grupos indígenas y otros delitos graves³².

²⁸ Decreto Supremo N° 065-2001-PCM del 2 de junio de 2001, <http://www.planintegraldereparaciones.gob.pe/pdf/DS%20065-2001-PCM.pdf> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

²⁹ Artículo 4 del Decreto Supremo N° 065-2001-PCM, modificado a través del artículo 2 del Decreto Supremo No. 101-2001-PCM del 4 de septiembre de 2001, supra nota 28.

³⁰ Artículo 1 del Decreto Supremo N° 065-2001-PCM, supra nota 28: «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».

³¹ Artículo 2 del Decreto Supremo N° 065-2001-PCM, supra nota 28.

³² Artículo 3 del Decreto Supremo N° 065-2001-PCM, supra nota 28: «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 pa-

Después de dos años, el 28 de agosto de 2003, la CVR presentó su informe final al público³³. Ahí describe el contexto, causas, razones y consecuencias del conflicto interno, el rol de los actores armados, de los partidos políticos y de las instituciones, casos representativos de sucesos violentos y el modo y la manera de la perpetración sistemática de las graves violaciones a los Derechos Humanos, así como los daños físicos y psíquicos causados a las víctimas³⁴. Finalmente, la CVR hizo propuestas para la reforma institucional y la preparación de un programa de reparaciones. En cuanto a la persecución penal de las graves violaciones a los Derechos Humanos, la CVR realizó investigaciones para el esclarecimiento de 73 casos concretos y representativos y recomendó a las autoridades retomar las investigaciones penales en 47 casos y, de ser el caso, castigar a los «autores»³⁵. Además, la CVR pudo identificar responsables³⁶. Así, con respecto a la responsabilidad de Fujimori se llegó a la conclusión de que:

«La CVR posee indicios razonables para afirmar que el presidente Alberto Fujimori, su asesor Vladimiro Montesinos y altos funcionarios del SIN tienen responsabilidad penal por los asesinatos, desapariciones forzadas y masacres perpetradas por el escuadrón de la muerte denominado «Colina»³⁷.

Ante todo, las Leyes de Amnistía 26.479 y 26.492 de 1995 fueron criticadas fuertemente por Organizaciones de Derechos Humanos

ramilitares: 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».

³³ CVR, supra nota 8, Informe Final, <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

³⁴ En el trabajo de la Comisión, véase: JAVIER CIURLIZZA/ EDUARDO GONZÁLEZ, *Verdad y justicia desde la óptica de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, en: Lisa Magarrell/ Leonardo Filippini (coords.), *El legado de la verdad, La justicia penal en la transición peruana*, pp. 85 y ss (New York [ICTJ], 2006).

³⁵ EDUARDO VEGA LUNA, *La responsabilidad penal de los agentes del Estado*, en: Magarrell/Filippini, supra nota 34, p. 105.

³⁶ Acerca de los requisitos y condiciones para el nombramiento de responsables en el informe final de una comisión de la verdad, véase: MICHAEL FREEMAN, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, pp. 268 y ss (Cambridge, 2006).

³⁷ CVR, supra nota 8, 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 responsabilidad penal por los asesinatos, desapariciones forzadas y masacres perpetradas por el escuadrón de la muerte denominado «Colina».» párrafo 101, <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20VIII/CONCLUSIONES%20GENERALES.pdf> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

nacionales e internacionales (gubernamentales y no gubernamentales)³⁸. Además, estuvieron pendientes hasta el año 2000 aproximadamente 300 casos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos³⁹, el cual tuvo una influencia decisiva en el proceso de transición del Perú y en el proceso penal contra Fujimori⁴⁰. Por eso, el 9 de julio de 1999 el gobierno de Fujimori quiso extraer la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre el Perú⁴¹, sin embargo, esto requiere, según la opinión de la CIDH, una renuncia previa —no efectuada por Perú— de la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁴². Entre 1995 y 2007, la CIDH se pronunció sobre 22 casos de violaciones a la Convención Interamericana de Derechos Humanos por parte del Perú, de las cuales 18 se habrían producido durante la presidencia de Fujimori. Después de que fueron presentados y admitidos los casos de Barrios Altos y La Cantuta, la CIDH se pronunció sobre el caso Barrios Altos en marzo de 2001, seis meses después de finalizar el régimen de Fujimori y tres meses antes de la instalación de la CVR, señalando que Perú es responsable por los acontecimientos en litigio. Aparte, la Corte fijó que:

«son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los Derechos Humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. [...] La Corte, conforme a lo

³⁸ Amnesty International, *Amnesty laws consolidate impunity for human rights violations*, 23 de febrero de 1996; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Annual Report 1996*, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev., 14 de marzo de 1997, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/chap.5c.htm> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

³⁹ GONZÁLEZ CUEVA, *supra* nota 18, p. 91.

⁴⁰ Con mayor detalle en: CLARA SANDOVAL, *The Challenge of Impunity in Peru: The Significance of the Inter-American Court of Human Rights*, Essex Human Rights Review 5 (2008), disponible en: <http://www.ehrr.org/> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, comunicado N° 21/99 del 9 de julio de 1999, <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/English/1999/21-99.htm> (consultado el 8 de noviembre de 2010); cfr. JAMES CAVALLARO/STEPHANIE ERIN BREWER, *Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court*, *American Journal of International Law* 102, pp. 768-827 (p. 789) (2008).

⁴² CIDH, *Caso Ivcher-Bronstein v. Perú*. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párrafo 56; *Caso Tribunal Constitucional v. Perú*. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párrafo 55.

alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma»⁴³.

Respecto de las consecuencias jurídicas de dicha declaración de nulidad efectuada por la autoamnistía peruana, la CIDH aclaró:

«Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú»⁴⁴.

El 29 de noviembre de 2006 —paralelo al procedimiento de extradición peruano— chileno contra Fujimori (a continuación en el acápite III)— la CIDH condenó al Estado peruano en el caso La Cantuta por los secuestros y homicidios cometidos por el grupo Colina. La Corte determinó que el grupo Colina:

«era un grupo adscrito al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) que operaba con conocimiento de la Presidencia de la República y del Comando del Ejército. Tenía una estructura jerárquica y su personal recibía, además de sus remuneraciones como oficiales y suboficiales del Ejército, dinero para gastos operativos y retribuciones económicas personales en carácter de bonificación. El Grupo Colina cumplía una política de Estado consistente en la identificación, el control y la eliminación de aquellas personas que se sospechaba pertenecían a los grupos insurgentes o contrarias al régimen del ex

⁴³ CIDH Caso Barrios Altos v. Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrafo 41-42; Cfr. CIDH, Caso La Cantuta v. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párrafo 152. Acerca de la antijuridicidad internacional de tales autoamnistías con especial referencia a Sudamérica, véase en K. AMBOS, supra nota 4, pp. 236 y ss.

⁴⁴ CIDH, Barrios Altos, supra nota 43, párrafo 44.

Presidente Alberto Fujimori, mediante acciones sistemáticas de ejecuciones extrajudiciales indiscriminadas, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas y torturas»⁴⁵.

Además, la CIDH deduce de los artículos 8 (1) y 25, en relación con el art. 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, una obligación jurídica internacional en la cooperación interestatal para la persecución penal y la extradición producto de violaciones graves de los Derechos Humanos⁴⁶. La Corte sostiene la necesidad de la obligación de cooperación dentro de la Comunidad Internacional, para evitar la impunidad en la violación sistemática de Derechos Humanos; el derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia) implica una obligación *erga omnes* de los Estados de tomar todas las medidas necesarias para el (propio) enjuiciamiento o extradición (*aut dedere aut judicare*)⁴⁷ de los responsables⁴⁸. Con respecto a la relación entre una Comisión de la Verdad y una persecución penal estatal ordinaria, la CIDH ha decidido finalmente, en septiembre de 2006 en el caso Almonacid Arellano, que aquella comisión no puede sustituir este tipo de persecución⁴⁹.

⁴⁵ CIDH, La Cantuta, supra nota 43, párrafo 80 (18).

⁴⁶ CIDH, La Cantuta, supra nota 43, párrafo 158-160.

⁴⁷ Acerca de este principio, entre muchos: CHERIF BASSIOUNI/ EDWARD WISE, *Aut Dedere Aut Judicare, The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht Boston (Nijhoff, 1995).

⁴⁸ CIDH, La Cantuta, supra nota 43, párrafo 160: «Según ha sido reiteradamente señalado, los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (*ius cogens*). En los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados están obligados a investigar las violaciones de Derechos Humanos y a juzgar y sancionar a los responsables. Ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de Derechos Humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo. La Corte recuerda que, bajo el mecanismo de garantía colectiva establecido en la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, los Estados Parte en la Convención deben colaborar entre sí en ese sentido».

⁴⁹ CIDH, Caso Almonacid-Arellano et al. v. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 150. Acerca de las complejas relaciones entre comisiones de la verdad y la persecución penal normal, véase: K. AMBOS, *The legal framework of transitional justice: A systematic study with a special focus on the role of the ICC*, en: K. Ambos/Large/Wierda (coords.), *Building a future on peace and justice: studies on tran-*

II. El procedimiento de extradición contra Fujimori

Tras la llegada de Fujimori a Japón en noviembre de 2000, Perú solicitó su extradición, la cual fue rechazada por Japón alegando la nacionalidad japonesa de Fujimori⁵⁰. Sin embargo, cuando Fujimori abandonó Japón y sorpresivamente entró en Chile, el 6 de noviembre de 2005⁵¹, fue arrestado en razón de una orden de captura internacional solicitada por el Perú⁵². El 6 de enero de 2006, Perú solicitó a Chile la extradición de Fujimori con base en un tratado de extradición entre ambos Estados vigente desde 1932⁵³. La solicitud de extradición versaba sobre trece casos, de los cuales diez casos se referían a acusaciones de corrupción y tres a graves violaciones de los Derechos Humanos⁵⁴. Aquellos actos eran, entre otros, el soborno de congresistas, la interceptación ilegal de opositores políticos, así como el desfalco y malversación de los fondos públicos en la financiación de las operaciones del servicio secreto y por el enriquecimiento personal⁵⁵. Las violaciones de Derechos Humanos trataron de los casos ya mencionados en Barrios Altos y La Cantuta (resumidos en un caso), Sótanos SIE y (otros) casos de desapariciones (resumidos como «ampliación por desapariciones forzadas»).

sitional justice, peace and development, , p. 19 (pp. 43 y ss., párrafo 14) (Berlin [Springer], 2009); versión española: El marco jurídico de la justicia de transición, (Bogotá [Temis], 2008).

⁵⁰ Con mayor detalle en: KENT ANDERSON, *An Asian Pinochet?— Not Likely: The Unfulfilled International Law Promise in Japans Treatment of Former Peruvian President Alberto Fujimori*, Stanford Journal of International Law 38, pp. 177-206 (2002).

⁵¹ Acerca de los motivos del viaje a Chile, véase: PATRICIO NOBOA, *Former Peruvian President Albert Fujimori's Extradition Process*, Law and Business Review of the Americas 14, pp. 621-630 (p. 625) (2008).

