

Por: Eduardo Alcócer Povis\*

## **LAS VÍAS DE IMPUTACIÓN JURÍDICO PENAL AL “ENEMIGO” FUJIMORI ACERCA DE LA TESIS DEL “AUTOR DETRÁS DEL AUTOR”**

“No se trata de vejar, de mancillar o de insultar a nadie o de pisotear al *enemigo caído*, hay que tratar con respeto a todos, eso es lo que tiene que hacer la democracia para darle lecciones a la dictadura” Alan García Pérez.

### **I. CONSIDERACIÓN INICIAL**

1. El 21 de septiembre de 2007 la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de Chile resolvió, en segunda instancia, ordenar la extradición del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori por diversos delitos (entre ellos, de homicidio, lesiones, secuestro y de corrupción -en sentido lato) que solicitara el Estado peruano.
2. Este breve trabajo tiene como propósito poner en relieve un tema de gran importancia en orden a los fundamentos para la atribución de responsabilidad penal en contra de Alberto Fujimori por los casos “*Barrios Altos*” y “*La Cantuta*”: “*la autoría a través de aparatos organizados de poder*”<sup>1</sup>. Me centraré en responder 3 preguntas concretas: ¿en qué consiste *grosso modo* esta forma de autoría mediata?, ¿resulta coherente aplicar dicha forma de autoría mediata en contra de Alberto Fujimori no habiendo sido extraditado por el delito de asociación ilícita? y si “*el principio de especialidad*” obliga al Estado peruano no sólo a respetar lo decidido por la Corte Suprema chilena en cuanto a

---

\* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Penal en la Maestría con mención en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado al Estudio Oré Guardia. Integrante del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Egresado del Programa de Doctorado con mención en Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona – España.

<sup>1</sup> Utilizaré en este trabajo como sinónimo de esta figura, tanto la denominación “*autor detrás del autor*” como la de “*la persona de atrás*” o la de “*la persona de arriba*”; conforme se le conoce en doctrina.

los delitos que debe de procesarse a Alberto Fujimori, sino también a considerar el título de imputación aceptado.

## **II. LA AUTORÍA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER**

3. Nuestro país se adscribe al sistema de imputación penal exclusivamente individualista; sin embargo, las posibilidades de atribuir responsabilidad penal a quien tiene el dominio de una organización criminal son escasas. No sólo porque – generalmente- la conducta de *“la persona de atrás”* es de difícil probanza, sino también porque no existe solución expresa en nuestro ordenamiento para justificar la sanción a quien no ejecuta materialmente el hecho criminal, pero sí la persona que lo ordena o acepta como parte de las actividades de la organización criminal que dirige.
4. Dicho esto, debe tenerse en cuenta que la dogmática (en tanto nos sirve para determinar el punto de partida y el límite máximo de interpretación y sistematización de las disposiciones legales) brinda soluciones a fin de una correcta aplicación del poder penal (evitando la impunidad o fundamentando razonablemente la condena). El reciente fallo de la Corte Suprema chilena refuerza la relevancia práctica del trabajo dogmático. Así, utilizando una figura especial de autoría mediata (conocida como *“el autor detrás del autor”*), propuesta por el profesor Claus Roxin en 1963, es posible –para muchos y para la propia Sala Penal Suprema chilena- atribuir responsabilidad penal a quien –supuestamente- actuó *“detrás”* de quienes efectiva o directamente cometieron los crímenes (ver *“considerandos”* 96 y 97 del fallo).
5. Y es que en estructuras organizadas de modo vertical se recurre, generalmente, a la calificación jurídica de la autoría mediata del superior jerárquico como criterio de atribución de responsabilidad penal<sup>2</sup>. Efectivamente, la doctrina penal ha

