

BREVES CUESTIONES RELATIVAS A LA AUTORÍA MEDIATA EN REFERENCIA A LOS APARATOS DE PODER ORGANIZADOS*

Por **DAVID FERNANDO PANTA CUEVA** **

I.- INTRODUCCIÓN

El tema de la extradición del ex presidente Alberto Fujimori, ha generado no sólo una conmoción social, política sino también Jurídica. En lo que respecta a la tercera, se ha generado todo un debate referido precisamente a los casos –sobre todo- relacionados a los delitos que afrontará Alberto Fujimori, relacionados a los Derechos Humanos. Precisamente producto de la evolución de estos es que se dejó de lado aquellas frases proferidas por el Jurista Valle Riestra, quién en todo momento se mostró negativo al pedido de extradición solicitado a Chile por el Perú. El jurista nacional, parece que olvidó que a la fecha los Derechos Humanos gozan de una tutela y protección no sólo nacional, sino mundial, los cuales ante la menor sospecha de su vulneración, se requiere de una ingente investigación.¹

Se avecinan pues procesos penales contra el ex mandatario, pero los mismos –al igual que el resto que se sigue contra las demás personas comunes y corrientes- deben de desarrollarse bajo irrestrictas garantías y no tomando como base una suerte de venganza política. Esto último es un poco difícil de conseguir, puesto que los jueces tienen que trabajar este tema, teniendo en mente que todos los aparatos de poder nacionales y sobre todo internacionales, tienen sus “ojos” puestos en ellos, y a manera de norma espartana llevan en la mente “si la justicia chilena resolvió así...ahora estarán a la expectativa cómo resolveremos nosotros...”. En

* Se dedica el presente trabajo a un joven jurista, quien a su corta edad, viene aportando y sumando mucho a nuestra dogmática penal. Me estoy refiriendo a mi amigo **Matías BAILONE**, un ferviente defensor de los Derechos Humanos, distinguido por inyectar ese toque socialista en cada investigación que realiza, sin contar la rigurosidad científica con la que trabaja sus múltiples obras jurídico penales. A quien le deseo todos los éxitos académicos en sus investigaciones, que las viene realizando en la Universidad Castilla La Mancha, al lado del extraordinario Arroyo Zapatero.

** Abogado egresado por la Universidad Nacional de Trujillo. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad César Vallejo - Filial Piura. Apoderado de la Oficina de Normalización Previsional – Piura. Abogado en ejercicio en asuntos penales.

¹Precisamente con la extradición del ex presidente Fujimori, la justicia chilena a parte de marcar un precedente mundial, trajo a suelo aquellas frases proferidas por el jurista Miguel **LANGÓN CUÑARRO**, quien ha señalado que la extradición es “una pieza de arqueología jurídica”, y no una vía de realización de la justicia penal. Citado por Víctor PRADO SALDARRIAGA, “La Extradición. Presente y Futuro” en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/01agosto06/la_extradicion_presente_y_futuro_prado.pdf

otras palabras, el mundo entero espera que ambas justicias resuelvan sintonizando en la misma frecuencia.²

Dentro del material probatorio, el tema central será el calificar si el Ing., Alberto Fujimori, fue o no autor mediato de las violaciones a los Derechos Humanos, materializados en los casos “Cantuta” y “Barrios Altos”.³ La autoría mediata como es ya conocida por quienes nos dedicamos a cultivar la rama penal, es tomada por nuestro Código Penal, en el art., 23^o.⁴ Dentro de la doctrina más autorizada se entiende que es autor mediato quien se vale de un instrumento para cometer un hecho punible, teniendo el “hombre de atrás” absoluto dominio del hecho; además, dentro de las exigencias que se deben dar, se requiere que el instrumento actúe sin dolo, amparado por una causa de justificación o de una manera no culpable, pues de no ser así, estaremos dentro de la instigación, prescrita en el artículo 24^o del mencionado cuerpo normativo.⁵

El tema que me lleva a escribir este pequeño trabajo, es si puede o no ser considerado Alberto Fujimori como autor mediato de dichos delitos, en caso se encuentre material probatorio de cargo, pues sería utópico esgrimir que se encuentren hechos donde directamente intervino el ahora procesado

A continuación expondré algunos apuntes relacionados a la autoría mediata, pero no me detendré a desarrollar la misma, sino a analizar si los receptores de un aparato de poder ajeno al derecho, son personas que actúan con o sin voluntad y si las personas que dan las órdenes son o no autores mediatos.