⁵² Fujimori arrested on Chile visit, BBC News, 7 de septiembre de 2001, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/4413176.stm> (consultado el 1 de noviembre de 2009). Ya el 27 de agosto de 2001 había sido revocada la inmunidad de Fujimori por el Congreso peruano; véase: Human Rights Watch, Perú: Fujimori Immunity Vote Hailed, 30 de agosto de 2001, <http://www.hrw.org/en/news/2001/08/30/peru-fujimori-immunity-vote-hailed> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

⁵³ Tratado de extradición del 5 de noviembre de 1932 entre Chile y Perú, http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/traites/sp_traites-ext-chl-per.pdf (consultado el 8 de noviembre de 2010).

⁵⁴ Para una visión general y un resumen corto de estos casos, véase: <http://www.minjus.gob.pe/extradiciones/CasoFujimori/cuadernillos03.asp> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

⁵⁵ Se trata de los siguientes casos: congresistas tránsfugas, allanamiento, medios de comunicación, interceptación telefónica, 15 millones, sunat borobio, faisal-APRO-DEV, medicinas chinas, desvío de fondos y decretos de urgencia (ibidem; cfr. Human Rights Watch, supra nota 13, 12-20).

Después de que la solicitud de extradición de Perú fuera rechazada el 11 de julio de 2007 en primera instancia⁵⁶, por parte de un juez de la Corte Suprema chilena por falta de indicios suficientes⁵⁷, la Sala Penal compuesta por tres miembros autorizó en segunda instancia el 21 de septiembre de 2007 la extradición de Fujimori por siete de los trece casos mencionados⁵⁸. Entre ellos se encontraban dos de los casos de Derechos Humanos (Barrios Altos/La Cantuta y Sótanos SIE) y cinco de los casos de corrupción⁵⁹. A diferencia de la decisión de primera instancia, la Sala Penal dictaminó que en los siete casos ya señalados junto a los requisitos jurídicos formales⁶⁰ también existía una sospecha inicial⁶¹ que justificaba la extradición⁶². Sin embargo, la Sala Penal

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Instancia, 11 de julio de 2007, Rol. N° 5646-2005, párrafos 112, 115, 122, <http://www.emol.com/noticias/documentos/pdfs/FalloMinalvarezFujimori.pdf> (consultado el 8 de noviembre de 2010). Cfr. Poder Judicial de la República de Chile, Noticias, 11 de julio de 2007, ministro Orlando Álvarez rechaza solicitud de extradición de Alberto Fujimori, <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=262248> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

⁵⁷ Acerca del grado de sospecha necesario, véase abajo la nota 61.

⁵⁸ La decisión es accesible bajo: Corte Suprema de Justicia de Chile, Segunda Instancia, 21 de septiembre de 2007, Rol. N° 3744-07, <http://www.andina.com.pe/ed-especiales/especiales/fallofujimori.pdf> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

⁵⁹ Congresistas tráfugas, allanamiento, medios de comunicación, interceptación telefónica y 15 millones; resumiendo: <http://www.minjus.gob.pe/extradiciones/CasoFujimori/procesosjudiciales01.asp> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

⁶⁰ Acorde al tratado de extradición entre Perú y Chile, supra nota 53, el país requirente de la extradición debe tener jurisdicción sobre el delito (art. 1), este tiene que estar previsto con una pena mínima de un año en el país requerido (art. 2), no puede tratarse de un delito político (art. 3) y no procede en delitos que ya hayan sido penalizados o que hayan prescrito (art. 5). Además se debe atender a los principios generales sobre la extradición como el principio de doble incriminación, así como al art. 647 del Código de Procedimiento Penal chileno (versión antigua), el cual es válido para las solicitudes de extradición por hechos cometidos antes del 16 de junio de 2005; cfr. http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/chl/sp_chl-ext-gen-proc.html (consultado el 8 de noviembre de 2010).

⁶¹ Conforme al art. 647 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal chileno (versión antigua), en donde la Corte tiene que decidir sobre la petición, si la persona ha cometido el delito («acreditar si el sindicado como reo ha cometido o no el delito que se le atribuye.»), donde se tiene en cuenta que este requisito ya se cumple con el conocimiento de la existencia de una sospecha inicial según el art. 274 del Código de Procedimiento Penal chileno (versión antigua) («contra quien aparecen fundadas sospechas de ser responsable de un delito») (así CSJ, Segunda Instancia, supra nota 58, «Consideraciones generales, Primero»). En contraste a esto, el juez chileno de primera instancia había interpretado contrariamente el art. 647 no. 3 del Código de Procedimiento Penal chileno (versión antigua), interpretando que las pruebas presentadas por el Perú para una condena de Fujimori tendrían que ser bastantes (véase: supra nota 57, párrafo 122). Este riguroso punto de vista ha contado con críticas considerables (cfr. con detalle: MEGAN HAAS, *Fujimori Extraditable! Chilean Supreme Court Sets International Precedent for Human Rights Violations*, University of Miami Inter-American Law Review 39, pp. 373-408 (pp. 389 y ss.) (2007-2008)).

⁶² HAAS, supra nota 61, pp. 393 y ss.

restringió la extradición en dos aspectos: en primer lugar, los hechos del caso La Cantuta se tipificaron como homicidios y lesiones corporales agravadas, porque en Chile (a diferencia del Perú)⁶³ hasta el momento de la extradición el tipo penal de «desaparición forzada» todavía no se había codificado en el derecho interno (principio de doble incriminación)⁶⁴; por otra parte, el caso de Sótanos SIE fue restringido a los secuestros del periodista Gustavo Gorriti y el empresario Samuel Dyer. Como resultado, si bien fue extraditado por primera vez un ex-presidente a su país para el enjuiciamiento por graves violaciones de los Derechos Humanos⁶⁵, sin embargo, el principio legal de la especialidad en materia de extradición⁶⁶ impidió la persecución penal de numerosas violaciones de los Derechos Humanos, resultando con esto — una vez más — impunidad. Por lo tanto, no es motivo de sorpresa que Perú prepare ahora una ampliación de la solicitud inicial de extradición por otros dos casos concernientes al contrabando de armas y al maltrato de prisioneros en la Cárcel Miguel Castro Castro de Lima⁶⁷.

⁶³ La desaparición forzada fue incorporada por primera vez en el Perú en 1995 en el art. 323 del Código Penal. Después de la derogación de este artículo por el Decreto Ley N° 25475 del 5 de mayo de 1992, fue retomado nuevamente el tipo penal en el Código Penal peruano el 26 de junio de 1992 por Decreto Ley N° 25592. En la actualidad, el Código Penal peruano en el art. 320 establece como punible la desaparición forzada; con mayor detalle en: GIOVANNA VÉLEZ FERNÁNDEZ, *La Desaparición Forzada de las Personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, (Lima [Fondo Editorial], 2004); IVAN MEINI, Capítulo V - Perú, en K. Ambos (coord.), *Desaparición Forzada de Personas — Análisis comparado e internacional*, pp. 107 y ss. (Bogotá [Temis], 2009); acerca de la jurisprudencia peruana: VEGA LUNA, supra nota 35, pp. 124 y ss.; acerca de la posición jurídica chilena, véase: GUZMÁN D., Capítulo III-Chile, en K. Ambos, op. cit., pp. 55 y ss.

⁶⁴ Si bien el principio de doble incriminación no es mencionado en el tratado de extradición de 1932, es cierto que fue aplicado en la decisión de extradición por parte de la CSJ chilena conforme al art. 647 numeral 2 de Código de Procedimiento Penal chileno (versión antigua) en relación con la Convención Interamericana sobre Extradición (Montevideo Convention) del 26 de diciembre de 1933 y los arts. 344-381 de la Convención sobre Derecho Internacional (Código Bustamante), del 20 de febrero de 1928 (cfr. CSJ, Primera Instancia, supra nota 57, párrafo 7 y Segunda Instancia, supra nota 58, Consideraciones Generales, Quinto). Véase de manera general sobre la importancia de este principio: GEOFF GILBERT, *Responding to International Crime*, pp. 101 y ss (Leiden [Nijhoff], 2006).

⁶⁵ NOBOA, supra nota 51, p. 629. El dictador boliviano Luis García Meza (1980-1981) fue condenado en 1993 en ausencia y dos años más tarde fue extraditado desde Brasil para cumplir la pena.

⁶⁶ Aplicable aquí a causa del art. 8, párrafo 1, oración 2 del tratado de extradición de 1932, supra nota 53, según el cual un proceso penal fundamentado en otros casos mencionados en la solicitud de extradición, en principio, solamente es permitido con la aprobación del Estado solicitante. Por lo demás, se trata de un principio general del derecho de extradición; cfr. K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, § 10 nm. 77 (München [C.H. Beck] 2. edición, 2008) para más referencias.

⁶⁷ «Nuevo paquete de extradición de Fujimori», <http://www.larepublica.pe/archi->

IV. Los procesos penales por los casos Barrios Altos/La Cantuta y Sótanos SIE

Hasta la fecha (8 de noviembre de 2010), Fujimori ha sido condenado en los siete casos por los cuales la solicitud de extradición fue autorizada por Chile. Respecto a los cinco casos de corrupción, Fujimori evitó juicios públicos sometiéndose a los cargos formulados por la fiscalía y fue condenado en tres oportunidades: el 12 de diciembre de 2007 a seis años de privación de libertad (caso Allanamiento)⁶⁸, el 20 de julio de 2009 a siete años y medio de privación de libertad (caso 15 Millones)⁶⁹ y finalmente el 30 de septiembre de 2009 a seis años de privación de libertad (casos Congresistas tráfugas, Medios de comunicación e Interceptación telefónica)⁷⁰. Según el Código Penal peruano vigente en el momento de cometerse el hecho, la pena más grave — siendo esta la condena por las violaciones de derechos humanos en los casos de Barrios Altos/La Cantuta y Sótanos SIE — subsume las otras penas⁷¹. El proceso penal de primera instancia por estos dos casos empezó el 10 de diciembre de 2007 y finalizó el 7 de abril de 2009 con la condena a 25 años de privación de libertad. Como se ha mencionado más arriba, la sentencia fue ratificada en segunda instancia el 30 de diciembre de 2009.

ve/all/larepublica/20090411/3/node/186772/todos/15 (consultado el 8 de noviembre de 2010); por los sucesos relacionados con el trato a los reclusos de la prisión Miguel Castro Castro, Perú fue condenado por la CIDH el 25 de noviembre de 2006, CIDH, Caso Miguel Castro-Castro Prison v. Perú. Fonfo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

⁶⁸ CSJ, Primera Sala Penal Transitoria, Exp. No. AV 13-2003, disponible en: http://www.juicioysancionafujimori.org/documentos/Sentencia_allanamiento_fujimori.pdf (consultado el 8 de noviembre de 2010); 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> (consultado el 8 de noviembre de 2010). El caso hace referencia a la orden ilegal de Fujimori del año 2000, para registrar secretamente la vivienda de la esposa de Montesinos.