---

<sup>2</sup> ROXIN, Claus; Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid-Barcelona, 2000, pp. 257 y ss;

ventilado determinados supuestos donde el instrumento (humano) es dominado por la voluntad de una “*persona de arriba*” ubicado en un aparato organizado de poder<sup>3</sup>. En el Perú, el trabajo judicial tampoco ha sido ajeno a esta corriente dogmática<sup>4</sup>. Se estima que el fundamento de la autoría no deviene de la responsabilidad del dirigente de la organización criminal por su relación subjetiva con el hecho, sino por el control superior que tiene sobre el mismo, aunque los ejecutores no estén sometidos a coacción o a error. Así, los órganos decisores tienen propiamente el dominio del suceso típico, porque al disponer de la organización, cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del “*aparato*” en la ejecución del hecho<sup>5</sup>. Dichos aparatos pueden ser de organización estatal o no estatal<sup>6</sup>.

El máximo exponente de la teoría del “*dominio de la voluntad*” en virtud de aparatos organizados de poder es, como dije, Claus Roxin, quien esbozó una revolucionaria tesis (propuesta en 1963). Esta se dio a raíz del “*Caso Eichmann*” (Adolf Eichmann, era un alto funcionario nazi que planificó y puso en marcha actos de exterminio ejecutados materialmente por otros<sup>7</sup>).

---

STRATENWERTH, Günther; Derecho penal. Parte General. Buenos Aires, 1999, p. 242; SANCINETTI, Marcelo; Teoría de delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscrito al disvalor de acción. Buenos Aires, 1991, p. 713. El mismo: Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial, Buenos Aires, 1988, p. 29; y BACIGALUPO, Enrique; Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, 1999, p. 510.

<sup>3</sup> En este sentido: AMBOS, Kai; “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”. En: Themis, N° 37, Lima, 1998, p.188.

<sup>4</sup> Ver: MEINI MÉNDEZ, Iván; La autoría mediata de Abimael Guzmán por dominio de organización, en: <http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/docs>. Quien comenta la sentencia de la Sala Penal Nacional del 13 de octubre de 2006 (expediente acumulado 560-03) en contra de Abimael Guzmán Reynoso por el delito de terrorismo.

<sup>5</sup> Véase, en este sentido, STRATENWERTH, 1999, p. 315.

<sup>6</sup> Así, STRATENWERTH, 1999, p. 242. Indica que el “...aparato de poder, sin embargo, no debe tener necesariamente carácter estatal; incluso, dentro de un sindicato de delinquentes se puede dar un dominio comparable en la organización”. En esa línea, MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro; La autoría mediata en el Derecho penal. Formas de instrumentalización. Bogotá, 2004, p. 225.

<sup>7</sup> Eichmann no cooperó ni al principio ni al final del hecho delictivo, más bien su intervención se limitó a pertenecer a eslabones “*intermedios*” de los mandos decisivos de la organización. Es decir, dicho sujeto con sus manos no hacía nada, no mataba a nadie, se trataba del “*burócrata*” o “*autor de despacho*” que fue juzgado y condenado como autor de los delitos de asesinato.

Roxin explica que la fundamentación de la autoría mediata radica en el denominado “*dominio de la voluntad*”, porque, a diferencia del dominio de la acción, el autor mediato no tiene un dominio caracterizado en la ejecución inmediata y directa de una acción, sino “*en el poder de la voluntad conductora*”. Lo característico de esta forma de autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio en la decisión<sup>8</sup>.

Esta tesis fue sometida a crítica principalmente en virtud del principio de responsabilidad: ¿cómo es posible que el ejecutor sea autor responsable y al mismo tiempo instrumento del hombre de detrás, quien además responde también como autor responsable por el mismo hecho?<sup>9</sup>. Los partidarios de esta posición crítica parten de una atribución de responsabilidad con arreglo al injusto individual, valorando separadamente las conductas del “*hombre de detrás*” y del ejecutor directo. En esta línea, Welzel sostuvo que resulta contradictorio señalar que tanto ejecutor directo como el sujeto de detrás tienen dominio del hecho<sup>10</sup>.