II.- LA AUTORÍA MEDIATA EN INSTRUMENTOS PLENAMENTE RESPONSABLES. Tercera forma de aparición de esta figura.

² El mundo entero puso en un primer momento su mirada al Poder Judicial chileno, el cual dentro del tiempo que duró el proceso de extradición mostró en su segunda instancia –sobre todo-, una transparencia que garantizaba un fallo justo acorde con los principios que ilustran e informan nuestro Derecho penal. Ahora, el mundo coloca sus miradas al poder Judicial peruano, el mismo que se ha desprendido de lo mejor en lo que a sus magistrados se refiere, a fin de expedir una sentencia justa. Profesores Universitarios como César San Martín Castro o Víctor Prado Saldarriaga, desde mi modesta óptica, representan desde ya una garantía a que el fallo que emitan en primera instancia (procesos relacionados a Derechos Humanos), será uno acorde con los principios constitucionales plasmados dentro del Derecho Procesal Penal.

³ Soy del parecer que ahora que se avecina todo un proceso penal, donde de por medio tenemos a los mejores magistrados peruanos, y del otro lado tenemos, a uno de los mejores abogados litigantes –sino el mejor- el material probatorio, debe valorarse teniendo como denominador común el respeto irrestricto a los principios que ilustran la teoría de la prueba.

⁴ “El que realiza por sí o **por medio de otro** el hecho punible y los que cometen conjuntamente, serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción”. Negritas son mías. Para el profesor de la Universidad Complutense de Madrid, **MÁRQUEZ CÁRDENAS**, la autoría requiere “Por un lado, aparece el “hombre de detrás” o “persona de detrás”, que es quien realiza el hecho a través de otro, sin tomar parte en su ejecución material. Por el otro lado, está el que ejecuta inmediatamente el hecho, al que se conoce como instrumento humano, intermediario o, simplemente, “hombre de adelante”. Vide., **MÁRQUEZ CÁRDENAS**, “Autoría Medita en Derecho Penal Formas de Instrumentalización”, en <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/ Marquez1.pdf>, p. 02.

⁵ “El que dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde a su autor”.

Es común en doctrina entender que el autor mediato, es el agente que se vale de un instrumento para cometer su propósito. Es decir, el autor mediato u “hombre de atrás” no requiere de una acción directa para con el hecho delictivo, pues no lo realiza en ningún momento. A contrario sensu, es la persona del instrumento que realiza el hecho punible con un mínimo de voluntad, subsumido en un error de tipo o de prohibición o coaccionado por el hombre de atrás. En otras palabras, el hombre de atrás domina la voluntad del instrumento, como si aquel realizara directamente la acción delictiva⁶, es decir, tiene el dominio del hecho. De lo esbozado en ningún momento podemos decir que el autor directo o inmediato del hecho, pueda responder por el hecho punible, al contrario, es el autor mediato que al haber tenido absoluto control del hecho punible responde como autor directo, pero con el nombre iuris de mediato.