⁶⁹ CSJ-SPE, Exp. No. AV 23-2001, 20 de julio de 2009, disponible en: <http://www.aprodeh.org.pe/documentos/sentenciacts.pdf> (consultado el 8 de noviembre de 2010). El caso trata el desfalco de fondos públicos en una cantidad de 15 millones de dolares que Fujimori usó secretamente para el pago de una indemnización a Montesinos.

⁷⁰ CSJ-SPE, Exp. No. AV 33-2003, 30 de septiembre de 2009, disponible en: <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/documentos/ParteI300909.pdf> (consultado el 18 de octubre de 2009). Los casos se refieren al soborno de congresistas, a la compra ilegal de una estación de televisión y de un periódico así como a la interceptación ilegal de opositores políticos.

⁷¹ El antiguo artículo 50 manifestaba: «Cuando concurran 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». Conforme al actual artículo 50 la pena ha sido agravada (principio de asperación).

1. La clasificación penal de los hechos comprobados desde la perspectiva del derecho internacional y del derecho nacional

La CIDH calificó las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y las detenciones arbitrarias cometidas por el grupo Colina y las fuerzas armadas como crímenes de lesa humanidad⁷². Como tribunal de derechos humanos, no se pronunció sobre posibles violaciones del Derecho Internacional Humanitario, dejando abierta la pregunta de si en algún momento existió un conflicto armado no-internacional entre el Estado y los grupos terroristas según las normas del Derecho Internacional Humanitario (artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y artículo 1 (2) del Segundo Protocolo Adicional de 1977). El Grupo de Trabajo conformado bajo la presidencia de Paniagua, que elaboró la propuesta para el establecimiento de la CVR y su mandato, introdujo inicialmente una referencia a las leyes de la guerra y se rehusó a denominar a los grupos armados no estatales como «terroristas», llamándolos «subversivos»⁷³. Sin embargo, el mismo Paniagua cambió el término para llamarlos «terroristas» y «organizaciones terroristas», especialmente al grupo Sendero Luminoso⁷⁴. La CVR, por su parte, describió explícitamente la situación en el Perú como un conflicto armado no-internacional⁷⁵.

Los dos fallos de la Corte Suprema de Justicia califican los crímenes cometidos en los casos de Barrios Altos y la Cantúta como crímenes de Estado y de lesa humanidad⁷⁶, pero no hacen alusión alguna al concepto de crímenes de guerra. Ambas Salas consideraron comprobado en el caso Barrios Altos el hecho de que Colina llevó a cabo en dicho barrio de Lima una operación militar secreta contra

⁷² CIDH, La Cantuta, supra nota 43, párrafo 225 («los hechos de La Cantuta, cometidos contra las víctimas ejecutadas extrajudicialmente o desaparecidas forzadamente, constituyen crímenes contra la humanidad.»).

⁷³ GONZÁLEZ, supra nota 18, p. 76

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ CVR, Informe Final, Tomo I, Capítulo 4, p. 204, <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20I/Primera%20Parte%20El%20Proceso-Los%20hechos-Las%20victimas/Seccion%20Primera-Panorama%20General/4.%20LA%20DIMENSION%20JURIDICA%20DE%20LOS%20HECHOS.pdf> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

⁷⁶ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafos 653, 675 y 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»); CSJ-PSPT, supra nota 1, p. 110.

presuntos miembros del SL el 3 de noviembre de 1991, matando a quince civiles desarmados e hiriendo gravemente a otros cuatro⁷⁷. Además de eso, el 21 de junio de 1992 integrantes de Colina penetraron en la Universidad Eduardo Guzmán y Valle («La Cantuta») para secuestrar y posteriormente matar en un lugar secreto a nueve estudiantes y a un docente⁷⁸. Con respecto a los homicidios en los casos Barrios Altos y La Cantuta, la Sala Especial los subsumió bajo el delito de homicidio calificado por alevosía (art. 108 CP peruano)⁷⁹. En cuanto a las personas lesionadas en el caso Barrios Altos, la Sala calificó los hechos como lesiones graves conforme al artículo 121 del CP peruano⁸⁰. El secuestro del periodista Gorriti el 6 de abril de 1992 se trató de una operación de Fujimori para detener opositores políticos en el marco del golpe de Estado. Después de su detención por miembros del SIE, Gorriti fue puesto en libertad al día siguiente como resultado de protestas internacionales⁸¹. El 27 de julio de 1992, el empresario Dyer fue arrestado en el aeropuerto de Lima por disposición del SIE sin orden judicial de captura y detenido en el edificio del SIE hasta el 5 de agosto de 1992. En opinión de la Sala, Fujimori había autorizado la detención, es decir, se trató de un secuestro que fue cometido por un régimen autoritario en violación de la Constitución y por eso (a la vez) representa un crimen de Estado⁸². En este sentido, la Sala determinaron que se trató de un secuestro agravado a causa de trato cruel y degradante en el resultado de ambos casos (art. 152, parágrafo 1 del CP peruano)⁸³.

La calificación de aquellos hechos ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta como crímenes de lesa humanidad cometidos mediante un aparato de poder que operaba fuera del orden jurídico, fue aprobada por la Sala Transitoria en segunda instancia⁸⁴. La Sala encontró que a pesar de la falta de incorporación del crimen de lesa humanidad como tal en el CP peruano, esta calificación no viola ni el principio de legalidad (especialmente en lo concerniente a la no-retroactividad del derecho penal), ni los principios de la doble incriminación (*double*

⁷⁷ Con mayor detalle de lo ocurrido en este caso, CSJ-SPE, supra nota 1, párrafos 367-446.

⁷⁸ Con mayor detalle de lo ocurrido en este caso, CSJ-SPE, supra nota 1, párrafos 447-535.

⁷⁹ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 697-701 (párrafo 701 al final: «En consecuencia, se admite el homicidio por alevosía y se rechaza el homicidio por ferocidad»).

⁸⁰ Ibidem, párrafo 702-709 (para. 709 al final: «En tal virtud, es de concluir que el dolo [...] fue el de lesionarlos gravemente»).

⁸¹ Ibidem, Parte II Capítulo XII, pp. 536-557.

⁸² Ibidem, Parte II Capítulo XIII, pp. 558-574.

⁸³ Ibidem, párrafo 678; CSJ-PSPT, supra nota 1, pp. 174-234.

⁸⁴ CSJ-PSPT, supra nota 1, p. 110.

criminality) y de la especificidad del derecho de extradición, pues Fujimori fue acusado y condenado justamente según las normas del CP peruano por homicidio agravado/asesinato, graves lesiones personales y secuestro agravado, respetando así el concepto de extradición de la Corte Suprema de Chile⁸⁵. Tal como se mencionó con anterioridad, al momento de las desapariciones forzadas en el caso de La Cantuta en 1992, Perú había incorporado este crimen en su legislación interna, pero la falta de su incorporación en el derecho penal interno de Chile y el consecuente principio de la doble incriminación del derecho de extradición impidieron a la Corte Suprema del Perú condenar a Fujimori por desaparición forzada conforme al derecho penal interno⁸⁶. Por lo tanto, con el uso del término «crímenes de lesa humanidad», las Salas no pretendieron — como lo sostuvieron los abogados de Fujimori — introducir las normas de Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional al derecho penal interno mediante una aplicación directa de este Estatuto; más bien las Salas persiguieron el interés legítimo y legal de caracterizar los crímenes cometidos por Fujimori y su régimen según su verdadera naturaleza y dimensión internacional. De esta manera, las Salas tomaron en consideración la terminología utilizada también por la CIDH y aplicaron el concepto de crímenes de lesa humanidad sin violar los principios fundamentales de legalidad, irretroactividad y especificidad.

2. *El papel de Fujimori en la comisión de los delitos comprobados*

En los complejos aparatos de poder organizado, que operan en gran medida en secreto y de manera informal, resulta difícil la reconstrucción de los procesos dentro de aquellas estructuras, al igual que la imputación de estos procesos a determinadas personas por su propia naturaleza⁸⁷. Esto también se ve en el caso de Fujimori. Después de más de cien audiencias y de la comparecencia de numerosos testigos, la Sala no pudo presentar pruebas directas de la responsa-

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 111-113, 124

⁸⁶ Por el contrario, la Corte Superior de Justicia de Lima pudo condenar al jefe de jure del SIN, Salazar Monroe, por las desapariciones forzadas en el caso de La Cantuta según el art. 320 del CP peruano por el carácter permanente del crimen; véase: Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Penal Especial, Exp. No. 03-2003-1° SPE/CSJLI, 8 de agosto de 2008, disponible en: http://www.unifr.ch/ddp1/derecho-penal/jurisprudencia/j_20080616_38.pdf (consultado 8 de noviembre de 2010).

⁸⁷ Cfr. un punto de vista desde el Derecho Penal Internacional: HECTOR OLÁSULO, *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*, p. 2 (Oxford (Hart), 2009).

bilidad penal de Fujimori en los casos Barrios Altos y La Cantuta⁸⁸, sino que tuvo que basarse fundamentalmente en indicios (prueba indiciaria).

a) La importancia de la prueba indiciaria

En opinión de la Sala Especial, la prueba indiciaria se trata de una forma probatoria que se utiliza para derivar un hecho, que no ha sido probado directamente, de otro hecho conocido o probado en un proceso, recurriendo a criterios como la conclusión lógica y a la experiencia⁸⁹. La Corte Suprema ya había hecho uso anteriormente de la prueba basada en indicios⁹⁰. La prueba indiciaria ni es más incierta que la prueba directa, ni tampoco es subsidiaria frente a esta⁹¹. Además, la Sala pudo remitirse a prácticas del Derecho Penal Internacional y de los Derechos Humanos. Así, la CIDH ha manifestado:

«La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre

⁸⁸ La CSJ-SPE determinó que solamente tres hechos fueron comprobados como pruebas directas: la estrecha relación entre Fujimori y Montesinos, los vínculos entre Montesinos y Colina y las órdenes del líder de Colina para la comisión de los delitos en los casos Barrios Altos y La Cantuta, CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 662.

⁸⁹ Ibidem, párrafo 658 («las conclusiones fácticas se sustentan en PRUEBA INDI-CIARIA — 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»); véase también acerca de la prueba indiciaria en el Derecho Penal peruano: SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal II*, pp. 851-865 (2^o ed., 2003). El autor fue uno de los jueces en el proceso, pero desistió de citar su propia obra.

⁹⁰ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 658 («esta modalidad de prueba [es] plenamente aceptada por la Corte Suprema de Justicia»); así también: SAN MARTÍN CASTRO, supra nota 89, p. 853: «La prueba directa y la indiciaria [...] tienen pleno reconocimiento judicial».