6. Ahora bien, más allá de las críticas de la que es objeto, debe estimarse que no todos los casos de imputación de responsabilidad penal al superior jerárquico deban solventarse de conformidad con el dominio de la organización; simplemente que, para que ella se tome en cuenta debe verificarse sus presupuestos: a) que exista una organización; b) que el aparato de poder opera al margen del Ordenamiento Jurídico, c) que los ejecutores sean fungibles y d) que exista una rígida jerarquía. Como bien señala Rodríguez Mourullo, una cosa es reconocer la posibilidad y necesidad del concepto de

---

<sup>8</sup> Ver más en: ALCÓCER POVIS, Eduardo y James REÁTEGUI SÁNCHEZ; “El delito de cohecho en el Perú”. En: Actualidad jurídica. Tomo 134. Lima, 2005, pp. 268 y ss.

<sup>9</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; “Artículo 13”. En: Cobo del Rosal (Dir.). Comentarios al Código Penal. Tomo III. Madrid, 2000. p. 138 y HERNÁNDEZ PLACENCIA, José; La autoría mediata en Derecho Penal. Granada, 1996, pp. 274 y ss.

<sup>10</sup> ROXIN, Claus; 2000, p. 167. Ante tal apreciación, ROXIN señaló que “*la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato*”.

autor mediato y otra distinta indicar los límites dentro de los cuales puede ser invocada una autoría mediata<sup>11</sup>.

En otras palabras, el organizador puede responder como cooperador (cómplice o instigador) o como coautor, pero también como autor mediato, dependiendo de las concretas particularidades en que se ha cometido el delito. En relación al caso “*Fujimori*” cabe realizarse dicha verificación.

7. Si es que se asume la tesis del “*autor detrás del autor*” (tal como optó la Corte Suprema chilena), debería de comprobarse – previamente- que exista una organización criminal (la que justamente el autor mediato lidera). Sin embargo, el Estado peruano -en los casos “*Barrios Altos*” y “*Cantuta*”- no solicitó la extradición de Alberto Fujimori por el delito de asociación ilícita (art. 317 del Código Penal), por lo que la Corte Suprema chilena ni siquiera evaluó la posibilidad de que, por lo menos en estos casos, exista una asociación criminal. Así, desde mi punto de vista, no resulta coherente que la Corte Suprema chilena utilice la figura del “*autor detrás del autor*” como título de imputación en los casos “*Barrios Altos*” y “*La Cantuta*” y –a la vez- no se haya extraditado a Alberto Fujimori por el delito de “*asociación ilícita*”: así, más allá de cualquier consideración subjetiva, objetivamente ¿qué organización criminal –que haya sido perseguida como tal- lideró Alberto Fujimori? además, en los casos en los que el Estado peruano sí solicitó la extradición de Alberto Fujimori por el delito de “*asociación ilícita*”, la respuesta de la justicia chilena fue negativa.
8. Ante esta primera conclusión es importante plantearse la siguiente interrogante: ¿es lo mismo “*organización criminal*” que “*asociación ilícita*”? me decanto por lo afirmado por un sector de la doctrina nacional que acepta la sinonimia entre los términos “*asociación ilícita*” y “*organización criminal*”<sup>12</sup>. Y es que, según el art.

---

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; “El autor mediato en Derecho penal español”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1969, p. 467.

<sup>12</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Estudios de Derecho Penal. Lima, 2004, p. 353. Sostiene que el concepto de “*organización delictiva*” es una especie de “*asociación ilícita*” y PRADO SALDARRIAGA, Víctor; “Sobre la criminalidad organizada en el Perú el artículo 317 del

317 del Código penal, el delito de “*asociación ilícita*” se consuma cuando dos o más personas, de manera organizada y permanente, se agrupan en base a una estructura jerárquica y una división funcional de roles con la finalidad de perpetrar delitos, adquiriendo relevancia jurídico penal el sólo hecho de formar parte de la organización, sin llegar a materializar los planes delictivos, por lo que este ilícito presenta una estructura típica autónoma e independiente del delito o de los delitos que a través de ella se cometan<sup>13</sup>. Con ello, la sanción al autor de