Importante son las apreciaciones del profesor **MÁRQUEZ CÁRDENAS**, quien refiere “Sin embargo, en determinadas circunstancias es posible afirmar la existencia de varias personas responsables por el hecho, y no siempre estableciéndose una relación horizontal entre ellas (co-autoría), sino también vertical (autor detrás del autor). La atribución de responsabilidades a título de autor conforme a una estructura vertical se corresponde con la **figura del autor detrás del autor**”⁷, continúa el autor “Para poder afirmar la autoría del hombre de detrás, una vez confirmada la plena responsabilidad del autor inmediato, es necesario constatar una manipulación de la situación que permite al hombre de detrás contar con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, a pesar de que otra persona haya de tomar una decisión autónoma en relación al mismo proceso lesivo. Una manipulación de esta clase normalmente se consigue generando en el autor inmediato un déficit de conocimiento o de libertad, ya sea provocando una situación de necesidad coactiva para otra persona, ya sea manipulando una decisión delictiva ajena en contra de un tercero, o bien, provocando un estado de inimputabilidad o un error de prohibición en el hombre de adelante. Pero, en ocasiones, la instrumentalización se obtiene sin necesidad de provocar en el autor inmediato ni un defecto de conocimiento ni de libertad. Me refiero a organizaciones de poder organizadas al margen de la ley, en las que el hombre de detrás dispone de capacidad para dictar órdenes, contando que las mismas serán cumplidas por los inferiores jerárquicos (autor detrás del autor)”⁸. Aunque más adelante veremos que las organizaciones de poder organizadas, no sólo son ajenas a Derecho, sino también existen aquellas que se encuentran incardinadas a él.

⁶ Al respecto el profesor **MÁRQUEZ CÁRDENAS**, señala <<La realización de un hecho a través de otro, en concreto la relación entre hombre de detrás y ejecutor material, queda gráficamente representada bajo la expresión “instrumentalización”. No obstante, es de advertir que la instrumentalización, por una parte, puede presentarse de forma directa o indirecta, según se actúe sobre la persona del ejecutor material o sobre la situación; y por otra, puede dirigirse a la voluntad, a la decisión o al propio proceso que conduce al ejecutor inmediato a tomar una decisión. Además, la utilización de otro como instrumento permite establecer formas de instrumentalización cualitativa y estructuralmente distintas en función de las características del instrumento, pudiéndose apreciar dos situaciones básicas: a) utilización de un sujeto que no es autor, que obra sin libertad, que obra inculpablemente o en forma justificada; y b) utilización de un sujeto que es autor plenamente responsable del hecho (autor detrás del autor)>>, *ob., cit.*, p. 02. Comillas en el original.

⁷ *Vide.*, **MÁRQUEZ CÁRDENAS**, *ob., cit.*, p. 03. Negritas en el original.

⁸ *Vide.*, **MÁRQUEZ CÁRDENAS**, *ob., cit.*, p. 03.

El tema de la autoría mediata dentro de un aparato de poder organizado, tuvo acogida cuando el profesor de la Universidad de Munich, CLAUS ROXIN⁹, comienza a esbozar aquellas circunstancias donde una persona domina la voluntad de otras personas dentro de un aparato organizado de poder, es decir, ROXIN va más allá de aquellos supuestos donde el hombre de atrás usa o se vale de un instrumento que obra sin dolo, subsumido en una causa de justificación o sin culpabilidad. En otras palabras, ROXIN, comienza a esbozar una tercera forma de dominar la voluntad de un grupo de personas, que en el fondo tienen absoluto conocimiento de lo que están haciendo, vale decir, éstos actúan culpablemente. Lo que acabamos de señalar se encuentra dentro del concepto que la doctrina jurídico penal ha llamado “*dominio por organización*”, es decir, quien domina la voluntad de un grupo de personas sometidas al hombre de atrás, por una posición jerárquica, que en algunas oportunidades no obedece a Derecho y en otras sí.

Al respecto el profesor ALDUNAQUE ESQUIVEL manifiesta que “ (...) Quién actúa la palanca del poder y da las órdenes, domina el suceso sin coacción ni engaño, pues puede introducir a cualquier otro que intercambiamente realice la acción, y precisamente, aquí se manifiesta, el poder que maneja en una organización el hombre de atrás, puede cambiar a los ejecutores a discreción, es la **fungibilidad** de los ejecutores, no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca, si bien los ejecutores son responsables como autores, porque son autores dolosos, son empero, personajes anónimos para el que está detrás.”¹⁰ Precisamente por el término fungibilidad, el autor antes citado alude a que los miembros de esta organización, pueden ser fácilmente sustituibles del engranaje organizacional, siendo el hombre de atrás quien da el conjunto de órdenes ilícitas a ser cumplidas. En ese sentido, quién no puede ser