⁹¹ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 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, [...]»); igualmente SAN MARTÍN CASTRO, supra nota 89, p. 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.»; desde la perspectiva alemana, véase entre muchos a ULRICH EISENBERG, *Beweisrecht der StPO*, párrafo 9 (6^o ed., 2008) («Ein Indizienbeweis kann, insbesondere wenn er mit sachlichen Beweismitteln geführt wird, durchaus verlässlicher sein als ein unmittelbarer Beweis») («Una prueba indiciaria puede, especialmente si es producto de medios probatorios objetivos, ser definitivamente más fiable que una prueba directa» —Traducción del autor—).

que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos. [...] La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas»⁹².

La prueba basada en indicios, sin embargo, está sujeta a requisitos formales y materiales: en primer lugar, requiere como regla básica, la existencia de un sinnúmero de indicios que son comprobados de acuerdo con las exigencias del régimen probatorio y que están en un contexto fáctico con el hecho que se pretende comprobar. En segundo lugar, tiene que existir una relación causal, natural y lógica entre los indicios y el hecho para comprobarse con base en deducciones lógicas y racionales, de modo que no surja duda razonable en la conclusión lógica de los indicios⁹³. Por lo tanto, los indicios tendrían que ser determinados conforme a los principios de credibilidad y pertinencia para poder, considerando la experiencia, la lógica y los conocimientos científicos, derivar el acto punible⁹⁴. En tercer lugar, la evaluación de los indicios debe efectuarse teniendo en cuenta una consideración global⁹⁵. Especialmente no deben existir indicios contrarios que apoyen otra conclusión; además el indicio concluyente no debe estar en contradicción con otros ámbitos de hechos probados en el proceso⁹⁶.

⁹² CIDH, Caso Velásquez-Rodríguez v. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de Julio de 1988. Serie C No. 4, párrafos 130-131; Caso Godínez-Cruz v. Honduras. Fondo. Sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párrafos 136-137. Acerca de la importancia de la prueba indiciaria en el marco del proceso penal internacional ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), véase: ALEXANDER ZAHAR/GÖRAN SLUITER, *International Criminal Law*, Oxford University Press, pp. 417 y ss (Oxford, 2008).

⁹³ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 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—»).

⁹⁴ Ibidem; véase en los criterios de la experiencia y la lógica también a la CIDH, Caso Servellón-García et al. v. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párrafo 35; Caso Ximenes-Lopes v. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de Julio de 2006. Serie C No. 149, párrafo 44; Caso Baldeón-García v. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párrafo 62.

⁹⁵ Ibidem; acerca de la necesidad de una comprensión y evaluación conjunta de los indicios, véase también: K. AMBOS, supra nota 66, § 8 nm. 39.

⁹⁶ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 659 («no deben existir máximas de experiencia apli-

b) Valoración de los indicios en la investigación sobre la responsabilidad penal de Fujimori

Las investigaciones de la CIDH y de la CVR sobre la responsabilidad penal de Fujimori por los delitos cometidos en los casos Barrios Altos y La Cantuta, no son de carácter vinculante para la Sala⁹⁷. Con respecto a la CIDH, esta sólo puede decidir sobre una violación contractual estatal de los deberes de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y no sobre la responsabilidad de personas naturales o sobre su culpabilidad⁹⁸. La misma CIDH ha subrayado reiteradamente esta distinción entre la responsabilidad estatal y la responsabilidad penal individual:

«El procedimiento ante la Corte, como tribunal internacional que es, presenta particularidades y carácter propios por lo cual no le son aplicables, automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos. [...] En efecto, la protección internacional de los Derechos Humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los Derechos Humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones. [...] A diferencia del Derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de Derechos Humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas

cables 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»).

⁹⁷ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 106, 123; sobre el valor probatorio de la sentencia de la CIDH y del informe final de la CVR, véase también: 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 de enero de 2009, disponible en: <http://www.ictj.org/images/content/1/2/1207.pdf> (consultado el 8 de noviembre de 2010).

⁹⁸ CIDH, Caso 19 Comerciantes v. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de Julio de 2004. Serie C No. 109, párrafo 141 («Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios.»); Caso «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 75 («[p]ara establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuye los hechos violatorios.»).

que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado»⁹⁹.

Sin embargo, los conocimientos de tales órganos de control de Derechos Humanos no resultan totalmete irrelevantes para los procesos penales relativos a macro-criminalidad. Más bien, las investigaciones de Derechos Humanos pueden contribuir a una mejor comprensión del contexto macro-criminal, en especial en la clasificación contextual de los acontecimientos en Barrios Altos y La Cantuta, en vista de prácticas sistemáticas y generalizadas de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones de personas, existentes entre 1990 y 1993¹⁰⁰. Como indicios para la aprobación de la responsabilidad penal de Fujimori por los delitos cometidos en los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE, la Sala valoró las siguientes circunstancias¹⁰¹: (i) los hechos sucedieron durante la presidencia de Fujimori y fueron cometidos por el servicio secreto peruano contra presuntos miembros del SL u opositores políticos¹⁰²; (ii) las acciones fueron planeadas por el SIN que era dirigido por el asesor presidencial Montesinos¹⁰³; (iii) por otra parte, este dependía directamente de Fujimori y le informaba periódicamente sobre las actividades de inteligencia¹⁰⁴; (iv) Colina surgió por disposición del SIN y estuvo integrado al DINTE y al SIE¹⁰⁵; (v) las acciones de Colina requirieron de considerables re-

⁹⁹ CIDH, VELÁSQUEZ-RODRÍGUEZ, *supra* nota 92, párrafos 132, 134,135; GODÍNEZ-CRUZ, *supra* nota 92, párrafos 138, 140, 141.

¹⁰⁰ CSJ-SPE, *supra* nota 1, párrafo 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 [...]»).

¹⁰¹ Véase con mayor detalle: CSJ-SPE, *supra* nota 1, párrafos 660-664.

¹⁰² *Ibidem*, párrafo 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»).

¹⁰³ *Ibidem* («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»).

¹⁰⁴ *Ibidem* («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»).

¹⁰⁵ *Ibidem* («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 ac-

cursos humanos, logísticos y financieros¹⁰⁶; (vi) cualquier intento de esclarecimiento de estas actividades, sea a causa de anuncios, investigaciones periodísticas o judiciales, fue evacuado por el gobierno de Fujimori encubriendo cosas, negando hechos, desacreditando testigos y con la persecución de denunciantes¹⁰⁷; (vii) Fujimori no solamente nombró personas cercanas y confiables en altos cargos de los aparatos de seguridad, sino que defendió oficialmente sus méritos en la lucha contra el terrorismo¹⁰⁸; (viii) finalmente, Fujimori fue quien abogó por la promulgación de leyes tendentes a evitar investigaciones judiciales ordinarias, como las mencionadas leyes de amnistía¹⁰⁹. Frente a este contexto, la Sala concluyó que Fujimori jugó un papel central en la comisión de los delitos, lo cual puede asumirse sobre la base de proposiciones empíricas generales. Él ocupó el cargo oficial más elevado y contaba con su propio aparato de poder criminal, con cuya ayuda persiguió una estrategia de eliminación física de presuntos terroristas; él concentró la dirección del servicio secreto en la persona de Montesinos, su asesor cercano, y fue informado directamente por medio de éste de las actividades de inteligencia; él tuvo un poder de mando y de dirección que no era simbólico, sino que también incluía la capacidad de dar órdenes específicas¹¹⁰.

tiva 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 —algunos de cuyos integrantes, incluso, fueron felicitados por el acusado Fujimori Fujimori»).

¹⁰⁶ Ibidem («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»).

¹⁰⁷ Ibidem («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 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»).

¹⁰⁸ Ibidem («El acusado Fujimori 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»).

¹⁰⁹ Ibidem («Fue el acusado Fujimori 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[...]»).

¹¹⁰ Ibidem, párrafo 664 («Ello es así, primero, porque el citado imputado ostentaba el máximo cargo o nivel jerárquico dentro del Estado y que, en un contexto pro-

c) Valoración dogmática-penal del comportamiento de Fujimori como autor mediato en virtud del dominio por organización

aa) Marco teórico con respeto a la autoría mediata

La condena de Fujimori como autor mediato¹¹¹ se fundamenta en la teoría del control o dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado¹¹², según la cual el hombre de atrás domina la voluntad del autor directo y sus actos por medio de un aparato de poder organizado¹¹³. Esta teoría tiene su fundamento en el concepto de control o dominio del hecho (*Tatherrschaft*)¹¹⁴. Ha sido aplicada en varios procesos nacionales (por ejemplo contra Adolf Eichmann¹¹⁵, los gene-

gresivamente 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 de todo lo ocurrido; y, cuarto, porque sus potestades de mando y dirección no fueron simbólicas, ni mediatisadas 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»).

¹¹¹ Art. 23 del CP peruano, que establece tres formas de autoría (directa, mediata y coautoría) dice: «El que realiza por sí, o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente [...]».

¹¹² CSJ-SPE, supra nota 1, párrafos 718-748 (que habla de «dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados»), CSJ-PSPT, supra nota 1, 39-52.

¹¹³ K. AMBOS, *Command Responsibility and Organisationsherrschaft: ways of attributing international crimes to the most responsible*, en André Noellkaemper y Harmen van der Wilt (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, pp. 127-157 (p. 142) (Cambridge, 2009).

¹¹⁴ Véase: C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 242-252, 704-717 (Berlin [De Gruyter], 8º ed., 2006); véase también: K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, pp. 557 y ss. (Berlin [Dunker & Humblot], 2004); K. AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional*, pp. 216 y ss (Bogotá [Temis], 2006); OLÁSULO, supra nota 87, pp. 116 y ss. En la literatura en castellano véase en particular: PATRICIA FARALDO, *Responsabilidad penal del dirigente en las estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder*, (Valencia [Tirant], 2004); IVÁN MEINI, *El dominio de la organización en derecho penal*, pp. 111 y ss. (Lima, [PUCP], 2008); RAÚL PARIONA, *Autoría mediata por organización* (Lima [Grijley], 2009); véase también (en general sobre autoría mediata) CAROLINA BOLEA, *Autoría mediata en derecho penal*, pp. 337 y ss. (Valencia [Tirant], 2000); ÁLVARO MÁRQUEZ, *La autoría mediata en el derecho penal*, pp. 237 y ss. (Bogotá [Ibáñez], 2004); JOSÉ HERNÁNDEZ, *La autoría mediata en derecho penal*, pp. 257 y ss. (Granada, 1996).