---

Código penal”. En: [http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/02septiembre06/criminalidadorganizada\\_prad.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/02septiembre06/criminalidadorganizada_prad.pdf). Señala, por su parte, que el art. 317 del Código Penal debería de denominarse “*integración en una organización delictiva*”, esta definición, por su amplitud, se adaptaría mejor “*a cualquier estructura vertical sea esta vertical y rígida como la jerarquía estándar u horizontal y flexible como el grupo central*”. En contra: La Defensoría del Pueblo, ver: Informe Defensorial. “Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley N° 29009”. Lima, 2007. A fin de garantizar la correcta aplicación de los Decretos Legislativos, la Defensoría del Pueblo considera importante que todos los funcionarios cuya labor se relaciona con la lucha contra el crimen organizado tomen en consideración la definición que sobre grupo delictivo organizado se encuentra en la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (Convención de Palermo), ratificada por el Perú mediante Decreto Supremo N° 88-2001-RE, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 20 de noviembre del año 2001 y vigente desde el 29 de septiembre del año 2003. De acuerdo con este tratado, se entiende por grupo delictivo organizado a todo grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves (delito punible con mínimo de 4 años de pena privativa de libertad), con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. También, REAÑO PESCHIERA, José Leandro. “El delito de asociación ilícita”. En: César Eugenio San Martín Castro y otros autores. *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir*. Lima. 2000, p.279. Si bien acepta la función del tipo del art. 317 del Código Penal de sancionar la pertenencia a una organización criminal; sin embargo, al no existir en nuestro país una definición de “*criminalidad organizada*”, dicho autor asume la definición obtenida del Proyecto de Resoluciones del Coloquio Preparatorio sobre “*Los sistemas penales frente a la criminalidad organizada*” (Nápoles, septiembre de 1997): “*Existirá criminalidad organizada cuando al menos 3 personas, con intención de cometer de forma continuada infracciones graves, se involucren en una estructura estable y con capacidad de cometer infracciones*”.

<sup>13</sup> Ver más en: CASTILLO ALVA, José Luis. *Asociación para delinquir*. Lima, 2005, pp. 68 y 69. Sostiene que “*La doctrina y jurisprudencia comparada establecen la necesidad de distinguir entre asociación y grupo, diferencia que no estriba en un punto de vista cuantitativo como el referido al mayor o menor número de integrante en uno y otro caso, sino más bien a criterios cualitativos que se relacionan con el grado de estructura y de organización de la asociación. Mientras el grupo sólo exige una pluralidad de personas que se juntan de modo temporal y ocasional, sin una estructura organizativa propia, la asociación requiere una estabilidad y permanencia en el tiempo, una estructura de división de funciones y la imposición de un sistema de reglas de naturaleza disciplinaria que marcan las relaciones de sus integrantes*”. De esta forma, se delimita el contenido del concepto de “*organización criminal*”, superando su relativismo e imprecisión.

este delito se funda por su incorporación a una asociación u organización criminal.

9. Por último, de lo anotado emerge una pregunta (atendiendo – como se sabe– que la Sala Penal Suprema chilena asume la teoría del autor mediato como criterio de imputación): ¿sólo podrá procesarse en el Perú al ex Presidente Fujimori –en los casos “*Barrios Altos*” y “*Cantuta*”- a título de autor mediato y no de co-autor, cómplice o de instigador si así fuese el caso? ¿“*el principio de especialidad*” se restringe a los delitos y no al título de imputación?
10. La Ley N° 24710 vigente desde el 27 de junio de 1987 establece los requisitos, las condiciones y el procedimiento de extradición, tanto activa como pasiva. En ella se consagra el “*principio de especialidad*” pues obliga a juzgar o condenar por el delito o delitos que han sido materia de concesión de la extradición: art. 23. “*Concedida la extradición, el Gobierno entregará al extraditado al agente o al representante diplomático del Estado solicitante. La entrega, sin embargo, no será realizada sin que el Estado solicitante asuma los compromisos siguientes: 1. No ser el extraditado detenido en prisión ni juzgado por crimen diferente del que haya motivado la extradición y cometido antes de ésta (...)*”.
11. Atendiendo a la supletoriedad de Ley frente a los tratados internacionales, en orden al caso “*Fujimori*”, resulta fundamental referirse a lo regulado en el art. 8 del Tratado de Extradición firmado por los Estados peruano y chileno en 1932: “*La extradición acordada por uno de los Gobiernos al otro, no autoriza el enjuiciamiento y castigo del extraído por delito distinto del que sirvió de fundamento a la demanda respectiva, ni la entrega a otra nación que lo reclame. Para acumular a la causa del mismo individuo un crimen o delito anterior que se hallare comprendido entre los casos que dan lugar a extradición, será necesario el consentimiento especial del Gobierno que hizo entrega del delincuente (...)*”.
12. Conforme se puede observar, el Tratado se restringe al “*delito*” como límite de persecución y castigo de parte del Estado que