⁹ Al respecto Matías BAILONE, en sus trabajos “*El Autor de Escritorio y el Ejecutor Fungible. Una Modesta Aproximación a la Teoría de Claus Roxin*” y en “*El dominio de la organización como autoría mediata*” nos enseña que dicha Teoría, ROXIN la tomó en cuenta “(...) en base al juicio al que se lo sometió al nazi Adolf Eichmann, capturado en la Argentina, en el Tribunal de Jerusalén. Y fue en estas latitudes donde se produjo una de las primeras recepciones jurisprudenciales de la teoría roxiniana: con motivo del juicio a la junta militar argentina en 1983” en <http://www.matiashbailone.com.ar/publicaciones/conferenciabolivia07.pdf>. Vide., lo que manifiesta el profesor de la Universidad de Valparaíso ALDUNATE ESQUIVEL, quien refiere lo siguiente “En el año 1963 el profesor ROXIN publicó una sugestiva teoría en la revista alemana de derecho “*Goldammer's archiv*”, el artículo referido contenía un novedoso tratamiento a la noción de autor mediato, pues, la tesis tradicional concebía esta forma de autoría como el hombre de atrás que se vale (para cometer el delito) de un instrumento cuya voluntad controla, por error o coacción. A estas dos categorías ROXIN planteaba una tercera: casos en que el autor (quién tiene el dominio del hecho) logra dominar la voluntad del instrumento que puede intercambiarse libremente (fungibilidad) por cuanto el que está detrás aprovecha la estructura y condiciones marco preconfiguradas de un aparato de poder organizado de carácter estatal o no”. Vide., ALDUNATE ESQUIVEL, Enrique Eduardo, “*El autor detrás del autor. Reflexiones sobre el Dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*” en <http://www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/aldunate.htm>.

¹⁰ Vide., ALDUNAQUE ESQUIVEL, Enrique Eduardo, “*El autor detrás del autor. Reflexiones sobre el Dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*”, ob., cit. Negritas y cursivas en el original. En el mismo sentido MÁRQUEZ CÁRDENAS, quien señala “Esta forma de autoría mediata es independiente de la forma de la coacción y del error; su fundamento se encuentra en la fungibilidad de los miembros de la organización criminal, que llevaban a cabo la ejecución de las órdenes; éstos son meros instrumentos de los que se encuentran en la cúpula del aparato cuando les ordena la comisión de un delito”, ob., cit., p. 05.

sustituido dentro de esta organización ajena al Derecho, es porque el mismo se encuentra incardinado como autor mediato, por la capacidad jerárquica que le asiste¹¹.

Oportunas son las palabras del profesor ALDUNAQUE ESQUIVEL, quien manifiesta que es el hombre de atrás quien <<(…) tiene el dominio del hecho cuando “*aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados*. Conforme a esta posición, este tipo de condiciones marco pueden existir especialmente en estructuras de organización de carácter estatal, empresarial o próximas a un negocio, así como el caso de las jerarquías de mando: “*si en tal caso el hombre de atrás actúa en conocimiento de estas circunstancias, especialmente, si aprovecha la disposición incondicional del autor material a realizar el tipo, y si el hombre de atrás desea el resultado en cuanto consecuencia de su propio actuar*”, será autor mediato>>.¹²

Este pensamiento nos lleva a inferir que el concepto de autor mediato puede ser usado en aquellas organizaciones de poder alejadas de Derecho, como de aquellas que sí forman parte del mismo, como ejemplo las empresas o entes estatales¹³.

III.- ¿INCONSISTENCIA SISTEMÁTICA DE LA AUTORÍA MEDIATA COMO TERCERA FORMA DE APARICIÓN EN LA DOGMÁTICA PENAL?