¹¹⁵ Jerusalem District Court (12 December 1961) 36 ILR 236-237 para. 197.

rales de la junta militar de Argentina¹¹⁶ y en el caso de los disparos en el muro de la República Democrática de Alemania¹¹⁷), se encuentra de igual forma en los procesos de Nuremberg contra varios juristas alemanes (*Juristenprozesse*)¹¹⁸ y ha sido adoptada recientemente por la Sala de Asuntos Preliminares de la Corte Penal Internacional en el caso de Katanga/Ngudjolo Chui¹¹⁹. Dista de la teoría de la empresa criminal conjunta o común (*joint criminal enterprise*) en la medida que la responsabilidad penal no se constituye a partir de una intención compartida o un plan común (*shared intent or common purpose*) de los miembros de la empresa, sino que radica en el control del autor mediato sobre el acto o el hecho criminal¹²⁰. En lo atinente al control sobre el acto, la teoría del dominio del hecho en virtud de un aparato organizado de poder constituye una forma muy particular de autoría mediata, porque va más allá de las formas clásicas de autoría mediata que se caracterizan por el uso de un autor directo como mero instrumento por el autor mediato, en donde el autor directo actúa sin responsabilidad penal por la existencia de un defecto (mental)¹²¹. En este caso, tiene sentido hablar de autoría «mediata», pues el autor directo es solamente un instrumento en las «manos» del autor directo y es dominado y controlado por la voluntad y conocimiento de éste. Sin embargo, en el marco de la macro-criminalidad, es decir, la criminalidad masiva y sistemática planeada y organizada por altos mandos del Estado o por un grupo no estatal, los autores directos usualmente actúan con plena responsabilidad penal, razón por la cual la teoría tradicional de la autoría mediata no resulta aplicable. Por lo tanto, es necesario hablar de un «autor (indirecto) detrás del autor (directo)» (*Täter hinter dem Täter*), donde el control del primero sobre el segundo no deviene de la falta de responsabilidad de éste, sino del control del primero sobre la estructura de poder en la cual operan¹²². Los fallos contra

¹¹⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital (9 de diciembre de 1985) 309-I/II Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ('Fallos') 1601-1602.

¹¹⁷ BGHSt 48, 218, 236; BGHSt 45, 270, 296; BGHSt 48, 331; BGHSt 49, 147.

¹¹⁸ US v Altstoetter et al. (Justice Trial), Judgment, US Military Tribunal sitting at Nuremberg (4 de Diciembre 1947) en *Trials of War Criminals* (US-GPO, 1947), 985.

¹¹⁹ Prosecutor v Katanga and Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, case No. ICC-011 04-01107, 30 de septiembre de 2008, para. 470 y ss.

¹²⁰ OLÁSULO, (*supra* n. 87), pp. 154, 265-266; K. AMBOS, *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, pp. 65 y ss. (Barcelona [Atelier], 2008); *id.*, *Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional*, pp. 135 y ss. (Bogotá, 2008).

¹²¹ K. AMBOS, *Article 25: Individual criminal responsibility*, en O. Triffterer (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 740-770c (p. 752) (München [C.H. Beck], 2. ed., 2008).

¹²² *Ibidem*, pp. 752-753.

Fujimori confirman esta teoría y hacen un aporte importante para su desarrollo dogmático.

En cuanto a otras formas de imputación, la Sala Especial señala que —respecto a la coautoría— acorde al argumento planteado por Roxin, falta entre el autor directo y el nivel estratégico superior, que controla el aparato de poder organizado, un plan criminal de mutuo acuerdo y con distribución del trabajo en función de una horizontalidad necesaria¹²³. En su lugar, el autor por mando imparte, en términos de una estructura vertical, ordenes que son llevadas a cabo en el nivel más bajo por los autores ejecutivos. El jefe del aparato de poder organizado puede confiar en que el crimen será cometido a causa del funcionamiento independiente del aparato de poder y de la disposición criminal del autor directo¹²⁴. En segundo lugar, la Sala rechaza el supuesto de una instigación, ya que ignoraría el rol de Fujimori como una figura central del aparato de poder¹²⁵. En tercer lugar, descarta la figura de la responsabilidad del superior, ya que Fujimori jugó un papel activo en los hechos, lo cual no da lugar a hablar acerca de una responsabilidad por omisión.

¹²³ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 726 («[La] expresión [«asignación de roles»] resulta más ideográfica que aquellas que usa comúnmente la doctrina penal contemporánea 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 referencia a ROXIN, *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, p. 234 (2004); por el contrario: GÜNTHER JAKOBS, *Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori*, en K. Ambos/Meini (editores), *La autoría mediata*. El caso Fujimori, pp. 105 y ss (Lima [Ara], 2010) (originalmente publicado en ZIS 2009, pp. 572 y ss.), asume que en tales casos se puede hablar de una interacción en el reparto de funciones y de una decisión común del hecho, así que la suposición de complicidad afecta mejor la igualdad jurídica de las partes y su mutua dependencia.

¹²⁴ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 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»).

¹²⁵ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 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.»); crítico en este sentido DIETRICH HERZBERG, *La Sentencia-Fujimori: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder*, en K. Ambos/Meini, supra nota 123, pp. 125 y ss. (originalmente publicado en ZIS 2009, p. 576 y ss.).

bb) Los requisitos para la existencia de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados

Siguiendo de cerca al reconocido penalista alemán Claus Roxin, las Salas de la Corte Suprema de Justicia señalaron cinco requisitos para la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados:

- la existencia de una organización jerárquica (como requisito general), y —como requisitos específicos—
- el poder de mando del autor mediato,
- la desvinculación¹²⁶ de la organización del derecho,
- la fungibilidad del autor directo y
- la predisposición del autor directo a la realización del hecho ilícito¹²⁷.

(1) La estructura jerárquica de la organización

La autoría mediata por dominio de organización requiere la existencia de una organización jerárquica con la asignación de diferentes roles a sus miembros, lo cual le permite a la organización actuar de manera autónoma e independiente de las contribuciones de sus integrantes¹²⁸. La asignación de roles por el nivel estratégico superior de la organización se realiza de manera vertical a través de órdenes y por lo tanto se distingue de una división horizontal del trabajo, como es típico en el caso de la coautoría¹²⁹. El funcionamiento automático del aparato implica el dominio sobre el hecho y sobre los autores directos por parte de los autores mediatos del nivel estratégico superior. Sin embargo, la existencia de órdenes explícitas no es necesaria, si los actos de los autores directos son cometidos en el contexto de los objetivos establecidos y perseguidos por la organización¹³⁰. Por lo tanto, resulta irrelevante el «cómo» y por «quién» son ejecutadas las órdenes, cuando los comandantes pueden estar seguros de que son ejecutadas por alguien de una u otra manera¹³¹.

¹²⁶ La CSJ-SPE, supra nota 1, utiliza también la expresión «apartamiento», véase los párrafos 733 ss.

¹²⁷ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafos 726-727, CSJ-PSPT, supra nota 1), pp. 42-43.

¹²⁸ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 726.

¹²⁹ Ibidem, para una opinión contraria, véase: Jakobs, supra nota 123, p. 573.

¹³⁰ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 726.

¹³¹ Véase: K. AMBOS, supra nota 113, p. 145.

(2) El poder de mando

Los autores mediatos generalmente pertenecen al nivel superior estratégico. Fujimori, quien no solamente tenía poder político como presidente, sino que ejerció al mismo tiempo el mando sobre las fuerzas de seguridad, incluyendo las fuerzas armadas, el servicio de inteligencia y la policía, es un ejemplo paradigmático al respecto. Las órdenes de los jefes no necesariamente —como ya se ha dicho— deben darse de manera formal a través de instrucciones; pueden darse también de manera informal y encubierta o pueden darse por sentado¹³² como en el caso del líder de Sendero Luminoso, Abimael Guzmán, quien fue condenado como autor mediato a una cadena perpetua por homicidio¹³³.

Otro asunto tratado por las Salas es la *delimitación de autoría mediata y coautoría* según los niveles de jerarquía en el caso de los mandos medios¹³⁴. De hecho, la pregunta acerca de hasta qué nivel de jerarquía se puede asumir el control del hecho por dominio del aparato de poder organizado, aún no ha sido analizada de manera profunda ni resuelta en la doctrina¹³⁵. El fallo de primera instancia adopta una visión más amplia de la autoría mediata —parecida a la de Roxin y a los fallos de tribunales alemanes— extendiéndola a mandos medios que no solamente reciben órdenes del nivel superior estratégico, sino que poseen por su parte cierto poder de mando para dar órdenes a sus subordinados¹³⁶. En estos casos, no se puede admitir como causa de exculpación el hecho de que solamente se encargan de la transmisión de órdenes, o la falta de causalidad invocando el argumento de que si no lo hubieran hecho ellos, otra persona lo habría hecho¹³⁷. Como consecuencia, la autoría mediata no se limita a los integrantes del nivel superior estratégico y existe la posibilidad de una cadena de autores mediatos en una organización jerárquica¹³⁸.

¹³² CSJ-SPE, supra nota 1, párrafos 730, 732.

¹³³ Sala Penal Nacional, Primera Instancia, Exp. Acumulado N° 560-03, 13 de octubre de 2006, disponible en: <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 de diciembre de 2007, disponible en: http://www.unifr.ch/ddp1/de-rechopenal/jurisprudencia/j_20080616_33.pdf (ambas consultadas el 8 de noviembre de 2010).

¹³⁴ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafos 730-731.

¹³⁵ K. AMBOS, *Parte general*, supra nota 114, pp. 229 y ss.

¹³⁶ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 731.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ Ibidem, véase también: C. ROXIN, *Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität*, en E. Samson, F. Dencker, P. Frisch, H. Frister and W. Reiß (eds), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, pp. 549-561 (p. 556) (Baden-Baden [Nomos], 1999).

Sin embargo, aunque la posibilidad de autoría mediata en un nivel jerárquico debajo del nivel superior estratégico ha sido reconocida en el caso de Eichmann¹³⁹, no se puede negar el hecho de que el control absoluto a través de un aparato de poder organizado y jerárquico solamente puede ser ejecutado por el nivel estratégico superior, es decir por el gobierno, cuando se trata de violencia estatal¹⁴⁰. Adicionalmente, el nivel superior estratégico representa de manera especial al Estado y como tal carga con la responsabilidad por posibles transgresiones a los derechos fundamentales, pues el Estado tiene una obligación especial de proteger sus ciudadanos¹⁴¹. Todo otro poder es solamente derivado y por ello su ejercicio le es imputable al direccionamiento del Estado¹⁴². Tan solo el dominio de la conducción del Estado no puede ser bloqueado desde arriba o perturbado de cualquier otra forma. Se debe decir, por lo tanto, que el dominio por organización podrá fundamentarse, sin duda alguna, sólo respecto de aquellos hombres de atrás del Estado, cuyo poder de mando y cuyas órdenes no pueden sin más ser retiradas o anuladas, es decir, respecto de aquellos, que en este sentido dominan o gobiernan «sin perturbación alguna»¹⁴³. Esto es así solamente respecto del propio vértice de la organización en un gobierno formalmente constituido y, en casos excepcionales, también respecto de la conducción de las fuerzas de seguridad militares o policiales («los generales») que se encuentran fuera del gobierno civil. Además, su capacidad de dominar la organización se ha de suponer, sin más, cuando estos gobiernan por sí solos o cuando pertenecen al gobierno. Respecto al régimen de Fujimori, se puede constatar que el nivel superior estratégico fue compuesto por Fujimori como presidente y comandante de las fuerzas armadas, Vladimiro Montesinos y Julio Salazar Monroe, como los jefes de facto y de jure del servicio de inteligencia nacional (SIN), y Nicolás de Bari Hermoza Ríos como comandante del estado conjunto de las fuerzas armadas.