reclama la extradición. No hace referencia al “*título de imputación*” o al “*grado de intervención*” del extraditado respecto al hecho presuntamente delictivo: ¿esto es suficiente para afirmar que el Estado peruano debe de procesar a Alberto Fujimori – en los casos “*Barrios Altos*” y “*Cantuta*”- sólo por los delitos de homicidio calificado y lesiones sin necesidad de asumir la tesis de la autoría mediata? Considero que no pues, tal como sostiene la doctrina mayoritaria, se entiende por delito a todo comportamiento típico, antijurídico y culpable. En el marco de la tipicidad, se ubica la valoración del grado de contribución de quien realiza el comportamiento penalmente relevante, ya sea como autor o como partícipe. Así, en orden al principio de legalidad, el injusto que comete el autor es cuantitativamente distinto al realizado por el partícipe, lo cual obliga a realizar diferenciaciones al momento de evaluar punibilidad de la conducta (también en las exigencias probatorias)<sup>14</sup>. Por ello, sí considero que el “*principio de especialidad*” vincula al Estado peruano no sólo en relación a los delitos por lo que fue extraditado Alberto Fujimori, sino también al título de imputación utilizado.

### III. REFLEXIÓN FINAL

13. Uno de los problemas que debe enfrentar la judicatura es desarrollar una vía de imputación penal razonable en el caso “*Fujimori*”. La autoría mediata es sólo una posibilidad, sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos que no se establece por ley, sino a nivel doctrinal. Requisitos que, en este caso, no se cumplieron en su totalidad. La ausencia de una “*organización criminal*” como motivo de extradición de Alberto Fujimori

---

<sup>14</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN; Derecho Penal: Parte General, 2da ed., revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Valencia, 1996, pp. 450-451. Sostienen que desde el punto de vista dogmático, la distinción entre autoría y participación es fundamental y necesaria, ya que -para estos autores- la participación en sí misma no sería nada, sino un concepto de referencia que supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido. Por eso es que los mencionados autores dicen: “*En una palabra, la participación es accesoria, la autoría principal, y ello independientemente de la pena que merezca el partícipe o el autor en el caso concreto*”.

imposibilitaría, desde mi punto de vista, la utilización de la tesis del “*autor detrás del autor*” como criterio de imputación. Por ello, resulta recomendable que el Estado peruano solicite al Estado chileno la ampliación de la solicitud de extradición considerando como ilícito perseguible, en los casos “*Barrios Altos*” y “*Cantuta*”, el tipo de “*asociación ilícita*” y, de ese modo, se haga coherente la utilización de esta especial forma de autoría mediata como título de imputación.

14. Además, en virtud del “*principio de especialidad*”, el Estado peruano –en los casos “*Barrios Altos*” y “*Cantuta*”- no sólo debe de procesar a Alberto Fujimori por los delitos de homicidio calificado y lesiones, sino también debe tener en cuenta el título de imputación desarrollado por la justicia chilena: “*la del autor detrás del autor*”. Criterio que, como se ha dicho, tiene dificultades para su aplicación.