Pero el tema que me preocupa es la inconsistencia sistemática, que *aparentemente* se presentaría en el planteamiento de quienes se decantaron por considerar que la diferencia entre la autoría mediata y la instigación, radica en que en la primera figura el instrumento obra sin dolo o subsumido en una causa de justificación o de una manera no culpable, mientras que en la instigación el instrumento obra dolosamente. Decimos ello, pues es bien sabido que en una organización de poder, quienes se convierten en los receptores de las órdenes, saben a todas luces lo que están realizando, vale decir, conocen el riesgo de su accionar; sin embargo, realiza la misma. Al respecto el profesor KAI AMBOS¹⁴ sostiene que el verdadero instrumento no es la

¹¹ Al respecto el profesor **MÁRQUEZ CÁRDENAS** manifiesta “La figura del autor detrás del autor no sólo se admite en la actuación de aparatos de poder estatales, sino también se entiende incluidos en las organizaciones paramilitares, subversivas, bandas mafiosas, etc. que actúan al margen del ordenamiento jurídico. Organizaciones que se caracterizan por tener una estructura jerárquica consolidada (aparato organizado de poder), la disposición de los miembros de la organización a seguir los objetivos de la misma, el poder de decisión de los mandos dirigentes, la intercambiabilidad de los ejecutores materiales y el automatismo en el cumplimiento de órdenes derivadas de la propia dinámica del aparato de poder”, *ob., cit.*, p. 05. Esto en función a que el profesor **MÁRQUEZ** se decanta por establecer una diferencia entre autoría en sentido estricto y autor detrás del autor. Esto último relacionado al autor que dirige toda una organización de poder, llamado por **MATÍAS BAILONE** como el autor de escritorio.

¹² *Vide.*, **ALDUNAQUE ESQUIVEL**, Enrique Eduardo, *ob., cit.* Comillas y cursivas en el original.

¹³ Interesante ejemplo coloca el profesor **ALDUNAQUE**, cuando señala lo siguiente <<esto ocurre por ejemplo en la notable novela de Mario Puzo, pues Michael Corleone al planificar y ordenar la ejecución de los jefes de las cinco familias de Nueva York, tiene el dominio del hecho, y cuenta con un numeroso grupo de “regimes” y ahí están; Neri, Clemenza, Ciccio, Rocco, etc., todos dispuestos a llevar a cabo el “trabajo” y arreglar los “asuntos” de la familia, es irrelevante si es uno u otro quién dispare contra Barzini, Tataglia, Cuneo, etc., todos son ruedas intercambiables y no actúan bajo coacción o engaños, sino que en el marco de la organización (“familia”) a que pertenecen>>, *ob., cit.*

¹⁴ *Vide.*, **AMBOS**, Kai, “Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad en virtud de Aparatos Organizados de Poder”, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 15.

persona individual, sino un mecanismo de poder que funciona de modo prácticamente automático, “el aparato”.

Parece ser que el planteamiento del profesor de la referencia, trata de valorar a este grupo de receptores y miembros de la organización de poder, como un todo, como un conjunto anónimo y cambiables de sujetos, donde su accionar debe ser tomado como una unidad, sin merecer algún tipo de partición en su accionar.¹⁵

Al respecto, considero que precisamente el tema de la fungibilidad de los miembros receptores, justifica a quienes consideran que estamos dentro de la autoría mediata, es decir, por el simple hecho a que los sujetos receptores son fácilmente sustituibles y anónimos, los mismos deben de ser considerados como instrumentos. Pues aquí no cabe siquiera la posibilidad de arrepentimiento, puesto que en caso se de este supuesto, el agente será sustituido por otro. Asimismo considero que mientras más alejado se encuentre el autor mediato de la organización de poder, más poder de decisión tiene sobre la misma¹⁶. Vale decir, no podemos considerar como instigador a quién proporciona las órdenes, pues quien dirige y organiza estos órganos de poder ajenos a Derecho, van más allá que simplemente haber hecho nacer la idea criminal en varias personas.