Por el contrario, los autores que no pertenecen al vértice de la organización, pero sí por ejemplo a su nivel medio, poseen dominio de la organización dentro del aparato a lo sumo respecto de *sus* subor-

¹³⁹ K. AMBOS, supra nota 113, pp. 152-153.

¹⁴⁰ H. VEST, *Humanitätsverbrechen-Herausforderung für das individuelle Strafrecht?*, 13 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, pp. 457-498, (pp. 493 y ss.) (2001); K. AMBOS, supra nota 113, p. 153.

¹⁴¹ Sobre la respectiva fundamentación normativa del dominio por organización ver *infra* (4) con nota inferior 159 ss. y texto principal.

¹⁴² K. AMBOS, supra nota 113, p. 153.

¹⁴³ K. AMBOS, *Parte General*, supra nota 114, p. 232; K. AMBOS, supra nota 113, p. 154.

dinados. Ellos no dominan todo el aparato, sino a lo mejor una parte de éste. Este dominio parcial justifica su consideración como autores mediatos al menos respecto de la parte de los sucesos que están bajo su dominio. Por otra parte, su dependencia del vértice de la organización parece hablar en contra de una autoría mediata y en favor de una coautoría fundada en la división funcional del trabajo¹⁴⁴. En este caso no pueden prosperar los argumentos usuales en contra de la coautoría en el marco de organizaciones formales, expuestos reiteradamente por Roxin. Tampoco debe ser reemplazado el criterio de la resolución común a cometer el hecho, como proponen Jakobs y sus discípulos, por una mera decisión de inserción (*Einpassungsentchluss*). Por el contrario, se puede partir con la doctrina mayoritaria de un acuerdo de voluntades informal de los intervinientes. Aunque es cierto que, en caso de delitos cometidos en el marco de un aparato organizado de poder, por lo general —pero no siempre es así— quien emite la orden y quien la ejecuta no se conocen y tampoco deciden nada conjuntamente, ello no contraviene la asunción de coautoría, pues para el acuerdo informal de voluntades es suficiente que el ejecutor directo con su pertenencia a la organización criminal ponga en evidencia que está de acuerdo con quien emite la orden¹⁴⁵. Este acuerdo de voluntades se manifiesta con la ejecución del hecho en cierto modo tácitamente. Por otra parte, la realización del tipo en coautoría no se debe entender de manera estricta en el sentido de excluir toda acción preparatoria. Dominio funcional del hecho no significa otra cosa que un actuar conjunto de los intervinientes fundado en la división de trabajo. En estos casos, el actuar conjunto consiste en que el «autor de escritorio» —que no se «ensucia las manos» directamente durante la ejecución del hecho como sí lo hace el autor directo— planea, prepara y ordena la comisión del hecho y el subordinado lo ejecuta. Ambas contribuciones al hecho son indispensables para su comisión; superior y subordinado dominan el hecho en la misma medida¹⁴⁶. Se debe tener presente, además, que está en la lógica del dominio funcional del hecho que a medida que el número de intervinientes crece, las aportaciones individuales al hecho pueden resultar cada vez más pequeñas, sin que esto deba conducir a una preponderancia de los otros intervinientes¹⁴⁷. Finalmente, en cuanto al argumento de la diferencia estructural entre autoría mediata vertical y la

¹⁴⁴ K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, supra nota 114, p. 604; K. AMBOS, *Parte general*, supra nota 114, p. 232.

¹⁴⁵ K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, supra nota 114, p. 605; K. AMBOS, *Parte general*, supra nota 114, p. 232.

¹⁴⁶ K. AMBOS, *Parte general*, supra nota 114, p. 233.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

coautoría horizontal, aunque en principio debe ser reconocida, con esto solo se indica precisamente una diferencia estructural que no permite una delimitación segura en los casos límite. En este contexto, ella es inidónea como argumento en favor de una autoría mediata solo en los casos en los cuales la relación vertical entre el hombre de atrás y el ejecutor no se superponga o perturbe con otra relación de dependencia del hombre de atrás¹⁴⁸. Vale la pena mencionar en este contexto que la Corte Superior de Justicia de Lima, previamente a la condena de Fujimori, había condenado a Salazar Monroe como autor mediato de las desapariciones de La Cantuta, argumentando que él formó parte del nivel superior estratégico en el vértice del gobierno de Fujimori¹⁴⁹. En el mismo fallo, varios mandos medios de las fuerzas armadas y miembros del grupo Colina fueron condenados como coautores. En el fondo, el problema de la delimitación entre autoría mediata y coautoría en el caso de los niveles jerárquicos medios y bajos se centra en la decisión de si se está dispuesto a aceptar el déficit de dominio del superior o, más bien, un déficit de equiparación entre los intervinientes. Puesto que el dominio es el único criterio determinante de la autoría mediata, no se pueden tolerar al respecto defectos o dudas; por el contrario, los criterios de equiparabilidad y simultaneidad de la coautoría no deben ser entendidos de manera demasiado estricta¹⁵⁰. Por lo tanto, la solución de la responsabilidad penal de mandos medios mediante la figura de la coautoría es más convincente, pues la autoría mediata se fundamenta en el control absoluto, por lo menos desde una perspectiva normativa, sobre el hecho, y como tal no puede ser reconciliada con un control parcial o incluso con la falta de control por la ausencia de una postura de influencia o liderazgo imperturbable.

(3) La desvinculación de la organización del derecho

El segundo presupuesto específico reconocido por las Salas de la Corte Suprema de Justicia es la desvinculación de la organización del derecho¹⁵¹. La organización, sea el Estado o una parte de éste o un grupo no estatal, debe actuar al margen del derecho nacional o internacional. La desvinculación debe ser de carácter estructural, es decir, aquellas violaciones aisladas de los derechos humanos que no forman parte de una política sistemática no son suficientes. En el caso de violencia estatal masiva y sistemática, no es necesario que todo el aparato estatal como tal funcione fuera de los límites del derecho na-

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Penal Especial, supra nota 86.

¹⁵⁰ K. AMBOS, *Parte general*, supra nota 114, p. 233.

¹⁵¹ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafos 733-736, CSJ-PSPT, supra nota 1, pp. 48-49.

cional o internacional; basta que una parte de las instituciones, por ejemplo las fuerzas de seguridad, funcionen como un «Estado dentro del Estado» e implementen una política de violaciones de derechos humanos bajo el liderazgo de altos funcionarios. La desvinculación del derecho puede realizarse de manera instantánea mediante la decisión del nivel estratégico superior de abandonar el Estado de derecho o de manera gradual por medio del deterioro continuo de las estructuras democráticas del Estado¹⁵². El grado de culpabilidad del autor mediato es más intenso cuando el origen de la desvinculación parte de un marco de legalidad formal, pues —en primer lugar— en este caso se ha alejado del orden legal establecido que era la fuente del uso legítimo de poder, y —en segundo lugar— la estructura criminal que surge resulta ser menos identificable¹⁵³. En este sentido, se puede notar que Fujimori fue condenado como autor mediato por los crímenes cometidos por el grupo Colina antes del golpe de Estado (caso Barrios Altos) y después del golpe (caso La Cantuta). Por lo tanto, el golpe de Estado como tal no puede ser considerado exclusivamente como criterio o circunstancia decisiva para asumir que Fujimori lideró una organización ilegal.

(4) La fungibilidad

El tercer presupuesto específico consiste en la fungibilidad del autor directo (autor ejecutivo)¹⁵⁴. Este criterio pretende compensar la falta de control sobre el autor directo plenamente responsable, quien en cualquier momento puede tomar la decisión de abandonar el plan criminal. Solamente si la organización produce un número suficiente de ejecutores potenciales, los cuales además de estar siempre dispuestos son también piezas fungibles, se puede hablar de un dominio por medio de una organización, es decir, a través de ejecutores intercambiables. Por tal motivo, el autor mediato —desde una perspectiva naturalística— ni siquiera domina al autor directo (el cual es plenamente responsable), sino más bien —en el sentido de una fungibilidad *abstracta*— domina al conjunto de autores directos que forman parte de la organización criminal o sea domina el aparato mismo. Los autores directos no son más que ruedas o piezas intercambiables de la máquina del aparato de poder organizado, lo cual convierte la aparente libertad en un dato naturalístico que —desde una perspectiva normativa— no resulta tener mayor importancia¹⁵⁵.

¹⁵² CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 735.

¹⁵³ Ibidem, párrafo 731.

¹⁵⁴ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafos 737-739, CSJ-PSPT, supra nota 1, pp. 49-51.

¹⁵⁵ K. AMBOS, supra nota 113, p. 144.

En cuanto al significado preciso de la fungibilidad, la Sala Especial de la Corte Suprema de Justicia distingue entre fungibilidad *negativa y positiva*. La primera corresponde al concepto clásico y se refiere a situaciones en las cuales una negación o abstención por parte de la persona que directamente realizará los designios delictivos del plan criminal de la organización, no impedirá que aquellos planes se materialicen, ya que aquel incumplimiento se compensa de manera inmediata con la intervención de otro ejecutor que toma su lugar¹⁵⁶. La fungibilidad positiva otorga al nivel estratégico superior la posibilidad de elegir para la comisión del hecho punible, desde el inicio, la mejor opción entre una pluralidad de ejecutores que tiene a disposición el aparato de poder¹⁵⁷. El nivel estratégico superior puede elegir los ejecutores más calificados para el plan delictivo para evitar de esta manera cualquier fracaso de la acción. Respecto al caso de Fujimori esto significa que pese al hecho de que el grupo Colina estuviera conformado solamente por unas 30 personas —pocos cuando se compara la situación con los miles de autores directos del Holocausto o el genocidio en Ruanda— ello no excluye la fungibilidad de los autores directos, pues el nivel estratégico superior pudo elegir con antelación las personas más calificadas y entrenarlas para los hechos criminales. Por esta razón, un fracaso en la comisión de los crímenes quedaba prácticamente descartado. Teniendo en cuenta este criterio amplio, la fungibilidad concreta deja de ser relevante, es suficiente la ya mencionada fungibilidad abstracta¹⁵⁸.

¹⁵⁶ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafo 738.

¹⁵⁷ Ibidem, párrafo 738.

¹⁵⁸ Cfr. K. AMBOS, *Parte general*, supra nota 114, pp. 222-223; ID., *Internationales Strafrecht*, supra nota 66, § 7 nm. 26, según el cual la fungibilidad no puede ser entendida de manera completamente empírica (naturalista) y (con ello) la falta eventual de una fungibilidad concreta no representa ningún impedimento para el dominio del hecho del hombre de atrás; véase también: MARK OSIEL, *Making Sense of Mass Atrocity*, Cambridge (Cambridge University Press), 2009, p. 102 («In assessing the superior misconduct, the capacity to switch subordinates between positions may not be the most relevant type of control, [...]»). Cfr. RAUL PARIONA, *La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori*, en K. Ambos/Meini, supra nota 123, pp. 233 y ss., sostiene la fungibilidad y la elevada predisposición al hecho no como presupuestos, sino como meras características del dominio de la organización. La (todavía incipiente) jurisprudencia de la CPI relativiza la fungibilidad: «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, supra n. 119, párrafo 518; destacado por el autor). Crit. THOMAS ROTSCHE, «Einheitstäterschaft» statt Tatherrschaft, pp. 326 y ss. (Berlin [De Gruyter], 2009); el mismo, ZStW 112, pp. 526 y ss (2000).