Bajo estas argumentaciones, considero acertadas las posturas de ROXIN, pues cuando los sujetos receptores de órdenes son anónimos, es decir, que ni el mismo cabecilla de la organización los conoce, y aparte son fácilmente sustituibles, no se debe hablar de una instigación, sino de la figura de la autoría mediata. Pues esencialmente en esta tercera forma de autoría, el hombre de atrás es quien decide el cómo, cuándo, dónde, no importando quiénes serán los intervinientes. Esto hace que un grupo organizado para tales fines, tenga todo una organización logística y administrativa, la misma que se encuentra conformada por personas escogidas por otras personas, que tienen niveles de jerarquías de menor a mayor y viceversa.

¹⁵ En ese mismo sentido Matías **BAILONE**, quien señala que “la inducción se quedaba a mitad de camino, y había que reformular el concepto de hombre de atrás, ya que aquí no hablamos más del ejecutor como un instrumento coaccionado o equivocado, sino plenamente culpable, pero fungible”. Para explicar esto **BAILONE** coloca el ejemplo del caso Adolf Eichmann al señalar “que con mucha benevolencia podría llegar a ocupar el último lugar en el infierno dantesco, fue uno de los tantos criminales nazis que se escondieron en la República Argentina cuando el gobierno les abrió las puertas, a cambio de las millonarias sumas de dinero que le depositaron a la ‘señora’ Eva Perón en Suiza. Es un fragmento de nuestra historia que nos llena de vergüenza, y que sonrojaría a los próceres que construyeron nuestro país. Pero gracias a un grupo de valientes defensores de los derechos humanos, Eichmann fue capturado en su exilio anónimo y llevado ante los tribunales del naciente Estado de Israel” continúa el autor “La defensa de Eichmann plantea que si este asesino se hubiese negado a obedecer, ello no hubiese salvado ninguna vida humana, ya que habría sido sustituido por otro anónimo ejecutor, y así demostraba que el ‘dominio del hecho’ lo tenía el Estado nacional socialista como ideólogo de la barbarie”, *ob., cit.*

¹⁶ En el mismo sentido Matías **BAILONE**, quien semana “En lo ordinario cuando un sujeto se encuentra más alejado de la víctima y de la conducta homicida, más se aleja del dominio del hecho, pero en estos casos se produce una inversión del planteo, pues cuanto más alejado está el ejecutor de las víctimas, más cerca se encuentra de los órganos ejecutivos de poder”, *ob., cit.*

Entonces, lo que aparentemente conforma una inconsistencia sistemática de considerar como autor mediato, a quienes se encuentran alejados de estos grupos de poder, en el fondo no es más que eso, una simple apariencia. Puesto que no podemos sostener que estamos ante la figura de la instigación, en razón a que el accionar del hombre de atrás, va mucho más allá que simplemente crear la idea criminal. Aquí estamos ante sujetos que deciden qué acciones han de realizarse, que controlan a todo el grupo de personas anónimas, que deciden en qué momento han de realizarse los eventos delictivos y qué tipo de armamento será usado, qué tipo de personas serán las escogidas para su realización, etc. Por ello, es que considero que precisamente la característica de fungibilidad y anonimato de los receptores de las órdenes, convierten al hombre de atrás en autor mediato. Ahora debemos señalar enfáticamente que no es necesario que el autor mediato sea el jefe máximo de la organización, puesto que como dice ROXIN “Puede por lo tanto, ser autor incluso cuando él mismo actúa por encargo de una instancia superior, formándose así una cadena completa de autores mediatos”¹⁷. Continúa el autor “quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar de una manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de voluntad que le corresponde si utiliza sus competencia para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito”¹⁸. En ese sentido, fácilmente podemos tener una cadena de autores mediatos.