De cualquier forma, el criterio de la fungibilidad no puede compensar plenamente la falta de control fáctico del autor mediato sobre los autores directos y por lo tanto no puede explicar el dominio del hecho satisfactoriamente. Desde una perspectiva puramente fáctica, naturalística o empírica, siempre hay casos en los cuales los autores directos no pueden ser cambiados sin frustrar la realización del crimen como tal. Se puede pensar para esto en los guardias del muro, en lo que fue la Alemania oriental: si no hubieran disparado, las personas habrían logrado fugarse a la parte occidental de Alemania y nadie habría podido impedir la fuga. Con la fuga exitosa se negaría el dominio del hecho por parte del vértice de la organización. Por lo tanto, el criterio de la fungibilidad se muestra inidóneo desde el punto de vista empírico para explicar convincentemente el dominio por organización y debe ser complementado por una *consideración normativa* que transporta la estructura de los delitos de deber a la teoría del dominio del hecho, sirviéndose de un concepto material de libertad¹⁵⁹. De esta manera, el Estado aparece como obligado especial —en cuanto es garante de los derechos fundamentales y debido a su deber de protección de allí resultante— frente a los ciudadanos y por lo tanto posee frente a ellos un poder de lesión especial. El estado lesiona su deber de protección con la orden antijurídica al ejecutor de lesionar a una determinada persona. La relación de dependencia entre el ciudadano y el Estado sería aquí comparable con la posición de garante en los delitos de omisión. Aquí el garante también sería responsable porque lesiona, frente a la víctima, el deber especial de protección o de custodia que resulta de la posición de garante. En el caso de una orden antijurídica, la dependencia —también normativa— del ciudadano respecto del Estado, también fundamenta el dominio del hecho de éste; dominio que además es ejercido por el Estado al impartir al ejecutor, un ciudadano, la orden antijurídica de lesionar a la víctima, otro ciudadano. Por ende, se encuentran afectadas dos relaciones jurídicas: la relación de reconocimiento entre el Estado y el ciudadano, caracterizada por deberes especiales, así como también la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí. El dominio del hecho del Estado, más precisamente, el dominio del hecho del vértice de la organización estatal se presenta como un «dominio sobre la cualidad de la relación», esto es, de la relación de re-

¹⁵⁹ Véase de manera detallada sobre este asunto: K. AMBOS, *Parte general*, supra nota 114, pp. 224 y ss.; el mismo, *Der Allgemeine Teil*, supra nota 114, pp. 599-600; ID., supra nota 113, pp. 148-151; fundamentalmente UWE MURMANN, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht: ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, pp. 60 y ss. (Berlin [Dunker & Humblot], 1993), el mismo, *Tatherrschaft und Weisungsmacht*, *Goldammer Archiv für Strafrecht („GA“)*, pp. 275 y ss. (1996).

conocimiento entre el Estado y sus ciudadanos. Lo importante en esta relación es el deber especial del Estado frente al ciudadano derivado de la dogmática de los delitos de deber. En la otra relación de los ciudadanos entre sí —aquí: entre el autor directo que ejecuta la orden y la víctima— lo que interesa es su lesión por medio de la injerencia directa en la libertad ajena. Como consecuencia, ambas relaciones jurídicas son lesionadas. Pues bien, si se quiere imputar la lesión de la víctima al vértice de la organización estatal a través del ejecutor, entonces no se puede atender solamente a la relación entre el vértice de la organización y el ejecutor, sino que también la víctima debe ser tenida en consideración por medio de la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí. La obligación especial del Estado frente al ciudadano —que lo obliga a protegerlo y le prohíbe lesionarlo y que, al mismo tiempo, entraña un poder de lesión especial dentro de esta relación— proporciona, por tanto, una fundamentación normativa del dominio del hecho en todos los casos en los cuales se niega la fungibilidad por motivos empíricos.

Respecto al caso de Fujimori, esta cuestión en particular ha sido resaltada por Jakobs quien afirma el carácter de Fujimori como autor justamente en su posición de presidente que actúa con pleno conocimiento de las acciones del grupo Colina¹⁶⁰. La Sala correctamente rechazó la aplicación de la figura de la responsabilidad del superior, ya que esta se trata de una forma de responsabilidad por omisión, mientras que Fujimori gestionó activamente la creación del mencionado aparato de poder organizado y lo dirigió a la ejecución concreta de delitos. Sin embargo, en este contexto, la Sala no ahondó en esta interpretación fáctico-normativa de la fungibilidad para determinar que a Fujimori —como jefe de gobierno— le corresponde una responsabilidad especial (posición de garante), debido a que él tenía que proteger a la población de la comisión de delitos por parte del aparato de poder estatal, por lo cual el incumplimiento (activo o pasivo) de esta obligación (especial) implica su responsabilidad como autor. Es de resaltar que con esto no se abandona la teoría del dominio del hecho, sino que ella es asegurada normativamente. La fundamentación normativa expuesta no reemplaza el punto de vista fáctico, sino que lo complementa. Aquellas consideraciones también explican por qué el grupo de autores mediatos debería limitarse al nivel estratégico superior, pues solamente los líderes —como representantes máximos del Estado— cargan el deber especial de proteger a los ciudadanos. Sin embargo, cabe anotar que esta interpretación

¹⁶⁰ G. JAKOBS, *supra* nota 123, p. 574.

no es aplicable en los casos de líderes de organizaciones no estatales, donde el dominio por organización debe fundamentarse exclusivamente en criterios fácticos.

(5) La predisposición del autor directo a la realización del hecho

El cuarto presupuesto específico, que va más allá de los presupuestos tradicionales expuestos hasta el momento, es la predisposición del autor directo que implica que éste no actúe como cualquier ciudadano ante la comisión de un delito, sino que deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra la organización jerárquica¹⁶¹. Este requisito tiene su origen en la teoría de Schroeder¹⁶² sobre autoría mediata y ha sido previamente utilizado por la jurisprudencia alemana en los casos de los disparos en el muro («Mauerschützenfälle»)¹⁶³. La Sala Especial de la Corte Suprema de Justicia menciona este presupuesto, advirtiendo que ha sido Roxin quien ha considerado recientemente la inclusión e integración de este criterio. Sin embargo, esto no es del todo correcto. Si bien Roxin reconoce ahora que este criterio se aproxima «a la fundamentación» de su teoría y «refuerza» el dominio del hecho del hombre de atrás, considera igualmente que no se trata «de una condición propiamente», sino que se «deriva» de los tres requisitos anteriores¹⁶⁴. Aparte de que la disposición al hecho como tal no es apropiada para la demarcación entre autoría mediata e instigación¹⁶⁵ y que probarlo como fenómeno intra-psíquico es su-

¹⁶¹ CSJ-SPE, supra nota 1, párrafos 740-741, CSJ-PSPT, supra nota 1, pp. 51-52.

¹⁶² F. C. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter- Ein Beitrag zur Lehr von der mittelbaren Täterschaft* (Berlín [Duncker & Humblot], 1965).

¹⁶³ BGHSt 40, 218, 237; BGHSt 40, 307, 316, BGHSt 45, 270, 296.

¹⁶⁴ Sobre la posición actual, véase: C. ROXIN, *Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú*, en K. Ambos/Meini, supra nota 123, pp. 99 s. (originalmente publicado en ZIS 2009, 565 y ss.); ver también C. ROXIN, *Festschrift Krey*, pp. 463 y ss. (Stuttgart [Kohlhammer], 2010); sobre la posición original de Roxin véase su contribución en la *Festschrift F.C. Schroeder*, p. 387 (pp. 397 y ss.) (Heidelberg [C.F. Müller], 2006), también publicado en ZIS 2006, p. 293 (pp. 298 y ss.) [como tercer presupuesto]; véase también: C. ROXIN, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* («ZStR»), p. 1 (pp. 15 y ss.) (2007); ZIS 2009, p. 565 (como uno de «cuatro presupuestos»), también publicado en K. Ambos/Meini, op. cit., p. 94. Adicionalmente véase: PARIONA ARANA, supra nota 114, pp. 57 y ss., pp. 84 y ss.; el mismo, en K. Ambos/Meini, op. cit., p. 233 (pp. 246 y ss., 248).

¹⁶⁵ Así, la crítica tradicional: Cfr. K. AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, pp. 19 y ss. (Bogotá [Universidad Externado], 1998); JAN SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft*, pp. 161 y ss. (Berlín [Duncker und Humblot], 2004); con más referencias MANFRED HEINRICH, *FS Krey*, supra nota 164, pp. 156 y 164; también la crítica de HERZBERG, en K. Ambos/Meini, supra nota 123, pp. 125 y ss.

mamente difícil¹⁶⁶, tampoco es compatible¹⁶⁷ con una comprensión teórico-organizacional consecuente del dominio *por* organización — dominio del hecho como seguridad de resultado a través del *dominio* de la *organización* como «verdadero instrumento»¹⁶⁸ —, porque desvía la perspectiva de la organización al, en el mejor de los casos, dominado autor directo y con ello relativiza la particularidad organizativa específica y al mismo tiempo la solidez de la teoría del dominio por organización. Por supuesto que hay mecanismos socio-psicológicos relacionados con la pertenencia a la organización, mecanismos que aumentan la disposición al hecho de un autor que actúa como parte de un colectivo frente a un autor individual¹⁶⁹, pero se trata solamente de una «*organisationstypische Tatgeneigtheit*» («predisposición al hecho típica de la organización»)¹⁷⁰ que justamente resalta el do-

¹⁶⁶ Vgl. GARCÍA C., ZIS 2009, p. 596 (p. 602), también publicado en: K. Ambos/Meini, supra nota 123, p. 187 (p. 208); IOANNIS MOROZINIS, *Dogmatik der Organisationsdelikte*, p. 316 (Berlin [Duncker und Humblot], 2010). Para una comprensión objetiva de la disposición al hecho, véase: MEINI, ZIS 2009, p. 603 (p. 608), también publicado en K. Ambos/Meini, op. cit., p. 211 (pp. 228 y ss.).

¹⁶⁷ De manera acertada: ROTSCH, ZIS 2008, p. 1 (p. 3); el mismo, supra nota 158, p. 390 (2009) y ZIS 2009, p. 549 (p. 551); recientemente del mismo, *De Eichmann hasta Fujimori. Sobre la recepción del dominio de la organización después de la sentencia de la Sala Penal especial de la Corte Suprema de Perú*, en K. Ambos/Meini, supra nota 123, pp. 33 y ss. (originalmente publicado en ZIS 2009, 549 y ss.); véase también: HEINRICH, supra nota 165, p. 164.