IV.- SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS DE AUTORÍA MEDIATA DENTRO DE APARATOS DE PODER ORGANIZADOS

Pero ¿qué sucede si se llegara a determinar que el inculpado, formó parte de esta organización como alto mando, pero desconocía los eventos delictivos de la misma?. Considero que aquí tenemos que ingresar a verificar el aspecto subjetivo del tipo. Pero el razonamiento será válido sólo para las organizaciones ajenas a Derecho, puesto que las personas jurídicas o entes estatales, los encargados fácilmente podrían excusarse en un principio de confianza. El tema puede ser enfocado en el sentido que por el simple hecho de formar parte de organizaciones ajenas a

¹⁷ Cfr., ROXIN, Claus, citado por Carlos RIVERA PAZ, “La Responsabilidad en los Crimines de Derechos Humanos Perpetrados por Aparatos de Poder Organizados” en www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/noviembre/02/responsabilidad_penal.doc, p. 07. En el mismo sentido el profesor MÁRQUEZ CÁRDENAS, quien señala “Según este planteamiento, el dominio de la voluntad estaría siempre en el sujeto de atrás puesto que la estructura del aparato garantiza el cumplimiento de la orden independientemente de la individualidad del ejecutor inmediato, pues aunque en alguna ocasión el miembro de la organización al que se le ha dado la orden de cometer el delito se negara a ejecutar el hecho, debido a la fungibilidad del ejecutor dentro del aparato de poder, podría sustituirse automáticamente por otro, con lo que el delito de todas formas se ejecutaría. Lo decisivo es que el autor de atrás domine parte de la organización que le permita que otro miembro de la organización ejecute un delito, con lo que pueden presentarse una cadena de autores mediatos hasta que sus actividades desemboquen finalmente en la ejecución de delito por parte de autor inmediato. No se descarta, sin embargo, la participación pero ésta sólo tiene lugar cuando la actividad del miembro de la organización no consista en el manejo autónomo del aparato, sino en asesoramiento, en el desarrollo de planes o en proporcionar instrumentos o medios para cometer los delitos”, *ob., cit.*, p. 05.

¹⁸ Cfr., ROXIN, Claus, citado por Carlos RIVERA PAZ, *ob., cit.* p., 08.

Derecho, desde ya se asume el riesgo que estas ejecuten hechos considerados delictivos, máxime cuando la misma trabaja para la consecución de ciertos fines. En ese sentido, el ser un alto mando de estas organizaciones, no puede ampararse que desconocía los eventos delictivos de la misma, máxime si basta un desprecio a las normas, para configurar la conducta dolosa¹⁹. En consecuencia no cabría ampararse en la imprudencia.

Ahora, ¿el poder de decisión es igual dentro de un aparato de poder incardinado a Derecho que en uno ajeno a él?. Razón tiene RIVERA PAZ, cuando afirma “Para Kai Ambos la cuestión es si ha de estimarse como un presupuesto trascendente e imprescindible para garantizar el dominio por organización la desvinculación del derecho. Desde su posición “más bien al contrario, el dominio de organización depende únicamente de la estructura de la organización en cuestión y del número de ejecutores intercambiables. Más aun –dice Ambos- si el aparato no está ‘fuera del ordenamiento jurídico’ (como requiere el criterio de la desvinculación del derecho), sino es en sí mismo el ordenamiento jurídico o parte de él, el dominio del hecho por parte de los hombres de atrás es aún mayor que en el caso del aparato desvinculado del derecho”²⁰. Siguiendo este pensamiento podemos sostener que si la organización forma parte del Estado, como por ejemplo que se trate de personal de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, y en caso de haya detectado eventos delictivos, será mucho más fácil confirmar objetivamente que quienes se encuentren en un nivel de jerarquía superior serán autores mediatos de dichos delitos, por estar ligados en un nivel jerárquico en línea vertical.

V.- CASOS “CANTUTA” Y “BARRIOS ALTOS”

La actividad probatoria en estos casos se basará básicamente en determinar en primer lugar si el ex presidente Alberto Fujimori constituyó o no el grupo paramilitar que se encargó de aniquilar a estas personas. Como segundo trabajo será determinar -en caso se haya demostrado que fue el procesado quien constituyó este grupo paramilitar- qué tipo de órdenes daba a este grupo y si conocía o no de las actividades que realizaba. Ello sólo para medir el tipo de injusto, puesto que como hemos referido, basta con el conocimiento del riesgo, para argumentar la conducta dolosa. Tercero, investigar quiénes más formaban parte de esta organización dentro de la escala vertical en el reparto y distribución de funciones, teniendo como base que el ex presidente vivió en el SIN conjuntamente con su ex asesor Vladimiro Montesinos Torres.

Los datos objetivos a los que me refiero, básicamente serían testimonios, documentos, videos, *acciones propias* del mismo ex presidente como premios por ejemplo a sus oficiales y tomando como base la CTS de quince millones de dólares que le otorgó al ahora co procesado Montesinos Torres.

En resumidas cuentas, se debe valorar todo tipo de dato objetivo que nos conduzcan a formar una convicción, verificado la secuencia lógica objetiva de estas pruebas, puesto que –como

¹⁹ En lo concerniente al dolo, remito al lector a revisar la obra de LAURENZO COPELLO, Patricia, “Dolo y Conocimiento”, ed., 1ª, edit., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

²⁰ Vide., RIVERA PAZ, *ob., cit.*, p. 09.

vuelvo a repetir- sería utópico que se trate de encontrar elementos probatorios, donde el ex presidente haya actuado directamente²¹.

En resumen, la suerte del presidente Fujimori, depende de todo el material probatorio que se encuentren insertados en los expedientes. Dicho material debe ser valorado con absoluta paciencia y serenidad, inyectando los magistrados a sus razonamientos, criterios doctrinarios y jurisprudenciales. Valorando qué o cuáles piezas tienen el mérito de fuentes, elementos, y medios de pruebas, así como valorando las pruebas pre constituidas y anticipadas, pruebas prohibidas y sobre todo verificando el vínculo de conexidad entre ellas, es decir, su secuencia lógico – objetiva que acrediten una u otra convicción. De no guardar relación las evidencias, deben inmediatamente funcionar los principios garantistas relacionados a los Derechos Fundamentales, como la presunción de inocencia.

VI.- A MANERA DE CONCLUSIONES

- 1.- A la fecha los Derechos Humanos han recibido todo un tratamiento especial en las legislaciones mundiales. Los mismos que ante la mínima sospecha de infracción, demanda toda una investigación integral.
- 2.- Fue apropiado que exista la figura de la autoría mediata, relacionada a los aparatos de poder organizados, ya sean ajenos o incardinados a Derecho. Con esto cae a suelo aquellas frases proferidas por un magistrado extranjero, en el sentido que autor no es quien da la orden, sino quien la ejecuta. Su fallo mostró su ideología fascista.
- 3.- Aparentemente habría una asistematización en el pensamiento de ROXIN, al hablar y tratar de esta figura jurídico penal. Pero en el fondo es sólo una apariencia, pues esta tercera figura se justifica precisamente en el anonimato y fungibilidad de sus miembros.
- 4.- No es necesario que el sujeto miembro de un alto mando sepa de las acciones de la organización, pues basta que forme parte de ella para que conozca el riesgo que esta cometa hechos delictivos.
- 5.- En caso de trate de una organización de iure como las F.F.A.A o la P.N.P, por el simple hecho que esta se encuentra en una línea vertical de mando, quiénes se encuentran en lo más alto de la organización, serán considerados autores mediatos de las acciones de esta.

²¹ Al respecto Perfecto Andrés IBÁÑEZ, señala que en el Tribunal Constitucional español, se viene afirmando la idea que la presunción de inocencia y el principio de in dubio pro reo, existen marcadas diferencias. Vide., IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “La Prueba y Proceso Penal” en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_05.pdf

6.- En los procesos que se le siguen al ex presidente Alberto Fujimori –relacionados al tema de violación de Derechos Humanos-, se deben valorar datos objetivos, pues de no darse estos o no darse una secuencia lógica entre ellos, tendrán que operar automáticamente los principios garantistas que le favorecen al procesado, como por ejemplo la presunción de inocencia.

7.- Se requiere de un proceso penal, donde de por medio esté el respecto irrestricto a los Derechos Fundamentales del procesado. Se requiere que se evite la venganza y se de paso a la justicia. Considero que tenemos a los mejores magistrados de nuestro poder Judicial, los mismos que desde mi modesto punto de vista, expedirán un fallo ajustado a los derechos humanos y fundamentales.