¹⁶⁸ Cfr. solamente a ROXIN, *FS Krey*, supra nota 164, p. 457 y p. 460. Resumiendo en cuanto a las diferentes visiones (colectivas hasta individualistas) para la fundamentación del dominio: SCHLÖSSER, supra nota 165, pp. 52 y ss. (pp. 108 y ss.).

¹⁶⁹ Para MANFRED HEINRICH, *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, p. 274 (München [C.H. Beck], 2002) y el mismo, supra nota 165, p. 162, el individuo en el momento de entrada a la organización ha colgado su barrera psicológica interior y su disposición de reflexión, «en cierto sentido, junto con el sombrero y el abrigo en el perchero al lado de la entrada» [«gewissermaßen zusammen mit Hut und Mantel am Kleiderhaken neben dem Eingang aufgehängt»]. CAROLINE URBAN, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, p. 165 y ss. (Göttingen [V & R unipress], 2004), acentúa «el hecho de estar integrado en la organización» y ve una «presión interna de la organización en la acción» (p. 159) así como influencias «condicionadas a la organización» o «relacionadas a la organización» (p. 199 y p. 263). ROTSCH, supra nota 158, p. 331 (2009), habla de «organisationssoziologisch bedingte[n] Neutralisationsmechanismen» [«mecanismos de neutralización sociológica y organizacionalmente condicionados»]. Véase también con ejemplos ROXIN, *ZStR*, p. 16 (2007); el mismo, ZIS, p. 567 (2009) (en castellano en K. Ambos/Meini, supra n. 123, pp. 91 y ss.); el mismo, *FS Krey*, supra nota 164, pp. 463 y ss. Véase de igual forma a MEINI, supra nota 114, pp. 116 y ss. y el mismo, ZIS 2009, p. 608, también publicado en: K. Ambos/Meini, op. cit., pp. 228 y ss., para el cual, entre otros, por este motivo el dominio del hecho de los miembros de la organización es decisivo para la fundamentación del dominio (Meini, supra n. 114, pp. 61 y ss. [p. 68], pp. 111 y ss. [pp. 117 y 119], pp. 180 y ss.; el mismo, ZIS 2009, p. 608, también publicado en: K. Ambos/Meini, op. cit., p. 229).

¹⁷⁰ HEINRICH, supra nota 169, pp. 273 y ss. (pp. 274 y ss., 279); el mismo, supra nota

minio de la organización frente al individuo. En otras palabras: es cierto que la pertenencia (voluntaria) a la organización puede justificar una elevada disposición al hecho por parte del miembro individual, pero el dominio del hecho se fundamenta sólo en el *dominio sobre la organización* —comprendido en términos colectivos— y sólo por medio de este se media sobre los miembros ejecutores del hecho.

V. Reflexiones finales

La sentencia contra Alberto Fujimori puede calificarse como histórica por varias razones. En primer lugar, Fujimori ha sido el primer ex-presidente en ser extraditado por un juicio en su contra producto de graves violaciones de los Derechos Humanos en su país; siendo sometido a un juicio justo en donde se logró probar su culpabilidad y se le condenó por la realización de aquellos cargos que se le imputaban. De otra parte, específicamente en lo concerniente a la forma en que se fundamentó la responsabilidad de Fujimori, esta sentencia representa un precedente más que confirma la eficacia de la teoría del dominio por organización en casos de responsabilidad macrocriminal de autores por mando¹⁷¹. Dicho fallo constituye una aplicación verdaderamente ejemplar de aquella teoría en el marco de

165, pp. 163 y ss. Cfr. también: ROTSCH, 2009, *supra* nota 158, p. 33, con la acertada advertencia que Roxin implementó la tesis de Heinrich (así también HEINRICH, *supra* n. 165, p. 164 con nota al pie 89); MOROZINIS, *supra* nota 166, pp. 316 y ss.

¹⁷¹ De manera reciente, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha proferido un fallo en la Sala de Casación Penal en donde se alude a la teoría del dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder en el caso del ex-gobernador del departamento de Sucre y sus nexos con los grupos paramilitares. Si bien la CSJ no dictaminó el fondo de la sentencia a partir de la autoría mediata, sí tomó la decisión de compulsar copias para que se investigue la responsabilidad del exgobernador, bien sea como autor o como partícipe en los planes de esta organización criminal. En este sentido, la CSJ reconoce que en la estructura de los grupos paramilitares se han constatado diversos elementos como la existencia de pluralidad de integrantes sustituibles (fungibilidad), el control (dominio) de la organización por un hombre de atrás y el dominio sobre la ejecución de aquellos hechos ilícitos penales (pp. 108-109); además se explica tal situación a partir de citas sobre autoría mediata (se refiere a BOLEA, *supra* n. 114, y a IVÁN MONTOYA, *La autoría mediata por dominio de organización: a propósito del caso Fujimori*, disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/item/27749>). Incluso se trae a colación a Roxín (notas: 96 y 104 refiriéndose a: «*La teoría del delito*», pp. 513-534 (Lima, 2007)) resumiendo las exigencias de «la expresión teórica alemana mayoritaria: (i) autoría mediata como dominio de la organización; (ii) la fungibilidad en el marco del dominio de la organización; (iii) la necesidad del apartam[i]ento del Derecho del aparato de poder; (iv) la disponibilidad hacia el hecho específico de la organización; (v) el poder de imposición de los hombres de atrás como soporte fundamental del dominio del hecho; y, (vi) el dominio del resultado». Además de este caso, se han proferido dos nuevos fallos contra ex-senadores por nexos con el paramilitarismo y con argumentos de participación muy similares. En general, véanse las sentencias de única instancia del 3 de diciembre de 2009, Radicado 32672 (pp. 105-112) y del 23 de febrero de 2010, Radicado 32805 (especialmente en esta sentencia hay

una agencia de inteligencia entendida como un aparato de poder organizado que a su vez hizo parte del aparato estatal, siendo, en cierto sentido, un «Estado dentro del mismo Estado». Eso demuestra la preponderancia de esta teoría frente a otras tesis, como por ejemplo frente a la de la responsabilidad del superior y a la de la empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*), que en sí mismas representan otras formas de atribución de responsabilidad individual en el plano del Derecho Penal Internacional¹⁷².

Asimismo, la sentencia contribuye al reconocimiento de este tipo de autoría mediata acorde al artículo 25, inciso 3, literal a, del Estatuto de la Corte Penal Internacional con base en la teoría del dominio del hecho; incluso, confirma la jurisprudencia de la Sala de Asuntos Preliminares aplicando tanto la autoría mediata como la coautoría mediata por dominio de la organización¹⁷³. Pues bien, los problemas ya conocidos de la teoría del dominio por organización, que inclusive

un mayor desarrollo en la aplicación de la autoría mediata, pp. 76-79) y del 18 de marzo del 2010, Radicado 27032 (pp. 153-154). Sin embargo, vale la pena resaltar que en Colombia impera la tesis de la «coautoría impropia» (o sea de una coautoría sin acuerdo común) desplazando la aplicación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder (al respecto ver el análisis de CLAUDIA LÓPEZ, en K. Ambos [coord.], Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado, pp.181-187 (Bogotá [Temis], 2° ed. 2009); crit. sobre la coautoría impropia también FERNANDO VELÁSQUEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 452-454 (Medellín [Comlibros] 3° ed. 2007). Por último, en la reciente sentencia sobre «la retoma del Palacio de Justicia», proferida por el Juzgado Tercero Penal del circuito especializado de Bogotá el día 9 de junio de 2010, se plantea una interesante distinción dogmática entre la autoría mediata y la coautoría impropia, al realizar una enunciación de los elementos centrales que configuran la autoría mediata por «dominio de un aparato de poder organizado» (p. 247 y ss.). En suma, si bien la sentencia señala que el ex coronel del ejército «Luis Alfonso Plazas Vega es autor mediato responsable del concurso homogéneo de delitos de desaparición forzada» (p. 286), luego de una «breve referencia a la figura de la autoría mediata y sus diferencias con la coautoría» (pp. 246-251) y de un análisis «de la aceptación de la teoría en la jurisprudencia nacional» (pp. 251-253), vale la pena destacar que esta sentencia no realiza ni una aplicación tan sólida ni tampoco genera un desarrollo tan amplio de esta figura, como sí se realizó en el juicio contra Fujimori.

¹⁷² Cfr. acerca de la discusión internacional: OLÁSULO, supra nota 87; K. AMBOS, supra nota 113, pp. 127-157 con numerosas referencias.

¹⁷³ Cfr. Prosecutor v. Lubanga, Decision on the confirmation of charges, 29.1.2007 (ICC-01/04-01/06-803), párrafo 330 y ss. (reconocimiento de la teoría del dominio del hecho como «control over the crime»), 342 y ss. (dominio del hecho funcional [«joint control over the crime»] en complicidad); Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, supra nota 119, párrafo 480 y ss. (reconocimiento de la teoría del dominio del hecho como «control of the crime approach»), 490 y ss. (complicidad [«co-perpetration»] y autor mediato [«indirect perpetration»]), párrafo 495 y ss. (autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado); Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision pursuant to article 61 (7) (a) and (b) on the charges against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009 (ICC 01/05-01/08), párrafo 348 (reconocimiento del dominio

se trajeron a colación en el desarrollo de este artículo¹⁷⁴, no modifican en nada el mérito incomparable que ostenta esta teoría para hacer «visible y judicializable» la responsabilidad de autores por mando en aquellos casos de sistemas macrocriminales ilícitos, permitiendo la consideración adecuada del contenido del injusto y de la culpabilidad en dichas conductas.

Por último, los fallos derivados de este juicio contra Alberto Fujimori demuestran como pueden ser superados algunos obstáculos normativos sin violar principios fundamentales del derecho penal y del derecho de extradición; es decir, superando adversidades como la no incorporación, en algunos casos, tanto de los crímenes internacionales como de los crímenes de lesa humanidad en el derecho interno de algunos países, lo cual sumado a los retos que se afrontan a diario respecto a la cooperación internacional, hacen que esta sentencia adquiera un carácter ejemplar en esta materia. En suma, este juicio sirve como referente positivo para otros tribunales penales nacionales e internacionales en diferentes ámbitos tanto sustantivos como procesales, más aun cuando de conductas macro-criminales se trata.

del hecho funcional); acerca de esta decisión: K. AMBOS, *Leiden Journal of International Law* 22, pp. 715 y ss. (2009); publicado también en castellano en España en: *Revista Penal* 25, pp. 12-21 (2010).

¹⁷⁴ Cfr. desde la perspectiva alemana especialmente las contribuciones de JAKOBS (*supra* n. 123), pp. 105 y ss. y HERZBERG, *supra* nota 125, pp. 125 y ss.; desde el punto de vista peruano las contribuciones de GARCÍA y MEINI en K. Ambos/Meini, *supra* nota 123, pp. 189 y ss., y 213 y ss.

